

# ENTRE INFLUENCE DÉCISIVE ET INTÉGRATION DANS L'ORGANISATION: UNE NOUVELLE GÉNÉRATION DE SUBORDINATION POUR LE TRAVAILLEUR DE PLATEFORME?

Sabrina Magoga-Sabatier<sup>1</sup>

*Intermediary relationship is the common thread if any, between the various digital platforms providing services. This betweenness distends the economic relationship between the provider and the recipient of the service. It is this precise factor, which the platforms claim to be their know-how, that is the core of the employment relationship in the digital era. This intermediation is sometimes so powerful, aiming to integrate the worker in the overall service, that it should be regarded as an integral part of the service. We will study the recent decisions of the Court of Justice of the European Union and compare them with the analysis of the integration of the worker in the organisation of the platform by the Swiss authorities and jurisprudence to see if these criteria could influence the evaluation of a relationship of subordination in a digital platform environment.*

## I. Introduction

**Identification des nouveaux modèles d'entreprise.** Les plateformes numériques proposent de nouveaux services et modèles d'affaires qui, par l'utilisation de la technologie numérique, facilitent les échanges en réduisant les contraintes spatiales et temporelles. Le modèle économique de ces plateformes

---

<sup>1</sup> Assistante-doctorante pour la chaire de droit constitutionnel suisse et comparé de l'Université de Neuchâtel (Suisse), MLaw orientation droit social et droit public Université de Neuchâtel, DEA droit des affaires et droit des contrats de distribution Université de Montpellier (France), Conseillère juridique au Service de l'emploi de la République et canton de Neuchâtel, auteure de *L'ubérisation du travail, nouvelle forme d'entrepreneuriat ou précarisation : Quelle reconnaissance pour les nouveaux indépendants ?*, 2019, accessible sur <https://libra.unine.ch>.

implique trois parties : le consommateur, utilisateur des services, le fournisseur prestataire de service et la plateforme, intermédiaire de mise en relation, qui peut obtenir une commission sur la transaction. Le potentiel économique des plateformes numériques est tel qu'on parle de nouvelles formes d'économie de marché<sup>2</sup>. Aussi est-il fondamental d'analyser le lien entre ces trois parties afin d'identifier leur rôle, et notamment celui des plateformes.

**Une approche par la subordination difficilement transposable.** Le lien que l'on cherche à identifier en droit du travail est la subordination. C'est l'élément caractéristique du contrat de travail, absent des autres formes de contrats de prestation de service<sup>3</sup>. Selon la doctrine suisse, la subordination est le fait pour le travailleur de se mettre sous la dépendance de l'employeur. Elle s'opère d'une part au niveau temporel, par le respect de l'horaire et du temps de travail, d'autre part sous l'angle spatial, l'exécution de la prestation doit se faire dans un lieu convenu, et enfin hiérarchiquement, si le travailleur accepte de suivre les instructions et de se soumettre au contrôle de l'employeur<sup>4</sup>. Selon la jurisprudence française, le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur, qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné<sup>5</sup>. Ces définitions sont difficilement transposables aux nouvelles relations de travail<sup>6</sup>. Aussi, le lien que nous nous proposons d'étudier ici est l'intermédiation.

---

<sup>2</sup> ABEGG/GRAMPP/ZOBRIST, *The sharing economy in Switzerland: Do we need more, fewer, or new regulations?*, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, 2016, p. 6 ss. En Europe, ce marché représente environ 28 milliards d'euros, mais son potentiel est estimé à 570 milliards d'euros.

<sup>3</sup> BIERI/CARRON/TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 476 ss.

<sup>4</sup> Cf. notamment AUBERT, « *Commentaire des art. 319-362 CO* », *Commentaire romand, Code des obligations*, I, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, ch. 1-21, et Dunand, *Commentaire de l'article 319 CO*, *Commentaire du contrat de travail*, 2013, p. 3 ss.

<sup>5</sup> Cour de cassation, chambre sociale, n° 14-21992, 2 décembre 2015 et Cour de cassation chambre sociale, n° 13-27535, 6 mai 2015.

<sup>6</sup> WITZIG, *Droit du travail*, 2018, p. 83-84, et WITZIG, « *Ressorts méconnus du droit du travail* », *Regards croisés sur le droit du travail : Liber amicorum* pour Gabriel Aubert, 2015, p. 356-357 qui emploie l'expression « non-contractualisation » pour évoquer les formes d'auto-emploi, qui sous couvert de supprimer le lien de subordination, cherchent à contourner la réglementation du travail.

**Enjeux.** Le but est de prendre la mesure des aspects précurseurs des relations de plateformes afin d'apporter une analyse juridique à la hauteur de leur inventivité et non pas de tenter de transposer à tout prix une logique issue du monde du travail traditionnel. Il s'agit en effet, du point de vue du droit économique, d'encourager l'économie collaborative créée par les sociétés de l'information, sans que cela se fasse au détriment d'une concurrence équitable avec les secteurs économiques traditionnels. En droit social, il s'agit d'identifier la nature de la relation de travail afin d'éviter que la plateforme ne gagne des parts de marché au prix de la protection sociale de son co-contractant. Dans tous les cas, l'enjeu est le développement durable de la société européenne à travers l'économie collaborative et nous souhaitons montrer que les critères d'identification développés dans ces différents domaines fonctionnent en réalité en synergie.

**Notion d'intermédiation au cœur des relations de plateformes.** La première révolution introduite par les plateformes est que la technologie offre potentiellement à l'individu une place active, non seulement en tant que consommateur, mais aussi en tant que fournisseur, permettant ainsi la création de microentreprises. La seconde réside dans le fait que la position traditionnelle du fournisseur est désormais surpassée par celle de la plateforme, l'intermédiaire<sup>7</sup>. L'intermédiation, en soi, n'est pas une activité nouvelle, ce qui est nouveau avec les plateformes c'est la forme et la puissance du modèle. Par sa forme numérique, la plateforme est un outil médian qui ne fonctionne que par la volonté de ses utilisateurs. Par sa puissance, elle joue en revanche un rôle de premier plan, développant sa propre clientèle et utilisant son parc de prestataires pour assoir ses parts de marché. La question se pose donc de savoir si, lorsqu'elle met en œuvre son service numérique, la plateforme reste un intermédiaire à la transaction, une simple technologie à la disposition du prestataire et du client, ou si elle est débitrice de la prestation.

