

**L'UBÉRISATION DU TRAVAIL,
NOUVELLE FORME D'ENTREPRENEURIAT
OU PRÉCARISATION :**

**QUELLE RECONNAISSANCE
POUR LES NOUVEAUX INDÉPENDANTS ?**

MÉMOIRE DE MASTER

Sous la direction du Professeur Pascal MAHON

Sabrina MAGOGA-SABATIER

L'ubérisation du travail, nouvelle forme d'entrepreneuriat ou précarisation : Quelle reconnaissance pour les nouveaux indépendants ?

« La reconnaissance n'est pas juste en elle-même ou parce qu'elle conduit au bonheur, la reconnaissance est juste lorsqu'elle réhabilite les possibilités égales de réaliser sa liberté »¹

Thomas MICHIELS

¹ Thomas MICHIELS, *Sens et apports possibles d'une théorie cognitive de la justice*, Université catholique de Louvain, 20 février 2014.

Remerciements

Bien que le procédé me semble quelque peu pompeux et peu original, je souhaite ici dédier quelques lignes au Professeur Pascal MAHON, qui par ses conseils avisés et sa patiente correction, m'a évité bien des embuches. Sa disponibilité et son soutien ont, pour beaucoup, contribué à l'énergie qu'il m'a fallu trouver, telle une petite fourmi, pour rassembler toutes les brindilles nécessaires à l'édification de ma première fourmilière. En effet, si le sujet m'intéresse depuis de nombreuses années, ce n'est qu'au fil de ses cours que j'ai trouvé la motivation pour chercher quelques-unes des réponses aux multiples questions, que je me suis souvent posées pendant ma vie professionnelle et d'en faire mon travail de mémoire.

Travaillant dans une PME familiale horlogère somme toute traditionnelle et fraîchement convertie au commerce électronique, j'ai vite réalisé à quel point la question des indépendants, de leur statut, de leur protection sociale et celle du partage de la clientèle, tenaient une place cruciale dans les enjeux de l'entreprise concernant son développement commercial. Et je n'ai aucune difficulté à imaginer que l'idée lui vienne, comme à beaucoup d'autres sociétés, d'ubériser ses horlogers, ou même ses juristes, s'il peut en résulter des gains de rentabilité.

Je tiens également à remercier le personnel de la bibliothèque pour l'aide patiente et toujours bienveillante qu'il m'a apportée ; il m'a été d'un précieux secours dans ce dédale de travées, de références et de mots-clés, qui tour à tour m'ont émerveillée ou découragée.

Enfin et surtout, je remercie ma famille qui m'a soutenue et enduré mes absences. Sans elle cette aventure se serait très probablement terminée prématurément.

Neuchâtel, mars 2019

Sabrine MAGOGA-SABATIER

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS	III
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES	V
Documents officiels	V
Principaux ouvrages et articles	VI
Précisions	X
I. INTRODUCTION	1
II. NOTION D'INDÉPENDANT	4
A. Portrait de l'indépendant	4
1. Réalité historique du travail indépendant	4
2. Recherche d'autonomie ou choix contraint : quelles sont les motivations des indépendants ?	
Aspects sociologiques	5
3. Nouvelles formes de travail	7
B. Notion d'indépendant en droit privé suisse	8
1. Définition de l'indépendant selon le droit du travail	9
2. L'indépendant en droit des assurances sociales	12
3. L'indépendant selon le droit des migrations	14
4. Aperçu de l'indépendant en droit fiscal	16
5. Mise en perspective des différentes définitions	17
C. Étendue de la protection sociale des indépendants	18
1. Assurances obligatoires, facultatives ou inexistantes	18
2. Couverture et coût de l'assurance	20
III. DÉVELOPPEMENT DES PLATEFORMES DE MISE EN RELATION ET TRANSFORMATION DU RAPPORT A L'EMPLOI	22
A. Économie de partage et technologies de plateformes	22
1. Hétérogénéité des plateformes numériques	22
2. Plateforme, intermédiaire ou employeur ? Analyse de la relation économique de travail	23
B. Le cas Uber : analyse de la relation contractuelle	25
1. Présentation de la société Uber	25
2. Analyse des conditions contractuelles	27
3. Qualification juridique : conclusions des experts	34

4.	Conséquences d'une requalification	36
C.	Décisions de justice et politiques législatives autour du cas Uber	37
1.	Panorama des questions soulevées par Uber dans différents cantons suisses et des réponses judiciaires et politiques apportées	38
2.	Questions soulevées en droit européen	41
3.	Position des juridictions selon le droit anglais	43
4.	Problématiques abordées en France	46
IV.	RÉFLEXION SUR UNE AMÉLIORATION DE LA RECONNAISSANCE DES NOUVEAUX INDÉPENDANTS	52
A.	Enjeux en termes de frontières	52
1.	Choix d'un mode d'action	52
2.	Délimitation d'une nouvelle frontière	54
B.	Création d'un statut spécifique	56
1.	Notion de zone grise : espace d'émergence d'un statut autonome	57
2.	Création d'un statut hybride : survol des expériences étrangères	59
3.	Contours possibles d'un statut idéal	66
C.	Repenser la protection sociale	67
1.	Assimilation de l'indépendant au cercle large des personnes exerçant une activité économique	67
2.	Création d'un socle commun de droits sociaux	69
3.	Repenser l'accès aux assurances sociales	71
D.	Adaptation des institutions existantes	73
1.	Portage salarial	73
2.	Recours au droit des sociétés	74
3.	Location de service	75
V.	CONCLUSION	77

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AELE	Association européenne de libre-échange
al.	alinéa(s)
ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681
ArbR.	<i>Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht</i>
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CE	Communauté européenne
CF	Conseil fédéral
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CO	Code des obligations, RS 220
consid.	considérant
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
EAT	<i>Employment Appeal Tribunal</i>
éd.	édition(s)
édit.	éditeur(s)
et al.	<i>et alii</i> (= et autres)
etc.	<i>et caetera</i>
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (= au même endroit)
JORF	Journal officiel de la République française
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.20
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10
LDét	Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats types de travail (Loi sur les travailleurs détachés), RS 823.20
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291
let.	lettre(s)
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale des assurances sociales, RS 830.1
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40
LSE	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, RS 823.11
Ltd.	<i>Limited</i>
LTV	Loi du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs; RS 745.1
MCF	Message du Conseil fédéral

n°	numéro(s)
OFAS	OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES
OFS	Office fédéral de la statistique
OIT	Organisation internationale du Travail
OLAA	Ordonnance sur l'assurance-accidents, RS 832.202
OPP3	Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance, RS 831.461.3
OTR 2	Ordonnance du 6 mai 1981 sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes, RS 822.222
OTV	Ordonnance du 4 novembre 2009 sur le transport de voyageurs, RS 745.11
para.	paragraphe(s)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
p.	page(s)
RAVS	Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.101
RS	Recueil systématique
SAS	Société par actions simplifiée
SECO	SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE
SEM	SECRETARIAT D'ÉTAT AUX MIGRATIONS
ss.	suivant(s)
SUVA	<i>Schweizerische Unfallversicherungsanstalt</i> , anciennement Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
TF	Tribunal fédéral suisse
TFUE	Traité du 13 décembre 2007 sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne
URSAFF	Unions de Recouvrement des cotisations de Sécurité Sociale et d'Allocations Familiales
vol.	Volume(s)
vs.	<i>versus</i> (= contre)
VTC	Voiture de transport avec chauffeur

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Documents officiels

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 18 août 1976 à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents, FF 1976 III 143 (cité : MCF, LAA).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 19 décembre 1975 à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1976 I 117 (cité : MCF, LPP).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 (cité : MCF, Cst.).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique, peut être consulté à l'adresse suivante : [file:///C:/Users/sabri/AppData/Local/Packages/Microsoft Edge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/rapport_principales_conditions-cadre_economie_numerique%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/sabri/AppData/Local/Packages/Microsoft%20Edge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/rapport_principales_conditions-cadre_economie_numerique%20(1).pdf) (cité : CF, *Principales conditions-cadre pour l'économie numérique*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 8 novembre 2017 donnant suite aux postulats 15.3854 REYNARD du 16 septembre 2015 et 17.3222 DERDER du 17 mars 2017, *Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail : opportunités et risques*, peut être consulté à l'adresse suivante : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/50255.pdf> (cité : CF, *Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 14 novembre 2001 en réponse à la motion 99.3004 sur un traitement uniforme et cohérent des activités lucratives dépendantes et indépendantes en droit fiscal et en droit des assurances sociales, FF 2002 1076 (cité : CF, *Activités lucratives dépendantes et indépendantes*).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Enquête suisse sur la population active (ESPA), *L'activité indépendante en Suisse en 2017*, Neuchâtel, octobre 2018 (cité : OFS, *L'activité indépendante en Suisse en 2017*).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG (DP), état le 1^{er} janvier 2018 (cité : OFAS, DP).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), état le 1^{er} janvier 2012 (cité : OFAS, DSD).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, Directives sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (DAA), état le 1^{er} janvier 2015 (cité : OFAS, DAA).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG, (DIN), état le 1^{er} janvier 2018 (cité : OFAS, DIN).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, Circulaire sur l'allocation de maternité, valable à partir du 1^{er} juillet 2005, pp.17-21 (cité : OFAS, circulaire sur l'allocation de maternité).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du travail à sa 86^{ème} Session, 18 juin 1998.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Recommandation n°198 sur la relation de travail, 15 juin 2006.

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, Directive « Marche à suivre pour vérifier le statut d'indépendant de prestataires de services étrangers », état le 1^{er} juillet 2015 (cité : SECO, directive Marche à suivre pour vérifier le statut d'indépendant).

Principaux ouvrages et articles

ABEGG Andreas/GRAMPP Michael/ZOBRIST Luc, *The sharing economy in Switzerland: Do we need more, fewer, or new regulations?*, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Deloitte AG, Zurich, 2016, accessible depuis l'adresse suivante : <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ch/Documents/consumer-business/ch-en-cib-the-swiss-sharing-economy.pdf>.

ADLER Tibère/SALVI Marco, *Quand les robots arrivent. Préparer le marché du travail à la numérisation*, accessible depuis l'adresse suivante : www.avenir-suisse.ch/fr/publication/quand-les-robots-arrivent.

ANTONMATTEI Paul-Henri/SCIBERRAS Jean-Christophe, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité*, France, 2008 accessible à l'adresse suivante : <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Antonmattei-Sciberras-07NOV08.pdf>

AUBERT Gabriel, *Commentaire des art. 319-362 CO*, in : L. THEVENOZ/ F. WERRO (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations*, I, 2^{ème} éd., Bâle, 2012.

AZAÏS Christian/DIEUAIDE Patrick/KESSELMAN Donna, *Zone grise d'emploi, pouvoir de l'employeur et espace public : une illustration à partir du cas Uber*, *Relations industrielles*, 2017, vol.72(3), pp.433-456.

BELLEY Jean-Guy, *Contrat relationnel*, in : À. Popovici/L. Smith (édit.), *McGill Companion to Law*, Montréal, juin 2012, accessible depuis l'adresse suivante : <https://www.mcgill.ca/companion/list/contrat-relationnel>.

BERG Janine/FURRER Marianne/HARMON Ellie/RANI Uma/SILBERMAN M. Six, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail. Pour un travail décent dans le monde en ligne*, OIT, 20 septembre 2018.

BIERI Laurent/CARRON Blaise/TERCIER Pierre, *Les contrats spéciaux* 5^{ème} éd., Schulthess, Genève, 2016.

BOUSSARD Valérie/DUBAR Claude/TRIPIER Pierre, *Sociologie des professions*, A. COLIN (édit.), Collection U, Paris, 2015, consulté en version Kindle Amazon.

BUREAU Marie-Christine/CORSANI Antonella, *Du désir d'autonomie à l'indépendance. Une perspective sociohistorique*, *La nouvelle revue du travail*, 2014, vol.5, 10 novembre 2014.

CABEZA PEREIRO Jaime, *Le statut du travailleur indépendant en Espagne*, *Revue internationale du Travail*, 2008, vol.147, n°1.

CARRUZZO Philippe, *Le contrat individuel de travail. Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Schulthess Verlag, Zurich, 2009.

CASALE Giuseppe/PERULLI Adalberto, *Towards the Single Employment Contract*, OIT, Genève, Hart Publishing, 2014.

CIRIGLIANO Luca, *Numérisation et droit du travail : une analyse de lege lata et ferenda d'aspects choisis*, *PJA*, 2018, vol.27, n°4, pp.438-447.

D'AMOURS Martine, *Travail précaire et gestion des risques : vers un nouveau modèle social ?*, *Lien social et Politiques*, 2009, vol.61, pp.109-121.

DÄUBLER Wolfgang, *Protection of working relationships in Germany*, in : C. BOSSE/F. PENNING (édit.), *The protection of working relationships. A comparative study*, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn, 2011, pp.127-142.

DAVIDOV Guy/FREEDLAND Mark/KOUNTOURIS Nicola, *The Subjects of labor law : employees and other Workers*, in : M. W. FINKIN et G. MUNDLAK (édit.), *Research Handbook in Comparative Labour Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015.

DE LA FUENTE Sonia/FISCHER Philipp, *Les plateformes numériques à l'épreuve du droit du travail*, Jusletter, 10 décembre 2018, www.jusletter.ch.

DUNAND Jean-Philippe, *Commentaire de l'article 319 CO*, in : J.-P. DUNAND/ P. MAHON (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Stämpfli, Berne, 2013.

FRAGNIÈRE et al., *Dictionnaire suisse de politique sociale*, in : J.-P. FRAGNIÈRE/R. GIROD (édit.), *Réalités sociales*, Lausanne, 2^{ème} éd., 2002.

FREDMAN Sandra/LOWENTHAL Tom et al., *The Employment Status of Uber Drivers A Comparative Report Prepared for the Social Law Project, University of the Western Cape, Oxford Pro Bono Publico, Oxford, 2017*, accessible depuis l'adresse suivante : <https://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2017/10/OPBP-Uber-Project-Final-.pdf>

FRÉSARD-FELLAY Ghislaine/KAHIL-WOLFF Bettina/PERRENOUD Stéphanie, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Stämpfli, Berne, 2015, vol.2 (cité : FRÉSARD-FELLAY vol.2).

FULD Stéphanie/MICHEL Jean-Tristan, *Le Portage Salarial : analyse en droit du travail et des assurances sociales suisses*, Jusletter, 22 octobre 2012, www.jusletter.ch.

GÄCHTER Thomas, *Die Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit*, in : *Aktuelle Fragen des Sozialversicherungs- und Migrationsrechts aus der Sicht der KMU*, Schulthess, Zurich, 2009, pp.1-30 (cité : GÄCHTER. *Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger*).

GÄCHTER Thomas/MEIER Michael E., *Sozialversicherungsrechtliche Qualifikation von Uber-Fahrern Rechtsgutachten zuhanden der Unia Bern*, Zurich, 5 juillet 2018, accessible depuis l'adresse suivante : https://www.unia.ch/uploads/tx_news/2018-07-05_Gaechter_Meier_Gutachten_Uber_Fahrer.pdf (cité : GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*).

GÄCHTER Thomas/MEIER Michael E., *Zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern*, Jusletter, 3 septembre 2018, www.jusletter.ch (cité : GÄCHTER/MEIER).

GEISER Thomas/MÜLLER Roland, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Stämpfli, Berne, 2015.

GIDE Charles, *Les œuvres de Charles Gide vol. 6, Les institutions du progrès social*, Textes présentés par Danièle DEMOUSTIER, L'Harmattan, Paris, 2008.

GOMES Barbara, *Le statut juridique des travailleurs économiquement dépendants, Étude comparée en droit allemand, espagnol, français, italien et anglais*, rapport remis à l'OIT, Paris, décembre 2017, pp.33-39, accessible depuis l'adresse suivante : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--ilo-paris/documents/publication/wcms_633107.pdf.

GREBER Pierre-Yves/KAHIL-WOLFF Bettina/FRÉSARD-FELLAY Ghislaine/MOLO Romolo, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Stämpfli, Berne, 2010, vol.1 (cité : GREBER vol.1).

HARDER Wolfgang, *Freie Mitarbeiter, Freelancer, Scheinselbständige: Arbeitnehmer, Selbständige oder beides?*, ArbR., Berne, 2003.

KAHIL-WOLFF Bettina, *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, 13 mars 2017* (traduction) in : B. KAHIL-WOLF HUMMER et J. JUGE (édit.), *Le droit social numérique*, Stämpfli, Berne, 2018, pp.247-286 (cité : KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*).

KAHIL-WOLFF HUMMER Bettina, *Les relations sociales internationales dans l'économie collaborative : renouveler les règles légales en Europe*, in : B. KAHIL-WOLF HUMMER et J. JUGE (édit.), *Le droit social numérique*, Stämpfli, Berne, 2018, pp.125-168 (cité : KAHIL-WOLF HUMMER, *Les relations sociales internationales dans l'économie collaborative*).

KRAUSE Rüdiger, *Arbeitsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2^{ème} éd., 2011.

KYROU Ariel, *Entretien avec Bernard STIEGLER : Le travail à l'âge de l'automatisation généralisée*, www.digital-society-forum.orange.com, 23 octobre 2014 entretien filmé accessible à l'adresse suivante : https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/382-bernard_stiegler_emploi_est_mort_vive_le_travail_-_reinventer_le_travail_a_lere_de_lautomatisation, à propos de : STIEGLER Bernard, *L'emploi est mort, vive le travail ! Réinventer le travail à l'ère de l'automatisation*, Économie du numérique, [2] 29 juillet 2014 et *L'emploi est mort, vive le travail ! Entretien avec Ariel KYROU*, Fayard/Mille et une nuits, Paris, 2015 (cité : KYROU Ariel, *Entretien avec Bernard STIEGLER*).

LAFFELY MAILLARD Gladys, *Principes généraux de la prévoyance professionnelle et de la prévoyance individuelle liée*, in : *Droit fiscal et assurances sociales. En particulier la prévoyance professionnelle et les aspects transfrontaliers*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2016, pp.1-35.

LANZ Raphael, *Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht*, PJA, 1997, vol.2, pp.1463-1484.

LIBAULT Dominique, *Une gouvernance adaptée aux nouveaux enjeux ?*, EN3S-École nationale supérieure de Sécurité sociale (édit.), Regards, 2017/2, n°52, pp.77-84.

MEIER Anne, *Risques de précarisation des travailleurs induits par les plateformes : stratégies procédurales individuelles et collectives*, PJA, 2018, vol. 27, n°3, pp.302-315.

MUEHLBERGER Ulrike/PASQUA Silvia, *Workers on the Border between Employment and Self-employment*, *Review of Social Economy*, 2009, 67 (2), 22 juin 2009, pp.201-228.

NGUYEN Min Son, *Commentaire de l'art. 11 LEtr*, in : C. AMARELLE/M. S. NGUYEN (édit.), *Code annoté de droit des migrations*, Stämpfli, Berne, vol.2, 2014-2017.

NGUYEN Minh Son, *Le travailleur, l'indépendant, le prestataire de services et le travailleur détaché en droit suisse des migrations économiques*, in : C. AMARELLE/M.S. NGUYEN (édit.), *Migrations et économie. L'accès des étrangers à la vie économique : les normes et leur application*, Stämpfli, Berne, 2010, pp.67-124.

OBERSON Francine, *La prévoyance professionnelle : principes et fondements*, La pratique du droit, Schulthess éd. romandes, Genève, 2013.

PÄRLI Kurt, *Gutachten «Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen»*, Berne et Bâle, 10 juillet 2016, accessible depuis l'adresse suivante : https://www.unia.ch/uploads/tx_news/2016-08-29-Gutachten-Arbeitsrecht-Sozialversicherungsrecht-Uber-Taxifahrer-innen-Professor-Kurt-Pärli.pdf (cité : PÄRLI, *Gutachten*).

PÄRLI Kurt, *Uber-Urteile des Sozialversicherungsgerichts Zürich. Die SUVA muss weitere Abklärungen treffen*, Jusletter, 3 septembre 2018, www.jusletter.ch (cité : PÄRLI, *Uber-Urteile des Sozialversicherungsgerichts Zürich*).

PÄRLI Kurt, *Unselbständigerwerbende Taxifahrer bei Anschluss an Vermittlungszentrale. Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 8C_571/2017 vom 9. November 2017*, Jusletter, 12 février 2018, www.jusletter.ch (cité : PÄRLI *Taxifahrer. Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts*).

PENNINGS Frans, *The Various Categories of Persons Performing Work Personally*, in : C. BOSSE/F. PENNING (édit.), *The protection of working relationships. A comparative study*, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn, 2011, pp.5-14.

PERRENOUD Stéphanie, *Salariés ou indépendants : quid en cas d'incapacité de travail?* in : B. KAHIL-WOLF HUMMER et J. JUGE (édit.), *Le droit social numérique*, Stämpfli, Berne, 2018, pp.25-42.

PERULLI Adalberto, *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*, in : G. CASALE (édit.), *The employment relationship: A comparative overview*, OIT, Genève, Hart Publishing, 2011, pp.137 et ss.

PICHONNAZ Pascal, *Le contrat de franchise : état de son évolution*, La pratique contractuelle 3, Symposium en droit des contrats, Schulthess éd. romandes, Genève, 2012, pp.41-68 (cité : PICHONNAZ, *Le contrat de franchise*).

PORTMANN Wolfgang, *Neue Arbeitsformen : Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing*, in : P. BREITSCHMID/L. MEIER (édit.), *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung : Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zurich, 2015, pp.525-544.

RABAGLIO Orlando, *Les cotisations AVS des indépendants - L'impôt méconnu. Une approche de la législation et de la jurisprudence*, TREX, 2009, pp.286-289.

REHFELDT Udo, *Le « Jobs Act », un nouveau pas vers la flexibilité pour les travailleurs et vers la sécurité pour les employeurs*, Chronique internationale de l'IRES, n°155, février 2017, pp.57-70.

RIEMER-KAFKA Gabriela, *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), pp.581-602.

RIESCO-SANZ Alberto, *Le travail indépendant en Espagne et ses régulations récentes*, in : S. CÉLÉRIER (édit.), *Le travail indépendant : statut, activités et santé*, Liaisons Sociales, Wolters Kluwer, Paris, 2014, pp.53-68.

ROUSSELLE-RUFFIEUX Sara, *Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS : convergences et divergences*, in : R. Wyler/F. Ammann, *Panorama II en droit du travail : recueil d'études réalisé par des praticiens*, Stämpfli, Berne, 2012, pp.177-209.

SUBILIA Olivier/DUC Jean-Louis, *Droit du travail : éléments de droit suisse*, éd. Bis & Ter SNC, Lausanne, 2010, pp.78 et ss.

SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2015 (cité : SUPLOT, *Critique du droit du travail*).

SUPIOT Alain, *Les nouveaux visages de la subordination*, Droit social, février 2000, n°2, pp.131-145 (cité : SUPLOT, *Les nouveaux visages de la subordination*).

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, Schulthess, Genève, 2012 (cité : TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*).

TURNER Chris, *Unlocking employment law*, Routledge, Londres, 2010, pp.79-109.

ÜBERSAX Peter, *Commentaire de l'art. 19 LETr*, in : C. AMARELLE/M. S. NGUYEN (édit.), *Code annoté de droit des migrations*, Stämpfli, Berne, vol.2, 2014-2017.

VERGE Pierre, *Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique*, Les Cahiers de droit, 2011, Vol.52, n°2, pp.135-166,

WITZIG Aurélien, *Droit du travail*, Schulthess, Genève, 2018, pp.13-97 (cité : WITZIG, *Droit du travail*).

WITZIG Aurélien, *L'ubérisation du monde du travail : réponses juridiques à une évolution économique*, Revue de droit suisse, 2016, vol.135, tome 1, n° 5, pp.457-483 (cité : WITZIG, *L'ubérisation du monde du travail*).

WITZIG Aurélien, *Ressorts méconnus du droit du travail suisse*, in : R. WYLER/A. MEIER/S. MARCHAND (édit.) *Regards croisés sur le droit du travail : Liber amicorum pour Gabriel Aubert*, Schulthess éd. romandes, Genève, 2015 (cité : WITZIG, *Ressorts méconnus du droit du travail*).

WYLER Rémy, *Commentaire de l'article 320 CO*, in : J.-P. DUNAND./ P. MAHON (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Stämpfli, Berne, 2013.

WYLER Rémy/HEINZER Boris, *Droit du travail*, Stämpfli, Berne, 2014, pp.57 ss.

ZEIN Bassem, *Travail par les plateformes : quelles relations contractuelles ?*, Pratique juridique actuelle, 2018 pp.711-723.

Précisions

Les références aux documents utilisés figurent dans la bibliographie, les auteurs sont classés par ordre alphabétique selon le nom de l'auteur, puis par ordre chronologique. Les ouvrages et articles de doctrine sont cités uniquement par nom d'auteur ou en cas de multiplicité de références d'un même auteur, tel que mentionné dans la bibliographie.

Le genre masculin a été adopté afin de faciliter la lecture et couvre sans discrimination les hommes comme les femmes.

Les liens Internet ont été consultés pour la dernière fois le 15 mars 2019.

I. INTRODUCTION

Véritable « tsunami digital² », basculement, dont l'ampleur est comparée à la fin de l'Empire romain ou de la renaissance³, la vague numérique, engendrée par l'explosion des technologies de la communication, déferle depuis une dizaine d'années dans nos vies quotidiennes, proposant via nos smartphones, diverses prestations accessibles en un clic, offertes par des plateformes. Hasard de l'histoire ou contrecoup inéluctable, cette métamorphose de nos vies, authentique révolution technologique, s'accompagne simultanément d'une crise économique, sociale et humanitaire, qui, par son ampleur universelle et sa généralité, laisse un sentiment d'impuissance⁴.

Ces nouveaux services, conséquence de la portabilité de l'Internet, créent l'engouement. Dans notre société, tout s'échange ou se vend désormais via les plateformes, du financement au marketing en passant par les biens de consommation ou la vie associative. Avec ce bouleversement, un vocabulaire nouveau voit le jour : *crowd founding*, *crowd working*, *gig economy*, économie participative, plateforme collaborative... , et en même temps que lui, la naissance de nouvelles relations, dites de partage, qui reposent sur la mise en commun, par l'échange de données, des apports de chacun. Portés par l'innovation, ces nouveaux modèles économiques représentent un potentiel considérable pour la compétitivité et la croissance. Ils encouragent de nouvelles possibilités d'emploi, des formules de travail souples et de nouvelles sources de revenus et de profit.

Ce phénomène n'est pas limité à l'Europe, aux États-Unis ou aux pays industrialisés, bien au contraire. La microfranchise était depuis longtemps déjà un phénomène typique des pays émergents, le travail de plateforme lui a succédé avec le même succès⁵. En Inde par exemple, le travail de plateforme représente de réelles opportunités professionnelles pour des millions d'indépendants⁶.

Ces nouveaux modèles économiques sont également l'eldorado de l'économie globalisée et de la mondialisation. Dans la mouvance des recherches de gain de productivité des entreprises et de l'augmentation des besoins de flexibilité de l'emploi, nous sommes désormais entrés, grâce au digital, dans l'ère de la portabilité du travail. Une nouvelle forme d'activité en résulte : l'intermédiation du travail indépendant.

Ces emplois sont-ils si nouveaux cependant ? Tout type de travail peut-il être « platformisé » ? Est-ce un signe d'évolution du salariat, un chemin détourné permettant aux géants de l'économie, dans un contexte de mondialisation, de s'affranchir des barrières protectionnistes du droit du travail ? S'agit-il d'une nouvelle forme de précarisation, de paupérisation de la société, ou au contraire d'une libéralisation de l'économie par l'entrepreneuriat ? Quelles sont les conséquences sociales pour les travailleurs ? Se trouve-t-on face à

² Selon l'expression du directeur du Groupe Publicis, Maurice Lévy, au Financial Times, le 14 décembre 2014, www.ft.com/, accessible à l'adresse suivante : www.ft.com/content/377f7054-81ef-11e4-b9d0-00144feabdc0.

³ SERRE Michel, *Petite poucette, Le monde a tellement changé que les jeunes doivent tout réinventer : Une manière de vivre ensemble, des institutions, une manière d'être et de connaître...*, Manifestes Le Pommier !, Paris, 2012.

⁴ Les Échos, Jacques Attali : « Aller vers le meilleur, sans passer par le pire » 10 octobre 2018, www.lesechos.fr, accessible à l'adresse suivante : https://www.lesechos.fr/11/10/2018/lesechos.fr/0302380717546_jacques-attali----aller-vers-le-meilleur--sans-passer-par-le-pire--.htm.

⁵ ALON Illan/MITCHEL Matthew C./MUNOZ J. Mark, *Microfranchising in less developed countries*, in : J.M.S. Munoz (Edit), *Contemporary Microenterprise Concepts and Cases*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, 2010. Article consulté sur www.academia.edu/.

⁶ *Quand les taxis et les rickshaws se mettent aux applis*, Courrier International, 12 septembre 2016, publié dans www.courrierinternational.com, d'après un article de MAYANK Jain, *How black and yellow cabs in Delhi and Mumbai are trying to beat Uber and Ola at their own game*, Scroll.in, 9 août 2016, <https://scroll.in>.

un phénomène durable ou temporaire, comme l'annoncent déjà ceux qui prévoient la mort des plateformes avec l'arrivée du big data⁷ ?

