



**4A 93/2022**

**Arrêt du 3 janvier 2024**

**Ire Cour de droit civil**

Composition  
Mmes les Juges fédérales  
Jametti, Présidente, Kiss et May Canellas.  
Greffier: M. Botteron.

Participants à la procédure  
A. \_\_\_\_\_,  
représentée par Me José Zilla,  
recourante,

*contre*

B. \_\_\_\_\_,  
représenté par Me Ivan Zender,  
intimé.

Objet  
qualification du contrat (contrat de travail);

recours contre l'arrêt rendu le 24 janvier 2022 par la  
Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel (CACIV.2021.78/ctr).

**Faits :**

**A.**

**A.a.** Sous la dénomination " (...) " a été créée une association d'utilité publique avec siège à U. \_\_\_\_\_ (B. \_\_\_\_\_, l'association ou la défenderesse), ayant pour buts statutaires l'établissement d'une coordination entre les parents cherchant à confier leurs enfants durant la journée (parents placeurs) et les personnes offrant un tel accueil (parents d'accueil), l'offre de conseils et de soutien en matière d'éducation aux parents d'accueil et aux parents placeurs et l'organisation de la formation et du perfectionnement en matière pédagogique des parents d'accueil (art. 1 et 2 des statuts de B. \_\_\_\_\_). La qualité de membre s'acquiert par le paiement de la cotisation annuelle fixée par l'assemblée générale. Les ressources de B. \_\_\_\_\_ proviennent des contributions des parents placeurs, des cotisations des membres, des subventions, des dons et des legs. Chaque placement donne lieu à une " convention d'accueil " sur papier à en-tête de B. \_\_\_\_\_, signée par le parent placeur, le parent d'accueil et un collaborateur de B. \_\_\_\_\_.

**A.b.** A. \_\_\_\_\_ (ci-après: la demanderesse) est devenue membre de B. \_\_\_\_\_ et a exercé, dans le cadre de l'association, une activité de parent d'accueil (ou "maman de jour") depuis le 1er juin 2011, date de son affiliation à la caisse de compensation.

**A.c.** Par courriel du 15 janvier 2018, elle a demandé à B. \_\_\_\_\_ de revoir son salaire, suite à l'entrée en vigueur des dispositions de droit cantonal relatives au salaire minimum, avec effet au 1er janvier 2015.

B. \_\_\_\_\_ lui a répondu que son rôle consistait à se porter garant du respect des engagements réciproques des parents placeurs et des parents d'accueil au travers de l'application du cadre tarifaire cantonal, subventionné par l'État et les communes pour permettre d'établir une facturation en fonction de la capacité contributive des parents placeurs, à facturer les prestations effectuées aux parents placeurs, à verser les rétributions aux parents d'accueil et à garantir le traitement conforme des déductions sociales obligatoires (AVS, LPP, assurance- accident); les conventions de placement n'étaient, selon elle, pas assimilables à un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO; elle ne pouvait pas garantir un salaire régulier ou minimal, à mesure que les mutations et les modifications du volume d'activité et des temps d'accueil étaient indépendantes de sa volonté.

Le 10 octobre 2018, la demanderesse est revenue à la charge. La défenderesse a toutefois campé sur ses positions.

**A.d.** Suite à la demande en paiement dont la justice a été saisie (let B.a), la défenderesse a informé la demanderesse, le 17 juillet 2019, que, compte tenu des prétentions élevées à son encontre, il lui paraissait nécessaire de mettre en suspens toute nouvelle demande d'accueil la concernant jusqu'à ce que la situation juridique soit éclaircie.

Le même jour, la demanderesse a mis en demeure la défenderesse de continuer de lui fournir du travail en précisant qu'elle souhaitait prendre en charge de nouveaux enfants et conclure de nouvelles conventions.

La défenderesse s'est toutefois bien gardée de lui confier de nouveaux enfants.

**A.e.** Le 28 octobre 2019, la demanderesse a démissionné de B. \_\_\_\_\_ avec effet au 30 novembre 2019.

## **B.**

**B.a.** Le 8 mai 2019, la demanderesse a saisi la Chambre de conciliation du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers d'une demande en paiement dirigée contre la défenderesse.

Face à l'échec de la conciliation, elle a porté sa demande devant le Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers en concluant au paiement par la défenderesse de 25'516 fr. 80 avec intérêts à 5 % l'an depuis le 1er décembre 2018. En bref, elle considère être soumise au salaire minimum prévu par la législation neuchâteloise (20 fr. l'heure, adaptable chaque année à l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation du mois d'août de l'année précédente; art. 32d de la loi neuchâteloise du 24 mai 2004 sur l'emploi et l'assurance-chômage) et réclame la différence entre la rémunération qu'elle a touchée et le salaire minimum plus élevé. Ceci représente 12'814 fr. 75 pour 2018, 2'241 fr. 80 pour janvier 2019, 1'526 fr. 05 pour février 2019, 1'715 fr. 60 pour mars 2019, 631 fr. 95 pour avril 2019, 1'322 fr. pour mai 2019, 1'025 fr. 05 pour juin 2019, 561 fr. 75 pour juillet 2019, 1'004 fr. 80 pour août 2019, 1'657 fr. 60 pour septembre 2019 et 1'014 fr. 50 pour octobre 2019.

La requête de la défenderesse, tendant à déposer une réponse limitée à la question de l'existence d'un contrat de travail, a été admise le 3 décembre 2019.

Une audience a eu lieu, des pièces ont été déposées, des témoins ont été entendus et les parties ont été interrogées. A la suite de quoi celles-ci ont déposé des plaidoiries écrites sur cette question.

Par jugement du 17 septembre 2021, le Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers a constaté que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO du 1er juin 2011 au 30 novembre 2019. Il a assis cette conclusion sur les éléments suivants: la liberté des parents d'accueil dans l'organisation de leur activité était fortement restreinte par la défenderesse qui disposait d'un pouvoir d'instruction et de contrôle important. L'association allait bien plus loin que le cadre légal, mettant les parents d'accueil dans une situation de dépendance à son égard, sous l'angle personnel, organisationnel, temporel et dans une très large mesure économique. Dans les faits, ceux-ci étaient privés de toute indépendance en raison des nombreuses instructions, consignes et obligations qui leur étaient imposées; ils étaient soumis de manière indirecte à un rapport de subordination. Le fait que l'accès au cadre tarifaire cantonal soit conditionné à l'affiliation à l'association confortait cette appréciation.

**B.b.** Par arrêt du 24 janvier 2022, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel a admis l'appel de la défenderesse, annulé le premier jugement et rejeté la demande. En substance, elle a estimé que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail; la demanderesse était indépendante. Ses motifs seront détaillés dans les considérants en droit du présent arrêt.