**Intermédiation et l'intégration au cœur de la qualification de la relation.** Cette question revient à déterminer la finalité de la plateforme. A-t-elle pour but d'organiser une communauté de coopération qui optimise les synergies et

---

<sup>7</sup> AZAÏS/DIEUAIDE/KESSELMAN, « *Zone grise d'emploi, pouvoir de l'employeur et espace public: une illustration à partir du cas Uber* », *Relations industrielles*, vol.72 (3), 2017, p. 445 ss.

réduit les coûts d'infrastructure au bénéfice de ses membres ou agit-elle pour son propre compte? C'est la question que s'est posée la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et qui nous intéressera tout d'abord (II.). La mesure de l'intensité de l'intermédiation est également cruciale pour déterminer le statut du travailleur de plateforme en droit de la sécurité sociale suisse. En effet, par nature l'intervention d'un tiers distend le lien entre le prestataire de service et ses destinataires et fragilise la position indépendante attribuée au prestataire par la plateforme<sup>8</sup>. Cela augmente en conséquence les risques de requalification du contrat de service en contrat de travail. L'intensité de l'intégration du travailleur fait donc partie des critères appliqués par les juridictions et les autorités suisses, comme nous le verrons dans la partie suivante (III.).

**Classification des plateformes.** En préambule, nous précisons que les plateformes peuvent être classifiées en trois catégories, qui chacune obéit à son modèle économique propre<sup>9</sup>. D'une part, l'économie de partage, qui ne concerne que des relations entre particuliers, favorisant le partage et la collaboration par le biais d'applications. D'autre part, le travail en ligne sur les plateformes de microtâches, comme *Amazon Mechanical Turk*, *Clickworker* ou *Foulefactory* en France, qui appartiennent à la *gig economy* «économie des petits boulots». Ces plateformes pratiquent la division du travail en de minuscules tâches externalisées par un appel lancé à une foule «*crowdworking*», ou transfèrent le processus de travail aux utilisateurs de la plateforme «*crowdsourcing*»<sup>10</sup>. Entre ces deux extrêmes, on trouve les services à la demande des plateformes «collaboratives», qui développent une économie lucrative de services en ligne, comme *Uber* ou *Airbnb*. Nous cantonnerons notre étude à ces dernières, ce qui n'exclut pas que nos conclusions puissent être reprises pour les deux autres catégories. *Uber* comprend également une part de *crowdworking*, car son modèle économique est aussi basé sur l'externalisation au grand nombre de la prestation. Elle permet de baisser les tarifs, de diminuer le temps d'attente pour le service, et donc

<sup>8</sup> RIEMER-KAFKA, «*Plattformarbeit oder andere Formen der Zusammenarbeit: Sind die Abgrenzungskriterien für selbständige oder für unselbständige Erwerbstätigkeit noch tauglich?*», Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (SZS), 2018, p. 587-590.

<sup>9</sup> Selon la classification établie par le CONSEIL FÉDÉRAL dans son rapport, *Principales conditions-cadres pour l'économie numérique*, 2017, p. 95-97.

<sup>10</sup> BERG/FURRER/HARMON/RANI/SILBERMAN, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail. Pour un travail décent dans le monde en ligne*, OIT, 2018, p. 3 ss.

d'augmenter la clientèle potentielle d'*Uber*. Le modèle économique d'*Airbnb* est basé, lui, sur le nombre de biens immobiliers disponibles. L'externalisation au grand nombre se concrétise donc différemment, car l'équation «un chauffeur pour une voiture» ne s'applique pas à *Airbnb*. Les similitudes autant que les différences de fonctionnement entre ces deux services apportent un éclairage crucial pour notre étude.

## II. L'activité d'intermédiation au sens de la jurisprudence de la CJUE

**Liberté d'établissement et pouvoir de régulation des États.** La CJUE a eu l'occasion de se prononcer sur la notion de service d'intermédiation concernant les plateformes numériques à plusieurs reprises<sup>11</sup>. Elle a ainsi analysé les schémas d'affaire des services *UberPOP*<sup>12</sup> (ci-après *Uber*) et *Airbnb*. Il s'agissait de renvois préjudiciels des juridictions d'États membres. Les questions posées à la CJUE concernaient au premier chef la répartition des compétences entre l'Union et les États membres souverains et leurs possibilités de réglementation de professions dans lesquelles les plateformes ont pris des parts de marché par exception au principe de liberté d'établissement. Les réponses apportées ont nécessité de procéder à une analyse de la nature de l'activité des plateformes qui nous intéresse ici. Nous présenterons donc très schématiquement le contexte juridique des décisions, pour nous concentrer sur les critères ayant permis de délimiter le rôle de la plateforme. Il s'agit de déterminer si ce qui prédomine dans la relation est l'intermédiation ou si l'activité de la plateforme influence décisivement la prestation de service au point d'en être le protagoniste<sup>13</sup>.

**Description des services proposés.** Le service *Uber*, par lequel nous commencerons (A.) met en relation, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec

<sup>11</sup> Notamment CJUE, affaire C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL (arrêt Asociación Profesional Elite Taxi) du 20 décembre 2017, CJUE affaire C-320/16, Uber France SAS (arrêt Uber France SAS) du 10 avril 2018, et CJUE, affaire C-390/18 YA et Airbnb Ireland UC contre Hôtelière Turenne SAS et Association pour un hébergement et un tourisme professionnel (AHTOP) et Valhotel (arrêt *Airbnb*) du 19 décembre 2019.

<sup>12</sup> Le service *UberPOP* a été interdit dans plusieurs pays européens, néanmoins, les similitudes avec le schéma d'affaire du service *Uber*, dont la principale différence est d'employer des chauffeurs professionnels, rendent l'analyse *UberPOP* également valable pour *Uber*.

<sup>13</sup> Arrêt Asociación Profesional Elite Taxi ch. 18, arrêt *Airbnb* ch. 42.

des personnes souhaitant effectuer des déplacements urbains. Dans le cadre du service fourni, la société de droit néerlandais éponyme fixe les tarifs maximums, collecte le prix de chaque course auprès du client, puis reverse une partie au chauffeur du véhicule en prélevant une commission de 25 à 30 % et enfin édite les factures<sup>14</sup>. Airbnb Ireland, que nous étudierons ensuite (B.), est une société de droit irlandais, qui administre une plateforme électronique permettant, moyennant le paiement d'une commission de 6 à 12 % du loyer, la mise en relation de loueurs proposant des prestations d'hébergement de courte durée et de locataires recherchant ce type d'hébergement, notamment en France. Airbnb Ireland propose également aux loueurs des prestations accessoires : un canevas définissant le contenu de leur offre, une assurance responsabilité civile, un outil d'estimation du prix de leur location ou encore des services de paiement relatifs à ces prestations. Airbnb payments UK Ltd, société de droit du Royaume-Uni, fournit des services de paiement en ligne dans le cadre de la mise en relation et prélève une commission<sup>15</sup>.