Face à ces nombreuses questions, les États semblent assez désemparés quant aux décisions à prendre. Or, le succès des plateformes ne va pas sans poser de multiples problèmes pour les acteurs du marché en place ; mais les législations évoluent lentement et de façon non coordonnée entre les différents pays.

À travers l'analyse spécifique de la plateforme Uber, nous essaierons d'apporter un éclairage sur les transitions économiques et sociales induites par le travail de plateforme et trouver comment donner à ces nouvelles relations une place à la hauteur de leur inventivité, un cadre qui permette à chacun d'exprimer sa liberté d'entreprendre, tout en conservant un visage humain au travail de plateforme. Comment, comme le recommande la Commission européenne, encourager les plateformes en ligne, afin qu'elles interviennent en tant qu'acteurs responsables d'un « écosystème » Internet équitable et contribuent à la croissance et à l'emploi⁸ ? Il s'agit ici de porter un regard sur les solutions mises en place autour de nous afin de lancer quelques pistes d'innovations sociales.

Dans ce contexte, le cas des chauffeurs Uber nous a semblé particulièrement intéressant, tout d'abord par sa dimension symbolique, mais aussi par son aspect autant international que transversal, car il forme un terrain sur lequel viennent s'imbriquer des sphères avec une présence étatique régulatrice et d'autres encore en friche juridique. Il touche non seulement la question du statut social des travailleurs, mais aussi celle de la sécurité des consommateurs. Il soulève enfin des problématiques de mobilité, d'utilisation du domaine public et de concurrence, domaines dans lesquels l'État s'est toujours fortement impliqué et face auxquels il ne peut rester inactif. Des intérêts publics parfois contradictoires qui occupent les médias autant que les tribunaux et devant lesquels les États semblent encore souvent empruntés.

Le cadre du présent mémoire ne nous autorise pas à exposer un recensement exhaustif des difficultés juridiques liées à l'économie numérique, cela élargirait trop le champ des recherches. L'optique choisie est donc de nous concentrer sur les problématiques liées au droit social. Ainsi nous n'évoquerons les questions connexes comme l'autorisation d'exercice de la profession, la régulation de la concurrence ou le droit fiscal, que dans la mesure où elles nous apportent un éclairage sur la condition des indépendants. Enfin, l'expérience des travailleurs de plateforme étant largement transfrontalière, il sera fait appel aux systèmes juridiques étrangers, afin d'enrichir notre réflexion des expériences voisines, bien que ce document ait avant tout vocation à développer un ancrage en droit suisse.

Les questions contemporaines ne peuvent à notre sens trouver de réponses satisfaisantes qu'à travers une perspective historique et une connaissance du contexte social. Nous commencerons donc par donner un aperçu des origines du travail indépendant ; cela nous conduira à détailler la situation actuelle, tant d'un point de vue socio-économique que du point de vue du droit suisse (II.).

Dans un second temps, afin de saisir toute l'ampleur du sujet, nous poursuivrons par une présentation du travail de plateforme, illustrée par le cas Uber, des difficultés soulevées en Suisse et dans différents pays et des réponses apportées, tant par les juridictions que par les autorités (III.).

⁷ SCHNEIDER Jacques-André/MOULLET Céline, *L'économie digitale et la sécurité sociale sous le regard des juges étrangers*, in : B. KAHIL-WOLF HUMMER et J. JUGE (édit.), *Le droit social numérique*, Stämpfli, Berne, 2018, p.22.

⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au conseil, au Comité économique et Social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 2 juin 2016 accessible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-356-FR-F1-1.pdf>

L'ubérisation du travail, nouvelle forme d'entrepreneuriat ou précarisation : Quelle reconnaissance pour les nouveaux indépendants ?

Enfin, nous tenterons d'apporter une réponse à la problématique posée en titre, en passant en revue les différentes solutions proposées par la doctrine, nos pays voisins ou les possibles adaptations d'institutions existantes (IV.).

II. NOTION D'INDÉPENDANT

Avant de pouvoir définir le statut juridique des indépendants en Suisse (B.) et l'étendue de leur protection sociale (C.), il nous paraît important de brosser un portrait rapide de cette catégorie socioprofessionnelle (A.) à la fois historique (1.) et sociologique (2.), qui nous permette de mieux cerner à quelle catégorie de travailleurs ils peuvent être rattachés (3.).

A. Portrait de l'indépendant

1. Réalité historique du travail indépendant

Le travail indépendant n'est pas un phénomène nouveau, il a même toujours existé. Au 19^{ème} siècle, les indépendants forment le noyau de la classe moyenne, constituée de paysans, d'artisans et de petits commerçants. Au début du 20^{ème} siècle en Allemagne, pendant la République de Weimar, malgré l'expansion des grandes usines, la très petite entreprise représentait encore 90% de l'ensemble des entreprises. On constate cependant à cette époque une mutation, un appauvrissement général des professions indépendantes, qui n'est pas uniquement propre au salariat. Ainsi se développent de nouvelles formes de travail qu'il n'est pas toujours aisé de qualifier : « travailleurs journaliers à leur compte », « travailleurs salariés mobiles » ou « travailleurs à domicile »⁹. En France, lors du recensement de 1906, la population « active », c'est-à-dire « tous ceux ayant une occupation quelconque », comptait environ 4'787'000 travailleurs indépendants – il faut entendre par là « l'homme qui gagne sa vie sans employer de salariés et sans l'être lui-même » – soit environ un quart de la population active¹⁰.

En diminution constante entre le début du siècle et les années septante, du fait de l'industrialisation, le travail indépendant connaît depuis, en Suisse, un accroissement, lié à une demande accrue de services et au fait qu'il permet à certains chômeurs de retrouver néanmoins une activité rémunérée en période de récession. Ainsi la crise pétrolière des années 1970 et la crise du modèle fordiste, qui en fut la conséquence, ont mis en exergue une crise de la société salariale, marquée par le retour en force du travail indépendant¹¹.

Les indépendants représentent aujourd'hui une catégorie de population active conséquente, bien que variable d'un pays à l'autre. Selon l'OFS, en 2017, 13 actifs occupés sur 100 exerçaient en Suisse leur activité professionnelle principale en tant qu'indépendants¹². Si dans les années 80 les indépendants étaient majoritairement des employeurs, ils sont désormais majoritaires à œuvrer seuls¹³. Au Royaume-Uni, le nombre de travailleurs indépendants est passé de 3,3 millions (12 % de la population active) en 2001 à 4,8 millions (15,1 % de la population active) en 2017¹⁴. En France, le nombre de travailleurs indépendants a augmenté de 25 % depuis 2003, soit 10 fois plus vite que la population salariée, pour atteindre en 2016 le

⁹ GEIGER Théodore *Die Soziale Schichtung des Deutschen Volkes: Soziographischer Versuch auf Statistischer Grundlage*, Stuttgart 1932, Enke Verlag, cité par BUREAU/ CORSANI p.4.

¹⁰ GIDE Charles, p.241-244.

¹¹ FRAGNIÈRE/GIROD, p.173.

¹² À ce chiffre doivent être ajoutés les quelque 1,52% des actifs exerçant plusieurs activités et pour qui l'activité indépendante n'est pas la principale activité, non pris en compte par la présente statistique. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE La multi activité en Suisse, 2017.

¹³ OFS, *L'activité indépendante en Suisse en 2017*, p.2. Dans cette analyse sont considérées comme indépendantes les personnes à leur propre compte (entreprises individuelles, sociétés en nom collectif, sociétés en commandite et entreprises informelles), mais aussi les salariés détenteurs d'une part importante du capital de la société dans laquelle ils exercent leur activité. Seule l'activité professionnelle principale est considérée.

¹⁴ OFFICE FOR NATIONAL STATISTICS, *Trends in self-employment in the UK*, 7 février 2018, accessible à l'adresse suivante: <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/employmentandemployeetypes/articles/trendsinselfemployementintheuk/2018-02-07>.

cap des 3 millions sur les quelque 28,6 millions de personnes actives¹⁵. Mais c'est en Italie et en Grèce que les taux sont les plus élevés (respectivement 21% et 27% de la population active)¹⁶.

L'affluence des termes utilisés : *independant contractor, self-employed, freelancers* reflète autant l'hétérogénéité des réalités que la difficulté de cerner ce mode de travail¹⁷. En effet, le travail indépendant forme une catégorie très disparate, de tout temps, ce qui complique la mise en évidence de tendances générales et une distinction précise avec le salariat. Déjà avant l'ère du modèle fordiste, les indépendants formaient un groupe hétéroclite, composé d'une part de ceux qui possèdent leur propre outil de production, les petits industriels, commerçants ou agriculteurs, n'employant aucun salarié ; et d'autre part de ceux qui ne possèdent que leur force de travail, ouvriers et travailleurs isolés¹⁸. À l'intérieur ce dernier groupe, il faut encore distinguer ceux qui achètent les matières premières et ceux qui travaillent avec celles qui leur sont fournies, par des donneurs d'ordre¹⁹.

Aujourd'hui, la figure type du travailleur indépendant n'est plus seulement l'artisan, l'agriculteur, le praticien libéral ou le travailleur journalier à son compte, mais aussi le professionnel qui fournit des services aux entreprises, celui qui vit des métiers de la communication et de la culture ou enfin le particulier qui dispense des services à la personne. Dans la construction, la croissance récente du travail non salarié concerne des emplois peu qualifiés, alors que dans le secteur des services, notamment l'immobilier, les activités spécialisées scientifiques et techniques, l'enseignement et la santé on trouve des emplois très qualifiés²⁰. Dans tous les cas, il s'agit essentiellement de professions dans le marché des services, marché qui a lui-même subi de profondes mutations, sous l'effet de la globalisation et de l'économie numérique.

Comme éléments fédérateurs de cette catégorie hétérogène, on retrouve quelques constantes : la relation avec une clientèle, la reconnaissance d'une expertise personnelle – rémunérée traditionnellement par des honoraires, plutôt que par un salaire –, la maîtrise du temps de travail, mais surtout la nécessité d'une certaine capacité à contrôler son activité, afin de conserver son autonomie, et une dynamique de concurrence. Or ce sont précisément ces critères qui tendent à s'estomper dans le rapport de force entre les nouveaux indépendants et leurs commanditaires dans une économie globalisée²¹.

2. Recherche d'autonomie ou choix contraint : quelles sont les motivations des indépendants ? Aspects sociologiques

D'un point de vue sociologique, un groupe professionnel peut être considéré comme indépendant, lorsque ses membres sont majoritairement nonsalariés, et que l'autonomie est considérée par la profession comme un élément essentiel²². Il faut donc faire attention à ne pas confondre l'activité elle-même, et la forme sous laquelle elle est exercée. Dans notre définition sociologique, les deux critères doivent majoritairement coïncider, ce qui ne signifie pas qu'on ne peut pas trouver des salariés exerçant des professions typiquement

¹⁵ DÉSAUNAY Cécile/DE JOUVENEL DE FUTURIBLES François, *Travail indépendant : quels scénarios pour la France en 2030 ?*, mars 2017, www.federation-auto-entrepreneur.fr, accessible à l'adresse suivante : <https://www.federation-auto-entrepreneur.fr/sites/default/files/etude-observatoire-alptis-synthese-avenir-travail-independant.pdf>.

¹⁶ BUREAU/CORSANI para. 1.

¹⁷ BUREAU/CORSANI para. 3.

¹⁸ GIDE p.241-244. Selon Gide il convient de retrancher de la catégorie des indépendants les travailleurs à domicile qui ne sont que « la pire catégorie des travailleurs salariés ».

¹⁹ GEIGER Théodore *Die Soziale Schichtung des Deutschen Volkes: Soziographischer Versuch auf Statistischer Grundlage*, Stuttgart 1932, Enke Verlag, cité par BUREAU/CORSANI Antonella.

²⁰ DÉSAUNAY Cécile/DE JOUVENEL DE FUTURIBLES François, *Travail indépendant : quels scénarios pour la France en 2030 ?*, mars 2017, www.federation-auto-entrepreneur.fr, accessible à l'adresse suivante : <https://www.federation-auto-entrepreneur.fr/sites/default/files/etude-observatoire-alptis-synthese-avenir-travail-independant.pdf>.

²¹ Sur les attaques menées par l'économie classique contre les professions indépendantes, voir BOUSSARD et al., p.271 et ss. Emplacement 6790 et ss sur la version Kindle de l'ouvrage.

²² BOUSSARD et al., p.199, emplacement 4889 et ss. sur la version Kindle de l'ouvrage.

indépendantes, ou des indépendants exerçant des fonctions qui sont majoritairement présentes sous forme salariée. Cette double grille de lecture, ainsi que l'hétérogénéité économique et professionnelle que nous venons d'étudier complexifie véritablement la tâche des autorités dans leur démarche de qualification, mais aussi l'émergence d'une représentation collective, la définition des besoins et la recherche de solutions, comme nous le verrons dans notre quatrième partie. À ce stade de notre réflexion, il nous importe de délimiter, si tant est que cela soit possible, les différentes aspirations des indépendants.

L'accès à la « profession » se fait désormais souvent par reconversion, autant par désir de se réaliser personnellement, d'échapper aux contraintes de l'organisation du temps de travail salarié, que pour échapper au déclassement. Selon les termes de Marie-Christine BUREAU et Antonella CORSANI, le nouveau travailleur indépendant est une « figure en tension entre nécessité et autoréalisation ».

Certains indépendants assument une « conception militante », le désir de choisir avec qui collaborer, le refus de contraintes imposées par l'entreprise, quant à leur environnement technique (c'est notamment le cas pour la génération des « digital native »), la possibilité de maîtriser leur temps libre et de faire des projets à moyen terme ; autant de promesses que « l'institution du salariat » n'est plus guère en mesure de tenir²³.

Face aux difficultés économiques et aux accidents de la vie, se libérer des risques de précarité liés à l'employeur unique, par la création d'une entreprise indépendante, est un phénomène croissant. Cela représente également pour de nombreux laissés pour compte du marché de l'emploi la seule solution durable. Ainsi la dégradation des conditions de travail contribue au visage actuel du travail indépendant. Pour les diplômés, il s'agit donc généralement d'un « choix contraint », mais se dégage aussi en arrière-plan une demande d'autonomie au travail, résultat d'un dilemme interne, entre le sens du travail bien fait et la volonté de s'affranchir des injonctions et des pressions hiérarchiques. La définition sociologique de l'indépendant s'efface alors derrière la recherche d'un mode de vie. Elle implique un changement du rapport au temps, principale ressource de l'indépendant et une imbrication entre activité, passions et vie familiale²⁴.

Face à la crise, l'entrepreneuriat a donc des apparences de sûreté..., du moment qu'on ne perd pas sa capacité de travail par un accident ou une maladie. Ainsi, selon une étude canadienne, ce choix contraint a pour conséquence une possible fragilisation sociale de la personne, notamment en cas d'empêchement de travailler qui fait perdre à la personne à la fois son outil de travail, selon l'expression « mon corps est mon outil de travail », et le lien à la clientèle. Selon Martie D'AMOURS, il est donc faux de dire que l'indépendant n'a pas de risque de chômage ; le caractère extrêmement fragile de l'équilibre de ce système devrait même nous faire remettre en question sa viabilité²⁵.

Il est intéressant de relever enfin que le choix d'indépendance ne coïncide pas nécessairement avec l'adhésion à un modèle entrepreneurial, ce qui explique l'émergence de nouvelles formes de coopération, *coworking* ou travail collaboratif, « vecteurs » de solidarité. Ainsi nombre d'indépendants se trouvent « déguisés » sous ces nouvelles formes de salariat que permettent par exemple les sociétés de portage salarial ou les coopératives d'activité ouvrant l'accès à un minimum de droits sociaux²⁶.

Ainsi les besoins et les attentes des indépendants varient selon leur statut, leur situation patrimoniale et familiale, leur degré d'indépendance vis-à-vis de leur(s) donneur(s) d'ordre, ou le caractère principal ou secondaire de leur activité. Dès lors que le choix d'indépendance ne relève plus uniquement de l'exercice

²³ BUREAU/CORSANI para. 16-21.

²⁴ BILLION Julien/MORICEAU Jean-Luc/PAES Isabela/GUÉRILLOT Géraldine, *Portait affectif de l'indépendant en travailleur*, HAL 2015, accessible à l'adresse suivante : <https://hal.archives-ouvertes.fr>, accessible à l'adresse suivante : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01257062/document>

²⁵ D'AMOURS p.109-121.

²⁶ Voir notre partie IV.D.2. sur les coopératives.

de la liberté économique, mais d'un choix plus ou moins contraint, il convient d'adapter nos schémas à ces nouveaux besoins, afin d'encourager, en la sécurisant, la mobilité professionnelle.

C'est dans ce contexte que vient s'insérer la désormais catégorie à part entière, elle-même hétérogène, des « travailleurs de plateforme » et parmi eux, les chauffeurs Uber, que nous avons pris pour exemple de notre travail. Selon une étude du journal Le Monde publiée en 2017, en France, 55% des chauffeurs ont entre 18 et 34 ans, 39% sont en recherche active d'emploi, 50% sont issus des quartiers populaires où le taux de chômage est supérieur à 15% ; chaque année 30% cessent d'exercer cette activité, 80% d'entre eux utilisent au moins deux plateformes. Sur un chiffre d'affaires mensuel de 3'680 euros pour quarante heures de travail par semaine, ils dégagent un salaire net de 497 euros, une fois les coûts, commissions, charges et les taxes déduites ; ou, pour un chiffre d'affaires mensuel de 5'520 euros pour soixante heures de travail par semaine, un salaire net mensuel de 1'323 euro : un modèle ultra moderne de travailleurs pauvres²⁷.

3. Nouvelles formes de travail

La problématique des travailleurs indépendants s'insère également dans un cadre plus large, que nous ne présenterons que brièvement, car elle dépasse notre sujet, à savoir de celui de la mutation du travail et de la tendance globale à l'externalisation par les entreprises, dans la recherche de gains de productivité. C'est ce phénomène qui a donné naissance au travail dit atypique, qui concerne aujourd'hui les travailleurs à temps partiel, les emplois temporaires, le travail sur appel, le travail à domicile, la sous-traitance et le travail indépendant. Le développement des emplois atypiques a vu le jour aux États-Unis dans les années 80, au départ en réponse aux fluctuations du marché, aux objectifs de gain de productivité et de réduction des coûts visés par les entreprises. En Europe, il s'est surtout développé à partir des années 90. Cette tendance s'analyse comme une réponse à la réglementation stricte du marché du travail. Elle est liée à l'entrée des femmes sur ce même marché et au chômage structurel de certaines catégories de la population, comme celle des jeunes²⁸. Elle se manifeste aujourd'hui par l'explosion du *crowdsourcing*, travail externalisé par un appel lancé à une « foule »²⁹.

Pour situer les nouveaux travailleurs indépendants dans ce phénomène, la doctrine européenne subdivise le statut du travailleur en quatre catégories : les travailleurs sous contrat de travail, les travailleurs dépendants sans contrat de travail, les indépendants fictifs et les authentiques travailleurs indépendants. Ces concepts méritent d'être rapidement définis³⁰.

Les travailleurs sous contrat de travail, selon la définition qui en est donnée par la loi, relèvent du champ d'application du droit du travail. Cette catégorie implique généralement une obligation de performance personnelle, le paiement d'un salaire, et un lien de subordination ; autant de critères qui peuvent faire l'objet d'interprétation dans les cas les plus limites. Ces travailleurs sont de plus en plus indépendants, travaillent à domicile, à temps partiel, voire pour plusieurs employeurs et la distinction avec le travail indépendant a tendance à s'atténuer³¹.

Les travailleurs dépendants, sans contrat de travail, ont une relation généralement couverte par un contrat de service. Ces cas regroupent une multitude de sous-catégories, comme le travail sur appel ou à la tâche³², et leur régime juridique varie d'un pays à l'autre. Ces cas sont caractérisés par une incertitude sur la nature

²⁷ *Qui sont les chauffeurs Uber*, Le Monde économie, 1^{er} février 2017, www.lemonde.fr, accessible à l'adresse : https://www.lemonde.fr/economie/portfolio/2017/02/01/qui-sont-les-chauffeurs-uber_5072654_3234.html.

²⁸ MUEHLBERGER/PASQUA p.201-228.

²⁹ BERG et al. p.3 et ss., voir plus loin une définition du *crowdsourcing* en partie III.A.1.

³⁰ Voir par ex. PENNINGS, p.5-14.

³¹ SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, p.131-145.

³² Ce propos est à nuancer en droit suisse, où la jurisprudence reconnaît le travail sur appel comme une forme de travail classique.

juridique de la relation. Ils sont traités par la législation du travail et posent principalement un problème de mise en œuvre de la loi, afin de pouvoir leur octroyer la protection offerte par le droit du travail³³.

Les indépendants fictifs sont, eux, traités comme des indépendants, mais se trouvent dans les faits en état de dépendance vis-à-vis de leur fournisseur de travail. Cette dépendance les met dans une position très proche de celle des travailleurs sans contrat. On parle également de « sous-traitance intégrée », c'est-à-dire de relations de travail dans lesquelles le sous-traitant est formellement son propre employeur, mais ses conditions de travail sont en fait similaires à celles d'un employé, du fait de la situation de dépendance économique et de la subordination dans laquelle il se trouve vis-à-vis du cocontractant. Le sous-traitant assume indéniablement le risque économique, car dès lors qu'il n'a généralement qu'un seul contractant, ou un contractant principal qui génère la majorité de son revenu ; son revenu dépend de l'activité économique et conjoncturelle du cocontractant, mais il n'a pas la possibilité d'étendre véritablement son activité entrepreneuriale. L'approche dans ce cas pose véritablement la question du pouvoir d'entreprendre et de l'autonomie, elle nécessite d'approfondir les critères du travail subordonné tel que définis par la loi³⁴. Selon ANTONMATTEI et SCIABERRAS, la problématique pour cette catégorie n'est pas tant de remettre en question l'absence de lien de subordination juridique, c'est-à-dire le fait qu'au sens strict ces personnes sont bien organisées de manière indépendante, que de reconnaître les conséquences juridiques de leur dépendance économique³⁵.

Les authentiques travailleurs indépendants, qui ont plusieurs fournisseurs de travail et utilisent leur propre outil de travail, concernent des situations et des professions très variées. Certains peuvent se trouver dans des situations de grande fragilité économique, proche des travailleurs pauvres, ce qui pose la question de savoir si leur protection est adéquate³⁶.

C'est la catégorie des indépendants fictifs qui nous intéresse tout spécialement dans cette étude, car c'est cette forme de travail que privilégient les plateformes numériques comme Uber et que nous étudierons dans les parties suivantes. Une telle analyse nécessite au préalable d'avoir une vue panoramique du régime auquel ces indépendants sont soumis à ce jour en Suisse (B.) et de l'étendue de leur protection sociale (C.).

B. Notion d'indépendant en droit privé suisse

Le travail indépendant consiste traditionnellement en la gestion d'une entreprise à son propre compte et à ses risques. Autrement dit, l'indépendant est celui qui est, en principe, propriétaire de ses instruments de travail³⁷, et notamment de sa clientèle, et qui met sa force de travail à son propre service ou au service de sa propre entreprise, en supporte les risques et en recueille les profits³⁸. Ce concept n'est toutefois pas facile à cerner en pratique, car en droit suisse la définition de l'indépendant n'existe pas vraiment en tant que telle³⁹.

³³ PENNINGS, p.5-14.

³⁴ MUEHLBERGER/PASQUA p.201-228.

³⁵ ANTONMATTEI/SCIABERRAS, p.9.

³⁶ PENNINGS, p.5-14.

³⁷ OFAS, DIN, ch. 1005 « Sont en premier lieu considérés comme travailleurs indépendants les (co-)propriétaires d'une entreprise, d'une exploitation ou d'un commerce » et n°1014 « Toute raison individuelle inscrite au registre du commerce est présumée être une entreprise à but lucratif dont le titulaire exerce une activité indépendante ».

³⁸ FRAGNIÈRE/GIROD, p.173. et aussi Gérard LYON-CAEN *Le droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990 p.5 cité par WITZIG, *Droit du travail*, p.16.

³⁹ HARDER, p.6.

1. Définition de l'indépendant selon le droit du travail

Le droit du travail étant pour l'essentiel le droit du travailleur salarié, se pose donc la question du régime juridique du travailleur non salarié. WITZIG sur ce point nous renvoie au droit constitutionnel, notamment concernant la liberté économique, et au droit administratif⁴⁰, c'est-à-dire aux lois spéciales régissant l'autorisation d'exercice de la profession de chauffeur de taxi ou de chauffeur de voiture de transport avec chauffeur, en ce qui concerne notre étude⁴¹. Le droit administratif, spécifique à chaque profession, restera cependant secondaire dans notre étude, car peu utile à la reconnaissance juridique générale que nous essayons ici d'esquisser. Nous privilégierons donc une troisième voie, l'approche de cette notion par l'analyse du droit des obligations.

En la matière, il convient tout d'abord de rappeler que les deux parties ne sont pas libres de la qualification juridique du contrat. Celle-ci est en effet une question de droit, que le juge tranche librement d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle, sans être lié par la qualification, même concordante, donnée par les parties⁴². Pour ce faire, il s'efforce de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). S'il y parvient, il s'agit d'une constatation de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral conformément à l'art. 105 LTF⁴³. En cas de divergence réelle entre les parties, le juge interprète le contrat selon le principe de la confiance. Sur la base de l'ensemble de ces éléments, il détermine la nature juridique de la convention en se référant aux éléments constitutifs des types de contrats entrant en considération et aux critères de distinction posés par la jurisprudence et la doctrine⁴⁴.

Le contrat de travail (art. 319 CO) étant de droit impératif⁴⁵, c'est cette qualification qu'il conviendra de donner en priorité au contrat qui lie l'indépendant au donneur d'ordre, si les différents éléments de qualification sont réunis. La notion d'activité indépendante se définit donc en droit du travail essentiellement de manière négative, par opposition à la notion d'activité dépendante telle qu'elle ressort du contrat de travail au sens du code des obligations. Selon l'article 319 al. 1 CO, le contrat de travail est celui par lequel « 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 (salaire aux pièces ou à la tâche) » ; il n'est soumis à aucune forme spéciale (art. 320 al. 1 CO)⁴⁶. La doctrine⁴⁷ a dégagé de cet article quatre éléments caractéristiques qui, lorsqu'ils sont réunis, permettent d'identifier la relation de dépendance du travailleur à son employeur, qui justifie la protection accordée par le régime du code des obligations. Il s'agit premièrement de la prestation personnelle de travail que le travailleur s'engage à fournir, le contrat est donc en principe *intuitu personae*⁴⁸. La durée est le deuxième critère, le contrat ne s'éteint pas par la réalisation de la prestation. Le troisième est l'élément organisationnel ou de subordination, par lequel le travailleur se met sous la dépendance de l'employeur, d'une part au niveau temporel par le respect de l'horaire et du temps de travail, d'autre part sous l'angle spatial, c'est-à-dire au lieu convenu pour l'exécution de la

⁴⁰ WITZIG, *Droit du travail*, p.16.

⁴¹ Par exemple la Loi genevoise sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (LTVTC), RS/GE H 1 31.

⁴² TF, 4A_10/2017, 19 juillet 2017, consid. 3.1, ATF 131 III 217 consid. 3, ATF 84 II 493 consid. 2 p.496.

⁴³ ATF 135 III 410.

⁴⁴ TF 4A_200/2015 consid. 4.1.4. Voir également sur ce point TERCIER/PICHONNAZ *Le droit des obligations*, p.211 et ss.

⁴⁵ Bien que non listé parmi les dispositions des art. 361 et 362 CO, la doctrine est claire sur ce point, voir par exemple, Aubert p.1676, para. 23, DUC/SUBILIA, p.78, DUNAND, p.3 para.6, ou FAVRE et al. p.16, ch.1.1.

⁴⁶ cf. notamment AUBERT, p.1679, para. 1, WYLER/HEINZER, 20-22, ou WYLER, p.25, para.5.

⁴⁷ Cf. notamment AUBERT, para.1-21, CARRUZZO, p.1 et ss., DUNAND, p.3 et ss. et SUBILIA/DUC, p.78 et ss.

⁴⁸ La jurisprudence reconnaît toutefois parfois la validité d'un contrat dit « en cascade » permettant l'engagement d'un auxiliaire par le salarié. ATF 112 II 41 consid. 1.b cf. également HEINZER /WYLER, p.24.

prestation et enfin hiérarchique en acceptant de suivre les instructions et directives et de se soumettre au contrôle de l'employeur. La quatrième condition est le salaire, c'est l'élément matériel⁴⁹.

C'est souvent l'existence ou non du troisième critère, le lien de subordination, qui permet d'identifier le contractant comme étant un travailleur dépendant, les trois autres critères se trouvant également présents dans d'autres contrats de service, notamment le mandat ou le contrat d'entreprise⁵⁰. C'est donc la mise en œuvre du critère de subordination, selon les circonstances, au moyen d'indices, qui permet d'appliquer le régime du droit du travail au cocontractant considéré comme un travailleur. Dès lors que la personne se trouve dans un rapport de subordination comparable à celui existant entre un travailleur et un employeur, la personne sera assimilable à un employé et les dispositions destinées à protéger le travailleur s'appliqueront⁵¹.