### **C.**

La demanderesse forme un recours en matière de droit civil en concluant à ce qu'il soit constaté qu'elle a été liée à la défenderesse par un contrat de travail du 1er juin 2011 au 30 novembre 2019. La cour cantonale a indiqué qu'elle n'avait pas d'observations à formuler et se référait purement et simplement à son arrêt. Pour sa part, l'intimée a conclu au rejet du recours.

### **Considérant en droit :**

#### **1.**

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) par la partie qui a succombé dans ses conclusions en paiement (art. 76 al. 1 LTF), le recours est dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu sur appel par un tribunal cantonal supérieur (art. 75 LTF) dans une affaire civile (art. 72 al.1 LTF), dont la valeur litigieuse atteint le seuil requis (art. 74 al. 1 LTF), étant précisé qu'un litige de droit du travail existe déjà lorsqu'il s'agit de savoir si l'accord des parties doit être qualifié ou non de contrat de travail (cf. ATF 137 III 32 consid. 2.1; arrêts 4A\_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 1 et 4A\_71/2011 du 2 mai 2011 consid. 1.2).

La conclusion constatatoire dont le recours est assorti ne constitue pas un obstacle à sa recevabilité; en effet, la recourante serait bien empruntée d'obtenir du Tribunal fédéral un jugement condamnatore, sachant que l'objet de la procédure a été limité en première instance à la question de l'existence d'un contrat de travail.

Partant, le recours en matière civile est recevable et il s'agit d'entrer en matière.

#### **2.**

**2.1.** Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF) y compris le droit constitutionnel (ATF 136 I 241 consid. 2.1; 136 II 304 consid. 2.4). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes. Il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui (ATF 140 III 86 consid. 2, 115 consid. 2; 137 III 580 consid. 1.3). Par exception à la règle selon laquelle il applique le droit d'office, il n'examine la violation d'un droit constitutionnel que si le grief a été invoqué et motivé de façon détaillée (art. 106 al. 2 LTF; ATF 137 III 580 consid. 1.3; 135 III 397 consid. 1.4 in fine).

**2.2.** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Relèvent de ces faits tant les constatations relatives aux circonstances touchant l'objet du litige que celles concernant le déroulement de la procédure conduite devant l'instance précédente et en première instance, c'est-à-dire les constatations ayant trait aux faits procéduraux (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références citées). Le Tribunal fédéral ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes, c'est-à-dire arbitraires (ATF 140 III 115 consid. 2; 135 III 397 consid. 1.5) ou ont été établies en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

En matière d'appréciation des preuves, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des conclusions insoutenables (ATF 140 III 264 consid. 2.3; 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 III 226 consid. 4.2).

#### **3.**

Le litige porte sur la question de savoir si le rapport contractuel noué entre les parties s'apparente à un contrat de travail (art. 319 ss CO).

**3.1.** La qualification juridique d'un contrat se base sur le contenu de celui-ci (ATF 144 III 43 consid. 3.3). Dans une première étape, il s'agit de déterminer le contenu du contrat en recherchant la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective) (art. 18 al. 1 CO). Si une telle intention ne peut être constatée, le contenu du contrat doit être interprété selon le principe de la confiance (interprétation normative ou objective) (ATF 144 III 43 consid. 3.3; 140 III 134 consid. 3.2; arrêt 4A\_365/2021 du 28 janvier 2022 consid. 4.1.1).

Une fois le contenu du contrat déterminé, il s'agit, dans une seconde étape et sur cette base, de catégoriser juridiquement la convention (arrêts 4A\_365/2021 du 28 janvier 2022 consid. 4.1.1, 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021 consid. 5.1.1). La qualification juridique d'un contrat est une question de droit. Le juge applique le droit d'office (art. 57 CPC) et détermine d'office les règles légales applicables à la convention des parties. Il n'est lié ni par la qualification effectuée par les parties ni par les expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (*"falsa demonstratio non nocet"*) (art. 18 al. 1 CO; ATF 131 III 217 consid. 3; 129 III 664 consid. 3.1; arrêt 4A\_365/2021 du 28 janvier 2022 consid. 4.1.1, 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021 consid. 5.1.1), d'autant qu'il peut être particulièrement tentant de déguiser la nature véritable de la convention pour éluder certaines dispositions légales impératives (ATF 129 III 664 consid. 3.2; 99 II 313 s.). Tout au plus peut-on, selon les circonstances, considérer comme un indice la désignation de la convention des parties comme contrat de travail ou la qualification des parties comme employeur ou employé (arrêt 4A\_64/2020 du 6 août 2020 consid. 6.4).

**3.2.** Par contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêts 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021 consid. 5.1.3, 4A\_64/2020 du 6 août 2020 consid. 6.1, 4A\_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1, 4A\_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1 et 4P.337/2005 du 21 mars 2006 consid. 3.3.2).

**3.3.** Le critère décisif, qui permet de distinguer le contrat de travail en particulier des autres contrats de service, notamment du contrat de mandat (arrêt 4P.83/2003 du 9 mars 2004 consid. 3.2), est de savoir si la personne concernée se trouvait dans une relation de subordination (ATF 130 III 213 consid. 2.1; 125 III 78 consid. 4; 121 I 259 consid. 3a) qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle temporel, spatial et hiérarchique (cf. arrêts 4P.36/2005 du 24 mai 2005 consid. 2.3, 4P.83/2003 du 9 mars 2004 consid. 3.2), même si tous ces aspects ne sont pas toujours tous réunis au même degré. Pour mesurer leur rôle, on se fonde sur l'image globale que présente l'intégration de l'intéressé dans l'entreprise (arrêt 4P.83/2003 du 9 mars 2004 consid. 3.2; GABRIEL AUBERT, Commentaire romand, 3e éd., n. 8 à 10 ad art. 319 CO; PIERRE ENGEL, Contrats de droit suisse, 2e éd., p. 292 et 479; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, 4e éd., p. 26 ss; ADRIAN STAEHELIN/FRANK VISCHER, Commentaire zurichois, n. 38 s ad art. 319 CO; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Commentaire bernois, n. 6 à 12 ad art. 319 CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3e éd., p. 13; VISCHER, Le contrat de travail, TDPS VII, 1, 2, p. 34 et 35, p. 37 ss; JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 3e éd, n. 5 ad art. 319 CO).

Ce lien de subordination est concrétisé par le droit de l'employeur d'établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation; il peut également donner des instructions particulières (art. 321d al. 1 CO) qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'employeur (arrêts 4A\_592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.1, 4C.276/2006 du 25 janvier 2007 consid. 4.3.1).