### A. Le service d'intermédiation d'Uber n'est pas dissociable des services de transport

**Contexte juridique.** Concernant *Uber*, deux renvois préjudiciels ont eu lieu<sup>16</sup>, le premier concernait le droit espagnol de la concurrence, le second la réglementation française en matière d'autorisation d'exercer la profession de chauffeur. Dans les deux cas, il s'agissait de déterminer si le droit européen était applicable ou si l'État membre pouvait imposer des exigences concernant l'exercice de l'activité, et d'en sanctionner le non-respect sans se confronter à la procédure d'information prévue par l'article 8 de la directive 98/34/CE<sup>17</sup>. En effet, selon les articles 56 et 58 para. 1 TFUE et en application de l'article 3, para. 2 et 4, de la directive 2000/31/CE, les restrictions à la libre prestation des

<sup>14</sup> KAHIL-WOLFF HUMMER, « Avis juridique sur le statut des chauffeurs utilisant les applications Uber en Suisse au regard de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS). Expertise à l'attention de Uber Switzerland GmbH », Le droit social numérique, 2018, p. 247-249, Pärli, «Uber-Urteile des Sozialversicherungsgerichts Zürich. Die SUVA muss weitere Abklärungen treffen», 2018, www.jusletter.ch. et GÄCHTER/MEIER, « Zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern, 2018 », www.jusletter.ch.

<sup>15</sup> Arrêt *Airbnb* ch. 18.

<sup>16</sup> Seule l'affaire C-434/15 sera étudiée, car dans l'arrêt *Uber France SAS*, la CJUE renvoie en chiffre 24 pour sa conclusion à celle rendue dans l'affaire C-434/15.

<sup>17</sup> Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998.

services, notamment ceux fournis par voie électronique, à l'intérieur de l'Union, sont en principe interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire<sup>18</sup>. Les États peuvent toutefois prévoir des mesures restreignant la libre prestation de ces services, à condition que ces mesures soient nécessaires pour des raisons d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de protection des consommateurs<sup>19</sup>. La directive 2006/123 indique par ailleurs que les régimes d'autorisation, en tant que restrictions, doivent répondre à certains critères<sup>20</sup>. Les États membres doivent notamment notifier à la Commission européenne toute nouvelle disposition législative, réglementaire ou administrative. Or certains services d'intérêt économique général, notamment dans le domaine des transports, sont exclus du champ d'application de cette directive<sup>21</sup>. En effet, les services de transport n'étant pas régis par une réglementation commune, les États membres peuvent contrôler ces activités sans que cela relève de la compétence de l'Union européenne.

**Nature des services proposés.** La Cour a donc dû se prononcer sur la nature des services fournis par *Uber* afin de déterminer s'il s'agissait de services de transport, de services propres à la société de l'information ou une combinaison des deux. Elle a estimé que l'activité d'*Uber* est un service de transport à part entière, plus précisément un service de transport urbain non collectif, et que les autres activités d'*Uber*, telles que le service d'intermédiation, sont des services qui lui sont indissociablement liés<sup>22</sup>. Selon l'avocat général près la Cour de justice de l'Union européenne : « Uber exerce un contrôle sur tous les aspects pertinents

<sup>18</sup> Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique ») qui renvoie à l'art. 1, point 2 directive 98/34/CE prévoyant la procédure d'information, modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998.

<sup>19</sup> Directive 2000/31/CE art. 3 (2) et (4).

<sup>20</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, art. 10 et considérant n° 17.

<sup>21</sup> En application de l'art. 1, point 2 de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998 modifié par l'art. 1 point 2 let. a) de la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998, auquel renvoie l'art. 2, let. a), de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000.

<sup>22</sup> Arrêt *Asociación Profesional Elite Taxi*, ch. 40.

d'un service de transport urbain: sur le prix [...] sur les conditions minimales de sécurité [...] sur l'accessibilité de l'offre de transport par l'incitation des chauffeurs à exercer aux moments et aux endroits de grande demande, sur le comportement des chauffeurs au moyen du système d'évaluation et, enfin, sur la possibilité d'éviction de la plateforme. [...] Uber contrôle donc les facteurs économiquement pertinents du service de transport offert dans le cadre de sa plateforme»<sup>23</sup>. La Cour confirme la pertinence du raisonnement. Selon elle, en plus de fournir un service d'intermédiation, on peut affirmer qu'*Uber* crée une offre de services de transport urbain, rendue accessible par des moyens informatiques, dont elle organise le fonctionnement en faveur des personnes souhaitant effectuer les déplacements. Il s'agit là de services matériels. De plus, *Uber* influence de manière décisive les conditions de la prestation des chauffeurs jusqu'à les supplanter en contrôlant le prix de la course, la qualité des véhicules et des chauffeurs, ou en collectant le montant facturé. Selon ces deux critères, l'intervention de la plateforme est donc décisive au point que la prestation de service de la société de l'information n'est plus dissociable des services matériels<sup>24</sup>.

**Influence décisive sur le service et dépendance économique.** L'influence décisive de l'activité de la plateforme est telle que, selon l'avocat général, d'un point de vue économique, les chauffeurs ne sont pas en mesure de poursuivre une activité indépendante ce qui exclut qu'*Uber* puisse être considérée comme un simple intermédiaire. La dépendance des chauffeurs est même, selon lui, plus importante que celle des taxis à l'égard des centrales: «le caractère innovant de la plateforme *Uber* repose en grande partie sur l'utilisation des nouvelles technologies, telles que la géolocalisation et les smartphones, pour organiser le transport urbain. Mais cette innovation ne se limite pas à cela, elle touche également l'organisation du transport lui-même, sans laquelle *Uber* serait une simple application de réservation de taxis»<sup>25</sup>.

**Influence décisive sur le service et subordination.** Bien qu'il refuse de se prononcer sur le statut des chauffeurs, sous-traitants ou salariés, ce point

---

<sup>23</sup> Arrêt Asociación Profesional Elite Taxi, conclusions de l'avocat général, 11 mai 2017, ch. 51

<sup>24</sup> Arrêt Asociación Profesional Elite Taxi, ch. 38.

<sup>25</sup> Arrêt Asociación Profesional Elite Taxi, conclusions de l'avocat général, ch. 64.

n'étant pas en cause, l'avocat général précise que le contrôle indirect exercé par *Uber*, basé sur des incitations financières et une évaluation décentralisée par les passagers, permet un management, avec l'effet d'échelle, tout aussi efficace sinon plus, que celui basé sur des ordres formels donnés par un employeur à ses employés et le contrôle de leur exécution. Il s'agit d'un rapport de subordination même s'il n'obéit pas au sens hiérarchique classique<sup>26</sup>.

**Conclusion.** Bien que l'avis de l'avocat général ne fasse pas «jurisprudence» et que la décision elle-même ne détaille pas ces points, il est important de noter qu'un lien peut être établi entre l'influence décisive d'*Uber* sur le service et un possible rapport de subordination. Il résulte de l'application des nouvelles technologies comme outil de gestion des ressources humaines. Nous verrons dans la partie suivante comment la Cour a mis en œuvre, dans l'affaire *Airbnb*, les deux critères de qualification du rôle de la plateforme dégagés dans l'arrêt Asociación Profesional Elite Taxi (B.).