Le Tribunal fédéral reconnaît que la distinction s'avère parfois particulièrement délicate, notamment lorsque la prestation caractéristique est par nature exécutée de manière autonome, la séparation entre service indépendant et service dépendant étant alors très mince. C'est le cas pour les professions libérales qui ont vu se développer un exercice sous forme de salariat⁵².

Pour approfondir cette notion, Wolfgang HARDER fait appel au concept de collaborateur libre, qu'il définit 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 ; bien qu'ils demeurent autonomes dans l'organisation de leur travail, tant d'un point de vue temporel que matériel. Comme cette nouvelle catégorie d'intervenants ne répond clairement ni à la définition de travailleur, ni à celle d'indépendant, 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 articles 319 et suivants CO s'appliquent, étant précisé que la qualification de contrat de travail *sui generis* devrait être retenue, car préférable pour mettre ces personnes au bénéfice d'une partie des normes protectrices du droit du travail, sans les assimiler toutefois entièrement au travailleur⁵³. Luca CIRIGLIANO souligne qu'il faut ici faire la différence d'une part entre l'indépendant « assimilable » à un employé, pour lequel la relation s'apparente à un rapport de travail, sans que l'on soit en présence de la totalité des quatre caractéristiques et à qui seront appliquées seules certaines normes de protection relevant du contrat de travail ; et d'autre part les cas d'activité « pseudo-indépendante » ou d'indépendance fictive dans lesquels le droit du travail sera appliqué en intégralité⁵⁴. Selon GEISER et MÜLLER, il y a pseudo travail indépendant lorsque les parties n'ont pas eu l'intention de conclure un contrat de travail, mais que la relation juridique qui s'est établie remplit, après un examen plus approfondi, tous les éléments nécessaires d'un contrat de travail. Elle sera, en cas de litige, requalifiée en contrat de travail par les autorités ou les tribunaux⁵⁵. Juridiquement, le pseudo travail indépendant représente un contrat de travail dissimulé, c'est-à-dire qu'il reste valable, après requalification par le juge, si les dispositions légales auxquelles il est soumis quant à sa forme et à son contenu ont été observées⁵⁶.

⁴⁹ Contrairement à la notion d'activité lucrative selon l'art. 11 al.2 LEtr, le contrat de travail ne peut jamais être à titre gratuit. NGUYEN, p.91-92, para.11-20, ÜBERSAX, p.145 para.9, CARRUZZO, p.5. Sur la nécessité du salaire voir aussi AUBERT, p.1675, para.14-17 ou DUNAND, p.7 para.23-27.

⁵⁰ BIERI/CARRON/ TERCIER, p.476 et ss.

⁵¹ ATF 118 II 157 consid. 4. appliquant par analogie les dispositions destinées à protéger le travailleur à un franchisé.

⁵² TF, 4P.83/2003, 9 mars 2003, consid. 3.2

⁵³ HARDER, p.71, 78, 79 et 84.

⁵⁴ CIRIGLIANO p.439.

⁵⁵ GEISER/MÜLLER, n°134a.

⁵⁶ Par opposition au contrat simulé au sens de l'art. 18 CO, par lequel les deux parties sont d'accord que les effets juridiques correspondant au sens de leur déclaration ne doivent pas se produire et qu'elles n'ont voulu créer que l'apparence d'un acte

Lors de la mise en œuvre de cette notion, la jurisprudence a dégagé des circonstances concrètes certains indices qui plaident en faveur d'un lien de subordination. Ces indices, que nous résumerons ci-après, ont été répertoriés notamment par Sara ROUSSEL-RUFFIEUX⁵⁷ et Bassem ZEIN⁵⁸.

Tout d'abord, la forme sous laquelle l'activité est exercée est en effet primordiale. Ainsi, plaident en faveur du lien de subordination :

- Le droit de contrôle de l'ayant droit qui se traduit par l'obligation de suivre les instructions de l'employeur sur l'objet et l'organisation du travail, de lui remettre des rapports périodiques d'activité⁵⁹.
- La dépendance économique⁶⁰ exprimée à travers l'obligation de travailler à plein temps, et son interdiction corollaire de faire de la concurrence⁶¹.
- L'exercice de l'activité dans les locaux, avec le matériel et l'infrastructure de l'employeur⁶².
- La rémunération fixe ou périodique et le remboursement des frais⁶³.
- La limitation dans l'organisation du temps et du travail⁶⁴.
- Les dispositions relatives aux vacances, heures supplémentaires ou temps d'essai⁶⁵.

En revanche, le risque économique supporté par le prestataire est rarement retenu comme critère de distinction⁶⁶.

Ces critères sont toutefois à utiliser avec précaution, l'idée étant qu'ils forment, lorsqu'ils sont réunis, un faisceau d'indices convergents qui permet à l'autorité ou au juge de forger sa conviction. Mais chacun pris individuellement n'est pas nécessairement pertinent, seule la situation concrète de chaque espèce devant être analysée, ce qui exclut toute comparaison d'ordre général⁶⁷. La qualification de contrat de travail pour les prestataires des plateformes ne peut donc pas être dégagée de manière univoque et schématique et dépendra de la relation établie par chaque plateforme voire pour chaque prestataire⁶⁸.

Afin de protéger la partie faible, le système juridique prévoit donc une qualification impérative, « par défaut », partant du principe que le régime mis en place pour les travailleurs salariés a vocation à s'appliquer au plus grand nombre et par principe. La requalification, qui fait donc parfois l'objet d'une analyse très fine, et qui n'a pas vocation à entraver la liberté économique, mais plutôt à l'orienter, n'entraîne pas toujours les mêmes conséquences pour les parties. Selon leur intention, la protection/sanction sera plus ou moins

juridique vis-à-vis des tiers, dont la sanction est la nullité : TF, 4A_90/2016, 25 août 2016, consid. 3.3.2, à propos d'un contrat d'apporteur d'affaire simulant un contrat de travail.

⁵⁷ ROUSSELLE-RUFFIEUX, p.182-183.

⁵⁸ ZEIN, p.720.

⁵⁹ ATF 129 III 664 consid. 3.2 et TF, 4A_592/2016, 16 mars 2017, consid. 2.1.

⁶⁰ TF 4C_276/2006, 25 janvier 2007, consid. 4.6.1.

⁶¹ ATF 129 III 664 consid. 3.2.

⁶² TF, 4C.163/2005, 31 octobre 2005, consid. 4.1, à propos d'un photographe, en l'espèce l'absence de ce critère a été jugée comme non pertinente pour prouver l'indépendance.

⁶³ TF, 4C.163/2005, 30 octobre 2005, consid. 4.1.

⁶⁴ ATF 129 III 664, consid. 3.2 distinguant voyageurs de commerce et un contrat d'agence.

⁶⁵ 4A_184/2011 du 21 juin 2011, consid. 6 à propos d'un vendeur/agent immobilier, ces dispositions ayant été jugées insolites dans un contrat d'agence.

⁶⁶ ROUSSELLE-RUFFIEUX, p.184 relevant que ce critère n'a été évoqué qu'une fois dans un arrêt publié et une fois dans un arrêt non publié : ATF 129 III 664 consid. 3.2, TF 4C.66/2006 du 28 juin 2006 consid. 2.3 concernant un médecin rémunéré au pourcentage : ce critère, bien que mentionné, n'étant pas suffisant à lui seul en l'espèce pour qualifier le contrat d'indépendant. Voir également TF 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, consid. 5.6.1 distinguant la société simple du contrat de travail, l'associé supportant le risque économique de l'entreprise.

⁶⁷ ATF 129 III 664 consid. 3.3.

⁶⁸ ZEIN, p.719-720.

radicale. Il en résulte une relative incertitude de la matière, souvent exploitée par les plateformes et qu'il revient à la partie « faible » de faire corriger⁶⁹.

2. L'indépendant en droit des assurances sociales

En matière d'assurances sociales, les autorités se montrent beaucoup plus directives, la matière prend ici le pas sur la liberté économique⁷⁰. La qualification retenue par la Caisse AVS est importante, car elle sera valable non seulement pour l'AVS, mais aussi pour l'assurance-accidents obligatoire (cf. art. 1 OLAA), la prévoyance professionnelle (cf. art. 2 LPP), et l'assurance-chômage obligatoire (cf. art. 2 LACI)⁷¹.

Toutefois, aucune des dispositions de la LAVS ni de son règlement d'application ne définit la notion de personne dépendante ou indépendante en droit des assurances sociales ; la question du revenu figure donc au cœur de la matière⁷². En effet, en vertu de l'article 9 LAVS « Le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante ». Selon l'article 12 LPGA, applicable à la LAVS par renvoi de l'article 1, « Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié » ; cet article faisant référence à la personne indépendante n'a toutefois pas de portée propre⁷³. Il faut donc nécessairement se référer à la notion économique d'activité dépendante pour définir celle, tout aussi économique, d'indépendante. L'article 5 LAVS expose le système de cotisations en cas d'activité dépendante, sans toutefois en donner une définition. Selon cet article, est déterminante pour la qualification aux cotisations AVS « toute rémunération pour un travail dépendant fourni pour un temps déterminé ou indéterminé ». Enfin, l'article 8 LAVS expose le système de cotisations perçues sur le revenu provenant d'une activité indépendante.

L'activité indépendante en droit des assurances sociales s'entend donc de manière négative en relation avec l'activité dépendante. C'est par conséquent, comme précédemment en matière de droit du travail, la pratique et la jurisprudence qui permettent de délimiter ces deux notions⁷⁴.

Nous nous référerons tout d'abord aux directives édictées par l'OFAS. L'activité indépendante y est définie par rapport à l'activité dépendante, sans qu'il n'y ait pour autant de présomption juridique en faveur de l'activité salariée ou indépendante⁷⁵. Selon GÄCHTER et MEIER, en cas de doute il faut d'abord examiner si une activité salariée peut être confirmée⁷⁶. « 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 »⁷⁷. L'OFAS donne des exemples d'indices révélant l'existence de ces deux critères et insiste sur le fait que l'analyse de toutes les circonstances du cas est nécessaire, afin de tenir compte des différentes formes de manifestations de l'activité dans la vie économique. De même, une pondération de ces critères peut résulter des circonstances. En effet, selon l'OFAS, « si le risque économique se limite à la dépendance à l'égard d'une activité donnée, le risque d'entrepreneuriat réside, en conséquence, dans le fait qu'en cas de révocation des

⁶⁹ Voir sur ce point en partie III.B.2. les analyses de la doctrine.

⁷⁰ Cf. art. 112 al.2 let. a. Cst. « l'assurance est obligatoire ».

⁷¹ FRÉSARD-FELLAY vol. 1, p.109.

⁷² GÄCHTER/MEIER, para. 28 et ss.

⁷³ Selon le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du CONSEIL NATIONAL du 26 mars 1999, FF 1999 4168, p.1495-1496 « La définition de la LPGA repose sur une personne et se réfère donc au sujet. Les lois particulières se réfèrent toutes à un revenu provenant d'une activité indépendante. On peut laisser la notion dans la LPGA, sans qu'elle ait d'effet toutefois. Les réglementations des lois particulières demeurent en l'état. ».

⁷⁴ ROUSSELLE-RUFFIEUX, p.177-209. Voir aussi GÄCHTER, *Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger*, p.1-30.

⁷⁵ OFAS, DSD, ch. 1020.

⁷⁶ GÄCHTER/MEIER, para. 39.

⁷⁷ OFAS, DIN ch. 1005 et 1065.

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 ». À l'inverse, l'OFAS précise que ne sont pas décisifs : la nature juridique du rapport établi entre les parties, de même que les conventions ou accords portant sur la situation juridique AVS des parties (salariée ou indépendante) ou sur la qualification juridique d'une rétribution, le fait que l'intéressé exerce l'activité en question à titre de profession principale ou accessoire, le fait qu'un assuré est affilié à une caisse de compensation en qualité de travailleur indépendant, ou le fait qu'un salarié travaille simultanément pour plusieurs employeurs. À noter également que l'horaire de travail ne constitue pas un critère pour les assurances sociales⁷⁸.

Concernant ensuite la jurisprudence, il résulte de la pratique des tribunaux un considérant type qui fournit la base pour tous les arrêts afférents à la distinction : « Selon la jurisprudence, la question, de savoir si, dans un cas d'espèce, 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. À cet égard, les rapports de droit civil peuvent, le cas échéant, offrir certains indices pour la qualification sous l'aspect du droit de l'AVS, sans être toutefois déterminants. 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, il n'est pas possible de déduire de ces seuls principes des solutions uniformes et applicables schématiquement. La diversité des états de fait que révèle la vie économique contraint à apprécier, au plan des règles applicables aux cotisations, la position d'une personne exerçant une activité lucrative en tenant 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 »⁷⁹.

Selon le Tribunal fédéral, 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. L'activité ne peut être reconnue comme activité indépendante si elle n'existe qu'en apparence ou n'est pas de nature lucrative, comme c'est le cas pour un simple hobby personnel. Afin de distinguer ces formes d'activité du travail indépendant, l'intention est d'une importance décisive. L'intention personnelle alléguée doit également être prouvée sur la base de faits économiques concrets, tels que ceux qui caractérisent le travail indépendant. « Le point de savoir si un assuré exerce une activité lucrative indépendante doit être tranché en regard des circonstances économiques effectives (consid. 4b, 8 et 9b); la question ne se résout pas en fonction du montant de la cotisation selon l'art. 10 al. 1 LAVS (consid. 6e) »⁸⁰.

Le droit des assurances sociales ne distingue donc pas les travailleurs indépendants et dépendants de la même manière que le droit des obligations⁸¹. Ce sont comme en droit du travail, les circonstances, qui permettent de qualifier la nature de la relation qui lie les parties ; en matière d'assurances sociales, elles sont essentiellement économiques, ce qui revient d'une part à répondre à la question : l'une des parties est-elle économiquement ou organisationnellement dépendante de l'autre ? Et d'autre part à déterminer la partie qui supporte la charge du risque économique⁸².

⁷⁸ OFAS, DIN ch. 1005 et 1065.

⁷⁹ RABAGLIO, p.287 et 288 mentionnant notamment l'ATF 123 V 161 consid. 1.

⁸⁰ ATF 115 V 161 du 23 juin 1989, consid. 9a et 9b (traduction libre) et chapeau.

⁸¹ ROUSSELLE-RUFFIEUX, p.178.

⁸² PERRENOUD, p.27 et ROUSSELLE-RUFFIEUX, p.188.

Les principaux éléments qui permettent de déterminer le *lien de dépendance* quant à l'organisation du travail sont : le droit de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, ainsi que l'obligation de l'employé d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée. Permet de qualifier la dépendance du point de vue de l'économie de l'entreprise, la qualification de la rétribution du point de vue de celui qui la perçoit : le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur⁸³. On retrouve donc dans la détermination du lien de dépendance des indicateurs très similaires à ceux utilisés en droit du travail, mais qui ne se recoupent pourtant pas entièrement.

Le *risque économique* d'entrepreneur peut être défini comme étant 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. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un tel risque le fait que la personne concernée opère des investissements importants, subisse les pertes, supporte le risque d'encaissement et de du croire, 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 présents⁸⁴. Le risque économique de l'entrepreneur n'est par ailleurs pas déterminant à lui seul pour juger du caractère dépendant ou indépendant d'une activité. La nature et l'étendue de la dépendance économique et organisationnelle à l'égard du mandant ou de l'employeur peuvent singulièrement parler en faveur d'une activité dépendante dans les situations dans lesquelles 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, comme nous le verrons par la suite. En pareilles circonstances, il convient, selon la jurisprudence, d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle⁸⁵.

Le besoin de protection prend ici une définition plus large que la protection de la volonté individuelle, il s'agit d'assurer une prévoyance suffisante et durable pour la population⁸⁶.

3. L'indépendant selon le droit des migrations

Si le droit des migrations ne touche pas directement notre sujet, la matière n'est toutefois pas dénuée d'intérêt, car elle n'y est pas totalement étrangère. En effet, la numérisation accroît la souplesse géographique pour l'exécution du travail⁸⁷ : d'une part, de nombreuses plateformes sont domiciliées à l'étranger, ce qui est le cas notamment pour Uber, dont le siège européen se situe aux Pays-Bas, et d'autre part, bien que les indépendants restent encore majoritairement suisses⁸⁸, comme dans tous les autres secteurs économiques, les chauffeurs pourront être des personnes étrangères. Nous retrouvons donc deux éléments d'extranéité qui peuvent potentiellement venir influencer sur le régime de l'indépendant.

Les conditions d'autorisation pour les étrangers qui souhaitent entreprendre une activité indépendante⁸⁹ en Suisse sont plus souples que celles posées pour les salariés étrangers. Au titre des conditions financières, la

⁸³ TF, 9C_213/2016, 17 octobre 2016, consid. 3.3. et TF, 9C_1062/2010, 5 juillet 2011, consid. 7.2, PERRENOUD, p.27 et 28.

⁸⁴ FRÉSARD-FELLAY vol.1, p.258.

⁸⁵ 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. Cf. PERRENOUD, p.27 et 28.

⁸⁶ Cf. art. 111 Cst.

⁸⁷ CF, *Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail*, p.74.

⁸⁸ OFS, *L'activité indépendante en Suisse en 2017*, p.2.

⁸⁹ cf. art 11 LEtr et art. 2 OASA selon lequel « est considérée comme activité indépendante toute activité exercée par une personne dans le cadre de sa propre organisation, librement choisie, dans un but lucratif, soumise à ses propres instructions matérielles et à

personne étrangère doit rendre vraisemblable⁹⁰ que l'activité prévue génèrera un revenu suffisant pour couvrir les charges et les frais d'entretien de l'étranger et doit disposer d'un capital de départ. Au titre des exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise, la personne étrangère doit posséder les locaux ou l'équipement ou établir qu'elle peut se les procurer avec une certitude suffisante. Elle doit avoir les qualifications ou obtenu l'autorisation d'exercice de la profession et avoir un logement⁹¹. Comme le salarié, l'indépendant est bien soumis au contingentement⁹², mais pas aux conditions relatives à l'ordre de priorité, ni à celles concernant la rémunération et le travail⁹³. Par ailleurs, s'il relève du champ d'application de l'ALCP, il a un droit d'accès durable, « droit d'établissement », à l'exercice de son activité⁹⁴, alors que la libre prestation de service⁹⁵ n'est garantie qu'à hauteur de 90 jours par an⁹⁶.

Si elle n'est pas indépendante, la personne étrangère qui travaille en Suisse relève potentiellement du champ d'application de la loi sur les travailleurs détachés⁹⁷. Le travailleur détaché est la personne qui exerce une activité lucrative en Suisse, sur mandat d'un employeur étranger⁹⁸, le prestataire de services transfrontaliers, en principe pour une durée limitée⁹⁹, quelle que soit sa nationalité¹⁰⁰. Il perd son statut s'il veut exercer une activité indépendante. Selon l'article 20 LEtr, les travailleurs détachés sont assujettis au contingentement, mais ils ne sont pas soumis aux conditions de logement de l'article 24 LEtr, contrairement aux indépendants et aux salariés. La distinction essentielle qui caractérise ce statut réside dans le fait que la loi sur les travailleurs détachés en Suisse contraint les entreprises étrangères à respecter les conditions de salaire et de travail minimales en Suisse pour leurs travailleurs détachés, l'élément déterminant pour leur application étant l'exécution du travail en Suisse.

En résumé, les indépendants étrangers qui fournissent une prestation de services transfrontalière en Suisse doivent apporter la preuve de leur statut d'indépendant¹⁰¹. À défaut, ils sont considérés comme des indépendants fictifs. Dans ce cas, si le partenaire contractuel, c'est-à-dire Uber dans notre cas, est étranger, la LDét s'applique et les commissions tripartites peuvent contrôler le respect des salaires usuels dans la branche et la localité ; s'il est suisse, il n'y a alors pas détachement, mais une prise d'emploi en Suisse impliquant le respect des conditions de travail et de salaire applicables en Suisse, par exemple respect des conventions collectives de travail étendues, respect des dispositions de la loi sur le travail, etc.¹⁰².

ses propres risques et périls. Cette organisation librement choisie peut être gérée par exemple sous la forme [...] d'un prestataire de service... ».

⁹⁰ À Neuchâtel l'autorité compétente pour évaluer ces critères est l'Office de la main d'œuvre, au sein du service des migrations du Département de l'économie et de l'action sociale. Cf. : <https://www.ne.ch/autorites/DEAS/SMIG/organisation/Pages/accueil.aspx>.

⁹¹ ÜBERSAX, p.145-148.

⁹² cf. art 20 LEtr, sauf s'ils sont ressortissants de l'UE/AELE (hors Bulgarie et Roumanie qui sont en régime transitoire jusqu'au 31 mai 2019 ainsi que la Croatie jusqu'en 2023) cf. art. 20 OASA.

⁹³ cf. art 21 et 22 LEtr non mentionnés à l'art 19 LEtr.

⁹⁴ Cf. art. 1 let. a ALCP

⁹⁵ NGUYEN, p.111 : « Est prestataire de service transfrontalier une personne (physique ou morale) établie sur le territoire d'un État qui fournit, sur le territoire d'un autre État, des prestations de services, de manière temporaire, au titre d'une activité indépendante. ».

⁹⁶ Cf. art. 5 al. 1 ALCP.

⁹⁷ Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats types de travail (LDét).

⁹⁸ cf. art 14 al. 1 OASA

⁹⁹ De 24 mois dans le domaine de la santé, selon l'art. 12 Règlement (CE) n°883/2004 applicable aux salariés membres de l'UE et repris par l'ALCP, ou jusqu'à 5 ans selon les Directives et commentaires domaine des étrangers, SEM, Berne, état le 3 juillet 2017 ch. n°4.8.2.4.

¹⁰⁰ NGUYEN, p.114 faisant référence à l'art. 17 let. b ii de l'Annexe I-ALCP et 115.

¹⁰¹ Cf. art. 1a al. 1 LDét.

¹⁰² SECO, directive Marche à suivre pour vérifier le statut d'indépendant», p.8.

Il n'est donc pas inintéressant de considérer la définition de l'indépendant ou plus exactement de l'indépendance fictive telle qu'elle résulte de la loi sur les travailleurs détachés et des directives y relatives¹⁰³. Pour vérifier l'existence d'une activité lucrative indépendante, il est nécessaire de différencier cette dernière de l'activité lucrative salariée en délimitant le contrat de travail d'autres contrats partiellement semblables, peu importe que la personne se déclare elle-même indépendante. Le SECO a établi une liste d'éléments caractéristiques de l'indépendance fictive, que nous résumons ci-après¹⁰⁴ :

- Prestation de travail personnelle contre rémunération sur la base du droit privé ;
- Intégration dans l'organisation du travail du partenaire contractuel ;
- Aucune marge de décision, instructions excessives du partenaire contractuel en ce qui concerne les horaires de travail, les procédures de travail, le plan d'engagement ;
- Dépendance économique par rapport au partenaire contractuel dont :
 - Absence de libre intervention sur le marché ou de négociation indépendante du prix des prestations (renoncement à l'activité entrepreneuriale) ;
 - Un seul partenaire contractuel ou un partenaire contractuel prédominant (disparition du risque entrepreneurial) ;
 - Rémunération d'un seul ou de seulement quelques partenaires contractuels (dépendance économique). Ce qui est déterminant est le rapport entre une rémunération donnée et la somme totale des revenus de l'activité lucrative ; car la perte du partenaire contractuel équivaut à la perte du rapport de travail.

Comme on peut s'y attendre s'agissant d'un service du département fédéral de l'économie, l'approche est très économique. Il s'agit ici de réguler les conditions de travail en fonction des intérêts économiques du pays. Dans ce contexte, le travail indépendant qui met moins à contribution l'État social s'y trouve donc en quelque sorte favorisé par rapport au salariat, dans la mesure où il ne dérégule pas l'économie. La charge de la preuve revient cependant à l'indépendant¹⁰⁵.

Pour terminer notre aperçu en droit des migrations, il faudrait enfin tenir compte des critères de définition posés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) reprise par le Tribunal fédéral en matière de libre circulation des personnes, selon le principe du parallélisme¹⁰⁶. En droit des ALCP, l'indépendant est celui qui exerce une activité non salariée¹⁰⁷. Selon la CJUE : l'indépendant n'a pas l'obligation de suivre les directives de tiers, il n'est pas soumis à un rapport de subordination ou n'est pas intégré à l'organisation de travail d'une entreprise¹⁰⁸.

4. Aperçu de l'indépendant en droit fiscal

Afin de rendre cette étude plus complète, il convient d'évoquer rapidement l'appréciation de la notion faite par les autorités fiscales. Celles-ci sont en effet concernées, car les revenus de l'activité indépendante sont assujettis à l'impôt sur le revenu et à la TVA. Dans ce domaine également la définition de l'indépendant est inexistante. Selon le Tribunal fédéral, pour savoir si une activité doit être considérée comme dépendante ou indépendante du point de vue fiscal, l'élément décisif est la mesure de l'indépendance personnelle et économique de l'intéressé dans l'accomplissement de sa tâche¹⁰⁹.

¹⁰³ *Ibid.*, p.5.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.7.

¹⁰⁵ TF 2A.169/2004 du 31 août 2004 consid. 6.2 et 6.3.

¹⁰⁶ Cf. TF 2C_897/2017 du consid. 4.2 en application de l'art. 16 para. 2 ALCP rappelant que l'acception de "travailleur" constitue une notion autonome du droit de l'UE, qui ne dépend pas de considérations nationales et doit être interprétée de façon extensive.

¹⁰⁷ cf. art 12§1 Annexe I-ALCP.

¹⁰⁸ NGUYEN, p.108 et 109.

¹⁰⁹ ATF 121 I 259, consid. 3. c.

5. Mise en perspective des différentes définitions

Une comparaison de ces différentes définitions et de leurs critères de mise en œuvre permet de constater que la qualification de l'indépendant n'obéit pas aux mêmes principes. Bien que dans tous les cas, l'approche soit fondée sur les circonstances concrètes et résulte de la prise en compte d'indices et d'éléments caractéristiques relativement similaires, le Tribunal fédéral le confirme, ces notions ne coïncident pas entièrement au sein de l'ordre juridique¹¹⁰. Elles, sont en effet traitées par des autorités différentes, en tenant compte d'objectifs différents¹¹¹.

La notion de dépendance en droit des assurances sociales intègre le critère du risque économique, ce que ne fait pas ou très rarement le droit privé. De même, la notion de dépendance économique et organisationnelle fait écho au lien de subordination du droit du travail. Le salaire déterminant pour une activité dépendante est toutefois plus large que le salaire au sens de l'article 319 CO¹¹². En conséquence, dès lors que le contrat sera qualifié de contrat de travail au sens de l'article 319 CO le salaire qui sera versé sera donc toujours considéré comme un salaire déterminant au sens de l'article 5 al. 2 LAVS, de sorte que le « travailleur » selon la terminologie employée par le CO sera toujours un « salarié », selon la terminologie employée par la LAVS et la LPGA¹¹³. L'inverse n'est pas automatique, dès lors, le prélèvement des cotisations sociales sur la rémunération due ou la qualification d'activité lucrative dépendante opérée par les autorités fiscales ou en matière d'assurances sociales ne forment que des indices et ne sont pas nécessairement déterminants pour les juridictions civiles¹¹⁴. Il est donc tout à fait possible qu'un indépendant au sens du droit du travail soit simultanément considéré comme un salarié par l'OFAS si son revenu est éligible aux cotisations AVS au titre du revenu déterminant ; ce que n'exclut d'ailleurs pas la LPGA qui prévoit à son article 12 al. 2 « Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant. ».

Il s'agira toutefois pour l'administration et les tribunaux, autant que faire se peut, c'est-à-dire sans que le Tribunal fédéral ne le garantisse, d'appliquer ces critères de manière uniforme, « l'administration et, le cas échéant, le juge des assurances sociales ne sont pas liés par la qualification de l'administration fiscale; mais, dans la mesure du possible, ils éviteront de s'écarter des décisions prises par celle-ci »,¹¹⁵ car la création d'une divergence entre les différentes branches du droit n'est pas souhaitable¹¹⁶.

En conclusion, la définition de l'activité indépendante varie d'un domaine à l'autre, elle résulte donc de choix effectués par le législateur, les autorités et la jurisprudence en fonction du but poursuivi. Ces choix ne sont pas immuables¹¹⁷. Il est intéressant de noter que le critère du lien de subordination, pourtant le plus déterminant aujourd'hui, n'a pas toujours fait l'objet d'un consensus¹¹⁸ et n'est peut-être que le résultat de

¹¹⁰ TF, 4A_194/2011, 5 juillet 2011, consid. 5.5.

¹¹¹ CF, *Activités lucratives dépendantes et indépendantes*, p.1077 : « La protection assurée, c'est-à-dire la protection sociale, constitue la fonction première du droit des assurances sociales ; quant au droit fiscal, il a principalement pour but de réunir les moyens financiers nécessaires aux collectivités publiques et à la péréquation financière ; enfin, le droit des obligations a pour but de protéger les travailleurs en fixant les règles régissant le contrat de travail ».