A l'opposé, le mandataire, qui doit suivre les instructions de son mandant, peut s'organiser librement et décider lui-même de son horaire et de son lieu de travail, et il agit sous sa seule responsabilité (FRANZ WERRO, Commentaire romand, 3e éd., n. 26 et 27 ad art. 394 CO). Le critère de distinction essentiel réside dans l'indépendance du mandataire par rapport à son mandant. Tant que ce dernier, par le biais de ses directives, informe le mandataire de la manière générale dont il doit exécuter sa tâche, les règles du mandat sont applicables. Dès que ces directives vont plus loin, qu'elles influent sur l'objet et l'organisation du travail et qu'elles instaurent un droit de contrôle de celui qui donne les instructions, il s'agit d'un contrat de travail (arrêts 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021 consid. 5.1.3.1, 4A\_64/2020 du 6 août 2020 consid. 6.3.1 et les arrêts cités).

**3.4.** Le rapport de subordination caractéristique du contrat de travail place également, dans une certaine mesure, le travailleur dans une dépendance économique (ATF 121 I 259 consid. 3a; arrêts 4A\_365/2021 du 28 janvier 2022 consid.4.1.2.1; 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021 consid. 5.1.3.1 et les arrêts cités). Est déterminant le fait que, dans le contexte de la prestation que le travailleur doit exécuter, d'autres sources de revenu sont exclues et qu'il ne puisse pas, par ses décisions entrepreneuriales, influencer sur son revenu (arrêts 2C\_575/2020 et 2C\_34/2021 du 30 mai 2022, 4A\_365/2021 du 28 janvier 2022 et 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021 consid. 5.1.3.2). En définitive, il s'agit de savoir si, en se liant par contrat, l'employé a abdiqué son pouvoir de disposition sur sa force de travail, car il ne peut plus participer au résultat économique de sa force de travail ainsi investie, au delà de la rémunération qu'il reçoit à titre de contre-prestation. Un indice important d'une semblable dépendance existe lorsqu'une personne est active seulement pour un employeur. Cet indice est renforcé par un devoir contractuel d'éviter toute activité économique semblable (arrêts 4A\_64/2020 du 6 août 2020 consid. 6.3.6, 4A\_553/2008 du 9 février 2009 consid. 4.2 et 4C.276/2006 du 25 janvier 2007 consid. 4.6.1).

Cela étant, la portée de ce critère doit être relativisée sur deux plans. D'un côté, cette dépendance économique peut également exister dans d'autres contrats. De l'autre, dans le contrat de travail, une dépendance économique réelle n'est pas toujours présente (arrêts 4A\_64/2020 du 6 août 2020 consid. 6.3.6, 4A\_592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.1 et 4C.276/2006 du 25 janvier 2007 consid. 4.6.1). Ainsi, il peut aussi y avoir contrat de travail lorsque l'employé n'est pas dépendant financièrement de son salaire, en raison de sa fortune ou de sa situation familiale. S'agissant de personnes employées à temps partiel, il n'y a pas non plus de dépendance économique lorsque la force de travail restante investie ailleurs suffit à financer le quotidien (arrêts 4A\_64/2020 du 6 août 2020 consid. 6.3.6 et 4C.276/2006 du 25 janvier 2007 consid. 4.6.1).

**3.5.** Des difficultés singulières peuvent apparaître lorsque le contrat porte sur des prestations caractéristiques des professions dites libérales, où une certaine autonomie est admise dans les deux situations de contrat de travail et de contrat de mandat, la séparation entre service indépendant et service dépendant étant très mince (STAEHELIN/VISCHER, Commentaire zurichois, n. 39 ad art. 319 CO; REHBINDER, Commentaire bernois, n. 52 ad art. 319 CO; BRÜHWILER, op. cit., p. 30; WERRO, op. cit., n. 27 ad art. 394).

La difficulté s'est encore accrue plus récemment en raison de l'apparition des collaborateurs libres (*Freie Mitarbeiter/Freelancer*), à cause d'un besoin accru de flexibilité des employeurs et de modifications sociologiques dans la conception du travail, de la part des employés (WOLFGANG HARDER, *Freie Mitarbeiter / Freelancer / Scheinselbständige - Arbeitnehmer, Selbständige oder beides ?* in: ArbR 2003, p. 72 et 73). Les travailleurs libres sont définis comme des personnes indépendantes agissant seules et mettant à disposition d'un autre entrepreneur leur activité personnelle et sans l'aide d'un tiers, pendant un temps plus ou moins long, de manière exclusive ou presque, étant précisé qu'ils demeurent autonomes dans l'organisation de leur travail, tant d'un point de vue temporel que matériel (HARDER, op. cit., p. 71 n. 1.3). Comme cette nouvelle catégorie d'intervenants ne répond clairement ni à la définition de travailleur ni à celle d'indépendant, et que les caractéristiques de ces deux types d'activité lucrative se retrouvent dans la relation juridique les liant à l'employeur, respectivement au mandant ou à l'entrepreneur, il convient d'examiner de cas en cas si les art. 319 et ss CO s'appliquent, étant précisé que la qualification de contrat de travail *sui generis* devrait être retenue, pour mettre ces personnes au bénéfice d'une partie des normes protectrices du droit du travail, sans les assimiler toutefois entièrement au travailleur (arrêts 4P.36/2005 du 24 mai 2005 consid. 2.3, 4P.83/2003 du 9 mars 2004 consid. 3.2; HARDER, op. cit., p. 78, 79 et 84). Elles devraient en particulier être justiciables des tribunaux spéciaux du travail (HARDER, op. cit., p. 81).

Dans une affaire qui concernait le statut d'une cardio-technicienne diplômée travaillant dans un hôpital, le Tribunal fédéral a considéré que la conclusion à laquelle avait abouti la cour cantonale, selon laquelle la personne en cause était indépendante, n'avaient rien d'arbitraire : cette cardio-technicienne n'était soumise qu'aux instructions du chirurgien conduisant l'opération, celui-ci étant lui-même fréquemment indépendant et, bien que son travail impliquât une coordination avec les autres intervenants et la nécessité de respecter l'organisation de l'hôpital, la direction de celui-ci ne lui adressait pas d'injonctions. D'autres indices confortaient cette appréciation : les contrats mentionnaient la qualité d'indépendante de la personne visée, il n'y avait pas de contrôle horaire la concernant, elle n'avait jamais demandé le remboursement des frais découlant de l'usage du bip et du portable personnel, sa rémunération était irrégulière et qualifiée d'"honoraires", elle pouvait travailler dans d'autres établissements hospitaliers, les cotisations sociales n'avaient pas été payées et elle était assujettie à la TVA (arrêt 4P.36/2005 du 24 mai 2005 consid. 2.3 et 2.4).