## **B. Le service d'intermédiation d'*Airbnb* n'influe pas décisivement sur les services d'hébergement**

**Contexte juridique.** L'affaire *Airbnb* concernait une plainte pénale au sujet du maniement de fonds pour des activités d'entremise et de gestion d'immeuble, par une personne dépourvue de carte professionnelle. Ces activités relevaient de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, dite loi Hoguet, réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce. Selon cette loi, l'entreprise, qui exerce ou prête son concours aux opérations en question, sans être titulaire d'une carte professionnelle l'autorisant à exercer, est passible de sanctions pénales. La question se posait donc de savoir si les services proposés par *Airbnb* caractérisaient une activité d'intermédiaire en opérations immobilières ou si la plateforme se limitait à une simple mise en relation, relevant de la directive 2006/123. Selon *Airbnb*, la loi n° 70-9 serait inapplicable, car son activité relève de la directive 2000/31.

**Nature des services proposés.** La réponse à la question nécessite de déterminer si l'activité d'*Airbnb* peut être qualifiée de service de la société

---

<sup>26</sup> Arrêt Asociación Profesional Elite Taxi, conclusions de l'avocat général ch. 51, 52 et 54, conclusions auxquelles il renvoie également dans ses conclusions dans l'arrêt *Uber France SAS*.

de l'information au sens de la directive 2000/31 ou si elle relève de la notion de services au sens de la directive 2006/123, qui soumet à condition et non à notification, les régimes d'autorisation. En ce sens, la problématique est identique à celle de l'affaire *Uber*. Comme pour *Uber*, prestataire de service et client concluent tous deux des contrats avec la plateforme pour son utilisation. Un second contrat est ensuite passé pour le paiement en ligne. Dans le schéma d'*Airbnb* le loueur fait lui-même la démarche de mettre en ligne l'annonce, *Airbnb* fournit à l'internaute une liste des biens correspondants aux critères de recherche, puis celui-ci fait une requête individuelle auprès du loueur, et enfin un contrat est conclu entre le loueur et l'internaute-locataire. Il s'agit donc bien d'un service de la société de l'information au sens de la directive 2015/1535. La question se pose de savoir si les conditions fixées par la jurisprudence concernant *Uber* pour que le service relève d'une autre qualification juridique sont remplies. C'est-à-dire si ce service fait partie intégrante d'un service global, en l'espèce la prestation d'hébergement, qui serait l'élément principal, au point d'impacter la qualification<sup>27</sup>.

**Absence de création d'une offre nouvelle spécifique.** À la différence d'*Uber*, le marché de l'hébergement de courte durée existait avant la création de la plateforme. Différents moteurs de recherche, agences et sites Internet répertorient les biens en location et les annonces. En ce sens, *Airbnb* n'a pas créé une offre nouvelle. Le service du référencement est donc dissociable du service de location. La nouveauté de l'offre ne doit toutefois être qu'un indice. Mis en œuvre seul, il pourrait conduire une société de l'information à bénéficier d'un avantage concurrentiel par rapport aux acteurs traditionnels, qui eux ne bénéficient pas de la libéralisation, uniquement parce que les services ne seraient pas fournis par voie électronique<sup>28</sup>.

**Absence d'influence décisive sur le contenu du service.** C'est donc le second critère, l'influence exercée sur le contenu matériel du service, par le contrôle du prestataire et des conditions de la prestation qui doit être prédominant<sup>29</sup>. Selon la CJUE, la réalisation de la prestation d'hébergement se fait, non de manière immédiate, mais sur la base d'une liste structurée correspondant aux critères

définis par le locataire. C'est la création de cette liste, en lien avec la localisation et la comparaison des offres, qui constitue la caractéristique essentielle de la plateforme *Airbnb*. Ce service n'est aucunement indispensable à la réalisation des prestations d'hébergement, du fait des autres canaux de mise en relation disponibles. L'activité de la plateforme est donc un service innovant fondé sur les particularités d'une activité commerciale de la société de l'information.

**Absence de dépendance économique et organisationnelle.** La fixation du prix relève de la seule responsabilité du loueur. La plateforme n'a qu'un rôle de proposition d'une estimation basée sur les moyennes des prix pratiqués répertoriés dans sa base de données<sup>30</sup>. Elle influence certainement le prix, mais la logique de l'offre et de la demande est prépondérante, car les loueurs, contrairement aux chauffeurs *Uber*, ne sont pas «découragés» par le logiciel de fixer leur prix. Concernant la collecte du montant de la course par la plateforme, qui fut jugée chez *Uber* comme un élément indiquant qu'il ne s'agissait pas d'un service de la société de l'information, une évolution est amorcée. Dans l'analyse de l'activité de *Airbnb*, l'avocat général considère qu'il s'agit d'une caractéristique de la grande majorité des sociétés de l'information. Ce critère n'est donc pas pertinent en lui-même. Enfin, la notation des loueurs et des locataires, voire la suspension temporaire de l'annonce, n'est pas déterminante chez *Airbnb*, contrairement à *Uber*, car elle se fait par rapport à des critères que les loueurs choisissent eux-mêmes. Concernant les conditions de location et d'annulation, *Airbnb* ne fait que prédéfinir des options qu'il revient au loueur de sélectionner ou non de manière délibérée<sup>31</sup>.

**Absence d'influence des services accessoires sur la nature de l'activité.** Le système de notation des loueurs et des locataires, le service de photographie ou le canevas permettant au loueur de définir son offre sont caractéristiques de la «logique collaborative» inhérente aux plateformes d'intermédiation. La perception du montant des loyers et leur redistribution, après prélèvement de la commission liée à l'utilisation du service, doit être considérée comme un instrument de sécurisation des transactions. Elle ne saurait modifier la qualification juridique du service. Il en va de même de l'assurance responsabilité

---

<sup>27</sup> Arrêt *Airbnb* ch. 44-50.

<sup>28</sup> Conclusion de l'avocat général arrêt *Airbnb* ch. 65.

<sup>29</sup> Conclusion de l'avocat général arrêt *Airbnb* ch. 64-68.

---

<sup>30</sup> Arrêt *Airbnb* ch. 53-57.

<sup>31</sup> Conclusion de l'avocat général arrêt *Airbnb* ch. 69-79.

civile optionnelle et de la garantie des dommages aux loueurs par *Airbnb*<sup>32</sup>. Ces services proposés par *Airbnb* sont facultatifs et ont un caractère accessoire par rapport à l'activité principale d'intermédiaire. Leur contenu matériel ne dénature pas l'activité principale, car celle-ci présente un intérêt économique autonome.