¹¹² OFAS, DSD, ch. 1022.

¹¹³ ROUSSELLE-RUFFIEUX, p.199.

¹¹⁴ TF, 4A_194/2011, 5 juillet 2011, consid. 5.5.

¹¹⁵ ATF 122 V 178, consid. 3 b. et ATF 121 I 259, à propos de l'assujettissement fiscal de la rémunération d'un membre d'un conseil d'administration d'une société anonyme.

¹¹⁶ LANZ, p.1482-1483.

¹¹⁷ Une marge de manœuvre est rendue possible par les art. 113 al. 2. let e. et 114 al. 2 let. c. Cst. qui donne au législateur la possibilité de légiférer concernant les indépendants.

¹¹⁸ Le Code fédéral des obligations de 1881 ne mentionnait que la prestation de travail « services personnels » et la rémunération dans la définition du contrat de louage de services, cf. DUNAND p.3 n°7 citant l'art. 338, al. 1 du Code fédéral des obligations du 14 juin 1881. Dans le code des obligations de 1911, le critère de qualification décisif était de promettre son travail dans la durée ;

l'évolution des différentes formes de travail et des objectifs de politique sociale des années 1970¹¹⁹. Rien n'interdirait donc une évolution prenant en compte l'évolution de l'activité des indépendants, mais aussi plus largement celle des conditions de travail de manière à continuer d'atteindre les objectifs fixés par la Constitution.

Pour terminer notre analyse de la notion d'indépendant, il convient maintenant d'étudier la protection sociale qui résulte de cette qualification.

C. Étendue de la protection sociale des indépendants

Lorsque l'on compare les régimes de protection sociale applicables au travailleur indépendant par rapport à ceux des travailleurs salariés, la première constatation, peu surprenante, est que le travailleur indépendant en assume seul le financement¹²⁰, la seconde est le caractère essentiellement facultatif, voire inexistant ; reste à savoir si la couverture qui en résulte s'en trouve amoindrie.

1. Assurances obligatoires, facultatives ou inexistantes

Très peu de régimes de protection ont été qualifiés d'obligatoires par le législateur, qui ne les a donc pas jugés nécessaires pour couvrir les indépendants contre un risque de précarité en cas de réalisation d'un aléa social. Ce, alors même que du point de vue constitutionnel l'article 41 al. 2 de la Constitution fédérale leur garantit, comme à toute autre personne, d'être assuré contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, de l'accident, du chômage, de la maternité, de la condition d'orphelin et du veuvage. Dans ce domaine, il semble bien que l'autonomie de la volonté et la liberté économique occupent une place prépondérante, la subsidiarité de l'intervention étatique par rapport à la responsabilité individuelle et l'initiative privée ait atteint les limites de sa signification¹²¹.

L'assujettissement à l'assurance maladie n'étant pas lié à l'exercice d'une activité lucrative, mais au domicile en Suisse¹²², les indépendants sont obligatoirement couverts pour ce risque. Il en est de même pour l'AVS et l'AI¹²³. Le travailleur indépendant doit donc s'annoncer à la caisse de compensation compétente au début de son activité. L'indépendante qui devient mère a droit aux allocations de maternité à compter du jour de l'accouchement, pour autant qu'elle remplisse les conditions de l'article 16b al. 1 let. c ch. 2 LAPG, à savoir notamment exercer son activité de manière lucrative depuis au moins cinq mois au moment de l'accouchement. À noter enfin que les indépendants sont soumis à la loi fédérale sur les allocations familiales depuis le 1er janvier 2013. Ils doivent donc s'affilier à une caisse de compensation pour allocations familiales.

L'assurance-accidents est facultative pour les indépendants¹²⁴ ; le caractère facultatif est toutefois atténué par le fait qu'en vertu de l'article 4 LAA l'assurance se fait aux mêmes conditions que l'assurance obligatoire

la diligence dans l'exécution du travail, bien que due, n'étant pas pertinente pour la qualification du contrat. Cf. WITZIG, *Droit du travail*, p.83-84 reprenant le message du CF du 3 mars 1905, FF 1905 II 32.

¹¹⁹ DUNAND, p.3 n°7.

¹²⁰ Alors que le salarié bénéficie du principe de cotisations paritaires qui prévoit la contribution de l'employeur, cf. art. 112 et 113 Cst.

¹²¹ Cf. art. 41 al. 1 Cst. « La Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée ». Sur ce point voir MCF, Cst. p.203 et ss.

¹²² Cf. art. 3 LAMal.

¹²³ Cf. art. 4 al 1, 8 et 9 LAVS, art. 17-21 et 27, RAVS et art. 1b LAI. Voir également FRÉSARD-FELLAY vol.1, p.263.

¹²⁴ Cf. art. 4 et 5 LAA complétés par les art. 134-140 OLAA. Sur la raison du caractère facultatif de l'assurance accident, voir le Message malheureusement relativement laconique du CONSEIL FEDERAL, MCF, LAA p.167 : « Dans la procédure de consultation, d'aucuns ont proposé d'étendre l'assurance obligatoire à toutes les personnes de condition indépendante. Nous estimons cependant, comme la commission d'experts, qu'il suffit de nous autoriser à soumettre à l'assurance obligatoire certains groupes de personnes de condition indépendante si des associations professionnelles représentatives en ont fait la demande. Cette réglementation correspond à celle qui est prévue en matière de prévoyance professionnelle. ».

et que la LAMal prévoit une couverture subsidiaire pour les indépendants qui n'ont pas conclu d'assurance-accident facultative (art. 28 LAMal). L'assurance-accident facultative prend fin à la cessation de l'activité (art. 137 OLAA).

La prévoyance professionnelle est également facultative¹²⁵, mais il pourrait en être autrement si les organisations professionnelles en présentaient la requête pour une profession déterminée, comme le prévoit l'article 3 LPP, non encore mis en œuvre. Dans cette matière, le caractère facultatif est, au contraire de l'assurance-accident, accentué, car en application de l'article 5, al. 1, let. b. LPP, les cotisations versées avant le début de l'activité, normalement bloquées en application du principe d'indisponibilité¹²⁶, peuvent être libérées durant la première année d'activité¹²⁷. La prévoyance professionnelle couvre également le risque d'invalidité.

Comme pour les salariés, la prévoyance professionnelle peut être complétée facultativement par la prévoyance privée¹²⁸, soit sous forme de prévoyance libre, en compte épargne actions, soit sous la forme d'un troisième pilier. Attention toutefois, seul un contrat de prévoyance avec un établissement d'assurance ou 3^{ème} pilier « a » lié, à l'exclusion d'une convention de prévoyance liée avec les fondations bancaires ou 3^{ème} pilier « b », offre une couverture pour les risques de décès et d'invalidité¹²⁹.

C'est dans le domaine de la prévoyance que l'on trouve la politique la plus incitative du législateur¹³⁰, qui permet aux indépendants de s'assurer auprès d'une caisse de prévoyance enveloppante¹³¹, qui étend la prévoyance au-delà du minimum LPP (art. 44 LPP), d'assurer jusqu'à dix fois le salaire coordonné (au même titre que les salariés), les primes annuelles pouvant s'élever jusqu'à 25% du revenu assuré (art. 1 al. 2 let. b OPP 2)¹³² et étant déductibles du revenu de l'activité lucrative¹³³. Les rachats d'années de cotisations manquantes et de réduction de la rente en cas de retraite anticipée sont également possibles aux conditions posées par les articles 79 LPP et 60a ss OPP 2¹³⁴. Les indépendants peuvent aussi décider de cotiser exclusivement au pilier 3a en tant qu'indépendant non-affilié à une institution de prévoyance au sens de l'art. 80 LPP et verser chaque année jusqu'à 20% du revenu de l'activité lucrative, après rectifications fiscales

¹²⁵ Cf. art. 1 al. 2, 3, 4, 44 et 45 LPP et MCF, LPP, p.129 et 182 selon lequel la prévoyance professionnelle doit être accessible aux personnes de condition indépendante, à des conditions équivalentes à celle des travailleurs.

¹²⁶ Cf. art. 4 al. 4 LP.

¹²⁷ cf. OBERSON, p.63 faisant référence à la prise de position de l'OFAS n°744 dans le bulletin de la prévoyance professionnelle n°118 du 2 juin 2010. Pratique fiscale contraire à la lettre de l'art. 4 al. 4 LPP mais conforme selon le Tribunal fédéral à une interprétation historique et systématique de cette disposition : ATF 134 V 170 consid. 4.

¹²⁸ Cf. art. 7 al.1 OPP3 en application de l'art. 82 LP.

¹²⁹ Cf. art. 1 al. 2 OPP3.

¹³⁰ Cf. art. 5 LAA et art. 4 al. 2 LPP et MCF, LPP, p.117 : « La prévoyance individuelle sera encouragée, en particulier les personnes de condition indépendante qui ne sont pas soumises au régime obligatoire du deuxième pilier. Les contributions consacrées exclusivement et irrévocablement à d'autres formes de prévoyance relevant de la prévoyance professionnelle seront assimilées aux cotisations versées à des institutions de prévoyance. Cela doit permettre en particulier aux personnes de condition indépendante, qui ne sont pas soumises au régime obligatoire, de se constituer une prévoyance-vieillesse sans être désavantagées sur le plan fiscal. ».

¹³¹ Par exemple celle de l'entreprise, pour autant qu'ils y soient assurés avec tout ou partie de leurs employés. Au moins un employé doit remplir les conditions d'adhésion à l'Institution de prévoyance et y être assuré, ou auprès de leur association professionnelle.

¹³² L'art. 1f OPP2 prévoit qu'il est possible de fixer des taux de cotisation différents applicables à divers plans de prévoyance et collectivités d'assurés, par exemple un taux pour le plan des employés et un taux plus élevé pour le plan des cadres ; le principe d'égalité de traitement, en tant que corollaire du principe de collectivité, exigeant toutefois que tous les assurés faisant partie d'une même collectivité soient soumis au même plan de prévoyance et traités selon des conditions identiques fixées par ce plan.

¹³³ Cf. art. 79c LPP qui renvoie à l'art. 8 al. 1 et art. 81 LP.

¹³⁴ Pour une étude plus détaillée, voir LAFFELY MAILLARD, para. 24 et ss. p.8 et ss.

et déduction des cotisations personnelles à l'AVS/AI/APG (art. 7 al. 1 let. b OPP 3), mais au maximum 34'128 francs (dès 2019) par an s'ils ne sont pas affiliés à une institution de prévoyance du 2^e pilier¹³⁵.

Les indépendants sont en revanche exclus de l'assurance chômage, car ils ne cotisent pas¹³⁶ et ne bénéficient donc pas de possibilité de compenser le manque à gagner résultant de l'absence d'activité pour raison « économique ». Le mandat constitutionnel confié au législateur par l'article 114 al. 2 let. c. Cst. n'est donc sur ce point pas encore rempli¹³⁷.

Comme nous l'évoquions en titre, dans un esprit libéral plus que social qui correspond bien au terme « d'indépendant », les assurances sociales obligatoires sont minimales, la plupart d'entre elles étant facultatives – voire inexistantes –, afin d'alléger au maximum les charges pour ces entrepreneurs et donner la priorité à l'activité économique. Qu'en est-il de leur revenu en cas de réalisation d'un des risques lorsqu'ils sont assurés ?

2. Couverture et coût de l'assurance

La couverture de la perte de revenu consécutive à la maladie est facultative (cf. art. 67-77 LAMa)¹³⁸. L'indépendant devra donc, pour conserver un revenu en cas d'inactivité du fait d'une maladie ou une grossesse avoir souscrit une assurance individuelle d'indemnités journalières en cas de maladie et de maternité ; assurance qui peut également, le cas échéant, couvrir les indemnités journalières en cas d'accident, si l'assuré n'a pas souscrit d'assurance accident facultative.

Concernant l'assurance accident facultative, les primes et les prestations en espèces sont calculées d'après le gain assuré *convenu* entre l'assureur et l'assuré, celui-ci concordant en principe avec le gain effectif. Mais celui-ci ne peut toutefois pas être inférieur à la moitié du montant maximum du gain assuré¹³⁹, ce qui représente une contrainte pour les personnes dont le revenu est inférieur.

Concernant les allocations de maternité, pour y avoir droit, au moment de l'accouchement, la mère doit pouvoir être considérée comme active. Cette condition est remplie lorsque la mère exerce une activité indépendante dont elle perçoit des revenus depuis au moins cinq mois avant l'accouchement. À défaut de tels revenus, notamment en cas de perte d'activité pour raison d'accident, d'invalidité ou de maladie, l'indépendante devra avoir perçu une indemnité journalière pour avoir droit à l'allocation de maternité, donc avoir souscrit une assurance perte de gain individuelle en guise de revenu de substitution¹⁴⁰. Si elle n'a pas souscrit d'assurance perte de gain, l'indépendante se trouvera sans revenu en cas d'incapacité de travail résultant d'une maladie, d'un accident, de complication précédant ou suivant l'accouchement, tout comme en cas d'absence de revenu pour cause de « chômage » et n'aura donc pas droit aux allocations de maternité.

En cas d'invalidité, l'indépendant a droit à des indemnités journalières, pendant qu'il effectue des mesures de réadaptation, et à une rente d'invalidité de l'assurance invalidité en fonction de l'évaluation qui sera faite de son taux d'invalidité. Cette évaluation se fait, selon la diminution de sa capacité de gain, en appliquant en principe une méthode de comparaison des revenus (art. 16 LPGa) ou, plus fréquemment pour les indépendants aux revenus variables, d'après les répercussions économiques de la baisse du rendement

¹³⁵ Circulaire de l'Administration fédérale des contributions (AFC) n°18, Imposition des cotisations et des prestations du pilier 3a, 17 juillet 2008, p.9. Le montant déductible actualisé est accessible à l'adresse suivante : <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/bv/grundlagen-und-gesetze/grundlagen/gebundene-selbstvorsorge.html>.

¹³⁶ Cf. art. 2 LACI déterminant les personnes assujetties aux cotisations.

¹³⁷ FRÉSARD-FELLAY, vol. 1, p.80.

¹³⁸ FRÉSARD-FELLAY vol. 1, p.26-27.

¹³⁹ FRÉSARD-FELLAY vol. 2, p.332. Montant fixé à CHF 148'200.- depuis le 1^{er} janvier 2016.

¹⁴⁰ OFAS, circulaire sur l'allocation de maternité p.18 et 20-22.

(art. 28a al. 2 LAI)¹⁴¹. Toutefois si les mesures de réadaptation sont suivies d'une période d'attente, l'indépendant ne percevra de revenus intermédiaires que s'il a souscrit une assurance individuelle perte de gain. La rente pourra être complétée par les rentes des assurances prévoyance professionnelle et accidents, s'il y a souscrit¹⁴².

Les indépendants décident donc seuls, à leurs dépens, selon la situation dans laquelle ils se trouvent, d'opter pour un ou plusieurs des régimes facultatifs, de leur stratégie de prévention contre les risques de l'existence, sans contrainte du législateur ou d'un éventuel employeur. Ils feront certainement, on peut s'y attendre vu leur qualité d'entrepreneur, un calcul plus économique que social¹⁴³. C'est d'ailleurs certainement ce qu'a pensé le législateur en esquisant pour la prévoyance professionnelle un régime ultra flexible autorisant des déductions fiscales élevées qui compensent le fait qu'ils cotisent seuls.

Conclusion intermédiaire : Globalement, la couverture de l'indépendant est donc « moindre », comparée à celle du travailleur dépendant, elle coûte plus cher, car ne bénéficie pas du principe de cotisation paritaire, elle est généralement facultative et surtout la plupart des assurances sont liées à l'activité¹⁴⁴. C'est certainement à l'origine le fait que le choix d'indépendance relève avant tout de l'exercice de la liberté économique, qui implique une logique de liberté et d'assurance individuelle des risques, qui a justifié le système actuel. La diversité des situations économiques a peut-être aussi incité le législateur à une telle flexibilité.

Cette option est-elle toujours valable dans le cas des nouveaux indépendants ? Dès lors qu'il s'agit d'un choix plus ou moins contraint, ne conviendrait-il pas désormais d'adapter nos schémas à ces nouveaux besoins, afin d'encourager, en la sécurisant, la mobilité professionnelle, tout en écartant le risque de précarisation, notamment en présence d'indépendants ayant de faibles revenus ou assimilables aux travailleurs salariés ?

¹⁴¹ FRÉSARD-FELLAY vol.1, p.245-246.

¹⁴² PERRENOUD, p.42.

¹⁴³ Si tant est qu'ils aient les moyens d'avoir une telle stratégie, car les cotisations sont payables d'avance par acompte sur la base du revenu probable, cf. art. 24 et 41^{bis} let. e-f, 58 al. 3 let. b RAVS.

¹⁴⁴ PERRENOUD, p.39 et ss. et WITZIG, *L'ubérisation du monde du travail*, p.468-471.

III. DÉVELOPPEMENT DES PLATEFORMES DE MISE EN RELATION ET TRANSFORMATION DU RAPPORT A L'EMPLOI

Le partage et l'acquisition de biens et de services via des plateformes en ligne sont une tendance en forte croissance depuis plusieurs années. Si le concept n'est pas nouveau en lui-même¹⁴⁵, c'est l'avènement du numérique et le développement des smartphones, il y a une dizaine d'années, qui a permis son essor véritable. Après avoir fait un survol rapide de l'activité économique que représentent les plateformes (A.), nous étudierons plus en détail le modèle d'Uber, acteur majeur de ce marché (B.) et les réactions que la plateforme a suscitées tant de la part de la justice que des autorités (C.).

A. Économie de partage et technologies de plateformes

1. Hétérogénéité des plateformes numériques

Toutes sortes de services sont désormais offerts à travers les plateformes. Il s'agit même d'une nouvelle forme d'économie de marché, qui propose de nouveaux services et modèles d'affaire¹⁴⁶, qui facilite les transactions en s'affranchissant des limites spatiales et temporelles, dans laquelle la position traditionnelle du fournisseur est surpassée par celle de l'intermédiaire, et qui offre à l'individu une place active non seulement en tant que demandeur, mais aussi en tant que fournisseur, permettant ainsi la création de microentreprises. En Europe, les économistes évaluent ce marché à environ 28 milliards d'euros, mais son potentiel pourrait atteindre 570 milliards d'euros¹⁴⁷. Il s'agit donc d'un phénomène émergent, qui n'en est qu'à ses prémices et connaîtra probablement encore des mutations importantes.

La terminologie utilisée est à géométrie variable : on parle aujourd'hui de technologies d'information et de communication (TIC), d'informatique en nuage (*cloud*), de données massives (*big data*), de l'informatique mobile et de l'Internet des objets, mais aussi d'économie collaborative, d'économie de plateforme, d'économie de partage, ou de *gig-economy*...¹⁴⁸ Il faut pourtant se méfier du vocabulaire employé, car il regroupe des réalités juridiques parfois très diverses. Les plateformes numériques se construisent essentiellement autour de trois modèles économiques : les services à la demande via des plateformes « collaboratives », qui développent une économie lucrative de services en ligne (comme Uber ou Airbnb), l'économie collaborative aussi appelée économie de partage, qui ne concerne que la relation entre particuliers, favorisant le partage et la collaboration par le biais d'applications, et le travail en ligne sur les plateformes de microtâches (comme *Amazon Mechanical Turk*, *Clickworker* ou *Foulefactory* en France) qui implique la division du travail, en de minuscules tâches. Le terme *gig economy* « économie des petits boulots » regroupe le *crowdsourcing* ou *crowdworking* : travail externalisé par un appel lancé à une « foule ». On désigne par « *crowdsourcing* » le transfert de processus de travail aux utilisateurs de la plateforme. Les plateformes de *crowdworking* se sont fortement développées au cours de ces dernières années. Ce schéma n'est pas sans rappeler des formes plus anciennes comme le travail à la demande ou le travail à la tâche. Il concerne plus le sujet de la précarisation des nouvelles formes de travail, que celui à proprement parler des nouveaux indépendants, objet de notre étude¹⁴⁹.

Certaines plateformes sont à but non lucratif et purement collaboratif, notamment dans l'économie de partage. On y trouve le financement participatif (*crowdfunding*) et le prêt participatif (*crowdlending*). Les offres

¹⁴⁵ On peut prendre à titre d'exemple la société suisse de *carsharing* Mobility fondée en 1997, <https://www.mobility.ch/fr/mobility-societe-cooperative/historique/>.

¹⁴⁶ Nous faisons référence ici aux grandes entreprises de distribution comme Amazon ou Ebay dont le modèle d'affaires repose sur des logiciels.

¹⁴⁷ ABEGG *et al.* p.6 et ss.

¹⁴⁸ CF, *Principales conditions-cadres pour l'économie numérique*.

¹⁴⁹ BERG *et al.* p. 3 et ss.

de l'économie de partage se révèlent utiles selon une perspective macroéconomique, car elles contribuent à une utilisation plus efficace des ressources et présentent des avantages sociaux du fait des possibilités d'échanges et d'interactions qui en découlent¹⁵⁰.

Les plateformes peuvent également avoir un but lucratif ou intégrer des prestataires commerciaux. C'est le cas des moteurs de recherche, des plateformes commerciales, et des plateformes d'intermédiation ou des réseaux sociaux, qui ont en commun d'inciter deux groupes de clients (demandeurs) à utiliser une même plateforme et à permettre à chacun de ces groupes d'effectuer une transaction avec l'autre sur cette plateforme. La recherche active de la clientèle crée une plus-value économique que les plateformes monétisent en appliquant une politique tarifaire offensive. Ce modèle économique, qui est celui d'Uber, constitue le cœur de notre sujet¹⁵¹.

Les modèles de plateformes peuvent revêtir des formes différentes, ils ont néanmoins certaines caractéristiques communes : inscription, caractère éphémère de l'offre et de la demande, présentation des prestataires comme tiers indépendants, évaluation et contrôle effectué par le client qui note la prestation, cohabitation entre actifs professionnels ou non-professionnels. Le prestataire peut aménager la quantité et le moment de travail selon ses besoins, il bénéficie d'une grande flexibilité également quant au lieu de travail. Les plateformes externalisent la structure des prestations : elles n'ont ni locaux ni matériel affecté à la production de la prestation¹⁵².

En Suisse, les plateformes se sont jusqu'ici développées avant tout dans les domaines des transports, le car sharing ou les prestations de transport, et de l'hébergement. Divers sites Internet proposent également des espaces de travail à partager, ainsi que la location d'objets comme des appareils multimédia, de l'électroménager ou des outils ne servant pas à un usage quotidien¹⁵³.

2. Plateforme, intermédiaire ou employeur ? Analyse de la relation économique de travail

Le succès de ces plateformes pose de nouveaux défis liés aux droits des travailleurs. La plateforme n'est-elle comme le revendique Uber qu'une technologie mise à la disposition de l'indépendant et du client ? Les structures de travail que l'on trouve dans les plateformes comportent des caractéristiques inédites qu'il convient ici d'analyser. Selon Gabriela RIEMER-KAFKA¹⁵⁴ l'intermédiation, quelle qu'en soit l'intensité, instaure un lien plus distendu entre le prestataire de service et les destinataires. La question se pose donc de savoir si la plateforme a pour but d'organiser une communauté de coopération qui exploite les synergies, optimise les coûts d'infrastructure ou fait profiter ses membres de rabais, ou si elle agit en parallèle pour son propre compte. AZAÏS, DIEUDAIDE et KESSELMAN décomposent le rôle d'Uber à la fois comme le tiers exclu de la relation chauffeur client, la réduisant au rôle d'un simple outil d'aide à la mobilité, et comme le tiers médiateur, qui joue un rôle actif pour développer sa clientèle et son parc de chauffeurs pour assoir ses parts de marché¹⁵⁵.

Dans les plateformes de l'économie de partage, notamment pour les sites qui reposent par exemple sur les contributions volontaires de leurs utilisateurs, comme Wikipédia, ou les communautés organisationnelles qui regroupent de nombreux travailleurs indépendants pour profiter d'une infrastructure commune contre

¹⁵⁰ CF, *Principales conditions-cadres pour l'économie numérique* p.95-101.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.158 et Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail, *Quelles conditions de travail pour les travailleurs des plateformes numériques ?* 5 septembre 2018, www.anact.fr accessible à l'adresse suivante : <https://veille-travail.anact.fr/produits-documentaires/quelles-conditions-de-travail-pour-les-travailleurs-des-plateformes>.

¹⁵² ZEIN, p.712-713.

¹⁵³ CF, *Principales conditions-cadres pour l'économie numérique* p.97.

¹⁵⁴ RIEMER-KAFKA, p.5871-590.

¹⁵⁵ AZAÏS *et al.*, p.445 et ss.

rémunération, on observe une nouvelle forme de coopération, sur un pied d'égalité. Il n'en résulte pas nécessairement une subordination ou une intégration. Attention toutefois, car l'inverse n'est pas nécessairement valable : inégalité ne doit pas être confondue avec dépendance.

Dans les plateformes collaboratives, les travailleurs sont généralement sous contrat de prestation de service et travaillent en tant qu'indépendants. On constate une transaction qui implique en général 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. Dans cette transaction, la plateforme est donc soit un intermédiaire, soit débitrice de la prestation. Ici se pose la question de la finalité de la plateforme lorsqu'elle cherche à créer un rapport indépendant, sans engagement, tout en souhaitant assurer un maximum d'intégration. Selon la Commission européenne, la plateforme doit être considérée comme fournissant elle-même le service sous-jacent lorsque certaines conditions factuelles et juridiques, traduisant la maîtrise qu'elle exerce sur le processus, sont réunies. Les critères principaux sont le prix, si le prestataire n'est pas libre de fixer le prix des services sous-jacents ; les autres conditions contractuelles essentielles : comme, des instructions impératives pour la prestation du service ou l'obligation de prestation du service ; et enfin la propriété des actifs principaux utilisés pour fournir le service. Lorsque ces trois éléments sont remplis, il faut considérer que la plateforme collaborative exerce une influence, ou un contrôle, important sur le prestataire du service ce qui est un indice qu'elle fournit elle-même le service en question, en plus de la fourniture du logiciel d'intermédiation. D'autres critères peuvent aussi être pertinents, la liste n'est donc pas limitative. À l'inverse, les plateformes collaboratives peuvent simplement aider le prestataire en lui donnant la possibilité d'exercer ses activités, par exemple, en fournissant des facilités de paiement, une couverture d'assurance, des services après-vente. Ces éléments, ainsi que les mécanismes de classement ou d'évaluation par l'utilisateur ne sont pas, en soi, une preuve de l'existence d'un contrôle important, mais leur cumul constituera un indice¹⁵⁶. Lorsque la plateforme effectue elle-même le service, l'indépendant sera considéré comme travailleur du point de vue de la jurisprudence de la CJUE si une relation de travail existe, c'est-à-dire si la personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération, même si l'exercice effectif de l'activité ou sa surveillance ne sont pas continus¹⁵⁷.

Considérer les travailleurs de plateforme comme des travailleurs indépendants – et donc la plateforme comme simple intermédiaire – permet aux plateformes de s'affranchir de garantir certains droits sociaux, tels qu'un salaire minimum. Sur le plan mondial, la plateforme peut représenter le moyen pour l'entreprise d'éviter les frontières que pose le droit du travail et de libéraliser la relation employeur salarié. Si la question se pose aujourd'hui en Suisse, pays dont le droit du travail est conçu de façon libérale, on imagine à quel point la pression peut être forte, de contourner un système de salariat lourd et coûteux, pour les multinationales que sont les plateformes, dans des pays plus protectionnistes.

Uber peut être classée dans les plateformes collaboratives avec une part de *crowdworking*, caractérisée par un affranchissement des contraintes de lieu et de temps dans l'externalisation au grand nombre. Afin d'assoir d'un point de vue juridique notre analyse économique de la relation, nous étudierons ci-après en détail le mode d'organisation de la plateforme pour qualifier les relations contractuelles mises en place (B.) avant de présenter les différentes réactions de la justice et des pouvoirs publics en Suisse et dans d'autres pays européens (C.).

¹⁵⁶ 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*, Bruxelles, 2 juin 2016, accessible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-356-FR-F1-1.pdf>.

¹⁵⁷ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Réaffirmer la libre circulation des travailleurs : droits et principales avancées*, Bruxelles, 13 juillet 2010.

B. Le cas Uber¹⁵⁸ : analyse de la relation contractuelle

1. Présentation de la société Uber

Uber est une corporation de droit privé créée en 2009 à San Francisco, aux États-Unis. Son application est lancée en 2010. En 2015, sa valorisation boursière dépassait les 60 milliards de dollars¹⁵⁹. Ses applications sont disponibles dans 51 pays et plus de 310 villes dans le monde, dont San Francisco, New York, Paris, Londres, Brasilia, Bogota, Le Caire, Tel-Aviv, Johannesburg, Bombay, Pékin et Sydney. En 2016, elle a réalisé un chiffre d'affaires de 6,5 milliards de dollars américains. Pourtant, malgré ce développement effréné, Uber n'a pas atteint un niveau de rentabilité économique : son résultat net fait état de 2,8 milliards de dollars de pertes en 2016 et 4,5 milliards en 2017¹⁶⁰, sa croissance est donc financée par levées de fonds, selon une stratégie calquée sur celle d'Amazon : manger, à perte, le plus de parts de marché possible¹⁶¹. Ainsi les pertes d'Uber s'aggravent, mais n'entraînent pas les levées de fonds. L'époque des augmentations de plus de 50 % du chiffre d'affaires est néanmoins peut-être révolue. Les résultats d'Uber pour le troisième trimestre 2018 ont montré que les recettes nettes, qui déduisent les remboursements et les paiements aux conducteurs, se sont élevées à 3 milliards de dollars : une hausse de 38% par rapport à l'année précédente, mais de seulement 5 % par rapport au trimestre précédent¹⁶².