Plus récemment, le Tribunal fédéral s'est penché sur le statut d'une personne qui avait conclu un contrat avec un psychiatre pour exercer comme psychothérapeute déléguée aux frais de l'assurance de base. Là encore, il a confirmé le jugement cantonal lequel n'avait pas retenu la qualification de contrat de travail. Les motifs suivants ont déterminé son jugement : le fait que cette praticienne exerçait la psychothérapie de manière largement indépendante, l'absence pratique de directives du psychiatre à son endroit, l'aménagement complètement libre de son temps de travail et de ses vacances, l'absence d'une obligation de travailler et la faculté de décider de manière autonome quelle serait l'ampleur de son activité, l'acquisition en propre de ses patients, l'absence de prétention tendant à une attribution de patients par l'autre partie, la prise en charge intégrale des frais par cette psychothérapeute, le fait d'assumer elle-même le risque de l'entreprise - et corrélativement le risque très limité assumé par le psychiatre -, finalement le caractère fluctuant de sa rémunération. Certes, une place de travail et une certaine infrastructure lui était mise à disposition; s'y ajoutaient une certaine dépendance économique vis-à-vis du psychiatre, l'intitulé "contrat de travail" dont les parties s'étaient servies pour désigner leur accord et le fait que les cotisations sociales aient été déduites de la rémunération versée. Cela étant, ces éléments ne revêtaient pas un caractère prépondérant, d'autant que les relations s'inscrivaient dans un contexte assez spécifique : la recourante voulait exercer son activité de psychothérapeute de manière largement indépendante, mais à charge de l'assurance de base (arrêt [4A\\_64/2020](#) du 6 août 2020 consid. 8 et 9).

Dans deux affaires remontant au 30 mai 2022, la IIe Cour de droit public a été amenée à trancher le caractère dépendant ou non de l'activité des livreurs d'Uber Eats, respectivement des chauffeurs d'Uber Switzerland GmbH. Appelée à déterminer si les activités d'Uber Eats relevaient de la location de services soumise à autorisation, ladite Cour s'est prononcée sur la question préalable de savoir si la relation contractuelle entre la société et les livreurs concernés s'apparentait à un contrat de travail. Elle a relevé à cet égard, en s'inspirant des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de céans, que le système de notation de ces livreurs, tout comme leur géolocalisation, constituait un moyen de contrôle qui les plaçait dans une relation de subordination à l'égard de la plateforme. S'y ajoutait une grande quantité de consignes couplée à des sanctions en cas de manquement, allant jusqu'à des restrictions d'accès et la désactivation du compte sans préavis. La plateforme exerçait donc un pouvoir de contrôle et de surveillance sur leur activité, propre au contrat de travail. C'est donc cette qualification qui l'a emporté ([ATF 148 II 426](#) consid. 6.6). Dans la seconde de ces affaires, il lui appartenait de déterminer si Uber s'apparentait à une entreprise de transport assujettie à la loi genevoise sur les taxis et voitures de transport avec chauffeur. Pour ce faire, elle se devait d'examiner - à travers le prisme de l'arbitraire, puisqu'il s'agissait de droit cantonal - si l'entreprise était liée à un ou plusieurs chauffeurs par un contrat de travail. Plusieurs éléments lui ont à cet égard paru décisifs : Uber contrôlait entièrement les prix des courses, dictait intégralement les conditions tarifaires, sans possibilité pour le chauffeur d'en négocier le montant avec le client, et facturait les prestations aux clients; elle régissait de manière précise la façon dont la prestation de transport devait être effectuée, en donnant notamment des consignes quant au véhicule et au comportement à suivre par les chauffeurs, ainsi qu'en fixant l'itinéraire à suivre. Les chauffeurs n'étaient pas libres d'organiser leur travail une fois connectés à la plateforme, les refus de courses répétés étant sanctionnés par des désactivations du compte pour une durée déterminée. La géolocalisation permettait également de contrôler leur activité; un itinéraire jugé inefficace pouvait ainsi être sanctionné par une diminution du prix de la course. Pour parachever cette surveillance, les livreurs étaient soumis à un système de notation et de plaintes, sans possibilité d'en connaître l'auteur, et Uber pouvant à son entière discrétion désactiver un compte pendant le traitement d'une plainte. Ceci dénotait une relation de subordination caractéristique d'un contrat de travail (arrêt [2C\\_34/2021](#) du 30 mai 2022 consid. 10.2).

**3.6.** Des critères formels tels que les déductions aux assurances sociales ainsi que le traitement fiscal de l'activité en cause revêtent une importance secondaire (arrêts [4A\\_64/2020](#) du 6 août 2020 consid. 6.4; [4A\\_713/2016](#) du 21 avril 2017, [4A\\_592/2016](#) du 16 mars 2017 consid. 2.1).

Le droit des assurances sociales (art. 10 LPGA et 5 LAVS) ne repose d'ailleurs pas totalement sur les mêmes critères. Le domaine est jalonné par les directives de l'OFAS ([ATF 128 III 129](#) consid. 1a/aa; arrêt [4A\\_64/2020](#) du 6 août 2020 consid. 6.4). Le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée n'est pas tranché, dans ce contexte, d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, ce sont bien plutôt les circonstances économiques ([ATF 140 V 241](#) consid. 4.2), même si les rapports de droit civil peuvent fournir quelques indices (arrêts [9C\\_70/2022](#) et [9C\\_76/2022](#) du 16 février 2023 in: [ATF 149 V 57](#) consid. 6.2, [8C\\_202/2019](#) du 9 mars 2020 consid. 3.2).

**3.7.** L'existence de prescriptions de droit public dans des domaines d'activité réglementés par une collectivité publique pour des motifs d'intérêt public et de police n'a, en revanche, pas de portée décisive pour déterminer si une personne exerçant une activité commerciale est indépendante ou a un statut de salarié (arrêt 8C\_38/2019 du 12 août 2020 consid. 6.2.2)

**3.8.** En somme, il faut prioritairement tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique (arrêts 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021 consid. 5.1.3.2; 2C\_714/2020 du 14 décembre 2010 consid. 3.4.2). Constituent des éléments typiques du contrat de travail le remboursement des frais encourus par le travailleur, le fait que l'employeur supporte le risque économique et que le travailleur abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré (arrêts 4A\_53/2021 au 21 septembre 2021 consid. 5.1.3.2, 4A\_64/2020 du 6 août 2020 consid. 6.3.5 et les arrêts cités). Ces critères ne sont toutefois pas exhaustifs. Et en tout état de cause, les circonstances concrètes doivent être appréciées dans leur tableau d'ensemble.

#### **4.**

Ceci étant rappelé, il s'agit d'examiner les éléments qui cristallisent le présent litige.