**Prédominance de l'activité de services de la société de l'information.** Ainsi le critère prépondérant dans la jurisprudence *Uber* à savoir l'influence décisive exercée par la plateforme sur les conditions de la prestation matérielle, n'est pas présent chez *Airbnb*. Ni dans la fixation du prix ni dans la sélection des loueurs ou des logements. Partant de là, la Cour constate qu'il s'agit bien de services de la société de l'information. L'obligation de notification préalable résultant de la directive 2000/31 est suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour être d'application directe et peut être invoquée par les particuliers devant les juridictions nationales<sup>33</sup>. Cette conclusion n'est pas sans importance, elle permet aux plateformes de revendiquer leur liberté d'établissement directement en justice. Enfin, l'obligation de notification des mesures restrictives n'est pas une simple exigence d'information, mais une procédure substantielle préalable à laquelle il ne peut être dérogé qu'en cas d'urgence dûment justifiée. Le non-respect d'une telle procédure justifie l'inopposabilité de la mesure en question au particulier, qu'il s'agisse des sanctions pénales ou de la demande indemnitaire de la partie civile, quand bien même la mesure serait antérieure à la directive en question.

**Conclusion.** *Airbnb* n'influence pas décisivement le service, bien que son application lui donne un avantage concurrentiel substantiel. Les loueurs qui utilisent la plateforme conservent leur indépendance économique, car ils peuvent bénéficier des activités d'intermédiation traditionnelles ou de plateformes de référencement. Les services mis en place pour définir l'offre n'exercent pas un contrôle de l'activité analogue à une gestion des ressources humaines par les nouvelles technologies, tout rapport de subordination est donc exclu. En conséquence, on constate que lorsque la plateforme est au premier plan, à tel point que la nature de son activité en devient mixte, voire qu'elle peut être qualifiée elle-même de prestataire, la relation d'indépendant créée avec le prestataire s'effrite, pour laisser apparaître les différents critères qui fondent

une relation de travail subordonnée. Au contraire, plus le lien entre client et prestataire est étroit, plus le statut d'indépendant s'impose. Nous étudierons ensuite l'intégration dans l'organisation de travail et ses conséquences en droit suisse sur la nature de l'activité (III.).

### III. L'influence du niveau d'intégration dans l'organisation pour la détermination de la nature de l'activité en droit suisse

**De l'intermédiation à l'intégration.** Une des raisons d'une telle confusion des genres et des rôles de chacun vient du fait que les nécessités économiques imposent aux acteurs du marché un renforcement de leur image de marque. Leur objectif et leur force sont de disposer d'une clientèle propre qui permet au travailleur de développer sa propre activité. La conséquence est que le rapport à la clientèle, un des éléments essentiels de la définition de l'indépendant est fortement impacté par la marque des plateformes<sup>34</sup>. De plus, pour optimiser son potentiel, la plateforme s'appuie sur des efforts marketing qui nécessitent une intégration, la plus complète possible, du prestataire, dans un concept unique proposé au client. *Uber* par exemple, développe d'importants efforts pour uniformiser l'accueil, le service, la voiture. C'est même son trait distinctif, son leitmotiv, ce que recherche spécifiquement le client : un accueil uniformisé, qui mène la plateforme à exercer une influence décisive sur la prestation du service matériel. C'est à cette même logique que participent les réseaux de franchise, dont l'intégration au concept marketing tend à compenser l'externalisation de l'organisation de l'entreprise. Nous proposons dans une première partie d'analyser la qualification de la relation dans les réseaux de distribution : contrats de franchise, de concession ou encore de commission affiliation (A.). Nous présenterons dans un deuxième temps les critères permettant aux autorités de déterminer de la nature de la relation de plateforme en matière d'assurance sociale (B.).

---

<sup>34</sup> D'un point de vue sociologique, un groupe professionnel peut être considéré comme indépendant, lorsque ses membres sont majoritairement non-salariés, et que l'autonomie est considérée par la profession comme un élément essentiel. La relation avec une clientèle, la reconnaissance d'une expertise personnelle, la maîtrise du temps de travail, la nécessité d'une certaine capacité à contrôler son activité, afin de participer à une dynamique de concurrence sont des points communs des professions indépendantes. Cf. BOUSSARD/DUBAR/TRIPIER, *Sociologie des professions*, 2015, p. 199.

---

<sup>32</sup> Arrêt *Airbnb* ch. 58-63.

<sup>33</sup> Arrêt *Airbnb* ch. 88-90.

## A. Le point de vue de la jurisprudence suisse concernant l'intégration du travailleur

**Définition de l'organisation d'entreprise en réseau.** Quelles que soient leur nature et leurs spécificités, les contrats de distribution en réseau sont caractérisés par la mise à disposition de moyens marketing, d'un savoir-faire, souvent accompagnés d'une exclusivité territoriale et d'une puissance d'achat par le franchiseur, pour apporter une clientèle à un franchisé indépendant qui la développera localement. La franchise, qui a pris un essor considérable entre les années 70 et les années 80 en France et aux États-Unis, est l'archétype de l'organisation de l'entreprise en réseau<sup>35</sup>. Le franchisé, qui bénéficie d'un soutien technique et commercial, s'engage, en contrepartie, à se soumettre à des normes, à des techniques commerciales, voire une politique tarifaire dictée par le franchiseur qui en assure le contrôle<sup>36</sup>. Ce système, dans le rapport d'indépendance contrôlée qu'il institue, a été validé par les législateurs des différents pays européens. Il fait souvent l'objet d'une réglementation propre, qui vise tout autant à protéger la «partie faible» qu'à assurer une bonne régulation de la concurrence<sup>37</sup>.

**Évaluation de la franchise par la jurisprudence suisse.** En Suisse, le Tribunal fédéral a validé la distribution en franchise selon un raisonnement tout à fait intéressant pour notre étude. Les critères mis en œuvre sont liés à l'influence décisive de la plateforme dans la prestation de service. La jurisprudence distingue deux formes de franchise : la franchise de partenariat «*Partnerschaftsfranchising*» et la franchise de subordination «*Subordinationsfranchising*», qui est le modèle typique «*typischerweise*» du contrat de franchise, le plus courant selon la doctrine.

**Franchise de partenariat.** Le Tribunal examine l'ampleur de l'indépendance du franchisé selon trois critères. 1° *L'indépendance juridique dans la conclusion des contrats*: le franchisé doit pouvoir gérer son entreprise de manière

<sup>35</sup> VERGE, « *Les instruments d'une recomposition du droit du travail: de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique* », Les Cahiers de droit, vol. 52, n° 2, 2011, p. 141-143.

<sup>36</sup> *Histoire et évolution de la franchise*, www.franchise-fff.com.

<sup>37</sup> On pense notamment au Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission concernant l'application de l'art. 10 § 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, ou à l'art. L.330-3 du code de commerce français (loi Doubin) régissant le devoir d'information précontractuelle.

juridiquement indépendante. Il facture en son nom propre et pour son propre compte, certes sous l'enseigne d'un tiers («*unter fremdem Zeichen*»). 2° *Une indépendance accrue pour les gains*: le franchisé doit certes payer une redevance, en fonction du chiffre d'affaires, mais les bénéfices doivent lui rester entièrement acquis. 3° *Une indépendance certaine dans la gestion de l'entreprise*: si le franchisé reçoit des instructions sur la manière d'apparaître («*Erscheinungsbild*»), sur le contenu et la qualité des produits ou services à offrir, il ne doit en recevoir aucune sur la manière de gérer son entreprise. Il doit rester libre de gérer son affaire, dans ses propres locaux, d'organiser son travail, et de choisir ses employés<sup>38</sup>.