En Europe, Uber s'est implantée à Amsterdam, aux Pays-Bas, où elle a son siège « Uber international B.V. » (ci-après « Uber International »)¹⁶³. Uber International est aujourd'hui à la tête d'un conglomérat de septante entités, hors succursales, essentiellement en Europe et détient entre autres :

- Une filiale suisse « Uber Switzerland GmbH » (ci-après « Uber Switzerland ») à Zurich, dont le but est notamment « la fourniture de services de commercialisation et d'appui à d'autres entités (apparentées) en rapport avec des services liés aux services de transport à la demande et aux services de livraison à la demande, au moyen d'appareils mobiles et de services d'appui en ligne et de services connexes » ;
- « Rasier Operation B.V. » (ci-après « Rasier »)¹⁶⁴, société de services informatiques détentrice de la licence d'utilisation du logiciel Uber, titulaire des relations contractuelles avec les chauffeurs particuliers¹⁶⁵. Elle vise à « faciliter et conclure des contrats de service à la demande, participer à la gestion d'autres entreprises de toute nature, y prendre part ou s'y intéresser de toute autre manière, financer des tiers, fournir une garantie de quelque manière que ce soit ou s'engager à respecter des obligations de tiers » ;
- Et « Uber B.V. » société de services informatiques qui contracte avec les chauffeurs professionnels.

L'activité d'Uber consiste en la mise à disposition d'une plateforme électronique. Cette plateforme permet, à l'aide d'un smartphone muni de l'application Uber, de commander un service de transport urbain dans les villes desservies. L'application reconnaît la localisation de l'utilisateur et trouve les chauffeurs disponibles

¹⁵⁸ Nous utiliserons le nom Uber lorsque la distinction entre les différentes sociétés ne nous paraît pas nécessaire.

¹⁵⁹ NEWCOMER Eric, *Uber Raises Funding at \$62.5 Billion Valuation*, www.bloomberg.com, 3 décembre 2015, accessible à l'adresse suivante : <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-12-03/uber-raises-funding-at-62-5-valuation>.

¹⁶⁰ AWP, *Uber accuse une perte colossale en 2017*, www.bilan.ch, 14 février 2018, accessible à l'adresse suivante : https://www.bilan.ch/entreprises1/uber_accuse_une_perte_colossale_en_2017_.

¹⁶¹ RUCHE Sébastien, *La Suisse cherche un statut pour les chauffeurs d'Uber*, www.letemps.ch, 22 mars 2018 accessible à l'adresse suivante : <https://www.letemps.ch/economie/suisse-cherche-un-statut-chauffeurs-duber>.

¹⁶² *Uber: a global business*, www.ft.com, 14 novembre 2018 accessible à l'adresse suivante : <https://www.ft.com/content/2dd5d5d2-e82c-11e8-8a85-04b8afea6ea3>.

¹⁶³ Uber International B.V. appartient en fait elle-même à une holding, Uber International C.V., elle aussi néerlandaise.

¹⁶⁴ Cette entité n'est pas détenue directement par la maison mère Uber International, mais par l'intermédiaire d'Uber International holding B.V. Uber International s'est portée garante de cette société, cf. arborescence du groupe Uber Europe et informations obtenue auprès de la société [dun&bradstreet](https://www.dun&bradstreet) <https://www.dun&bradstreet>.

¹⁶⁵ KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p. 250.

se situant à proximité. Lorsqu'un chauffeur accepte la course, l'application en informe l'utilisateur, en montrant le profil du chauffeur ainsi qu'une estimation du prix du trajet vers la destination indiquée par l'utilisateur. Une fois la course effectuée, son montant est automatiquement prélevé sur la carte bancaire, que l'utilisateur est obligé de communiquer en souscrivant à l'application. L'application contient également une fonctionnalité d'évaluation : tant les chauffeurs peuvent être évalués par les passagers, que les passagers par les chauffeurs. Des notes moyennes en dessous d'un certain seuil peuvent entraîner l'éviction de la plateforme¹⁶⁶. Le schéma d'Uber se distingue du covoiturage, qui utilise également une plateforme électronique, mais qui peut être défini comme le partage d'un moyen de transport, par lequel le conducteur emmène un ou plusieurs passagers à une destination prédéfinie par lui-même. Dans le covoiturage, c'est donc le conducteur qui détermine la destination, le prix et l'itinéraire ; les passagers se proposent ensuite pour partager le trajet.

Le concept d'Uber se décline en de nombreuses offres : *Uber Black*, véhicules commerciaux immatriculés et assurés haut de gamme avec chauffeurs professionnels, *UberX*, une version économique qui propose les mêmes services qu'un VTC traditionnel, mais avec des véhicules moins luxueux et à un prix réduit. *UberEats* propose la livraison de repas en provenance de restaurants. *UberGreen*, disponible en Suisse à Zurich uniquement, met en relation les utilisateurs avec des chauffeurs professionnels proposant des véhicules électriques ou hybrides. Ailleurs dans le monde, *Uber for Business* permet aux entreprises de payer les déplacements professionnels de leurs employés. *UberPool* est une option de l'application qui permet de partager son trajet avec un autre utilisateur à proximité et voyageant dans la même direction, afin de répartir le prix du trajet. *UberFreight* met en relation des sociétés de transport et des expéditeurs. *UberHealth* propose en partenariat avec des organismes de soins médicaux, des courses fiables et confortables aux patients et au personnel soignant. *UberBike*, disponible à San Francisco et à Washington, D.C., permet de louer un vélo à assistance électrique. *UberFlotte* permet de proposer des véhicules aux chauffeurs ou clients à travers *Uber Market Place*. Uber développe même *UberElevate*, un projet de taxis aériens urbains ; son pôle technologique travaille également sur le développement de véhicules autonomes, des vélos et scooters électriques. *Uber Works*, à l'image d'une entreprise de travail intérimaire, est destiné à fournir une main-d'œuvre flexible pour les entreprises. Uber exploite également *Powerloop*, qui loue des remorques aux camionneurs. Et enfin *UberPOP*, certainement le concept plus controversé, lancé à Paris en 2014 et qui permet à des conducteurs non professionnels, c'est-à-dire des particuliers non titulaires d'une licence, d'être contactés par des usagers pour des trajets urbains moins chers qu'*UberX*¹⁶⁷.

Paris est la première ville hors des États-Unis à accueillir le service Uber en 2011. Uber s'implante en Suisse en 2013, d'abord à Zurich, puis à Genève, à Bâle et à Lausanne.

Le modèle économique d'Uber, à savoir que la société ne possède aucun véhicule et ne salarie aucun chauffeur, représente un défi aux règles juridiques dans de nombreux domaines. Uber essuie en effet des revers judiciaires dans le monde entier, avec plus de 170 procès en cours en 2016, rien qu'aux États-Unis¹⁶⁸. Depuis le 26 juin 2018, Uber London Limited est sous régime probatoire, après que sa licence d'opérateur privé lui a été retirée à Londres par décision du *Transport for London*, organisme statutaire responsable des services de transport pour la mairie de Londres, à la suite de problèmes rencontrés concernant la sûreté et la sécurité publique¹⁶⁹. En Espagne, la filiale Uber Systems Spain SL devrait être condamnée par le tribunal

¹⁶⁶ CJUE, n°C-434/15, Arrêt de la Cour, Asociación Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL, 20 décembre 2017, conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017 ch. 13 et PARL, *Gutachten*, p.3.

¹⁶⁷ Cf. [www.wikipedia.org](https://fr.wikipedia.org/wiki/Uber_(entreprise)), informations accessibles à l'adresse suivante : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Uber_\(entreprise\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Uber_(entreprise)).

¹⁶⁸ Reuters, *Legal troubles — including 173 lawsuits in the US — threaten Uber's global push*, www.businessinsider.com, 5 octobre 2015, accessible à l'adresse suivante: <https://www.businessinsider.com/r-legal-troubles-market-realities-threaten-ubers-global-push-2015-10?IR=T>.

¹⁶⁹ Communiqué de presse du *Transport For London*, *Licensing decision on Uber London Limited*, 22 Septembre 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://tfl.gov.uk/info-for/media/press-releases/2017/september/licensing-decision-on-uber-london-limited>, et

de commerce de Barcelone pour pratiques trompeuses et actes de concurrence déloyale, car ni Uber ni les chauffeurs non professionnels ne disposent de licence ou d'autorisation administrative, ce qu'a confirmé la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt C 434/15 du 20 décembre 2017¹⁷⁰. En France, le service UberPOP devrait être jugé d'organisation illégale d'un système de mise en relation de clients avec des conducteurs non professionnels et les chauffeurs condamnés pour exercice illégal de la profession de taxi¹⁷¹, en application de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne en réponse à la question préjudicielle posée par le Tribunal de grande instance de Lille¹⁷². Uber a supprimé ce service le 3 juillet 2015. Il en est de même en Suisse, où le service a été retiré de Zurich et de Lausanne en 2017, puis de Bâle en juin 2018, après que les chauffeurs aient été condamnés pour absence d'autorisation¹⁷³.

Uber apparaît ainsi comme un cas à part. Son succès, notamment dû à l'engouement des consommateurs, pointe du doigt les limites du système de régulation de la profession de taxi, jugée chère et insatisfaisante. Son mode de fonctionnement suscite des critiques et des interrogations, mais également des espoirs et des attentes nouvelles¹⁷⁴. De l'autorisation d'exercice aux pratiques déloyales en passant par la sécurité des consommateurs et la protection des données, les sujets de contentieux ne manquent pas. Nous nous concentrerons sur celui qui nous concerne dans cette étude, à savoir la situation contractuelle des chauffeurs et leur statut au regard de la législation du travail et des assurances sociales. Nous commencerons donc par analyser la relation contractuelle mise en place (2.) avant de nous pencher sur la qualification juridique proposée par les experts (3.) et ses conséquences (4.).

2. Analyse des conditions contractuelles

Les relations contractuelles sont organisées par Uber de manière complètement indépendante entre l'utilisateur de la plateforme d'une part et le chauffeur d'autre part. Chauffeurs et utilisateurs n'utilisent d'ailleurs pas la même application¹⁷⁵. Les utilisateurs ont une relation contractuelle avec la société Uber Switzerland GmbH par l'acceptation de conditions générales en ligne¹⁷⁶. Après s'être enregistrés en tant que chauffeur sur le site Uber, les chauffeurs, eux, contractent selon les cas, soit avec la société hollandaise Uber B.V, pour les chauffeurs professionnels UberX et UberBlack, soit avec la société hollandaise également, Rasier Operation B.V., pour les chauffeurs particuliers UberPOP¹⁷⁷. Ce schéma semble être répliqué dans tous les pays européens, notamment ceux qui seront étudiés ci-après. En cela Uber déroge à la pratique de nombreuses plateformes qui limitent leurs relations contractuelles à une simple inscription en ligne, suivie de l'acceptation des conditions générales en ligne par le prestataire de services¹⁷⁸.

Westminster Magistrates Court, Uber London Limited vs. Transport For London, 26 juin 2018 décision sur appel accessible à l'adresse suivante : <http://content.tfl.gov.uk/uber-licensing-appeal-final-judgment.pdf>.

¹⁷⁰ CJUE, n°C-434/15 précité.

¹⁷¹ Cour de cassation, chambre criminelle., n°16-81763, 11 juillet 2017.

¹⁷² CJUE n°C-320/16, Arrêt de la Cour, du 10 avril 2018 sur demande préjudicielle au titre de l'art. 267 TFUE, introduite par le tribunal de grande instance de Lille (France) par décision du 17 mars 2016, parvenue à la Cour le 6 juin 2016, dans la procédure pénale contre Uber France SAS.

¹⁷³ Sur ce point, voir notre partie III.C.1.

¹⁷⁴ CJUE, n°C-434/15 précité, conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017, introduction.

¹⁷⁵ KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.2.

¹⁷⁶ Conditions générales Uber B.V. accessibles à l'adresse suivante : <https://www.uber.com/legal/terms/ch-rf/>.

¹⁷⁷ KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.4.

¹⁷⁸ CIRIGLIANO p.440.

Quatre avis de droit concernant le statut des chauffeurs ont été réalisés, dont deux à la demande du syndicat Unia d'une part, le 10 juillet 2016¹⁷⁹ et le 5 juillet 2018¹⁸⁰, et deux sur requête d'Uber Switzerland d'autre part, le 13 mars 2017¹⁸¹ et le 2 février 2018¹⁸².

Deux types de contrats ont été mis en place par Uber. Tout d'abord, un contrat de prestation de services (ci-après le « contrat »), qui s'applique aux chauffeurs professionnels (UberX et UberBlack), conclu avec Uber B.V. Par ce contrat le chauffeur peut embaucher d'autres chauffeurs, remplissant également les conditions légales, à condition toutefois de signer avec eux un « sous-contrat » sur le modèle imposé par Uber et annexé au contrat de prestation de services. Ce sous-contrat autorise Uber, selon une clause que Bettina KAHIL-WOLFF HUMMER qualifie de stipulation pour autrui, à agir directement auprès du second chauffeur en cas de non-respect des obligations contractuelles. Ensuite, un contrat d'exploitation conclu par Rasier Operation B.V. avec les chauffeurs particuliers UberPOP, de même type que le sous-contrat précédemment évoqué. Ces contrats prévoient globalement les mêmes droits et obligations pour les chauffeurs¹⁸³. La différence entre les chauffeurs UberPOP et les chauffeurs professionnels consiste dans les parties au contrat, les exigences de qualification professionnelle et la possibilité de conclure des sous-contrats ; elle est cependant sans grande incidence sur la qualification de l'activité. En effet, comme nous l'avons vu dans la partie théorique¹⁸⁴, qu'elle soit accessoire ou principale, l'activité lucrative sera qualifiée d'indépendante ou de salariée selon les mêmes critères. La question qui a essentiellement fait débat, concernant les chauffeurs UberPOP, n'est pas tant de savoir si leur activité est indépendante ou salariée, mais s'ils ont ou non une activité lucrative, étant donné qu'ils s'engagent contractuellement à ne pas réaliser de bénéfice¹⁸⁵.

Le contrat est complété par des « *community guidelines* » (ci-après « lignes directrices ») et un document intitulé « *reasons for loss of access to the uber platform as a driver* » qui contiennent des recommandations concernant la qualité du service, l'évaluation, le taux d'annulation et d'acceptation et la sécurité ainsi que neuf vidéos de tutoriel d'une à trois minutes chacune¹⁸⁶.

Les contrats étant couverts par une clause de confidentialité, notre méthode de travail dans cette partie a consisté dans la reconstitution du contrat de prestation de services, à l'aide des avis de droit, afin de présenter une vision d'ensemble la plus objective possible de la relation contractuelle. Dans la mesure où les avis de droit se sont concentrés sur le contrat des chauffeurs professionnels, en précisant que les analyses étaient également valables pour UberPOP, nous n'évoquerons les contrats UberPOP que lorsqu'une différence significative a été mentionnée.

a. Parties au contrat

- D'une part le chauffeur :

Comme indiqué ci-dessus, il peut être non professionnel (UberPOP) ou professionnel (UberX ou Uber Black), c'est-à-dire titulaire d'une autorisation d'exercer en application du droit cantonal. Les chauffeurs professionnels peuvent s'organiser sous forme de raison individuelle ou de personne morale¹⁸⁷. Les

¹⁷⁹ PÄRLI, *Gutachten*.

¹⁸⁰ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*.

¹⁸¹ KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.209-286.

¹⁸² KIESER Ueli, *Gutachten zur Bedeutung des Urteils 8C_571/2017 vom 9. November 2017, erstattet an Uber Switzerland, Zurich, St. Gallen*, 2 février 2018, p.10 et ss. non accessible.

¹⁸³ KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.3 et 4.

¹⁸⁴ Cf. plus haut en partie II.B.2.

¹⁸⁵ GÄCHTER Thomas, MEIER Michael E., *Zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern*, Jusletter, 3 septembre 2018 para. 13 et ss.

¹⁸⁶ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*. para. 19 et ss et 81 et ss.

¹⁸⁷ KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.3.

chauffeurs non professionnels sont des particuliers, qui s'engagent contractuellement à ne pas chercher à réaliser de bénéfices et à ne pas tomber dans le champ d'application de l'Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes, et donc à ne pas y être assujettis¹⁸⁸. Ainsi, les revenus générés par l'activité de transport ne doivent couvrir que les frais d'entretien du véhicule. Cela signifie, selon Bettina KAHIL-WOLFF HUMMER¹⁸⁹, que ni l'élément subjectif de l'activité lucrative, c'est-à-dire la volonté de réaliser un revenu, ni l'élément objectif, à savoir l'augmentation de la capacité de rendement économique, ne sont à priori présents, de sorte que l'activité ne devrait pas pouvoir être considérée comme activité lucrative au sens de la LAVS¹⁹⁰, sans qu'il n'y ait lieu de déterminer si elle est exercée à titre indépendant ou non. Sur ce point, nous l'avons vu, la jurisprudence nous renvoie aux circonstances économiques effectives¹⁹¹, or il ne semble pas rare qu'en pratique les chauffeurs se comportent différemment¹⁹².

- D'autre part Uber B.V. ou Rasier (selon le type de contrat concerné).

L'identité de la partie contractante du côté d'Uber fait partie des questions controversées. En ce qui concerne notre sujet, elle doit être établie selon la méthode des assurances sociales, c'est-à-dire en évaluant l'ensemble des circonstances du cas. En effet, bien que n'étant pas partie au contrat, Uber Switzerland est présente à plusieurs étapes déterminantes de la relation contractuelle. Elle participe au recrutement des chauffeurs, vérifie au court d'un rendez-vous la réalisation des conditions requises au niveau du chauffeur et du véhicule et communique au candidat les informations dont il a besoin. C'est également Uber Switzerland qui encaisse les sommes versées par les utilisateurs et les reverse aux chauffeurs, prélevant au passage la commission contractuelle d'Uber. Elle est le point de contact entre chauffeurs et clients en cas de différend. Elle est enfin responsable d'attirer des passagers par le biais du site Internet¹⁹³. Pour cette raison, la question se pose de savoir si les parties au contrat sont bien celles mentionnées ou si une requalification doit être faite en fonction des circonstances réelles¹⁹⁴. L'objet de la société tel qu'énoncé au registre du commerce n'est pas pertinent pour y répondre, car trop général et abstrait.

La qualification de la société contractante n'est pas sans incidence. En matière d'assurances sociales, elle simplifierait considérablement la tâche des autorités administratives, ce qui a été tenté par la SUVA dans une décision assujettissant un chauffeur Uber à l'assurance accident obligatoire¹⁹⁵. La Cour des assurances sociales du canton de Zurich n'a toutefois pas tranché ce point, car, selon elle, la SUVA n'avait pas établi d'élément décisif permettant de conclure à ce qu'Uber Switzerland était bien l'employeur du chauffeur¹⁹⁶. Selon l'article 12 al. 2 LAVS tous les employeurs ayant un établissement stable en Suisse sont tenus de payer des cotisations. Pour qu'Uber ait un établissement stable en Suisse¹⁹⁷, il faudrait donc que les juridictions

¹⁸⁸ Selon l'art. 3 OTR2 « Sont réputées professionnelles les courses qui sont effectuées régulièrement par un conducteur ou avec un véhicule, dans le but de réaliser un profit économique. Les courses sont régulières si elles sont effectuées au moins deux fois dans des intervalles de moins de seize jours. Le profit économique est réputé réalisé lorsque le prix requis pour la course dépasse les coûts du véhicule et l'indemnisation des dépenses du conducteur. ».

¹⁸⁹ KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.19.

¹⁹⁰ cf. art 10 al. 1 LAVS et OFAS, DIN, ch. 2003 et ss.

¹⁹¹ cf. ATF 115 V 161, consid. 6e et 8.

¹⁹² GÄCHTER/MEIER, *Rechtsgutachten* para. 15. Sur l'interdiction des chauffeurs POP en raison de leur activité professionnelle voir notre partie III.C.1.

¹⁹³ KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.10-12.

¹⁹⁴ PÄRLI, *Gutachten*, p.29 et 30.

¹⁹⁵ Le même débat a été porté devant la CJUE : Uber Spain conteste être à l'origine d'une quelconque violation de la réglementation en matière de transport, selon elle, c'est la société de droit néerlandais Uber BV qui exploite l'application Uber sur le territoire de l'Union, Uber Spain assurerait uniquement des tâches de publicité pour le compte d'Uber BV, la CJUE a n'a toutefois pas tranché ce point qui ressort de la compétence de la juridiction de renvoi. cf. CJUE n° C-434/15 précité.

¹⁹⁶ cf. Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich, 10 juillet 2018, n°UV.2017.00030, consid. 3, également commentée dans PÄRLI, *Uber-Urteile des Sozialversicherungsgerichts Zürich*.

¹⁹⁷ La notion d'établissement stable en droit des assurances sociales est définie dans les directives OFAS, DP : « Sont considérées comme des établissements stables au sens de l'AVS toutes les installations permanentes, tels les bâtiments d'une fabrique, les locaux

remettent en cause la répartition des tâches entre Uber BV et Uber Switzerland ou qualifient de travail à domicile la prestation de service¹⁹⁸. Mais il n'est pas nécessaire, selon la directive de l'OFAS, qu'une partie, qualitativement ou quantitativement importante, de l'activité commerciale soit exercée dans les installations de l'employeur. Toutefois sont réservées les conventions internationales prévoyant une exemption de cotisation (article 12 al 3 let. a et b LAVS)¹⁹⁹ ; ainsi dans tous les cas, qu'elle ait ou non un établissement stable, Uber BV devrait être redevable des cotisations²⁰⁰.

En matière de droit du travail, la qualification de l'employeur a une incidence sur le droit applicable au contrat que nous étudierons plus loin (i).

b. Droits du prestataire de service (article 1 du contrat)

Le chauffeur bénéficie d'un droit d'utilisation de la plateforme lui permettant d'entrer en relation avec des clients, par l'intermédiaire d'une application à laquelle il accède par son téléphone portable, connecté à Internet (articles 1.6, 1.14, 1.17, 1.18, 2.2 du contrat²⁰¹). Ce droit s'exerce par l'intermédiaire d'un identifiant confidentiel, personnel et intransmissible ; en cas d'embauche de personnel, c'est Uber qui octroie l'autorisation aux nouveaux chauffeurs²⁰². D'après ce point, nous pouvons déduire un caractère *intuitu personae* de la relation à l'égard du chauffeur.

c. Prestation de service de transport (article 2 du contrat et lignes directrices) :

- Le conducteur est en contact direct avec le passager. Uber nie l'existence d'une relation contractuelle entre elle-même et le passager (article 2.3²⁰³), mais ne donne pas de définition juridique de la relation.
- Le chauffeur ne reçoit la destination que lorsqu'il atteint le point de ramassage, ou par le passager (article 2.2²⁰⁴).

commerciaux et les bureaux, dans lesquelles travaillent les salariés du ou de la titulaire de l'établissement ». À noter que la notion d'établissement stable dans l'AVS est plus large que celle du droit fiscal. En droit fiscal, la matière serait régie par la convention entre la Suisse et les Pays-Bas. Sur ce point, voir notre partie III.C.4. à propos de la tentative par les autorités fiscales françaises d'assujettir fiscalement Uber BV. Les autorités françaises ne se sont toutefois pas basées sur la convention fiscale conclue entre la France et les Pays-Bas, mais sur la réalité économique de la relation d'affaires.

¹⁹⁸ CIRIGLIANO p.445-446.

¹⁹⁹ En l'absence d'établissement stable, concernant les relations de la Suisse avec les États membres de l'UE et à l'intérieur de l'AELE depuis le 1^{er} avril 2012, deux règlements coordonnent les systèmes européens de sécurité sociale : le Règlement CE n°883/04 et son Règlement d'application CE n°987/09. L'art. 11 paragraphe 3 let. a du règlement CE n°883/2004 du 29 avril 2004 prévoit que la loi du lieu d'exercice de l'activité – salariée ou non salariée –, la *lex loci laboris*, est en principe applicable. Mais en application de l'art. 21 para. 1 du règlement CE n°987/2009 (ci-après l'art. 21) les employeurs ayant leur siège dans un État de l'UE/AELE, qui n'ont pas d'établissement stable en Suisse et qui emploient des salariés assurés en Suisse en vertu de l'ALCP ou de l'Accord AELE sont tenus de payer des cotisations en Suisse. Dans ce cas, une convention au sens de l'art. 21 peut être passée entre l'employeur et le salarié afin que ces derniers versent eux-mêmes leurs cotisations (AVS, AI, APG) à la caisse de compensation. L'employeur doit alors payer ses cotisations d'employeur au salarié en sus du salaire. En principe c'est à l'employeur étranger de communiquer ladite convention, mais le salarié peut aussi s'annoncer lui-même. Cf. OFAS, DAA ch. 2037 et ss. et ch. 2061 et ss.

²⁰⁰ Opinion confirmée par Bettita KAHIL-WOLFF HUMMER, selon qui cette clause n'a pas d'influence sur la qualification du contrat au regard du droit des assurances sociales. La question de savoir si une personne est un travailleur ou un indépendant au sens des art. 13 ss du Règlement n°1408/71 (remplacé par le règlement CE n°883/2004 du 29 avril 2004 art. 1 let. b dont la teneur est équivalente) doit être résolue en fonction du droit national de l'État dans lequel l'activité respective a été exercée : la *lex loci laboris*. C'est seulement de cette façon que la règle de conflit pertinente et par conséquent le droit applicable peuvent être trouvés (confirmation de la jurisprudence de l'ATF 138 V 533; consid. 2). Cf. également PÄRLI, *Uber-Urteile des Sozialversicherungsgerichts Zürich*, para. 23.

²⁰¹ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten* para. 13.

²⁰² KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.4.

²⁰³ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten* para. 15 et PÄRLI, *Gutachten*, para 35 et ss.

²⁰⁴ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*. para. 100.

- Il est recommandé d'attendre le client au moins dix minutes (article 2.2 et vidéo spécifique²⁰⁵).
- Le chauffeur doit transporter le passager sans arrêt intermédiaire ni interruption non désirée jusqu'à sa destination. Il est interdit de transporter une tierce personne en plus du passager à moins que le passager n'y consente (article 2.4 ligne directrice page 7²⁰⁶).
- Le chauffeur est expressément autorisé à fournir d'autres services en dehors de l'utilisation de l'application (article 2.4²⁰⁷).
- Uber nie posséder toute autorité ou pouvoir de contrôle. Le contrat énonce que pendant l'exécution du présent contrat Uber n'instruit, ni directement ni indirectement, le conducteur, notamment en ce qui concerne l'exploitation de l'entreprise du client [le chauffeur], la fourniture de services de transport, les actes ou omissions des conducteurs ou l'exploitation et l'entretien des véhicules. Uber ne contrôle pas le client et n'exige pas de lui qu'il le soit (article 2.4²⁰⁸).

Pourtant malgré cela il ressort en pratique que :

- Le chauffeur qui ne veut pas accepter les commandes doit se déconnecter, un refus répété pourra entraîner une désactivation (lignes directrices²⁰⁹). Cette pratique peut s'analyser selon nous en une obligation de non-concurrence ou d'exclusivité de fait pendant le temps de connexion.
- Le conducteur ne peut refuser le passager pour des raisons ethniques ou discriminantes légalement prohibées (lignes directrices²¹⁰).
- Si le passager souhaite donner un pourboire, ce que l'application permet en principe de faire, le chauffeur doit l'informer que ce n'est pas nécessaire et ne doit l'accepter que si le passager insiste (vidéo²¹¹).

Contrôle du respect des obligations concernant la prestation de service :

- Les parties conviennent que le respect des recommandations fait l'objet d'un contrôle de la part d'Uber et de possibles sanctions contractuelles : pénalités, voire résiliation en cas d'évaluations négatives (article 2.6.2²¹²).
- Le chauffeur accepte le système d'évaluation délégué aux utilisateurs et encouragé fortement par Uber. Proposée systématiquement après chaque course, sans que le chauffeur ne puisse s'y opposer (article 2.6.1 et 2.8²¹³), l'évaluation est accessible aux autres clients. Uber fixe unilatéralement la note plancher déclenchant l'exclusion (article 2.6.2), cette note peut varier d'une ville à l'autre. Uber précise que ses évaluations servent avant tout son image de marque et non celle du conducteur à titre individuel (article 2.6.2 et lignes directrices²¹⁴).
- Le contrôle s'étend aussi sur le taux de refus des courses, qui n'est pas souhaitable, car il impacte l'évaluation négative du client vis-à-vis de l'application, de même que les annulations (article 2.6.2 lignes directrices²¹⁵).
- Les incidents à la sécurité font l'objet d'une enquête et peuvent entraîner la désactivation du chauffeur (lignes directrices²¹⁶).