**4.1.** A l'inverse du Tribunal des Prud'hommes, la cour cantonale a considéré que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail. Dans son raisonnement, elle égrène tour à tour les éléments qui pointent dans cette direction, ceux qui la conduisent à réfuter l'appréciation portée par les premiers juges et finalement ce que la législation cantonale impose sans dicter la qualification du contrat. Ceci se traduit par les suivantes considérations :

-- En sa qualité de parent d'accueil, la demanderesse accueillait des enfants de moins de 12 ans à la journée, ce qui fait qu'elle était soumise à un régime d'autorisation (art. 13 ss de l'ordonnance fédérale du 19 octobre 1977 sur le placement d'enfants; OPE, RS 211.222.338) et de surveillance (art. 19 OPE). C'était la défenderesse qui se chargeait de lui obtenir, respectivement de renouveler tous les deux ans, l'autorisation en question auprès de l'Office des structures d'accueil extrafamilial et des institutions d'éducation spécialisée (OSAE) attaché au Service de protection de l'adulte et de la jeunesse (SPAJ) du canton de Neuchâtel. Il s'agissait d'un service qu'elle lui rendait, mais si la demanderesse avait désiré s'en charger elle-même, rien ne l'en aurait empêchée.

-- Pour les besoins de l'octroi de cette autorisation, la défenderesse demandait aux parents d'accueil une série de documents, dont un extrait du casier judiciaire et un certificat médical. Ce certificat médical n'était pas exigé par la loi. Toutefois, l'excès de zèle de B.\_\_\_\_\_ ne dénotait pas l'existence d'un contrat de travail.

-- B.\_\_\_\_\_ recueillait également des informations telles que le lieu de domicile, le parcours de vie, les valeurs éducatives et la possession éventuelles d'animaux du parent d'accueil de jour. Cela étant, cette démarche était justifiée par le besoin d'assurer une correspondance avec les attentes individuelles des parents placeurs.

-- Le SPAJ semblait considérer que la démission d'un parent d'accueil de jour de B.\_\_\_\_\_ entraînait de plein droit la révocation de l'autorisation d'exercer cette activité. Ainsi, lorsque la demanderesse avait quitté B.\_\_\_\_\_, le service en question l'avait informée que " suite à sa "cessation d'activité en tant que parent d'accueil de jour affilié à B.\_\_\_\_\_", l'autorisation délivrée par l'OSAE était "devenue caduque". Cela étant, ce raisonnement était "à première vue" juridiquement insoutenable et il appartenait, le cas échéant, à la demanderesse de s'y opposer, si elle entendait continuer à bénéficier de cette autorisation.

-- La surveillance générale en matière de protection d'enfants pris en charge hors du milieu familial, tout comme la surveillance des lieux d'accueil soumis à autorisation, était exercée par le SPAJ (art. 1 s. et 7 al. 1 du règlement général neuchâtelois du 5 décembre 2011 sur l'accueil des enfants [REGAE; RSN 400.10]). De son côté, la défenderesse se réservait également le droit de contrôler en tout temps les conditions d'accueil, comme cela résultait des conventions d'accueil signées par B.\_\_\_\_\_, le parent d'accueil ainsi que les parents placeurs (conventions d'accueil tripartites). D'après la cour cantonale, cette double surveillance pouvait parfaitement se concevoir puisque les contrôles opérés visaient le bien de l'enfant ainsi que le développement et la qualité de l'accueil familial de jour, but que le législateur s'était fixé (art. 1a OPE et art. 1er de la loi neuchâteloise du 28 septembre 2010 sur l'accueil des enfants [LAE, RSN 400.1]). Cette contrainte était d'autant moins intrusive que l'inspection par B.\_\_\_\_\_ avait parfois lieu en même temps que celle effectuée par l'OSAE.

-- D'après les conventions d'accueil tripartites, les parents d'accueil de jour s'engageaient à suivre la formation obligatoire, consistant dans la formation de base ainsi que, dans la dernière version de ces conventions, les formations continues organisées par la défenderesse. La demanderesse devait en outre, depuis 2018, "participer au minimum une fois par année aux soirées d'échanges organisées par les coordinatrices de B. \_\_\_\_\_"; cette participation était uniquement encouragée dans la version antérieure des conventions. La cour cantonale a toutefois estimé que la demanderesse n'avait pas allégué avoir suivi l'une ou l'autre séance de formation continue et qu'en tout état de cause, il s'agissait d'une contrainte "très négligeable". A quoi s'ajoutait que ces prestations étaient utiles aux parents d'accueil, même s'ils ne le voyaient pas tous de cet oeil, et permettaient de s'assurer de leurs compétences. En tous les cas, cette exigence ne dénotait pas une relation de subordination.

-- B. \_\_\_\_\_ ne faisait pas de prospection active auprès de parents placeurs. En pratique, ceux-ci approchaient un parent d'accueil membre de B. \_\_\_\_\_, lequel se tournait alors vers cette dernière pour l'établissement d'une convention. Alternativement, ils s'adressaient directement à B. \_\_\_\_\_, auquel cas celle-ci leur proposait plusieurs parents d'accueil au choix en fonction des critères qu'ils avaient définis. Cela étant, B. \_\_\_\_\_ n'avait jamais donné de garantie aux parents d'accueil en termes de rémunération ou de nombre d'enfants à garder.

-- Il n'était pas établi que B. \_\_\_\_\_ ait jamais refusé de signer une convention d'accueil lorsque parents placeurs et parent d'accueil s'étaient entendus pour que les premiers confient la garde d'un enfant au second. Un obstacle d'un autre ordre pouvait se dresser, en ce sens que la législation pertinente limitait le nombre d'enfants gardés par le même parent d'accueil à cinq, dont au maximum trois enfants scolarisés (art. 12 REGAE).

-- Certes, B. \_\_\_\_\_ se réservait le droit, dans les conventions d'accueil tripartites, de modifier ou de résilier unilatéralement lesdites conventions. Cela étant, ces réserves n'étaient juridiquement pas valables; B. \_\_\_\_\_ pouvait uniquement s'opposer à ce qu'un parent d'accueil poursuive son activité avec elle.

-- Certes encore, lorsque la relation avec la recourante était devenue litigieuse, B. \_\_\_\_\_ avait refusé le placement d'un (nouvel) enfant chez celle-ci "par décision prise conjointement par le comité cantonal et le représentant de l'OSAE dans l'attente de connaître l'issue de la présente procédure". Mais ce cas était exceptionnel et les conventions de garde existantes avec la recourante avaient été maintenues.