**Franchise de subordination.** La franchise de subordination est caractérisée par une reprise fidèle du système de stratégie de marketing, de distribution et de mise en place des produits, ainsi qu'une faible interaction entre les franchisés d'un même franchiseur. Le Tribunal fédéral considère que si le contrat de franchise a une emprise telle que le franchisé est dépourvu d'autonomie, il en résulte une subordination. En conséquence, il applique par analogie les règles impératives du droit du travail. C'est l'intensité de la subordination, révélateur d'un besoin de protection comparable à celui existant dans le travail, qui peut justifier un même régime<sup>39</sup>. Il n'y a pas de présomption en faveur de la franchise de subordination, ainsi le franchisé qui entend se prévaloir d'un régime de protection doit prouver un rapport de subordination suffisant. Toutefois, si le franchisé est une petite entreprise face à un franchiseur puissant, un rapport de subordination devrait être plus facilement admis<sup>40</sup>.

**Uber, un modèle de dépendance économique.** Si l'on tente un rapprochement avec le modèle *Uber*, lorsqu'elle met en œuvre son savoir-faire, la plateforme crée une dépendance, bien plus forte que dans la franchise de subordination. Non seulement elle impose par ses contrôles une reprise fidèle de la stratégie marketing et du concept, mais encore elle ne permet pas à la personne de se forger sa clientèle, de construire son indépendance par son travail. De plus,

<sup>38</sup> PICHONNAZ, « *Le contrat de franchise: état de son évolution* », La pratique contractuelle 3, 2012, p. 54-57.

<sup>39</sup> PÄRLI, *Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie*, 2018, ch. 126.

<sup>40</sup> Tribunal fédéral, 4A\_148/2011, 8 septembre 2011, consid. 4.1.

L'application impose la localisation GPS du chauffeur au moment de la demande de course comme principal critère d'attribution, plutôt que de permettre le choix d'un chauffeur selon une comparaison ou des critères laissés à l'appréciation du client. Cela anonymise le chauffeur et empêche la création d'une clientèle propre. Enfin, seul dans sa voiture, avec un unique client, le chauffeur n'a qu'une marge de manœuvre très limitée quant à la croissance de son affaire. L'algorithme, par le calcul des tarifs et des trajets, est l'élément majeur de la régulation du chiffre d'affaires et du management des chauffeurs. Ainsi *Uber* serait sans nul doute qualifiée de franchise de subordination.

**Airbnb, un modèle d'indépendance économique.** Dans le cas d'*Airbnb*, le savoir-faire développé par *Airbnb* apporte un avantage économique aux loueurs qui s'affilient. Il est d'ailleurs facturé par *Airbnb* qui prend une commission sur les transactions. L'indépendance du loueur reste visible, car il peut mettre son bien à disposition d'une autre agence, ou avoir son site internet. Il s'agirait donc d'une franchise de partenariat.

**Dépendance économique et subordination.** La différence essentielle entre ces deux schémas est l'indépendance économique du prestataire. Elle est présente chez *Airbnb* car le loueur a la possibilité d'offrir à la location un même bien pour une même période par différents intermédiaires, et de choisir son locataire. Elle est quasiment impossible avec *Uber*, car le travailleur est sanctionné s'il refuse des courses alors qu'il est connecté à la plateforme. Ainsi la doctrine évoque l'idée d'une subordination temporellement limitée pour les chauffeurs *Uber*<sup>41</sup>.

**Analyse du rapport de dépendance dans les autres formes de réseaux.** Les autres formes de coopération commerciale ont également été analysées en détail par le Tribunal fédéral. L'intensité de l'intégration du travailleur dans le concept marketing est prise en compte dans l'évaluation de son indépendance. La dépendance économique est également prise en compte, mais de manière non déterminante. Dans une décision de 2018, le Tribunal fédéral mentionne l'efficacité des nouvelles possibilités techniques d'évaluation et de management informatique. Il examine le contrôle qualitatif substantiel exercé par le donneur d'ordre, qu'il qualifie d'élément décisif d'un rapport de dépendance, par une

intégration de fait dans l'organisation du travail. Il confirme que l'intensité du contrôle de l'entité emporte la conviction qu'une relation de dépendance est bien caractérisée<sup>42</sup>. Dans une autre affaire, le Tribunal considère que lorsque les personnes concernées ne supportent pas de risque entrepreneurial significatif, en ce sens que bien qu'ayant leur propre organisation commerciale, elles sont dans une certaine relation de dépendance vis-à-vis du groupe, il n'est pas possible de parler de partenaires contractuels égaux<sup>43</sup>.

**Conclusion.** L'intensité de l'intégration dans l'organisation commerciale complète donc l'approche contractuelle et contextuelle de la dépendance économique en tant qu'indice d'un lien de subordination dans les réseaux de distribution. Comme nous le verrons dans la partie suivante, l'intégration dans l'organisation du travail est également le critère prépondérant appliqué par les autorités en matière sociale pour les plateformes (B.).

L'intégration dans l'organisation de travail et qualification de la relation de plateforme par les assurances sociales suisses

**Statut du travailleur de plateforme en droit social suisse.** En Suisse, le travailleur de plateforme n'a pas de statut spécifique. C'est la détermination de la nature de sa relation avec la plateforme qui va permettre de lui donner un statut, selon le système binaire existant: indépendant ou salarié. L'indépendant lui-même n'est défini que de manière négative, en relation avec l'activité salariée<sup>44</sup>. La notion de salarié en droit de la sécurité sociale va bien au-delà de la définition du droit civil. Elle prend un sens plus large, car le besoin de protection vise à assurer une prévoyance suffisante et durable pour toute la population et pas uniquement de la partie «faible». L'intérêt public prend le pas sur la liberté contractuelle. La notion de salarié peut donc inclure des

<sup>42</sup> Tribunal fédéral, ATF 144 V 111, 17 mai 2018, consid. 6.2.2 et 6.3.4.

<sup>43</sup> Tribunal fédéral, 9C\_250/2017, 30 octobre 2017, consid. 4 et 5 requalifiant la relation de contrat de travail.

<sup>44</sup> Selon l'art. 12 LPGA (Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales), RS. 830.1, a une activité lucrative indépendante *celui dont le revenu ne provient pas d'une activité en tant qu'employé*. Selon l'art. 9 LAVS (Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants), RS. 831.10, «Le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante».

personnes sous contrat de mandat ou de service. L'analyse des autorités est essentiellement économique : il s'agit de déterminer la nature du revenu pour l'assujettir ou non à cotisation. Le principe constitutionnel d'égalité interdit de tenir compte d'un éventuel déséquilibre de la négociation du contrat<sup>45</sup>. Selon les critères applicables, la réponse dépend essentiellement de la répartition des rôles qui s'opère entre la plateforme et son prestataire. Les circonstances concrètes effectives sont examinées afin de répondre à la question : qui, en fin de compte, supporte la charge du risque financier<sup>46</sup>?