²⁰⁵ *Ibid.*, para. 84.

²⁰⁶ *Ibid.*, para. 84.

²⁰⁷ *Ibid.*, para. 104.

²⁰⁸ *Ibid.*, para. 79.

²⁰⁹ *Ibid.*, para. 84 et KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.20 et 29.

²¹⁰ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 84.

²¹¹ *Ibid.*, para. 84.

²¹² GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 92.

²¹³ *Ibid.*, para. 88 et KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.10.

²¹⁴ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 104.

²¹⁵ *Ibid.*, para. 92 et 104.

²¹⁶ *Ibid.*, 84.

- Le chauffeur autorise Uber à suivre et contrôler le respect de certaines directives grâce au GPS notamment le respect du trajet et l'absence d'arrêts intermédiaires (article 2.8²¹⁷).

d. Obligations du prestataire de service (article 3 du contrat)

L'article 3 du contrat énumère les prescriptions applicables aux chauffeurs et à leurs véhicules²¹⁸.

Le chauffeur doit :

- Disposer des licences et autorisations pour pouvoir fournir le service et en fournir une copie à Uber (article 3.1²¹⁹),
- Appliquer des normes de service et de courtoisie vis-à-vis du passager (article 3.1²²⁰),
- Accepter les vérifications par Uber de ses antécédents judiciaires et aptitudes à la conduite (article 3.1²²¹),
- Fournir des copies de ses permis, enregistrements et autres certificats ; le non-respect de cette clause est un manquement grave au contrat (article 3.3²²²),
- Ne pas avoir consommé de l'alcool (article 3.3²²³).

Uber peut :

- Vérifier ces points de la manière qui lui paraît la plus pertinente (lignes directrices²²⁴),
- Désactiver le chauffeur à sa discrétion si les conditions ne sont plus remplies (article 3.1²²⁵).

Le véhicule doit être immatriculé, propre, en bon état de fonctionnement et les normes d'entretien respectées (article 3.2²²⁶). Pour *Uber Black*, le véhicule doit également faire partie de la liste de véhicules recommandés comme étant assez luxueux.

D'autres obligations, non mentionnées dans le contrat, sont listées dans l'avis de droit de Bettina KAHIL-WOLFF HUMMER, pages 4 à 8, dont notamment les suivantes :

- Le chauffeur en pratique est responsable de la fourniture de son propre smart phone²²⁷, de son propre véhicule, qui peut être un véhicule de location, qu'il doit entretenir et assurer à ses frais.
- Il n'est pas lié par une clause de non-concurrence, seuls les chauffeurs UberPOP ont l'interdiction de fournir d'autres services du même type.
- Il engage sa responsabilité vis-à-vis du passager et décharge Uber de toute responsabilité fiscale, pénale en cas de contravention, ou civile notamment vis-à-vis des tiers.

e. Prix, rémunération (article 4 du contrat)

L'application détermine le prix des courses, grâce à un algorithme, en fonction du rapport entre l'offre et la demande au moment de la commande de course par le client²²⁸. Cela implique que plus le nombre de chauffeurs disponibles est élevé – ou le nombre de clients, faible –, plus le prix de la prestation baisse et plus Uber offre une prestation concurrentielle. Le chauffeur est tenu d'appliquer la politique tarifaire

²¹⁷ *Ibid.*, para. 87 et KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.4

²¹⁸ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 19 et ss et 81 et ss.

²¹⁹ *Ibid.*, para. 82.

²²⁰ *Ibid.*, para. 82.

²²¹ *Ibid.*, para. 82.

²²² *Ibid.*, para. 82.

²²³ *Ibid.*, para. 82.

²²⁴ *Ibid.*, para. 82.

²²⁵ *Ibid.*, para. 82.

²²⁶ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 83.

²²⁷ Cela résulte de la pratique, car le contrat, inappliqué sur ce point, prévoit la mise à disposition des périphériques par Uber KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.6.

²²⁸ *Ibid.*, p.10.

maximum indiquée par la plateforme, il peut uniquement réduire le prix ou y ajouter des frais (autoroute ou parking). De son côté, Uber peut réduire ou même annuler le prix à titre de sanction²²⁹. En cas d'annulation de la commande par le client, le trajet à vide sans rémunération du chauffeur est contractuellement accepté (article 4.5²³⁰)

Les chauffeurs n'ont aucun lien avec le recouvrement de créances et la facturation. Le passager donne ses coordonnées bancaires à Uber et accepte le débit du prix de la course (article 4.1²³¹). Uber est un agent de recouvrement limité « *beschränkter Inkassobevollmächtigter* » (article 4.1²³²). Elle encaisse le prix des courses et le reverse aux chauffeurs, au moins une fois par semaine, déduction faite d'une commission perçue pour l'utilisation de la plateforme.

En contrepartie des services fournis, Uber reçoit une commission entre 25 et 30 % du prix de la course (article 4.4²³³).

f. Territoire

Les chauffeurs décident librement de leur lieu d'activité²³⁴.

g. Confidentialité

Le contrat prévoit une clause de confidentialité ; les chauffeurs n'ont pas le droit d'en divulguer les conditions²³⁵.

h. Durée et résiliation (article 12)

Il s'agit d'un contrat de durée, qui peut être résilié à tout moment par chacune des parties sans indication de motifs, dans un délai de sept jours. La résiliation s'effectue dans tous les cas sans préavis par Uber par désactivation immédiate de l'accès à l'application.

En cas de non-respect substantiel des obligations contractuelles ou d'insolvabilité d'une des parties, une résiliation unilatérale est possible (article 12.2²³⁶).

i. Droit applicable et For

Le contrat est soumis au droit néerlandais et comporte une clause d'arbitrage qui peut être mise en œuvre en cas d'échec de la résolution amiable des différends.

Cette clause représente un caractère potentiellement problématique en droit du travail²³⁷, pour les créances de nature impérative, car elle permet d'échapper aux normes suisses par l'application des règles internationales : la LDIP et Convention de Lugano permettent en effet l'arbitrage et le for dans l'État de domicile et de résidence de l'employeur²³⁸. La validité de cette clause dépendra donc nécessairement de la

²²⁹ *Ibid.*, p.13.

²³⁰ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 68.

²³¹ *Ibid.*, para. 16.

²³² *Ibid.*, para. 95.

²³³ *Ibid.*, para. 13 et KAHIL-WOLFF, *Avis juridique*, p.3.

²³⁴ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 97.

²³⁵ PÄRLI, *Gutachten*, p.6.

²³⁶ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 106.

²³⁷ Cf. sur ce point PÄRLI, *Gutachten*, p.8 et ss., CIRIGLIANO p.441 et ZEIN, p.714

²³⁸ Selon l'ATF 136 III 467, l'impossibilité de renoncer à certaines créances au sens de l'art. 341 CO s'oppose à ce que les parties concluent à l'avance une convention d'arbitrage pour ce type de prétentions. La renonciation à ces créances, et donc la clause

qualification qui sera faite du contrat, à savoir contrat de travail ou prestation de service indépendant. S'agissant d'un fait de double pertinence, le juge suisse saisi tiendra compte des faits allégués par le demandeur au niveau de la recevabilité, l'administration des preuves aura lieu lors de l'examen sur le fond du litige²³⁹. Le Conseil fédéral relève d'ailleurs sur ce point que les développements récents liés à la numérisation ont créé de nouvelles catégories de travailleurs, où le besoin de protection peut être avéré et pour lesquelles le cadre libéral de la LDIP peut conduire à des solutions inappropriées, rendant plus difficile l'accès à la justice. Il conclut qu'il « conviendra d'observer plus en détail l'évolution dans cette matière, tant au niveau interne qu'au niveau international, afin de déterminer les domaines concernés et les adaptations de la LDIP qui pourraient apporter des améliorations »²⁴⁰.

3. Qualification juridique : conclusions des experts

Les avis de droit reprennent les critères mis en œuvre par la jurisprudence et les directives administratives²⁴¹ pour aboutir à leur qualification et divergent d'ailleurs dans leurs conclusions.

a. En droit des assurances sociales

Les deux critères clé de qualification du travail indépendant en droit des assurances sociales sont le risque entrepreneurial ou économique d'une part, et la relation de dépendance à l'égard de l'employeur d'autre part.

Concernant le risque entrepreneurial ou économique : les auteurs des avis de droit le subdivisent en huit sous-critères : investissements significatifs, emploi de personnel, risque de recouvrement ou risque d'encaissement, locaux commerciaux propres, paiement des frais généraux, risque de perte ou absorption des pertes, exercice de l'activité en son nom et à son propre compte, acquisition de la clientèle ou prospection.

Selon GÄCHTER, aucun de ces huit sous-critères ne peut être décisif à lui seul dans le cas d'espèce pour qu'il puisse y avoir un risque entrepreneurial. Les investissements concernent uniquement le véhicule, ils ne sont pas importants et sont pour partie communs à ceux de la vie privée, aucun personnel ni locaux propres ne sont nécessaires. Il n'existe pas de risque réel de recouvrement du fait du paiement par carte, les risques de pertes financières sont assez faibles et celui de perdre le capital investi inexistant. Le chauffeur n'est pas perçu par la clientèle comme agissant en son nom et pour son compte, il n'a pas d'effort particulier à fournir en dehors des courses, ni de publicité à réaliser pour acquérir sa clientèle. Au contraire, tout porte à croire que ce risque est supporté par Uber. GÄCHTER conclut à l'absence quasi totale de risque entrepreneurial²⁴². Néanmoins, il faut relativiser la pertinence du risque entrepreneurial en lui-même, car en matière de services il est souvent relégué au second plan par rapport à la dépendance économique et organisationnelle²⁴³. Selon KAHIL-WOLF HUMMER au contraire, les investissements sont considérables s'agissant de véhicules de luxe. Les chauffeurs Uber-X ou Black peuvent engager du personnel, l'absence de locaux propres n'est pas un indice pertinent pour l'activité de chauffeur. Il existe un réel risque de pertes financières si la demande est faible, car les prix baissent et les charges restent fixes. Le chauffeur est perçu par le public comme un commerçant exerçant à son propre compte²⁴⁴.

d'arbitrage, serait donc nulle. À l'inverse, sont arbitrables toutes les prétentions dispositives ainsi que les prétentions impératives, mais pour lesquelles la clause est conclue après le mois qui suit la fin des rapports de travail.

²³⁹ TF 4A_73/2015 du 26.06.2015 consid. 4.1 et 4.2.

²⁴⁰ CF, *Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail*, p.62 et ss.

²⁴¹ Critères que nous avons détaillés en partie II.B.1 et II.B.2.

²⁴² GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 74 et ss.

²⁴³ TF, 9C_213/2016, 17 octobre 2016, consid. 3.4 et TF, 9C_364/2013, 23 septembre 2013, consid. 2.2.

²⁴⁴ KAHIL-WOLF p.30

Concernant la dépendance à l'égard de l'organisation du travail : ce critère est subdivisé en cinq sous-critères : droit de donner des instructions (point très controversé en l'espèce), rapport de subordination et intégration dans une organisation de travail, obligation personnelle d'accomplir les tâches, clause de non-concurrence, obligation de présence.

Selon GÄCHTER, les instructions s'avèrent être des instructions formelles complètes et contraignantes avec des effets concrets sur la situation des chauffeurs. L'analyse de l'intégration dans l'organisation de travail donne un résultat contradictoire, marqué d'une part par un haut degré de flexibilité et de liberté dans l'organisation du temps de travail, sans présence imposée ou objectifs de rentabilité, avec une possible résiliation à tout moment et aucune interdiction de concurrence. Ce sont là des éléments forts, indiquant une relation indépendante. Mais d'autre part, le fait que le chauffeur ne peut pas réellement refuser d'accepter des commandes, ne connaît pas la destination avant cette acceptation, ne maîtrise pas le tarif, n'émet pas la facture, ne réalise pas l'encaissement et doit participer aux efforts d'Uber pour assurer le service qualité aux passagers²⁴⁵, sont autant d'éléments qui viennent affaiblir le lien d'indépendance²⁴⁶. Selon KAHIL-WOLF HUMMER, au contraire, le rapport de dépendance doit être rejeté encore plus catégoriquement que le risque économique²⁴⁷. Les instructions données par Uber ne concernent que l'exécution des courses, la subordination du chauffeur est donc très limitée. Uber n'exige pas de prestation individuelle de travail, ni n'interdit au chauffeur de faire de la concurrence, enfin il n'y a aucun devoir de présence. KAHIL-WOLF HUMMER parle d'un rapport de subordination limité dans le temps²⁴⁸. Pour GÄCHTER il s'agit d'un lien assez lâche avec Uber, mais d'une gestion très étroite dans l'exercice effectif de l'activité²⁴⁹. En conclusion GÄCHTER estime que les éléments pour qualifier l'activité de salariée prédominent alors que pour KAHIL-WOLF HUMMER ce sont les caractéristiques d'une activité indépendante, bien que moins nettes concernant l'activité *UberPOP*, mais sans que cela ne remette en cause la qualification²⁵⁰.

b. En droit du travail :

Les quatre critères clés de qualification du travail indépendant en droit du travail sont la prestation de travail, la rémunération, la durée et le rapport de subordination.

Les auteurs s'accordent à reconnaître que les parties conviennent dans le contrat d'une **prestation de travail** à titre d'auxiliaire, contre rémunération.

La rémunération n'est pas contestée, il s'agit d'un forfait de services volontaire « *eine freiwillige Servicepauschale* », mais dont le paiement est de fait garanti par le fonctionnement de l'application²⁵¹.

L'élément temporel, en revanche, est plus controversé du fait de la liberté des chauffeurs de se connecter ou non. Ainsi l'évaluation de ce critère diffère considérablement si l'on prend comme référence uniquement les périodes de connexion ou la totalité du temps que le chauffeur dédie à son activité. Selon KAHIL-WOLF HUMMER le temps de travail n'est pas fixé à l'avance, le chauffeur peut se retirer unilatéralement de la prestation de travail à tout moment, et n'est par ailleurs pas contraint d'accepter les courses. Il n'y a donc que pendant la durée de la course en elle-même que le chauffeur est à disposition d'Uber pour un temps déterminé, au sens entendu par le législateur. De même l'intérêt du chauffeur à exécuter la course le plus rapidement possible, sans que cela n'impacte sa rémunération, parle plutôt en faveur d'un travail indépendant rétribué au succès. Selon PÄRLI la structure du contrat fait clairement ressortir des éléments

²⁴⁵ Critère dont l'importance a été affirmée dans un arrêt publié après l'avis de droit de KAHIL-WOLF : ATF 144 V 111.

²⁴⁶ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 110 et ss.

²⁴⁷ KAHIL-WOLF p.38.

²⁴⁸ *Ibid.*, p.33.

²⁴⁹ GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 111.

²⁵⁰ KAHIL-WOLF p.38, 39, GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 113 et ss.

²⁵¹ KAHIL-WOLF p.19-20, PÄRLI, *Gutachten*, p.12-16, notamment para. 41 p.14.

de durée, il s'agit d'une obligation de service permanente avec possibilité de résilier d'un commun accord ou unilatéralement en cas de violation substantielle du contrat²⁵².

Concernant le rapport de subordination, qui est le critère prépondérant, il doit s'analyser tant en termes personnels, qu'opérationnels et économiques. Il s'agit en premier lieu d'instructions adressées quant à l'exécution du travail. Ce qui importe ici, est la mesure dans laquelle le chauffeur est lié par ces instructions. En second lieu, la subordination opérationnelle concerne l'intégration dans la structure hiérarchique, par les horaires ou la fourniture d'équipement. La subordination peut enfin résulter de la dépendance économique du salarié vis-à-vis de son employeur. Il revient à l'employé qui invoque des droits de prouver l'existence de ces éléments.

Selon PÄRLI, les sanctions appliquées en cas de refus de courses, soit par Uber directement, soit par l'application elle-même, la résiliation automatique après nonante jours sans utilisation de l'application, ainsi que la clause de confidentialité, indiquent une subordination prédominante sur le plan personnel et organisationnel. L'auteur se réfère également aux instructions concernant la sécurité et le système de notation qui forment des instructions sanctionnées par l'entreprise. Cette subordination prédomine même si en termes économiques, le chauffeur n'assure que sporadiquement le transport et qu'il n'y a pas ou peu de dépendance économique. Dans l'ensemble, il conclut qu'il existe bien une subordination au sens du droit du travail. Pour la contre-opinion, nous renvoyons à l'avis de KAHIL-WOLF HUMMER, résumé au paragraphe précédent développant une subordination temporellement limitée. KAHIL-WOLF HUMMER s'appuie également sur l'idée, développée par Michel VALTERIO, selon laquelle le rapport de subordination ne peut exister que si les caractéristiques d'un contrat de travail sont présentes, ce qui en l'absence d'élément temporel pertinent ne peut aboutir qu'à la négation du rapport de subordination²⁵³.

La qualification comporte donc, on le voit, une part de subjectivité. Les auteurs s'accordent pour dire que le modèle d'affaire de l'activité d'Uber ne s'intègre pas exactement dans la structure classique et que les critères de délimitation actuels ne sont pas véritablement adaptés pour classer correctement cette activité lucrative²⁵⁴. En fin de compte cependant, comme le relève GÄCHTER, une décision doit être prise. En matière d'AVS, cette décision, pour des raisons d'égalité, ne doit pas, comme le rappelle KAHIL-WOLF HUMMER, prendre en compte la situation financière de la personne, qui doit être traitée de la même manière qu'elle ait des revenus modestes ou importants, même si cela peut paraître choquant sur un plan socio-économique. De la même manière, est indifférent du point de vue de l'AVS le fait qu'Uber soit une multinationale et que l'on soit en présence d'un contrat d'adhésion qui ne laisse pas de place à un véritable rapport de négociation. En cas de situation floue, une décision en faveur de l'activité indépendante devrait être prise, selon KAHIL-WOLF, afin de prendre en compte la volonté des administrés, conformément à la jurisprudence et au principe de légalité²⁵⁵. GÄCHTER rappelle de son côté l'absence de présomption dans un sens ou dans l'autre²⁵⁶ et le caractère non pertinent de la qualification faite par les parties pour les assurances sociales²⁵⁷.

4. Conséquences d'une requalification

Pour terminer cette analyse de la relation contractuelle, il nous paraît enfin important de souligner que les conséquences d'une requalification du contrat par la caisse de compensation, qui estimerait qu'il s'agit d'un

²⁵² PÄRLI, *Gutachten*, p.14.

²⁵³ KAHIL-WOLF p.33 citant VALTERIO Michel, *Droit de l'assurance-vieillesse*, Schulthess, Zurich, 2011, p.75.

²⁵⁴ KAHIL-WOLF p.31 et GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 47 et ss.

²⁵⁵ Cf. Selon KAHIL-WOLF 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.

²⁵⁶ OFAS, DSD, ch. 1020.

²⁵⁷ TF, 4A_10/2017, 19 juillet 2017, consid. 3.1, ATF 131 III 217, consid. 3, ATF 84 II 493, consid. 2.

revenu déterminant, ne sont pas négligeables pour les parties en termes financiers. Le bilan économique du contrat peut s'en trouver modifié²⁵⁸.

Selon l'article 25 al. 3 LPGA, le salarié pourra obtenir le remboursement des cotisations versées comme indépendant, mais le cocontractant/employeur sera condamné à verser les cotisations sociales sur la rémunération versée au prestataire/chauffeur, part employeur et part salariée, ce pour toutes les assurances sociales concernées²⁵⁹, sans pouvoir déduire la part qu'a, le cas échéant, versé l'indépendant. Concernant la part salariée, à moins que le contrat ne précise que la rémunération convenue est nette, l'employeur aura une créance en enrichissement illégitime, qu'il pourra réclamer au salarié selon les conditions des articles 62 et ss. CO²⁶⁰. Concernant la part employeur, selon le Tribunal fédéral : « ont un caractère impératif toutes les dispositions qui obligent l'employeur à contribuer dans une mesure déterminée à la prévoyance sociale des travailleurs [...] Une convention prévoyant l'imputation sur le salaire brut de l'ensemble des cotisations d'assurances sociales ne saurait être admise que dans des circonstances exceptionnelles [...], lorsque les parties n'entendent en réalité pas déroger au système de la parité ; [...] si les parties ont compensé l'imputation de l'ensemble des charges sociales en fixant délibérément un taux plus élevé»²⁶¹. Pour se prémunir d'un tel risque, Uber devrait donc prévoir dans le contrat de prestation de services qu'en cas de requalification, la rémunération du prestataire inclut déjà lesdites cotisations, à condition toutefois de le faire sans intention de détourner la loi. Pour éviter les abus, le Tribunal fédéral soumet en effet cette exception à des conditions strictes²⁶².

Vu sous cet angle, la question revient à trancher un débat économique : la rémunération du chauffeur prestataire est-elle suffisamment équitable pour que l'on puisse de bonne foi considérer que les cotisations sociales y sont imputées ?

De notre point de vue, les analyses des avis de droit confrontent en définitive une application des textes *stricto sensu*, qui s'en tient à une définition classique du salariat et du travail indépendant, et une vision plus libérale qui accorde plus de place à l'interprétation des textes, afin de faire rentrer le schéma novateur d'Uber dans le cadre existant. En matière d'assurances sociales, les buts poursuivis par le législateur empêchent de prendre en compte l'équilibre économique de relation contractuelle, ce qui sera probablement différent en droit civil, matière dans laquelle le rapport de force dans la négociation, notamment le fait que le contrat soit un contrat d'adhésion, trouve plus naturellement sa place dans la démarche de requalification. Dans tous les cas, un problème d'interprétation des critères doit être solutionné par la justice suisse, à moins que la solution ne se situe au niveau législatif. Dans ce contexte, l'expérience des pays européens sur ce sujet nous paraît particulièrement apte à enrichir la réflexion.

C. Décisions de justice et politiques législatives autour du cas Uber

L'institut Oxford Pro Bono Publico²⁶³ a publié en octobre 2017 une étude intitulée « *The Employment Status of Uber Drivers* » commandée par le *Social Law Project*, centre de recherche de l'Université du Cap-Occidental

²⁵⁸ ROUSSELLE-RUFFIEUX, p.177-209.

²⁵⁹ Pour les assurances sociales concernées, voir notre partie II.B.2. sur l'indépendant selon le droit des assurances sociales.

²⁶⁰ La compensation de créance n'est en effet pas possible avec le salaire sur la part insaisissable en application de l'art. 323b CO. CARRUZZO p.170 et ss.

²⁶¹ ATF 107 II 430, consid. 4.

²⁶² ATF 127 III 449, consid. 3a-f « La convention relative à la réglementation d'une provision nette, conclue avec un agent considéré par l'autorité compétente comme exerçant une activité lucrative dépendante, ne viole pas les dispositions impératives sur l'obligation de payer des cotisations paritaires, pour autant que le report nominal qui en résulte des cotisations d'assurances sociales du travailleur et de l'employeur sur l'agent ne soit pas fondé sur des intentions abusives ou visant à détourner la loi (consid. 3a-f) ».

²⁶³ Institut hébergé par la faculté de droit de l'Université d'Oxford et dédié à la promotion des principes et de la pratique du droit d'intérêt public sur une base volontaire. Étude accessible à l'adresse suivante : <https://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2017/10/OPBP-Uber-Project-Final-.pdf>

en Afrique du Sud, à la demande des chauffeurs, dans le cadre d'une procédure en droit social entre *Uber South Africa Technology Services* et sept chauffeurs « désactivés »²⁶⁴. Bien qu'étant une source de référence précieuse, le rapport n'a toutefois pas été admis à titre de preuve par la Cour²⁶⁵.

Cette étude a pour objectif d'analyser d'une part les relations entre les filiales locales d'Uber et Uber BV et d'autre part les droits des chauffeurs en matière d'emploi, dans quinze juridictions différentes²⁶⁶. La tendance dominante révélée, concernant le premier thème, est le caractère secondaire de la détermination de la bonne société défenderesse et du problème de la compétence de la juridiction. Cette question a été relativement peu soulevée jusqu'à présent, soit parce que les différentes entités d'Uber ont été considérées comme un tout, soit parce que les juridictions s'estiment compétentes d'office et rejettent la stratégie d'Uber, qui consiste à multiplier les personnalités juridiques. La problématique de la compétence a surtout été discutée dans le contexte des conventions d'arbitrage. Un grand nombre de litiges a en effet porté sur la validité des clauses d'arbitrage, notamment aux États-Unis. Lorsque les clauses compromissaires ont été validées, les tribunaux ont alors décliné leur compétence²⁶⁷.

Concernant le second thème, le droit du travail, le rapport met en évidence quatre concepts clés :

1. Les administrations et les juridictions utilisent plusieurs critères pour distinguer les employés salariés des entrepreneurs indépendants.
2. Dans la plupart des cas, l'obligation pour l'employeur de payer un salaire est une condition nécessaire à la qualification de salarié.
3. Les juridictions exigent souvent une forme de subordination à l'employeur et tiennent compte des réalités pratiques de la relation afin de l'évaluer.
4. Les termes du contrat sont rarement déterminants.

Enfin, l'étude liste les devoirs typiques qui incomberaient à Uber en tant qu'employeur²⁶⁸.

Pour notre part, nous concentrerons notre analyse sur quatre systèmes juridiques, dont les décisions nous ont paru apporter un point de vue pertinent au regard de notre sujet : l'Union européenne (2.), le Royaume-Uni (3.), la France (4.) et bien sûr la Suisse par laquelle nous nous proposons de commencer (1.).

1. Panorama des questions soulevées par Uber dans différents cantons suisses et des réponses judiciaires et politiques apportées

En Suisse, les décisions se sont tout d'abord portées sur le respect de la législation en vigueur concernant la profession de chauffeur. La profession relève, au niveau fédéral, de la Loi sur le transport de voyageurs et son Ordonnance, du champ d'application desquelles sont soustraits les véhicules transportant moins de neuf personnes²⁶⁹. Les cantons sont donc libres de légiférer en la matière, dans la limite des compétences

²⁶⁴ *The Labour Court of South Africa Cape Town*, n°C449/17, *Uber South Africa Technology Services (Pty) Ltd vs. National Union of Public Service and Allied Workers (NUPSAW) and Others*, 12 janvier 2018, qui annule la décision du 7 juillet 2017 d'octroi du statut de salarié aux chauffeurs. Selon la Cour, on ne peut ignorer l'absence de relations contractuelles valables entre les chauffeurs et Uber South Africa, cette analyse correspondant au test de la réalité cf. ch 71 et ss. Décision accessible à l'adresse suivante : <http://www.saflii.org/za/cases/ZALCCT/2018/1.pdf>.

²⁶⁵ *Ibid.*, ch.9.

²⁶⁶ Les quinze juridictions sont : Royaume-Uni, Irlande, Suisse, France, Belgique, Italie, Pays-Bas, Union européenne, droit fédéral américain, Texas, Alaska, New York, Californie, Canada, Québec.

²⁶⁷ FREDMAN/LOWENTHAL et al., p.6 (traduction libre).

²⁶⁸ *Ibid.*, p.9-10 (traduction libre). Souvent, la question est tenue pour acquise, aucun point n'est soulevé, soit parce que la société mère et la filiale signent les mêmes contrats avec les conducteurs, soit parce que les deux sociétés sont nommées et qu'aucune question n'est soulevée, soit plus rarement, parce que les tribunaux rejettent explicitement les tentatives d'Uber d'utiliser ses personnalités morales multiples pour se dérober à ses obligations.

²⁶⁹ Cf. art. 1 de la loi du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV), RS 745.1 et art. 8 de l'ordonnance du 4 novembre 2009 sur le transport de voyageurs (OTV), RS 745.11.

attribuées aux communes concernant les restrictions à l'utilisation accrue du domaine public, répondant à un intérêt public prépondérant.

À **Bâle**, un chauffeur UberPOP a été contrôlé par les forces de l'ordre²⁷⁰ et qualifié de chauffeur professionnel en application de l'article 3 al. 1 bis de l'Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes. Pour échapper au champ d'application de cette ordonnance, soit les chauffeurs ne doivent pas atteindre le seuil de deux courses tous les seize jours, soit le prix des courses ne doit pas dépasser les coûts du véhicule et les dépenses du conducteur. Si l'une de ces deux conditions est remplie, ce qui était le cas en l'espèce, les courses sont réputées être effectuées en vue de réaliser un profit économique, donc à titre professionnel et nécessitent une autorisation administrative. Uber a décidé en conséquence l'arrêt du service Uber POP dans cette ville²⁷¹.

À **Genève**, après avoir interdit d'exercice la société Uber, pour défaut d'autorisation au titre de l'activité de transport professionnel de personnes²⁷², le canton a modifié sa législation afin de créer, parallèlement à la profession de chauffeur de taxi et celle de voiture de transport avec chauffeur, la catégorie de « diffuseur de course » au moyen de transmission téléphonique, informatique ou autre. Cette loi – et son règlement d'exécution²⁷³ – met fin à la concession de chauffeur de taxi, qui est remplacée par une taxe, augmente le *numerus clausus*, soumet la profession de VTC à autorisation après examen pratique et théorique. Les chauffeurs de taxi bénéficient, eux, d'un droit d'usage accru du domaine public, d'emplacements prioritaires et peuvent être hélés dans la rue²⁷⁴. En conséquence, Uber a renoncé à introduire le service UberPOP à Genève. Uber intervient désormais sur le marché genevois par l'intermédiaire de trois sociétés de limousines indépendantes, immatriculées dans le canton de Vaud, qui emploient elles-mêmes des chauffeurs²⁷⁵. En réaction, les chauffeurs genevois se sont mis en grève en décembre 2017 pour protester²⁷⁶. Selon le SECO, la nouvelle triangulation, par laquelle opère Uber, s'analyse en une location de services pour le transport de luxe, dans laquelle Uber agirait comme cliente des sociétés intermédiaires/bailleresse de services. Cette activité entre donc dans le champ d'application de la LSE²⁷⁷.