-- Selon les conventions d'accueil, en cas d'incapacité du parent d'accueil de jour d'accueillir l'enfant, B. \_\_\_\_\_ s'efforçait de trouver une solution de remplacement. Quant au parent d'accueil de jour, il s'engageait à "transmettre à [B. \_\_\_\_\_] tout changement de situation administrative ou familiale dans un délai de sept jours" et, en cas de grossesse, à "avertir la coordinatrice au moins 4 mois avant le terme". Il s'engageait également à annoncer ses vacances au moins un mois à l'avance. Cette attente de B. \_\_\_\_\_ était parfaitement légitime pour la mettre en mesure d'offrir des solutions de garde alternatives aux parents placeurs.

-- B. \_\_\_\_\_ ne fixait pas les horaires de travail. C'était la recourante qui indiquait les jours et les heures durant lesquelles elle souhaitait travailler. Il existait des blocs horaires fixés par le canton, pour des motifs de coordination avec les horaires de l'école publique (un bloc horaire complet correspondant à 6h30-18h30). Les heures de garde n'étaient subventionnées que dans la mesure où elles s'inscrivaient dans ces blocs horaires. B. \_\_\_\_\_ se contentait de "décrire" ces blocs horaires. Les horaires d'accueil de chaque enfant étaient mentionnés dans les conventions d'accueil et dépendaient tant des disponibilités du parent d'accueil que des besoins des parents placeurs. Le parent d'accueil s'engageait à ne pas garder les enfants en dehors de l'horaire prévu par la convention, hormis pour de ponctuels "dépannages" en accord avec la coordinatrice de B. \_\_\_\_\_. En cas de dépassement du bloc horaire convenu, le temps de garde excédentaire s'inscrivait dans un bloc supplémentaire non subventionné car situé hors du cadre légal. Lorsqu'il était annoncé, il était facturé aux parents placeurs et payé aux mamans de jour.

-- Les prix n'étaient pas unilatéralement décidés par B. \_\_\_\_\_. Bien au contraire, dans le domaine de l'accueil subventionné, la rémunération des parents d'accueil était fixée par le SPAJ.

-- L'accueil subventionné ne pouvait se faire que dans le cadre de B. \_\_\_\_\_ (ou d'une autre association du même type). Cela étant, la recourante aurait pu exercer une activité de parent d'accueil hors du cadre de cette association, c'est-à-dire hors du cadre subventionné, à condition qu'elle ait requis et obtenu une autorisation ad hoc du SPAJ. Cela étant, du moment qu'elle exerçait une activité pour B. \_\_\_\_\_, elle n'était pas autorisée à garder d'autres enfants en parallèle, c'est-à-dire hors du cadre de B. \_\_\_\_\_. D'après cette dernière, l'explication tiendrait en ceci qu' "il ne serait pas possible (à défaut) de vérifier que le nombre d'enfants (maximal) serait respecté". La cour cantonale a toutefois estimé que cette exigence n'était pas révélatrice d'un contrat de travail, car elle se retrouvait également dans d'autres contrats.



-- C'est B. \_\_\_\_\_ qui facturait aux parents placeurs et aux communes leur participations respectives. Si les parents ne payaient pas les factures envoyées par B. \_\_\_\_\_, les mamans de jour étaient rétribuées tout de même par l'association.

-- Durant le confinement lié au COVID-19, les parents d'accueil de jour avaient également été payés alors même qu'ils avaient interrompu leur activité. Toutefois, d'après la cour cantonale, ce paiement était intervenu grâce à une subvention et, en tout état de cause, la situation avait revêtu un caractère exceptionnel.

-- B. \_\_\_\_\_ s'obligeait à conclure les contrats couvrant la demanderesse s'agissant de la maladie et de la prévoyance professionnelle.

-- Elle adressait chaque mois à la demanderesse des documents intitulés "décomptes de salaire" ou "bulletins de salaire". Ces décomptes mentionnaient à titre de "composants de salaire" un montant déterminé en fonction du nombre des différents blocs, un montant correspondant au "paiement d'indemnités de vacances" (8,33 % du salaire pour valoir quatre semaines de vacances annuelles) et des montants visant à la dédommager pour les articles d'hygiène et les repas des enfants. Du "salaire brut" étaient déduites les cotisations AVS, AC, accident non professionnels, LAAC, IJM et CP/LPP. La caisse de pension était imposée par le canton et les cotisations scindées entre une part employeur et une part employé. D'après la défenderesse, il aurait été trop compliqué de faire différemment étant donné que l'association utilisait les logiciels de l'Etat. Et d'ailleurs, les déductions afférentes aux assurances sociales n'étaient pas déterminantes pour qualifier le contrat.

-- Selon les conventions d'accueil tripartites, B. \_\_\_\_\_ fournissait à la défenderesse certains objets (notamment lits de voyage, chaises hautes, poussettes doubles, barrières de sécurité, baby relax et sièges auto) "dans la mesure des stocks disponibles". Elle versait en outre une indemnité aux parents d'accueil pour les articles d'hygiène (couches et lingettes pour les enfants en âge pré-scolaire) ainsi que pour les repas. Les parents d'accueil ne supportaient donc pas les coûts corrélatifs. Cela étant, il s'agissait là d'avantages de nature à les inciter à s'affilier à B. \_\_\_\_\_; ils ne dénotaient pas l'existence d'un contrat de travail. D'ailleurs, les articles mis à disposition par B. \_\_\_\_\_ pouvaient parfaitement provenir de donations.

-- Les conventions d'accueil tripartites précisaient qu'elles "n' (étaient) en aucun cas un contrat de travail, mais une convention garantissant aux parties signataires le respect des engagements de chacun ". La défenderesse spécifiait qu'elle intervenait en qualité de simple intermédiaire.

-- Enfin, les parents d'accueil de jour bénéficiaient d'un ruling fiscal avec le service cantonal des contributions, selon lequel: " malgré que B. \_\_\_\_\_ verse un salaire, en réalité les parents d'accueil sont indépendants " ce qui leur offrait la possibilité d'opérer des déductions fiscales supplémentaires du revenu imposable, comme n'importe quel indépendant. S'agissant de la recourante, ses revenus avaient toujours été déclarés et subséquemment imposés comme revenus provenant d'une activité dépendante principale. Quoi qu'il en soit, l'appréciation de l'autorité fiscale n'était pas un élément pertinent.

Pour synthétiser, la cour cantonale a estimé que la défenderesse jouait le rôle d'une simple interface entre parents placeurs et parents d'accueil. Elle rendait un certain nombre de services (demande d'autorisation, formations, mise en relation, fourniture de matériel) et offrait certaines garanties aux parents placeurs (continuité de la garde en cas de maladie du parent d'accueil, subventionnement, surveillance accrue). Cela étant, elle ne dictait pas aux parents d'accueil la manière dont ils menaient leur activité, leurs horaires, le nombre d'enfants à garder, ni les prix pratiqués, lesquels étaient fixés par l'Etat. Il était nécessaire de passer par elle pour obtenir une rémunération subventionnée, ce qui allait de pair avec un encadrement accru sur le plan de la rémunération, de la surveillance et des conditions d'accueil.