**Définition de l'activité lucrative indépendante.** Selon le Tribunal fédéral, « la question, de savoir si [...] il se présente une activité lucrative indépendante ou dépendante, ne s'apprécie pas sur la base de la nature juridique du rapport contractuel entre les parties. Ce sont au contraire les réalités économiques qui sont décisives. [...] En général, il y a lieu de considérer comme exerçant une activité lucrative dépendante toute personne qui, du point de vue de la gestion de l'entreprise ou de l'organisation du travail, est tributaire d'un employeur, mais n'assume aucun risque spécifique à l'entrepreneur. Cependant [...] la diversité des états de fait que révèle la vie économique contraint à [...] tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas individuel. Étant donné que souvent, des caractéristiques des deux genres de revenus se manifestent, la décision doit fréquemment s'orienter sur la question de savoir laquelle de ces caractéristiques prédomine dans le cas concret »<sup>47</sup>. Plus concrètement, en regard des circonstances économiques effectives « pratique une activité indépendante la personne qui participe à des transactions économiques par l'utilisation de main-d'œuvre et d'un capital, dans une organisation objectivement autonome, dans l'intention de fournir des services ou de créer des produits, dont l'utilisation ou l'acquisition est rémunérée par une contrepartie financière ou monétaire. [...] »<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> KAHIL-WOLF HUMMER p. 39 : le principe de légalité qui découle des art. 5 al. 1 et 36 al. 1 Cst nécessite une décision fondée sur une base légale et motivée.

<sup>46</sup> ROUSSELLE-RUFFIEUX, « *Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS : convergences et divergences* », Panorama II en droit du travail : recueil d'études réalisé par des praticiens, 2012, p. 178 et 188. PERRENOUD, « *Salariés ou indépendants : quid en cas d'incapacité de travail ?* », Le droit social numérique, 2018, p. 27.

<sup>47</sup> Tribunal fédéral ATF 123 V 161 consid. 1, traduit par RABAGLIO, *Les cotisations AVS des indépendants – L'impôt méconnu. Une approche de la législation et de la jurisprudence*, 2009, p. 287-288.

<sup>48</sup> Tribunal fédéral ATF 115 V 161 du 23 juin 1989, consid. 4 b, 6e, 8, 9a et 9 b (traduction libre).

Ainsi selon les directives de l'Office fédéral des assurances sociales, est en principe considéré comme exerçant une activité indépendante, celui qui supporte un *risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur et ne dépend pas de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail* »<sup>49</sup>. En cas de pluralité d'activité, chaque revenu est examiné séparément. Le caractère prédominant d'une activité n'influe pas sur la qualification d'une autre. Un travailleur peut en effet être à la fois indépendant et salarié.

**Notion de risque entrepreneurial ou économique de l'entrepreneur.** Le risque économique est celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Il réside dans le fait qu'en cas de révocation des mandats, la personne se retrouve dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi, ce qui représente une caractéristique typique d'une activité lucrative salariée<sup>50</sup>. Il est subdivisé en huit sous-critères qui sont autant d'indices révélant l'existence d'un tel risque<sup>51</sup>. Il s'agit du fait que la personne concernée opère des investissements importants, subisse les pertes, supporte le risque d'encaissement et de recouvrement, assume les frais généraux, agisse en son propre nom et pour son propre compte, se procure elle-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux. Il n'est pas nécessaire que tous ces indices soient présents<sup>52</sup>. Le risque économique de l'entrepreneur n'est en principe pas déterminant à lui seul pour juger du caractère dépendant ou indépendant d'une activité. Si l'activité en question n'exige pas, par nature, des investissements importants ou de faire appel à du personnel, ce qui est le cas dans le modèle économique d'*Uber*, il convient d'accorder davantage d'importance à celui de l'indépendance économique et organisationnelle<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Office fédéral des assurances sociales (OFAS), *Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG (DIN)*, ch. 1005 et 1065.

<sup>50</sup> OFAS, *Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD)*, ch. 1026.

<sup>51</sup> GÄCHTER/MEIER CH. 74 ss., KAHIL-WOLF HUMMER p. 30.

<sup>52</sup> GREBER/KAHIL-WOLFF HUMMER/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, *Droit suisse de la sécurité sociale*, vol.1, 2010, p. 258.

<sup>53</sup> TF, 9C\_213/2016, 17 octobre 2016, consid. 3.4 à propos de courtiers travaillant au sein d'une agence franchisée. Et TF, 9C\_364/2013, 23 septembre 2013, consid. 2.2 concernant l'affiliation d'une codeuse interprète intervenant auprès de bénéficiaires sourds ou malentendants. PERRENOUD, p. 27-28.

**Notion de dépendance à l'égard de l'organisation du travail.** Le critère de la dépendance à l'organisation de travail est subdivisé en cinq sous-critères. Certains sont plus importants et d'autres plus controversés<sup>54</sup>. Il s'agit du droit de l'employeur de donner des instructions, très contesté dans le contexte des plateformes; de la relation de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur; des étapes d'intégration dans une organisation du travail; d'une obligation d'exécuter personnellement la tâche confiée; de la présence d'une clause de non-concurrence; et des obligations de présence dans l'exercice du travail. Est également révélateur le fait que la collaboration est régulière, c'est-à-dire que l'employé fournit régulièrement ses prestations au même employeur<sup>55</sup>.

**Mise en œuvre de l'intégration organisationnelle par les autorités.** Lorsque les plateformes cherchent à créer un rapport indépendant, sans engagement, tout en souhaitant assurer un maximum d'intégration, elles se rapprochent de la ligne de démarcation de l'activité indépendante au risque de la franchir. C'est ce qu'a constaté la SUVA, l'autorité suisse compétente en matière d'assurance accident saisie de la qualification de l'activité d'*Uber* dans une décision sur renvoi du Tribunal cantonal des assurances sociales de Zurich<sup>56</sup>. Le raisonnement de la SUVA concernant la dépendance organisationnelle peut être résumé comme suit. Même si les chauffeurs sont libres d'occuper un autre emploi ou s'il existe une grande liberté en matière d'horaires et de durée du travail, si le refus des commandes est associé à des désavantages, cela implique une relation de dépendance. Les directives et le lien de subordination découlent des lignes directrices et de leur mise en œuvre, notamment de la fixation et modification des tarifs et de la possibilité pour *Uber* de résilier avec effet immédiat le contrat. L'obligation d'accomplir des tâches personnellement est présente, car le chauffeur est restreint dans la transmission spontanée de commandes et il est dans l'impossibilité de transférer le contrat à un tiers sans l'accord écrit d'*Uber*. L'obligation de non-concurrence résulte de l'interdiction de développer un service concurrent ou un produit similaire et la présence obligatoire est ici neutre, car elle découle de la nature du service.