Dans le canton de Vaud les autorités suivent la même voie qu'à Genève, le Grand Conseil a adopté le 12 mars 2019 la révision de la loi du 31 mai 2005 sur l'exercice des activités économiques (LEAE, RSV 930.01) et de la loi du 25 novembre 1974 sur la circulation routière (LVCR, RSV 741.01). Jusque-là, seules les communes étaient compétentes et la réglementation liée à l'utilisation du domaine public était limitée à la profession de taxi. Selon la nouvelle réglementation, les chauffeurs devront être titulaires d'un permis professionnel, les diffuseurs de course devront également être titulaires d'une autorisation et pour cela

²⁷⁰ Cour pénale de Bâle-Campagne, 7 novembre 2017, décision non consultée, citée dans *Bâle-Campagne Uberpop : un chauffeur bâlois condamné*, www.lematin.ch, 7 novembre 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lematin.ch/suisse/uberpop-chauffeur-blois-condamne/story/31960457>.

²⁷¹ GÄCHTER/MEIER, para. 14 et ss.

²⁷² TF, 2C_547/2015, 7 janvier 2016.

²⁷³ Loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (RSG H 1 31) du 13 octobre 2016, et Règlement d'exécution de la loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (RSG H 1 31.01) du 21 juin 2017 remplaçant la loi sur les taxis et limousines (transport professionnel de personnes au moyen de voitures automobiles) du 21 janvier 2005.

²⁷⁴ FRANCEY Olivier, *Une nouvelle loi genevoise pour les taxis*, www.letemps.ch, 14 octobre 2016, accessible à l'adresse suivante : <https://www.letemps.ch/suisse/une-nouvelle-loi-genevoise-taxis>.

²⁷⁵ La SNC Pégase Léman M.P. Riat & Associés., Starlimoluxe.ch SÀRL et l'entreprise personnelle Diagne Limousine.

²⁷⁶ *Des chauffeurs prêtés à Uber sont en grève*, www.letemps.ch, 6 décembre 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://www.lematin.ch/suisse/chauffeurs-pretés-uber-greve/story/10035772>.

²⁷⁷ Sur ce sujet, voir également plus loin notre partie IV.D.3. Le SECO, dans un avis de droit adressé à Unia, contesté par Uber, et confirmé le 30 mai 2018, a demandé aux autorités cantonales vaudoises de veiller à l'assujettissement de la société SNC Pégase Léman – et non d'UBER – à la LSE. Information publiée sur le site www.unia.ch, le 18 mars 2018 accessible à l'adresse suivante : <https://www.unia.ch/fr/actualites/archives/article/a/14710/>.

disposer d'un siège social en Suisse, les taxis resteront soumis à autorisation communale et conserveront le privilège de l'utilisation accrue du domaine public. Pour le Conseil d'État vaudois, répondant à l'interpellation du député Jean TSCHOPP, l'intermédiation des services d'Uber permet une meilleure traçabilité et une récupération de revenus soustraits aux impôts et aux assurances sociales. Lors des débats, le Conseil d'État a assuré que la commission tripartite procèdera à des vérifications, en application de la LDét, afin d'éviter toute sous-enchère salariale. Concernant le statut des chauffeurs en revanche, la loi ne précise rien, ce qui renvoie la responsabilité dans le camp des assurances sociales²⁷⁸.

Dans le domaine des assurances sociales, Uber a fait l'objet d'une décision à Zurich. Il s'agissait pour la SUVA de préciser à quatorze chauffeurs Uber s'ils étaient ou non couverts au titre de l'assurance accident obligatoire. Néanmoins, la Cour des assurances sociales de Zurich, dans sa décision du 10 juillet 2018, a laissé cette question ouverte en renvoyant l'affaire afin que la SUVA procède à l'établissement complémentaire des faits (consid. 4)²⁷⁹. À ce jour, il n'y a pas encore eu de confirmation du statut des chauffeurs Uber en matière d'assurances sociales ; nous renvoyons donc aux argumentations des avis de droit résumés plus haut²⁸⁰.

En revanche, le Tribunal fédéral s'est prononcé concernant le contrat liant des chauffeurs de taxis à leur centrale, dans une décision du 9 novembre 2017²⁸¹, confirmant sa jurisprudence établie²⁸². Après avoir rappelé la prévalence des réalités économiques et des circonstances du cas concret sur la nature juridique du rapport contractuel (consid. 1), il a précisé que ces indices relèvent de l'appréciation des faits par la juridiction inférieure, à laquelle il ne peut substituer sa propre appréciation qu'en cas d'erreur manifeste ayant influencé de manière significative l'issue du litige (consid. 3.2). Le Tribunal fédéral liste également les critères pertinents qui donnent selon lui l'indication que les chauffeurs n'ont pas un statut indépendant, mais doivent être considérés comme salariés. Il se base d'une part sur les indices de dépendance en termes d'organisation du travail, révélateurs du lien de subordination, et d'autre part sur l'importance du risque économique (consid. 4).

- En matière d'organisation, les obligations contractuelles des chauffeurs, comme leur obligation de respecter le règlement, et l'interdiction de se connecter à d'autres centrales sont des indices de subordination. Le fait que les chauffeurs de taxi sont, en principe, libres d'accepter ou de refuser les ordres de conduite donnés par le bureau central n'est pas déterminant. Le fait qu'ils n'apparaissent pas sous leur nom propre vis-à-vis des clients, qui ne viennent à eux que par l'intermédiaire de la centrale plaide en faveur de l'emploi salarié (consid. 3.1).
- En termes de risque économique, l'encaissement et le risque débiteur étant pris en charge par l'entreprise, il ne peut être considéré comme révélateur du risque commercial d'un indépendant que si des investissements considérables doivent être consentis ou si des salaires doivent être versés aux salariés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Cette jurisprudence est constante en ce qui concerne la prestation de services²⁸³. Le fait que les exploitants de taxi peuvent également acquérir eux-mêmes des clients ne change rien à la qualification de travailleurs salariés vis-à-vis de la société. Au contraire le fait que la centrale fournit le personnel, en particulier pour l'exploitation du centre de

²⁷⁸ Réponse du Conseil d'État du 27 juin 2018 à l'interpellation Jean Tschopp et consorts et projets de loi consultables sur le site officiel du canton de Vaud, notamment à l'adresse suivante : <https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/grand-conseil/seances-precedentes/annee-2019/seance-du-mardi-12-mars-2019/>.

²⁷⁹ Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich, n°UV.2017.00030, 10 juillet 2018.

²⁸⁰ PARLI, *Uber-Urteile des Sozialversicherungsgerichts Zürich* cf. notre partie III:B.3.

²⁸¹ TF 8C_571/2017, 9 novembre 2017.

²⁸² ATF 123 V 161, consid. 1.

²⁸³ cf. ATF 144 V 111, consid. 6.2.2 à propos d'un psychothérapeute dont l'activité est déclarée dépendante. Dans cette affaire, les investissements conséquents de l'institut qualifié d'employeur ont été finalement décisifs. Voir aussi 8C_357/2014, du 17.06.2014, consid. 4.2.

radio, la publicité pour l'acquisition de nouveaux clients, représente une part non négligeable du risque économique (consid. 4.1). La qualité de membre de la coopérative ne change rien à cette appréciation (consid. 4.3), ni le fait qu'un des chauffeurs concernés est salarié de sa propre société, celle-ci n'étant qu'un simple centre de paiement des cotisations sociales aux yeux du Tribunal (consid. 4.5, dernière phrase).

Bien que formellement cette décision n'ait pas été publiée, elle nous semble pouvoir être appliquée concernant Uber au vu des circonstances très similaires. Comme pour les centrales des taxis, les courses commandées sont transférées aux chauffeurs, dans le cas d'Uber, par une application au lieu d'un centre d'appel classique. Uber assume également les risques d'encaissement et de ducroire pour les trajets. Les chauffeurs doivent également suivre de nombreuses instructions d'Uber. De plus, les chauffeurs n'apparaissent pas au client de manière indépendante, mais sous la marque "Uber" du fait de la nécessité d'utiliser l'application. On peut également comparer le fait que les chauffeurs Uber, comme les chauffeurs de taxi, effectuent les trajets avec leurs propres véhicules, ce qui, selon le Tribunal fédéral, ne représente pas en soi un risque entrepreneurial au sens du droit de la sécurité sociale. On peut donc supposer, comme le suggère Kurt PÄRLI que l'évaluation judiciaire du revenu des chauffeurs Uber sera la même que celle des chauffeurs de taxi conduisant pour un centre de contrôle radio²⁸⁴. Cette position est toutefois contestée par Bettina KAHIL WOLF HUMMER dans son avis de droit, car, selon elle, les chauffeurs de taxi s'engagent contractuellement à se mettre à la disposition de l'opérateur et donc à rester proche de la station ou de la centrale pendant l'horaire de travail, à la différence des chauffeurs de plateforme qui peuvent non seulement refuser des courses, mais aussi se déconnecter unilatéralement sans motifs et se déplacer librement entre deux courses, même lorsqu'ils restent connectés²⁸⁵.

2. Questions soulevées en droit européen²⁸⁶

En Europe, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée à deux reprises à propos de questions préjudicielles qui lui ont été posées concernant Uber²⁸⁷. Le contexte est un peu différent du sujet que nous étudions, car il concerne la définition de la nature de l'activité d'Uber, plutôt que celle de la nature de la relation entre Uber et les chauffeurs. Ce sujet n'est cependant pas inintéressant, car il touche la répartition des compétences entre l'Union et les États membres souverains. Cette problématique a en effet des répercussions sur les possibilités de réglementation de la profession par les États membres de l'Union européenne. Le Conseil fédéral a par ailleurs indiqué attendre, lui aussi, ces décisions pour réexaminer la situation d'Uber dans le domaine des transports en Suisse²⁸⁸.

²⁸⁴ PÄRLI *Taxifahrer. Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts* (Traduction libre) et GÄCHTER/MEIER *Rechtsgutachten*, para. 120-124.

²⁸⁵ KAHIL-WOLFF, p.22, 24, 25, 27-29 et 37.

²⁸⁶ Par « droit européen » nous entendons le droit applicable aux États membres de l'Union européenne.

²⁸⁷ Cf. CJUE, n°C-434/15, Arrêt de la Cour, *Asociación Profesional Elite Taxi contre Uber Systems Spain SL*, 20 décembre 2017, au dispositif duquel nous renvoyons dans son intégralité pour plus de clarté, et CJUE n°C-320/16, Arrêt de la Cour, du 10 avril 2018 sur demande préjudicielle au titre de l'art. 267 TFUE, introduite par le tribunal de grande instance de Lille (France) par décision du 17 mars 2016, parvenue à la Cour le 6 juin 2016, dans la procédure pénale contre Uber France SAS, mentionnant en para. 24 que la conclusion rendue dans l'affaire C-434/15 vaut également pour l'affaire C-320/16 : « [...] un service d'intermédiation, tel que celui en cause au principal, qui a pour objet, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, de mettre en relation, contre rémunération, des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes qui souhaitent effectuer un déplacement urbain, doit être considéré comme étant indissociablement lié à un service de transport et comme relevant, dès lors, de la qualification de «service dans le domaine des transports», au sens de l'article 58, paragraphe 1, TFUE. Un tel service doit, partant, être exclu du champ d'application de l'article 56 TFUE, de la directive 2006/123 et de la directive 2000/ 31. ».

²⁸⁸ Avis du CF du 23 août 2017 en réponse à l'interpellation 17.3469 de la conseillère nationale Sylvia Schenker « Si Uber venait à être reconnue comme prestataire de services de transport, les législateurs respectifs pourraient, au niveau national, adopter des réglementations plus strictes concernant l'entreprise. Le Conseil fédéral réexaminera la situation une fois que la CJUE aura rendu sa décision ».

En résumé, deux questions ont été posées : l'une concernait le droit de la concurrence et l'autre, qui nous intéresse particulièrement, la réglementation de l'autorisation d'exercer la profession. Dans les deux cas, la question nécessitait de savoir si les services fournis par Uber devaient être regardés comme étant des services de transport, des services propres à la société de l'information ou une combinaison de ces deux types de service. La conséquence d'une telle qualification est l'application ou non du droit européen, c'est-à-dire le droit ou non pour l'État d'imposer des exigences générales concernant l'exercice d'une telle 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/CE²⁸⁹. 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 2000/31²⁹⁰, les restrictions à la libre prestation des services, notamment les services 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. Les États peuvent prévoir des mesures restreignant la libre prestation des services, à condition toutefois que ces mesures soient nécessaires pour des raisons d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de protection des consommateurs. La directive 2006/123²⁹¹ indique par ailleurs que les régimes d'autorisation, en tant que restrictions, doivent répondre à certains critères. 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 directive²⁹². La Cour estime que l'activité d'Uber est bien 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. En conséquence, les services de transport n'ayant pas donné lieu à l'adoption par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne de règles communes ou d'autres mesures, les États membres peuvent contrôler ces activités sans que cela ne relève de la compétence de l'Union européenne.

Par cette décision, la CJUE met un terme au long débat judiciaire sur la réglementation de la profession en France²⁹³. La conséquence est que tout comme la profession de taxi, celle de chauffeur peut être soumise à autorisation, permettant à l'État d'imposer le respect d'un certain nombre de conditions préalables.

Ces deux affaires ont permis d'analyser l'activité d'Uber ; analyse dont nous pouvons tirer des conclusions intéressantes pour notre recherche. Selon l'avocat général près la Cour de justice de l'Union européenne dans ses conclusions : « Uber exerce un contrôle sur tous les aspects pertinents 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 offerts dans le cadre de sa plateforme. Si ce contrôle ne s'exerce pas selon une subordination hiérarchique de facture classique, il ne faut pas pour autant se laisser abuser par les apparences. Un contrôle indirect tel que celui exercé par Uber, basé sur des incitations financières et une évaluation décentralisée par les passagers, avec l'effet d'échelle, permet une gestion tout aussi efficace, sinon plus, que celui basé sur des

²⁸⁹ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998.

²⁹⁰ 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 du 22 juin 1998 prévoyant la procédure d'information, modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998.

²⁹¹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. cf. notamment considérant n°17.

²⁹² En application de l'art. 1^{er}, point 2 de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998 modifié par l'art. 1^{er} 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, lettre a), de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000.

²⁹³ Nous détaillerons ce sujet plus loin en note marginale (III.C.4.) concernant le droit français.

ordres formels donnés par un employeur à ses employés et le contrôle direct de leur exécution ». D'un point de vue économique donc, l'avocat général exclut que les chauffeurs puissent poursuivre une activité économique indépendante et qu'Uber puisse être considérée comme un simple intermédiaire. Il se refuse toutefois à en tirer des conclusions concernant le statut des chauffeurs, sous-traitant ou salarié, car ce point excède l'objet de la question posée²⁹⁴.

Tant en termes d'organisation, que de risque économique, cette analyse amène à la même conclusion que celle effectuée par le Tribunal fédéral, dans sa décision précitée, concernant les centrales de taxi. Elle nous conforte également dans le fait que la jurisprudence des centrales de taxi s'applique à l'activité d'Uber. En effet, selon l'avocat général près la CJUE, la dépendance des chauffeurs est même 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 »²⁹⁵.

Bien que l'avis de l'avocat général ne fasse pas à proprement parler partie de la jurisprudence de la CJUE et que la décision elle-même ne détaille pas ces points, il nous semble ici important de noter que le concept de subordination doit pouvoir évoluer en prenant en considération les effets provoqués par l'application des nouvelles technologiques en matière de gestion des ressources humaines.

3. Position des juridictions selon le droit anglais²⁹⁶

En Angleterre, outre la question de la sécurité publique qui s'est posée lors du renouvellement du permis d'exploitation d'Uber, le débat judiciaire s'est concentré sur le droit du travail. En effet, les devoirs des employeurs en termes de responsabilité civile et leurs obligations en matière de santé et de sécurité diffèrent selon qu'ils font travailler un employé ou un travailleur indépendant.

Les juridictions anglaises ont tranché la qualification du contrat et jugé que les chauffeurs sont des travailleurs salariés (« *workers* ») de la filiale britannique d'Uber, *Uber London Limited* (ci-après « ULL »), titulaire du permis d'exploitation de véhicules de location privée pour Londres (sous régime probatoire à ce jour²⁹⁷) et non ceux d'Uber BV²⁹⁸.

Pour bien comprendre ce jugement, il nous faut brièvement étudier les critères de distinction entre le statut d'employé, celui de travailleur et celui d'indépendant, avant de pouvoir analyser les arguments retenus et leurs conséquences²⁹⁹. Le statut de salarié relève en droit anglais de deux catégories : les employés (« *employees* ») d'une part et les travailleurs (« *workers* ») d'autre part. L'article 230 ch. 2 de l'*Employment Rights Act*³⁰⁰ qualifie d'employé l'individu (« *individual* ») qui travaille au titre d'un contrat de service. La notion d'employé n'étant pas définie, la *common law* a développé des critères pour distinguer le contrat de

²⁹⁴ CJUE, n°C-434/15 précité, conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017, ch. 51, 52 et 54, conclusions auxquelles il renvoie également dans ses conclusions présentées le 4 juillet 2017 dans l'affaire CJUE, n°C-320/16 précité.

²⁹⁵ CJUE, n°C-434/15 précité, conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017 ch. 64.

²⁹⁶ Par « droit anglais » nous entendons le droit de l'Angleterre et du Pays de Galles, qui de manière générale est représentatif de celui applicable dans tout le Royaume-Uni.

²⁹⁷ Voir sur ce sujet haut III.B.1. dans notre présentation de la société Uber.

²⁹⁸ *Court of Appeal*, n° [2018] EWCA Civ 2748 *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, 19 décembre 2018, confirmant le jugement de l'*Employment Appeal Tribunal*, n°UKEAT/0056/17/DA, 10 novembre 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/12/uber-bv-ors-v-aslam-ors-judgment-19.12.18.pdf>. Ce jugement sera final, à moins que la *Supreme Court* ne s'estime compétente, notamment s'il s'agit d'un point de droit d'importance publique et qu'un précédent est remis en question ou qu'il s'agisse d'une question d'interprétation. Cf. TURNER p.62.

²⁹⁹ Dans le développement qui suit concernant le droit anglais, nous nous référons sauf indication contraire à l'ouvrage de Chris TURNER, *Unlocking employment law*, Londres : Routledge p.80 et ss. (Traduction libre).

³⁰⁰ Accessible à l'adresse suivante : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/230>.

service, réservé au statut d'employé, du contrat d'entreprise, typique de la relation d'indépendant. Ainsi le contrat doit porter sur une prestation de services personnels et l'autre partie ne doit pas être un client. Autrement dit, l'employé accepte de servir une personne, alors que l'indépendant accepte de fournir des services à cette même personne.

À cette définition vient s'ajouter celle du travailleur, au chiffre 3 de l'article 230 : le travailleur est un individu qui a conclu et travaille ou, si le contrat a cessé, travaillait au titre d'un contrat de travail ou d'un autre contrat, tacite ou expresse – dans ce cas oral ou écrit. Bien que la délimitation précise soit parfois difficile, on peut dire que les deux catégories relèvent du statut de salarié, mais que le « travailleur » est une notion juridique plus large que celle des « employés », car elle n'est pas limitée à la prestation personnelle de services. Il en résulte qu'une personne qui ne tombe pas dans le statut d'employé pourra être qualifiée de travailleur. Le critère principal de distinction du travailleur est la réciprocité des obligations, à savoir celle de fournir un travail pour ce qui est de l'employeur, et celle de mettre son temps à disposition de l'employeur pour ce qui est du travailleur³⁰¹. Le travailleur bénéficie d'une partie, mais pas de la totalité, des protections auxquelles un employé a droit³⁰². C'est ce deuxième statut qui a été revendiqué par les chauffeurs Uber³⁰³.

Pour appliquer ces définitions dans des cas concrets, la jurisprudence utilise des méthodes permettant de « tester » le statut d'employé. Ces méthodes ont évolué dans le temps et varient selon l'autorité, ou la juridiction, qui effectue le test ou en fonction de l'intérêt en cause. Il n'y a donc pas de méthode absolue qui s'applique en toutes circonstances ou qui prévale ; chaque cas est par ailleurs traité selon ses caractéristiques propres.

La doctrine classe ces tests dans quatre catégories :

- le test du contrôle – contrôle dans la façon dont le travail doit être effectué et dans la méthode³⁰⁴ –,
- celui du degré d'intégration ou d'organisation³⁰⁵,
- celui de la réalité économique ou test multiple³⁰⁶,

³⁰¹ cf. *Court of Appeal (Civil Division) on appeal from Employment Appeal Tribunal*, [2017] EWCA Civ 51, Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith, 10 février 2017, cité dans le jugement d'Uber. Ce jugement, comme dans celui d'Uber, qualifie les plombiers de travailleur « worker ». Il fait la distinction entre « employee » et « worker », et précise les principes applicables à la réalisation personnelle des services, notamment l'impossibilité pour la personne faire exécuter le service par un tiers (ch.84). Le jugement distingue également entre la qualité d'« indépendant » et de « worker » (ch.114), pour en arriver à la conclusion qu'il n'y avait pas d'obligation pour la société employeur de fournir du travail, alors que de son côté le travailleur devait rester disponible pendant au minimum 40 heures par semaine et que le degré de contrôle exercé par l'employeur ne pouvait pas de manière cohérente amener à la conclusion que l'employeur était le client d'une affaire gérée par le travailleur (Traduction libre). Reproduction de l'arrêt accessible à l'adresse suivante : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/51.html>.

³⁰² cf. *Employment Appeal Tribunal*, [2002] IRL 496, Byrne Brothers (formwork) Limited vs. Baird, 18 septembre 2001. Les droits des « workers » concernent le salaire minimum national, le droit aux vacances, les cotisations de retraite, le droit de réclamer une indemnité de maladie et, dans certains cas, les droits prévus par le règlement sur le transfert d'entreprises. Reproduction de l'arrêt accessible à l'adresse suivante : http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2001/542_01_1809.html.

³⁰³ *Employment Appeal Tribunal*, n°UKEAT/0056/17/DA, Uber B.V. & Ors Aslam & Ors, 10 novembre 2017, précité, ch. 3.

³⁰⁴ Ici, le critère approprié est de savoir si l'employeur avait ou non le pouvoir de contrôler la manière d'exécuter l'acte en question. Il ne suffit pas que la tâche à accomplir soit sous son contrôle, il faut aussi que l'employeur contrôle la méthode pour l'accomplir (traduction libre). Ce test trouve sa limite de nos jours lorsque l'employé dispose d'une plus grande spécialisation que son employeur cf. *United Kingdom House of Lords Decisions*, 1947 AC 1, Mersey Docks and Harbour Board vs. Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd 27 juillet 1946, ch. 7, en partie reproduit à l'adresse suivante : <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1946/1.html>.

³⁰⁵ Ce test est également une sorte de test de contrôle : l'employeur dit à l'employé ce qu'il doit faire et de quelle manière ; l'employé fait partie de l'organisation du travail plus que comme simple accessoire. Ce test entre en conflit avec la sous-traitance. cf. *Court of Appeal*, [1952] 1 LTR 101, Stevenson, Jordan Harrison Ltd vs. MacDonald & Evans commenté le 7 mars 2018 à l'adresse suivante : <https://www.lawteacher.net/cases/stevenson-jordan-v-harrison.php?vref=1>.

³⁰⁶ Ce test est le test le plus fréquemment utilisé. Trois conditions doivent être réunies pour reconnaître le statut d'employé : l'employé doit être d'accord de fournir son travail contre un salaire, il doit accepter un certain contrôle de l'employeur dans son travail, les autres aspects du contrat ne viennent pas contredire la nature de la relation. Des critères ont été précisés par la

- et celui de réciprocité des obligations³⁰⁷.

À Londres, trois parties ont été assignées en justice par les chauffeurs : Uber BV que nous avons déjà présentée, ULL dont les fonctions consistent notamment à prendre des dispositions pour les réservations de véhicules de location privés et à accepter lesdites réservations, et Uber Britannia Ltd., filiale britannique d'Uber BV qui détient et/ou gère des licences d'exploitation délivrées par les districts hors de Londres.

Les chauffeurs ont revendiqué le statut de travailleur selon la définition du ch. 3 let. b de l'article 230 de l'*Employment Rights Act 1996*³⁰⁸ et en conséquence l'application de l'article 36 ch. 1 de la *Working Time Regulations 1998*³⁰⁹ ainsi que de l'article 54 ch. 3 du *National Minimum Wage Act 1998*³¹⁰. L'argumentation d'Uber était de démontrer que les chauffeurs réalisaient des prestations de service de transport aux clients (« riders ») et qu'ULL fournissait indépendamment de cela des services aux chauffeurs en tant qu'agent.

En première instance les juges avaient considéré, dans un jugement assez incisif, que réduire Uber à une mosaïque de 30'000 petites entreprises liée par une plateforme était « à la limite du ridicule », car ils n'avaient aucun pouvoir de négociation et ne pouvaient faire croître leur clientèle. Selon eux, dans le contrat de fourniture de service entre le chauffeur et le passager, le chauffeur entre en relation contractuelle avec une personne qu'il ne connaît pas, pour entreprendre un trajet qui lui est recommandé par un tiers, vers une destination qui ne lui est communiquée qu'au début de l'exécution du trajet, alors qu'il ne peut plus se départir du contrat sans sanction, pour un prix déterminé par et payé à un tiers. Les juges, rejetant la qualification de contrat de mandat, ont qualifié ce contrat de pure fiction et d'absurdité, sans aucune relation avec la réalité des accords et des relations entre les parties³¹¹.

Selon les arguments développés en deuxième instance par Uber et repris devant la Cour d'appel, il n'y aurait au contraire rien de nouveau dans le schéma d'Uber, seule l'échelle à laquelle l'activité est pratiquée serait différente et refléterait l'évolution technologique. En ce sens, les juges auraient dû tenir compte de l'existence du contrat entre Uber BV et les chauffeurs dans leur qualification juridique, en s'appuyant sur la jurisprudence selon laquelle une inégalité de pouvoir de négociation entre les parties ne suffit pas pour que le contrat écrit puisse être ignoré³¹². Les juges se seraient reposés à tort sur des indices du contrat de travail ; indices non pertinents, car ils ne sont que la conséquence de la réglementation de la profession³¹³.

Se référant aux jurisprudences sur l'interprétation correcte de la définition de travailleur³¹⁴, la Cour confirme le jugement de l'EAT et conclut que c'est à bon droit que les juges ont considéré la réalité économique des

jurisprudence pour vérifier ces conditions. Cf. par exemple une affaire de chauffeurs de taxis *High Court of Justice*, [1968] 2 QB 497, *Ready Mixed Concrete Southeast Ltd vs. Minister of Pensions and National Insurance*, 8 décembre 1967, résumé à l'adresse suivante : <https://swarb.co.uk/ready-mixed-concrete-southeast-ltd-v-minister-of-pensions-and-national-insurance-qbd-8-dec-1967/>

³⁰⁷ Ce test résulte de la mise en œuvre du précédent, il vise à vérifier si la réalité économique désigne une relation employeur/employé. cf. *Court of Appeal*, [1984] QB 90, *O'Kelly vs. Trusthouse Forte plc*, résumé à l'adresse suivante : <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/employment-status-manual/esm7100>.

³⁰⁸ Accessible à l'adresse suivante : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/230>.

³⁰⁹ Ce texte prévoit la même définition du « worker » que celle de *Employment Rights Act*, accessible à l'adresse suivante : <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/1833/regulation/36/made>.

³¹⁰ Accessible à l'adresse suivante : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/39/section/54>.

³¹¹ *Employment Appeal Tribunal*, n°UKEAT/0056/17/DA, *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, 10 novembre 2017, précité, ch.69, 70 et 87-89.

³¹² *Ibid.*, ch.82-84.

³¹³ Cf. *Private Hire Vehicles (London) Act 1998* et *Private Hire Vehicles (London) (Operator's License) Regulation 2000* (SI 2000/3146) accessible aux adresses suivantes : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/34/contents> et <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2000/3146/made>.