**4.2.** La recourante dénonce l'arbitraire dans la constatation des faits et l'appréciation des preuves. Elle se plaint également d'une violation de l'art. 319 CO. En somme, elle n'aurait eu d'autre choix que de travailler pour B. \_\_\_\_\_ puisque la grande majorité des parents placeurs ne souhaitait ou ne pouvait pas renoncer au subventionnement de l'Etat. B. \_\_\_\_\_ lui imposait les mêmes obligations qu'un employeur, lui dictant les formations à suivre, les blocs horaires, l'obligation de ne point garder d'autres enfants que ceux qu'elle lui confiait et fixant la rémunération horaire correspondante. B. \_\_\_\_\_ s'était également arrogée un rôle administratif important qui la plaçait devant l'obligation de lui délivrer des données éminemment personnelles. B. \_\_\_\_\_ s'était également réservée le droit de modifier, respectivement de résilier les conventions d'accueil tripartites et avait, dans les faits, décidé de ne plus lui confier de nouvel enfant dès le moment où la discussion sur son statut de salariée s'était envenimée, ce qui démontrait bien qu'elle faisait usage de cette clause à son bon vouloir. En outre, elle exerçait une surveillance caractéristique d'une relation de subordination. Finalement, elle lui délivrait des "décomptes de salaires" mensuels, opérait les déductions salariales

afférentes aux assurances sociales et lui bonifiait mensuellement un montant correspondant à quatre semaines de vacances par année. Tous ces éléments pointaient vers un contrat de travail.

## 5.

**5.1.** Les arguments de la recourante font mouche. En effet, plusieurs éléments ne cadrent pas avec le rôle de simple interface entre parents placeurs et parents d'accueil auquel se cantonnerait prétendument l'intimée.

Il y a tout d'abord les formations que l'intimée impose aux parents d'accueil. D'après les conventions d'accueil tripartites, ceux-ci s'engagent à suivre une formation obligatoire ainsi que, selon la dernière version de ces conventions, des formations continues organisées par l'intimée. Ces formations ne s'inscrivent pas dans une obligation légale quelconque. Le législateur a en effet estimé que les parents d'accueil de jour n'avaient pas à justifier de qualifications professionnelles particulières. C'est là une obligation que la recourante leur impose pour satisfaire à ses propres critères de qualité et qui plaide clairement pour une relation de dépendance (arrêts [4A\\_365/2021](#) du 28 janvier 2022 consid. 4.2.2 et [8C\\_571/2017](#) du 9 novembre 2017 consid. 3.1). La délimitation avec les directives de l'employeur sur la manière dont le travail doit être exécuté n'est d'ailleurs pas si évidente lorsque c'est lui qui en définit le contenu et qui les dispense, comme dans le cas présent. La cour cantonale est demeurée imperméable à cette logique. Pour elle, la recourante n'a pas allégué formellement avoir suivi l'une ou l'autre formation continue. On ne saurait lui emboîter le pas. C'est un fait acquis que la recourante a suivi la formation de base imposée par l'intimée et qu'elle a signé des conventions par lesquelles elle s'est engagée à suivre des formations continues. Ceci suffit à la logique du raisonnement, sans que l'on ait à trancher la question de savoir si, dans un procès tel que celui-ci, régi par la maxime inquisitoire (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC), un allégué relatif à la fréquentation desdites formations continues était véritablement indispensable. Quant au dernier argument par lequel l'arrêt cantonal entend sceller le sujet, il ploie devant le simple bon sens : si lesdites formations étaient à ce point utiles et la contrainte qu'elles représentent si négligeable, l'intimée ne l'aurait pas traduit par une obligation contractuelle.

S'y ajoute le contrôle que l'intimée exerce sur les parents d'accueil, comme les conventions d'accueil tripartites le prévoient. A nouveau, il faut observer que cette surveillance n'est pas imposée par la législation topique. Le canton de Neuchâtel n'a pas non plus délégué cette tâche, mais il l'exerce lui-même par l'intermédiaire du SPAJ. C'est dire que l'intimée exerce un contrôle indépendant et parallèle à celui du SPAJ sur les parents d'accueil. Cette surveillance est également typique d'une relation de subordination. Dans une relation contractuelle liant deux indépendants, l'on concevrait mal que le premier s'arrogé le droit de contrôler la manière dont le second exécute son travail au quotidien. Cette prérogative est plutôt celle qu'un employeur exerce vis-à-vis d'un travailleur. La cour cantonale relativise l'importance de cet élément au motif que le contrôle de l'Etat s'exercerait souvent en même temps que celui du SPAJ, mais l'argument de la commodité d'un seul contrôle ne signifie pas que cette surveillance ne soit pas affûtée.

**5.2.** Un élément supplémentaire détone fondamentalement dans le tableau que dépeint la cour cantonale, à savoir la dépendance économique dans laquelle la recourante se trouve vis-à-vis de l'intimée. En contractant avec elle, la recourante abdique toute faculté de garder d'autres enfants qui ne lui seraient pas confiés par l'intimée. En d'autres termes, d'autres sources de revenus indépendantes de l'intimée sont exclues dans ce domaine d'activité.

L'intimée justifie cette exclusivité par le fait qu'il serait impossible, à défaut, de contrôler si la recourante garde cinq enfants au maximum, dont au maximum trois enfants scolarisés, comme l'art. 12 REGAE le prescrit. Cette explication ne convainc toutefois pas. On ne voit pas en quoi cette exigence contractuelle représenterait un levier plus puissant que l'art. 12 REGAE. Car si un parent d'accueil enfreint le cadre légal, ce que le SPAJ peut contrôler par des visites inopinées, son autorisation lui sera fatalement retirée; une clause d'exclusivité ne va pas davantage l'arrêter. L'exclusivité imposée à la recourante ne se justifie donc pas par la possibilité théorique que celle-ci puisse ne pas respecter les conditions légales. Elle est bien plutôt évocatrice de l'obligation de fidélité du travailleur.

Comme la jurisprudence l'a mis en exergue, consacrer toute sa force de travail à un mandataire à l'exclusion de toute autre activité lucrative plaide pour une dépendance économique et donc une activité dépendante (arrêt [4A\\_365/2021](#) du 28 janvier 2022 consid. 4.2.2 et 4.3.2). Et dans le cas d'espèce, force est de constater que la recourante a abdiqué son pouvoir de disposition sur sa force de travail au profit de l'intimée, au point de se retrouver totalement dépendante économiquement de celle-ci. S'il avait été isolé, cet élément n'eût pas été suffisant, comme le révèle un arrêt récent relatif à

un taxi affilié à une centrale (arrêt 8C\_38/2019 du 12 août 2020 consid. 6). Rien de semblable toutefois dans le cas présent, puisque plusieurs éléments convergent vers la même solution.