<sup>54</sup> GÄCHTER/MEIER, CH. 110 ss., KAHIL-WOLF p. 38-39.

<sup>55</sup> TF, 9C\_213/2016, 17 octobre 2016, consid. 3.3. et TF, 9C\_1062/2010, 5 juillet 2011, consid. 7.2, PERRENOUD, p. 27-28.

<sup>56</sup> Socialversicherungsgericht des Kantons Zürich, 10 juillet 2018 n° UV.2017.00030, et décision de la SUVA 22 novembre 2019. Cette décision de première instance fait l'objet d'un recours, elle est donc à prendre avec prudence. La SUVA étant tenue au secret de la fonction, la décision ne nous a pas été transmise par elle.

**Mise en œuvre du critère du risque entrepreneurial.** Concernant le risque entrepreneurial à la charge du chauffeur, son importance doit être atténuée, car selon la jurisprudence l'usage privé de la voiture ou du téléphone est généralement une raison suffisante pour leur acquisition et donc ne peut être considéré comme étant des investissements d'une importance décisive pour la qualification<sup>57</sup>. La responsabilité des pertes, et du risque de recouvrement: le conducteur ne pouvant influencer les décisions stratégiques ou le contenu des mesures marketing, le risque de perte ne lui appartient pas. Le fait qu'aucun revenu ne soit garanti n'est pas relevant, car il s'apparente au travail sur appel qui est une forme reconnue de contrat de travail<sup>58</sup>. Les paiements se font essentiellement par carte de crédit, et c'est donc l'institution émettrice de la carte de crédit qui doit collecter l'argent et supporte le risque de recouvrement. Concernant le fait d'agir en son propre nom et pour son propre compte, l'acquisition de clients dépend de la réputation de la marque *Uber*. Le chauffeur n'a pas à effectuer d'acquisition de client, il est contacté par les utilisateurs via l'application et ceux-ci reconnaissent clairement l'organisation *Uber* en tant que prestataire de service, ce qui montre que le conducteur n'agit pas en son nom propre, mais au nom d'*Uber*. L'absence de personnel et de locaux commerciaux parle en faveur d'une activité salariée. La SUVA conclut que les critères en faveur d'une activité salariée prédominent aussi concernant le risque entrepreneurial.

**Uber B.V. est un employeur.** Il donne les instructions, paie le salaire et garde la maîtrise de la qualité. L'employé ne peut effectuer le travail sans l'aide de l'application fournie par Uber B. V., qui fournit donc l'infrastructure nécessaire au travail. De même la publicité, la marque, la conception de l'offre et la publicité relèvent de la responsabilité du siège social propriétaire exclusif de la marque et le conducteur n'a pas à se soucier de l'acquisition de clients. Uber B.V. perçoit le prix de la course et reverse à l'employé sa rémunération après déduction des frais occasionnés, il a donc un intérêt économique à la performance du chauffeur. Uber B.V. détermine la manière dont les conducteurs exercent leurs activités et a le droit, dans certains cas, de résilier sans préavis, de désactiver ou de restreindre l'accès et l'utilisation de l'application au conducteur, ce qui correspond au droit

<sup>57</sup> Tribunal fédéral 8C\_571/2017 du 9 novembre 2017 à propos de l'indépendance de chauffeurs de taxi. UV.2015.00106 du 11 novembre 2015 et UV.2008.00159 du 30 décembre 2009.

<sup>58</sup> Tribunal fédéral, ATF 124 III 249, 6 mai 1998 consid. 2, PÄRLI, *Dialogue social*, ch. 208-216.

de l'employeur en application de l'article 337 al. 1 CO<sup>59</sup>. Enfin, Uber B.V. est le partenaire contractuel et occupe une position supérieure par rapport à Uber Switzerland GmbH, qui n'est pas habilitée à conclure ou à modifier les contrats avec les chauffeurs ou les utilisateurs, c'est donc lui qui doit être considéré comme l'employeur.

**Conclusion.** En droit des assurances sociales suisse, l'intégration dans l'organisation de la plateforme a pour conséquence qu'elle doit être considérée comme employeur. Elle doit être assujettie au paiement des cotisations sociales, ce qui la met dans un rapport concurrentiel égalitaire avec les acteurs traditionnels.

#### IV. Conclusion

**Résumé.** Pour résumer nos constatations tirées des jurisprudences européennes et suisses, lorsque la plateforme collaborative exerce une influence décisive ou un contrôle important sur le prestataire du service en l'intégrant dans son organisation de travail, elle doit être considérée comme fournissant elle-même le service sous-jacent, en plus du logiciel d'intermédiation. Certaines conditions factuelles et juridiques traduisent la maîtrise qu'elle exerce sur le processus. À l'inverse, la plateforme peut n'être qu'une aide au prestataire, en fournissant des facilités de paiement, une couverture d'assurance, ou des services après-vente. Ces éléments, ainsi que les mécanismes d'évaluation par l'utilisateur ne sont pas, en soi, une preuve de l'existence d'un contrôle, mais leur cumul peut avoir une influence<sup>60</sup>. Lorsque la plateforme effectue elle-même le service, l'indépendant sera considéré comme travailleur s'il accomplit, pendant un certain temps, des prestations en contrepartie desquelles il perçoit une rémunération, en faveur et sous la direction de la plateforme. Cela, même si l'exercice effectif de l'activité ou sa surveillance ne sont pas continus.

**Existence d'une corrélation entre intégration et subordination.** Il y a donc bien selon nous une corrélation directe entre l'influence exercée sur le service par la plateforme, l'intégration du travailleur dans l'organisation de

---

<sup>59</sup> Code des obligations, RS. 220.

<sup>60</sup> Voir en ce sens la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et Social européen et au Comité des régions, *Un agenda européen pour l'économie collaborative*, 2 juin 2016.

travail et la qualification de la relation de travail. Ces critères participent d'une subordination d'un genre nouveau qui vient compléter la notion de dépendance économique développée par la doctrine<sup>61</sup>. Cela permet à la plateforme d'adapter son fonctionnement, de façon à ne pas influencer le service de manière décisive, si elle opte pour un rapport d'indépendant avec ses prestataires.

Fait à Neuchâtel, 17 février 2020.

---

<sup>61</sup> La problématique pour les travailleurs de plateforme n'est pas tant de remettre en question l'absence de lien de subordination juridique, car au sens strict ces personnes sont indépendantes, que de reconnaître les conséquences juridiques de leur dépendance économique, cf. ANTONMATTEI/SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection? Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité*, 2008, p. 9. Cf. également le rapprochement du travail salarié et indépendant constaté déjà en 2000 par SUPLOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, Droit social, n° 2, 2000, p. 138-139.