**5.3.** A en croire l'intimée, la recourante disposerait d'une notable autonomie, caractéristique d'une activité indépendante. Plus d'un pas sépare toutefois ce postulat de la réalité.

L'intimée soutient que la recourante définit ses propres horaires de travail. En réalité, l'État détermine les horaires dans le cadre desquels une garde d'enfant subventionnée peut s'inscrire et l'intimée définit des blocs dans le cadre de ces horaires. Certes, la recourante peut opérer un choix parmi les blocs horaires en question, mais toute l'autonomie que l'intimée lui prête s'épuise dans cette seule et unique faculté. Comme la jurisprudence l'a déjà évoqué (ATF 122 V 169 consid. 6a/cc), il n'y a rien là qui dénote nécessairement une activité indépendante.

D'après l'intimée, la recourante décide de garder ou non un enfant donné. Rien de très étonnant, pourrait-on lui objecter, compte tenu du lien de confiance nécessaire et de la responsabilité qu'elle peut encourir. On est encore loin de l'autonomie décisionnelle caractéristique d'une activité indépendante.

Toujours selon l'intimée, la recourante peut organiser "comme elle l'entend" l'accueil des enfants. On ne saurait toutefois lui emboîter le pas. La recourante doit nécessairement exercer son activité à son domicile; elle doit annoncer ses vacances, indisponibilités et éventuelle grossesse bien à l'avance; l'intimée exige d'elle qu'elle pose sur le papier les valeurs éducatives qu'elle prône, qu'elle dévoile son parcours de vie et démontre par un certificat médical qu'elle est bien portante. Elle lui impose le suivi d'une formation initiale ainsi que celui de formations continues qu'elle dispense elle-même; à quoi s'ajoute que l'intimée exerce une surveillance sur la manière dont la recourante travaille au quotidien et se réserve le droit de cesser de lui donner du travail, ce qu'elle a d'ailleurs décidé de faire lorsque la recourante a évoqué son statut de salariée, en décidant unilatéralement de ne plus lui confier de nouveaux enfants; c'est peu dire que la recourante n'est pas libre d'exercer son activité comme elle l'entend.

L'intimée souligne encore que la recourante décide seule du nombre d'enfants qu'elle entend accueillir. Il est vrai que la recourante dispose là d'une certaine marge de manoeuvre, l'art. 12 REGAE fixant de toute manière un plafond à ses éventuelles ambitions. Cela étant, il en faudrait davantage pour y voir l'autonomie décisionnelle d'un indépendant. D'autant que l'intimée pouvait parfaitement contrecarrer les aspirations de la recourante, puisque celle-ci ne pouvait contracter avec nul autre qu'elle et qu'aucune garantie ne lui était donnée quant à l'obtention d'un nombre de gardes données.

**5.4.** La question se pose dès lors avec acuité. La recourante pouvait-elle, par ses décisions entrepreneuriales, influencer sur son revenu? Rien n'accrédite véritablement cette hypothèse. La recourante ne pouvait déléguer tout ou partie de ses tâches pour gagner davantage; elle ne disposait d'aucun levier pour augmenter le prix de l'heure de garde qui était déterminé par l'intimée en fonction des heures facturées aux parents placeurs - dont le montant est fixé par la loi - des subventions reçues et de ses propres charges. Tout au plus pourrait-elle garder davantage d'enfants, pour autant qu'ils lui soient confiés par l'intimée elle-même ce qui reste à la libre discrétion de cette dernière. Ceci n'en fait pas une indépendante.

**5.5.** D'autres éléments confortent cette conclusion.

Tout d'abord, la recourante ne supporte pas de risque entrepreneurial. Son activité ne nécessite aucun investissement. Certes, en présence d'une activité n'exigeant pas - de par sa nature - des investissements importants, ce critère revêt un poids moindre dans l'appréciation d'ensemble. Il n'en mérite pas moins la mention.

C'est l'intimée qui se charge de facturer et de recouvrer les montants idoines auprès des parents placeurs, comme de récolter les subventions corrélatives. Le risque de non-recouvrement des heures de garde auprès d'un parent placeur est également assumé par l'intimée. Quel que soit le montant engrangé par l'intimée, la recourante reçoit le montant correspondant aux heures de garde qu'elle a effectuées.

La recourante reçoit ses outils de travail de l'intimée. Ainsi, des éléments tels que lits de voyage, chaises hautes, poussettes doubles, barrières de sécurité, baby relax et sièges auto lui sont fournis par celle-ci. Savoir comment l'intimée se les est procurés n'est guère déterminant. Les frais professionnels de la recourante lui sont également remboursés; ainsi, s'agissant des articles d'hygiène (couches et lingettes pour les enfants en âge préscolaire) et des repas pour les enfants. Ces remboursements sont typiques d'un contrat de travail. Savoir s'il s'agit d'éléments incitant à contracter avec l'intimée, comme l'évoque la cour cantonale, est sans importance.

**5.6.** Pour couronner le tout, la recourante reçoit mensuellement de l'intimée des documents intitulés "décomptes de salaire", dans lesquels les charges sociales sont déduites de son revenu. L'intimée a beau jeu de prétendre que les logiciels qu'elle utilise lui seraient imposés par l'Etat. Les sommes qu'elle débite du salaire de la recourante sont bien réelles. Il ne s'agit pas d'une simple problématique formelle. La recourante reçoit également chaque mois de l'intimée un montant correspondant au "paiement d'indemnités de vacances", calculées en fonction de quatre semaines de vacances par année. On saurait difficilement faire plus explicite.

**5.7.** En définitive, la cour cantonale s'est fourvoyée. Le contrat liant l'intimée à la recourante s'apparente à un contrat de travail. Elle ne pouvait donc pas rejeter la demande au motif que la recourante revêtait un statut d'indépendant. Il s'impose par conséquent de lui renvoyer l'affaire afin qu'elle examine et tranche les prétentions salariales formulées par la recourante.

**6.**

Partant, le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé.

L'affaire est renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision conformément aux considérants.

L'intimée supportera les frais judiciaires fixés selon le tarif réduit eu égard à la valeur litigieuse et versera à la recourante une indemnité à titre de dépens.

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé.

**2.**

L'affaire est renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision conformément aux considérants.

**3.**

Les frais judiciaires fixés à 1'000 fr. sont mis à la charge de l'intimée.

**4.**

L'intimée versera à la recourante une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens.

**5.**

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel.

Lausanne, le 3 janvier 2024

Au nom de la Ire Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Jametti

Le Greffier : Botteron