³¹⁴ cf. notamment *Judgement of the Supreme Court of the United Kingdom*, [2011] UKSC 41, *Autoclenz Limited vs. Belcher and others*, Trinity Term, 27 juillet 2011, reproduit à l'adresse suivante : <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0198-judgment.pdf> cité en ch. 43 de la décision de la *Court of Appeal*, n° [2018] EWCA Civ 2748 *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, 19 décembre 2018.

relations, plutôt que la lettre de la documentation contractuelle fournie, pour affirmer qu'il existe bien un contrat, non écrit, par lequel les chauffeurs sont intégrés dans le modèle d'affaires d'Uber et plus précisément d'ULL³¹⁵. Selon la Cour, il n'est pas réaliste de considérer Uber comme travaillant « pour » les conducteurs, la seule interprétation qui fait sens est la relation inverse : Uber gère une entreprise de transport ; les chauffeurs fournissent la main-d'œuvre qualifiée grâce à laquelle Uber fournit ses services et réalise ses bénéfices³¹⁶. Ces constatations ont pour conséquence que, non seulement le statut de travailleur, mais également la législation sur le temps de travail et le salaire minimum, doivent s'appliquer. Quant au temps de travail, il s'étend sur la période pendant laquelle le chauffeur se trouve sur le territoire qui lui est assigné, avec son application activée, car même si les chauffeurs ne sont pas obligés d'accepter la totalité ou même 80 % des courses, le niveau élevé d'acceptation requis et la pénalité d'être déconnecté si trois demandes consécutives ne sont pas acceptées dans le délai de dix secondes, justifient que les chauffeurs en attente de réservation étaient disponibles pour ULL et à sa disposition. Entre les courses il s'agit donc aussi de temps de travail, il revient à Uber d'apporter la preuve, que le conducteur n'était pas à la disposition d'Uber, car il avait une application concurrente activée³¹⁷.

Pour terminer, nous mentionnons qu'Uber avait demandé à interjeter appel de la décision de l'*Employment Appeal Tribunal* directement auprès de la Cour suprême, afin que cette affaire puisse être entendue en même temps que l'affaire *Pimlico Plumbers vs. Smith*, mais son action a été rejetée le 21 février 2018³¹⁸. La Cour suprême a donc tranché l'affaire des plombiers Pimlico en juin 2018 : selon son jugement, les entreprises souhaitent présenter leurs agents au public comme faisant partie d'elles-mêmes, et pour cela exercent sur eux un contrôle substantiel, tout en organisant leur indépendance dans des contrats savamment orchestrés³¹⁹. On est bien en présence d'un travailleur lorsque le contrôle aboutit à ce que la personne soit plus importante que le travail et lorsqu'il s'exerce d'une manière si étroite que l'entreprise ne doit pas être considérée comme un client, mais bien comme un employeur³²⁰. En novembre 2018 des coursiers à vélo ont également réussi à obtenir le statut de travailleurs au sens de l'*Employment Rights Act 1996*³²¹.

La jurisprudence au Royaume-Uni semble donc bien établie, avec pour ligne de démarcation une zone grise qui reste à préciser au cas par cas, celle de l'exercice du contrôle substantiel.

4. Problématiques abordées en France

En France, Uber a fait l'objet de nombreuses décisions de justice. Une des problématiques traitées, que nous n'abordons qu'en note marginale, car elle sort du cadre de notre sujet, est la sanction d'Uber,

³¹⁵ *Court of Appeal*, n° [2018] EWCA Civ 2748 *Uber B.V. & Ors vs. Aslam & Ors*, 19 décembre 2018, ch.71-82, 87, 90-91.

³¹⁶ *Ibid.*, ch.95.

³¹⁷ *Ibid.*, ch.104.

³¹⁸ O'CONNOR Sarah, *Uber seeks to appeal UK Supreme Court on workers' rights ruling*, Financial Times, www.ft.com, 24 novembre 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://www.ft.com/content/f5897062-cbb9-3662-940b-9216a6485893>.

³¹⁹ *Judgement of the United Kingdom Supreme Court*, [2018] UKSC 29, *Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith*, 13 juin 2018, ch.16, 47 et 48. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0053-judgment.pdf>.

³²⁰ *Judgement of the United Kingdom Supreme Court*, [2018] UKSC 29, *Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith*, 13 juin 2018, ch.47 et 48.

³²¹ *Employment Appeal Tribunal*, [2018] UKEAT 0289/17/LA, *Addison Lee Ltd vs. Gascoigne*, 11 Mai 2018 et *Employment Appeal Tribunal*, [2018] UKEAT 0037/18/BA, *Addison Lee Ltd vs. Lange & Ors*, 14 novembre 2018 accessibles aux adresses suivantes : https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5af56eb540f0b622d4e9808e/Addison_Lee_Ltd_v_Mr_C_Gascoigne_UKEAT_0289_17_LA.pdf et https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5bec126740f0b667b8089f5b/Addison_Lee_Ltd_v_Mr_M_Lange_and_Others_UKEAT_0037_18_BA.pdf.

confirmée par la Cour de cassation³²², pour incitation de ses chauffeurs, non titulaires d'une autorisation de stationnement, à la pratique illicite du maraudage sur la voie publique³²³.

Une autre question est, comme en Suisse, celle de la qualification de « rémunération », au sens de l'article L.242-1 du code français de la sécurité sociale, des revenus des courses et leur assujettissement aux cotisations sociales, ainsi que la requalification du contrat de partenariat en contrat de travail qui en découle. Uber SAS France a ainsi été redressée par l'URSAFF, par décision du 26 mai 2016, pour pratique constitutive de l'infraction de travail dissimulé³²⁴, absence de déclaration préalable à l'embauche et de remise d'un bulletin de salaire, et non-paiement des cotisations sociales. L'URSAFF n'a toutefois pas poursuivi les cas dans lesquels le chauffeur avait lui-même payé lesdites cotisations au titre du statut de travailleur indépendant. Selon l'autorité administrative, le régime social doit être déterminé en fonction des conditions réelles d'activité, le chauffeur se trouve dans une dépendance organisationnelle vis-à-vis d'Uber, et un lien de subordination juridique entre Uber et le chauffeur, ou le représentant légal de la société en cas de personne morale, existe bien. Selon l'URSAFF, l'existence d'une société-écran, par le biais de laquelle le chauffeur exerce son activité, soit en tant qu'autoentrepreneur, soit dans le cadre d'une société commerciale est inopérante par rapport au lien de subordination. « La structure commerciale ne sert que de structure de facturation en tant que personne morale. Sous couvert d'un montage juridique de façade constitué par une société fictive les dirigeants de cette société se trouvent bien dans un état de subordination juridique au même titre que les chauffeurs personnes physiques [...] caractérisant l'existence d'un contrat de travail. ». Saisi par Uber, le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris prononce toutefois la nullité de la procédure pour non-respect du principe du contradictoire par l'URSAFF et vice de forme³²⁵.

Cette décision présente tout d'abord l'intérêt de détailler dans un cas concret le raisonnement de l'autorité administrative française. On retrouve comme dans les décisions de l'OFAS l'importance attachée au lien de dépendance organisationnelle, duquel découle le rapport de subordination. Le deuxième critère de l'OFAS,

³²² Cour d'appel de Paris, n° 15/00371, 5 juillet 2016, décision confirmée par la Cour de cassation, Chambre commerciale, n° 16-20.615, 10 janvier 2018. Voir aussi en ce sens Cour d'appel de Paris, Pôle 4, chambre 8, n°16/02911, 1^{er} juin 2017. Décisions reproduites sur www.doctrine.fr.

³²³ En France, l'activité d'Uber a été réglementée par la loi n°2014-1104 du 1^{er} octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur et le décret d'application n°2014-1725 du 30 décembre 2014 relatif au transport public particulier de personnes. L'art. L.3122-9 et l'art. L.3120-2 du code des transports, ayant pour finalité d'interdire le maraudage sur la voie publique, imposent au conducteur d'une voiture de transport avec chauffeur, dès l'achèvement de la prestation commandée au moyen d'une réservation préalable, de retourner au lieu d'établissement de l'exploitant de cette voiture ou dans un lieu, hors de la chaussée, où le stationnement est autorisé, sauf s'il justifie d'une réservation préalable ou d'un contrat avec le client final.

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 13 mars 2015 par la Cour de cassation et le 3 avril 2015 par le Conseil d'Etat, de questions prioritaires de constitutionnalité, posées pour les sociétés UBER France SAS et UBER BV, relatives à la conformité aux droits et libertés (liberté d'aller et de venir, liberté d'entreprendre, principe d'égalité devant la loi et droit à la propriété) garantis par la Constitution, des art. L.3120-2 §3, L.3122-2 et L.3122-9 du code des transports. L'art. L.3122-2 a été déclaré inconstitutionnel, de sorte que la législation en cause a été modifiée par loi n°2016-1920 du 29 décembre 2016, mais l'art. L.3122-9 relatif au maraudage et l'art. L.3120-2, qui prohibe pour l'exploitant d'un véhicule dépourvu d'une autorisation de stationnement, le droit d'informer de sa localisation et de sa disponibilité lorsque son véhicule est situé sur la voie ouverte à la circulation publique, ont été validés. L'interdiction des méthodes de tarification pratiquées par Uber a été jugée contraire à la liberté d'entreprendre ; atteinte non justifiée par un motif d'intérêt général en lien direct avec l'objectif poursuivi. En revanche l'interdiction de la pratique du maraudage n'est pas manifestement disproportionnée eu égard aux objectifs d'ordre public poursuivis. Cette interdiction représente bien une différence de traitement avec les chauffeurs de taxi, mais elle est justifiée également par des objectifs d'ordre public. Conseil Constitutionnel, Décision n°2015-468/469/472 QPC, 22 mai 2015, JORF n°0119 du 24 mai 2015 p.8753.

Par la suite, Uber SAS France et Uber BV ont saisi le Conseil d'Etat en annulation du décret. Le Conseil d'Etat a considéré dans sa décision du 9 mars 2016 que l'art. L.3120-2 III concernant spécifiquement l'interdiction faite aux intermédiaires d'informer un client de la localisation et de la disponibilité d'un véhicule non titulaire d'une autorisation quand il est situé sur la voie ouverte à la circulation publique était affecté d'un vice de procédure pour irrespect de l'art. 8 de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998. Cf. Conseil d'Etat, 6ème - 1ère SSR, 9 mars 2016, 388213 consid. 16-23 reproduit sur : www.doctrine.fr.

³²⁴ Infraction définie à l'art. L.8221-5 du Code du travail.

³²⁵ Tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris, 14 décembre 2016, n°16-03915 reproduit sur : www.doctrine.fr.

celui du risque économique d'entrepreneur, n'est en revanche pas présent. Il est ensuite intéressant de noter la position affirmée de l'URSAFF, qui concorde avec celle du Tribunal fédéral³²⁶ concernant l'absence de pertinence, vis-à-vis du lien de subordination, de la présence d'une société intermédiaire, dont le chauffeur est salarié. Toute autre conclusion reviendrait à accepter que le droit des sociétés soit utilisé pour détourner le droit du travail et des assurances sociales, ce qui est contraire à l'approche des circonstances réelles préconisée par les autorités, tant françaises que suisses.

La qualification des relations contractuelles au regard du droit du travail a également été tranchée en France. La Cour d'appel de Paris a été saisie, concernant Uber, afin de déterminer la juridiction inférieure compétente : Conseil de prud'hommes ou Tribunal de commerce.

Pour bien comprendre cette décision, il nous faut tout d'abord préciser la notion de contrat de travail. Le Code du travail français ne comprend pas de définition du contrat de travail³²⁷. La jurisprudence définit le contrat de travail comme la convention par laquelle une personne s'engage à travailler pour le compte d'une autre et sous sa subordination, moyennant une rémunération. Trois éléments indissociables le caractérisent : l'exercice d'une activité professionnelle, la rémunération et le lien de subordination. Le lien de subordination est l'élément déterminant du contrat de travail, puisqu'il s'agit là du seul critère permettant de le différencier d'autres contrats comportant l'exécution d'une prestation rémunérée. 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 subordonné³²⁸.

Il convient de préciser à ce stade que l'article L.8221-6 du Code du travail français prévoit une présomption d'absence de contrat de travail lorsque l'activité exercée a donné lieu à immatriculation au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux – ce qui est nécessaire selon la législation en vigueur pour devenir chauffeur VTC³²⁹ – ou auprès des URSAFF. Il appartient donc aux chauffeurs d'établir la réalité de la relation salariée en apportant la preuve qu'ils fournissent, directement ou par une personne interposée, des prestations à un donneur d'ordre, dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanent à l'égard de celui-ci³³⁰. Selon la jurisprudence française, l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté des parties ni de la dénomination donnée à la convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité litigieuse. Il appartient, en conséquence, au juge d'examiner les conditions de fait et de qualifier la convention conclue entre les parties, sans s'arrêter à la dénomination qu'elles avaient retenue entre elles.

La Cour de cassation a tout d'abord requalifié un contrat de location de taxi en contrat de travail, au motif que les conditions générales annexées au contrat imposent au locataire des obligations nombreuses et strictes concernant l'utilisation et l'entretien du véhicule, notamment celle de conduire personnellement et exclusivement ce dernier, en conséquence l'accomplissement effectif du travail dans les conditions précitées prévues par ledit contrat et les conditions générales y annexées, plaçait le « locataire » dans un état de subordination à l'égard du « loueur » et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un « véhicule taxi », était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail³³¹.

³²⁶ TF 8C_571/2017, du 9 novembre 2017, consid. 4.5.

³²⁷ Cf. Art. L.1221-1 et Art. L.1221-2 du Code du travail.

³²⁸ Cour de cassation, chambre sociale, n° 14-21992, 2 décembre 2015 et Cour de cassation chambre sociale, n° 13-27535, 6 mai 2015 décisions reproduites sur www.doctrine.fr.

³²⁹ GUEU Aurélia, *Comment devenir chauffeur VTC ?* www.legalstart.fr, 14 août 2018, <https://www.legalstart.fr/fiches-pratiques/chauffeur-vtc-transport/devenir-vtc-quelles-autorisations/>.

³³⁰ MULLER Franc, *De nouveaux droits pour les travailleurs des plateformes en ligne*, www.francmuller-avocat.com, 30 avril 2016, accessible à l'adresse suivante : <http://www.francmuller-avocat.com/de-nouveaux-droits-pour-les-travailleurs-des-plateformes-en-ligne/>.

³³¹ Cour de cassation, chambre sociale, n° 98-40.572, 19 décembre 2000, annulant le jugement de la Cour d'appel dans l'instance précédente qui avait considéré que la seule dépendance économique résultant du coût de la redevance, qui implique une quantité

La cour d'appel de Paris, faisant usage de son pouvoir d'appréciation des faits dans l'affaire Uber, ne s'est tout d'abord pas rangée derrière cette analyse. Elle a considéré qu'il ne ressort pas du contrat de prestation de services des stipulations révélatrices d'un lien de subordination, ou d'une dépendance économique du prestataire, dans la mesure où celui-ci n'est lié par aucune clause d'exclusivité ou de non-concurrence. De même, les éléments produits concernant l'exécution du contrat n'apportent pas la preuve d'un lien de subordination³³². Concernant un autre cas, le Tribunal de commerce de Paris a jugé que les conducteurs pouvaient librement travailler pour plusieurs plateformes. Par ailleurs, « bien qu'il existe pour les chauffeurs qui travaillent plus de 40 heures par semaine pour la seule application Uber, un risque certain de dépendance économique, la dépendance économique ne suffit pas *per se* à démontrer l'existence entre les chauffeurs autoentrepreneurs et Uber d'un lien de subordination de nature à affirmer l'existence d'un contrat de travail de facto entre les chauffeurs et Uber »³³³.

La Cour de cassation a ensuite tranché à nouveau la question dans un arrêt du 28 novembre 2018³³⁴, qui concernait cette fois une plateforme de mise en relation de restaurateurs partenaires avec des clients passant commande de repas par l'intermédiaire de la plateforme *Take Eat Easy* et des livreurs à vélo exerçant leur activité sous un statut d'indépendants – un schéma identique à UberEat. Selon la Cour de cassation « viole l'article L.8221-6 II du code du travail, la cour d'appel qui retient qu'un coursier ne justifie pas d'un contrat de travail le liant à une société utilisant une plateforme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plateforme et des livreurs à vélo exerçant sous le statut de travailleur indépendant des livraisons de repas, alors qu'il résulte de ses constatations que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci, et que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier. ». L'utilisation qui était faite en pratique de la géolocalisation amenait à une véritable surveillance des livreurs, par un « manager » attribué³³⁵. À moins qu'Uber n'opte pour des réaménagements contractuels et organisationnels conséquents, cette décision pourrait s'appliquer aux chauffeurs Uber.

Ainsi, Uber a fait l'objet d'une première condamnation par la Cour d'appel de Paris le 10 janvier 2019³³⁶ pour licenciement abusif, après avoir désactivé l'un de ses chauffeurs, sans que les raisons lui en soient notifiées. Le chauffeur avait saisi le conseil de Prud'hommes, invoquant un licenciement sans cause réelle et sérieuse et demandait des rappels de salaire et des indemnités de licenciement, en application de la Convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport. Selon lui, chaque service de transport effectué le plaçait dans un lien de subordination et les 2'038 courses réalisées étaient autant de contrats de travail à durée déterminée, qui devaient être requalifiés en un contrat de travail à durée indéterminée. Le conseil de prud'hommes s'est déclaré incompétent, qualifiant le contrat de partenariat de contrat commercial et renvoyant l'affaire au Tribunal de commerce. Le chauffeur a donc recouru auprès de la Cour d'appel de Paris et entrepris de renverser la présomption d'absence de contrat

de travail importante pour procurer au chauffeur une certaine rémunération, ne suffit pas à caractériser le lien de subordination qui ne résulte pas des faits de la cause. Voir aussi une requalification en contrat de travail concernant les taxis G7 dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 14 juin 2001 cité par Hélène BAUSSARD *La Cour d'appel de Paris requalifie un contrat de location de taxi en contrat de travail*, www.legalnews.fr, 04 juillet 2001 article accessible à l'adresse suivante : http://legalnews.fr/index.php?option=com_content&id=55338

³³² Cour d'appel de Paris, Pôle 6, chambre 2, n° 16/09647, 16 novembre 2017, reproduit sur www.doctrine.fr.

³³³ Tribunal de commerce de Paris, 15^{ème} chambre, n°201405474030, janvier 2017.

³³⁴ Cour de cassation, chambre sociale, n°1737, 28 novembre 2018, reproduit à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/1737_28_40778.html.

³³⁵ EL AZZOUZI Rachida, *Germinal au pays des plateformes numériques ?* www.Mediapart.fr, 19 décembre 2016 <https://www.mediapart.fr/journal/economie/191216/germinal-au-pays-des-plateformes-numeriques?onglet=full>, voir aussi l'interview de Jérôme PIMOT et Patrick SINGOLANI par Rachida EL AZZOUZI dans l'émission Espace de travail, accessible à l'adresse suivante : https://www.youtube.com/watch?v=_ztnBHZiASE.

³³⁶ Cour d'appel de Paris, pôle 6 - ch. 2, n° 18/08357, 10 janv. 2019, reproduit sur www.doctrine.fr.

de travail. Selon lui six éléments y parviennent : absence de liberté économique, absence de liberté d'organisation du temps de travail, absence de possibilité de refuser le travail, exercice d'une autorité, d'un contrôle du travail et application de sanction par Uber. La Cour confirme cette analyse et relève qu'Uber – et non pas l'utilisateur – est bien le donneur d'ordre, que les conditions contractuelles d'Uber interdisent au chauffeur de se constituer une clientèle propre, que les tarifs comme l'itinéraire sont fixés par Uber, ce qui constitue notamment des directives. Le service de transport s'exécute donc sous l'autorité d'Uber, qui exerce un contrôle de l'activité par le biais de la géolocalisation et du système de notation. Enfin, Uber a mis en place et applique un système de sanction en cas de taux élevé de refus ou d'annulation d'un service accepté – sanctions qui peuvent être financières, Uber se réservant de répercuter le tarif au chauffeur –, ou même aller jusqu'à sa désactivation. Ces éléments constituent un faisceau d'indices convergents suffisant, selon la Cour, pour constituer un lien de subordination et renverser la présomption simple de non-salariat. L'affaire est donc renvoyée devant le conseil de prud'hommes de Paris. Uber a déclaré vouloir se pourvoir en cassation³³⁷.

Enfin, pour être tout à fait exhaustif sur la question, nous signalons qu'en matière fiscale, la Cour d'appel de Paris a confirmé l'existence d'une activité commerciale directe d'Uber BV en France, et donné droit à l'administration française de procéder à une visite domiciliaire de la société Uber France SAS dans le cadre d'une enquête pour fraude présumée d'Uber BV, pour exercice d'une activité commerciale de mise en relation sans respecter des obligations déclaratives fiscales et comptables. Selon l'administration fiscale : « La société Uber France réalise les entretiens et les recrutements des chauffeurs, leur remet les kits de connexion, assure le développement et le suivi de l'activité et dispose d'un pouvoir de sanction des chauffeurs. [...] si c'est le client qui note le chauffeur, c'est bien [Uber France SAS] qui prend la décision de fermer le compte définitivement, privant ainsi le chauffeur de travail [...] que les chauffeurs n'ont de contacts qu'avec [Uber France SAS] »³³⁸. La décision nie la validité du schéma juridique d'Uber concernant la répartition des rôles entre la société néerlandaise et la filiale française. Elle contourne toutefois l'étape de la vérification de la présence d'un établissement stable, qui aurait été particulièrement intéressante pour notre étude³³⁹.

Conclusion intermédiaire : À ce jour en France les chauffeurs Uber ont donc obtenu un statut de salarié, tant sur le plan du droit du travail, bien que le fardeau de la preuve leur appartienne, que du droit des assurances sociales. En Angleterre, ils sont soumis au régime intermédiaire des travailleurs, régime leur offrant une protection sociale, bien que minimale. La situation en Suisse reste encore incertaine. De ces décisions, il nous est possible de dégager trois traits communs concernant le statut des chauffeurs : tout d'abord les juridictions ont un large pouvoir d'appréciation ; ensuite, le contrat tel qu'il est rédigé n'est pas déterminant, enfin, les décisions mettent en œuvre un faisceau d'indices, aucun n'étant à lui seul décisif. De ces similitudes nous déduisons que l'appréciation de la réalité économique de la relation entre les plateformes et leurs prestataires a une place légitime dans la reconnaissance juridique des travailleurs. C'est ce changement de paradigme dans l'exercice de la liberté économique des indépendants que le travail de

³³⁷ *Le lien unissant un chauffeur et Uber reconnu « contrat de travail »*, [www.LeMonde.fr](https://www.lemonde.fr/emploi/article/2019/01/11/le-lien-unissant-un-chauffeur-et-uber-reconnu-contrat-de-travail_5407507_1698637.html) accessible à l'adresse suivante : https://www.lemonde.fr/emploi/article/2019/01/11/le-lien-unissant-un-chauffeur-et-uber-reconnu-contrat-de-travail_5407507_1698637.html.

³³⁸ Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 1, n° 15/17023, 8 mars 2017, accessible sur www.doctrine.fr. La Cour confirme la légalité de la visite domiciliaire, sans qu'il soit nécessaire pour l'autorité administrative de vérifier au préalable la présence d'un établissement stable selon l'art. 5 § 1 de la convention fiscale du 16 mars 1973 conclue entre la France et les Pays-Bas en matière d'impôts sur le revenu : « Est également inopérante la jurisprudence constante du Conseil d'État considérant que le recours à un prestataire de services [pour des activités de promotion et de marketing], même lié, n'est pas constitutif d'un établissement stable dans le pays de ce prestataire si les prestations sont réalisées dans le cadre d'un contrat moyennant rémunération et avec les moyens propres du prestataire ».

³³⁹ Pour transporter une telle analyse en droit suisse, cette notion devrait s'analyser selon les termes conclus dans la convention du 26 février 2010 entre la Confédération suisse et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu, RS n°0.672.963.61.

L'ubérisation du travail, nouvelle forme d'entrepreneuriat ou précarisation : Quelle reconnaissance pour les nouveaux indépendants ?

plateforme, via Uber, a permis de mettre en exergue à l'échelle mondiale. Ce postulat sera notre fil rouge dans la réflexion qui suivra concernant la meilleure façon de reconnaître les indépendants.

IV. RÉFLEXION SUR UNE AMÉLIORATION DE LA RECONNAISSANCE DES NOUVEAUX INDÉPENDANTS

Les relations de travail en général, à l'exemple de celles organisées par Uber, évoluent constamment, dans tous les pays. Ainsi s'opère à l'échelle mondiale depuis les années 1980 une prolifération des formes de travail, en réponse à la demande des entreprises, ayant pour effet une dé-standardisation de la relation d'emploi³⁴⁰. Dès 1998, puis en 2006 dans la recommandation n°198, l'OIT a reconnu les enjeux et les difficultés de la qualification de la relation de travail³⁴¹. La problématique de cette partie n'est donc ni nouvelle ni insolite, pour autant les solutions peinent à se concrétiser ou à produire des résultats, avec pour conséquence une sorte d'absence de consistance, aux yeux de l'appareil social, de ces nouvelles manières de travailler.

La plupart des systèmes opèrent une différenciation entre les travailleurs titulaires d'un contrat de travail et les autres, indépendants ou travailleurs informels, à qui la sécurité du droit du travail n'est pas octroyée et qui doivent gérer eux-mêmes leur perte de revenu en cas d'empêchement de travailler. Selon Alain SUPIOT³⁴², le lien entre le droit du travail salarié et celui du travail indépendant peut s'articuler de trois façons, soit en termes de frontières (A.), ce qui pose la question de savoir où (2.) et comment (1.) fixer la ligne de démarcation dans un sens ou dans un autre ; soit de considérer la zone grise qui sépare le salariat de l'indépendance, ce qui pose la question de la création d'un statut hybride (B.) ; soit d'explorer la possibilité d'un droit qui ait vocation à régir la diversité des activités professionnelles et des formes contractuelles (C.). Nous reprendrons cette systématique pour la suite de notre réflexion.

A. Enjeux en termes de frontières

1. Choix d'un mode d'action

Du fait de son caractère modulable et de sa réactivité, la jurisprudence est naturellement la première réponse du système juridique, lorsqu'une nouvelle pratique voit le jour ; c'est également vrai en droit du travail. Grâce à la technique du faisceau d'indices, elle permet de prendre la mesure de l'élargissement du champ d'application du droit du travail ou des tentatives de contournement éventuelles par les entreprises. Vu sous cet angle, il est tout à fait logique de conférer à la subordination, c'est-à-dire au fait pour le travailleur de travailler "au service" de l'employeur, selon l'article 319 CO, une nature de concept juridique indéterminé, voué à évoluer avec le temps. En posant cette notion comme règle, le législateur admet l'indétermination de la matière tombant dans le champ d'application de la loi, sa multiplicité et son caractère disparate. Il

³⁴⁰AZAÏS *et al.*, p.433-456.

³⁴¹ cf. Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail lors de sa 86^{ème} Session, Genève, 18 juin 1998 et Recommandation n° 198 sur la relation de travail, 15 juin 2006, dont nous reproduisons quelques-uns des passages les plus pertinents. « La politique nationale devrait au moins comporter des mesures tendant à : (a) fournir aux intéressés, en particulier aux employeurs et aux travailleurs, des orientations sur la manière de déterminer efficacement l'existence d'une relation de travail, ainsi que sur la distinction entre travailleurs salariés et travailleurs indépendants; (b) combattre les relations de travail déguisées dans le cadre, par exemple, d'autres relations qui peuvent comprendre le recours à d'autres formes d'arrangements contractuels qui dissimulent le statut juridique réel (...) » (ch. 4). « Dans le cadre de la politique nationale, les Membres devraient particulièrement veiller à assurer une protection effective aux travailleurs spécialement affectés par l'incertitude quant à l'existence d'une relation de travail, notamment les travailleuses, ainsi que les travailleurs les plus vulnérables, [...], les travailleurs de l'économie informelle (...) » (ch. 5). « [...] la détermination de l'existence d'une telle relation devrait être guidée, en premier lieu, par les faits ayant trait à l'exécution du travail et à la rémunération du travailleur, nonobstant la manière dont la relation de travail est caractérisée dans tout arrangement contraire, contractuel ou autre, éventuellement convenu entre les parties. » (ch. 9). « Les Membres devraient, dans le cadre de la politique nationale visée dans la présente recommandation, élaborer des mesures efficaces tendant à supprimer toute incitation à déguiser une relation de travail. » (ch. 17). « Les Membres devraient mettre en place des mécanismes nationaux spécifiques pour garantir que les relations de travail puissent être identifiées efficacement dans le cadre des prestations de services transnationales » (ch. 22).

³⁴² SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, p.139 et ss.

délègue ainsi sa puissance à l'autorité, en lui confiant une latitude de jugement. La subordination, de même que la notion d'abus de droit, permettent au juge de déterminer au cas par cas le degré de protection qu'il convient d'apporter à la partie faible, en fonction du degré de dépendance dans laquelle elle se trouve et de l'usage que fait la partie forte de son pouvoir³⁴³.

C'est là son atout, mais aussi sa faiblesse, car il en résulte une insécurité pour la majorité des indépendants, dont l'infériorité dans le rapport de force n'est pas formellement reconnue, mais laissée à l'appréciation du juge³⁴⁴. Or, vouloir poser des règles – du type « plus de ceci, moins de cela » – afin de voir si le contrat tombe ou non à travers la grille de la subordination ne fera que faire travailler plus fort la plateforme afin de les contourner, tout en laissant reposer sur le salarié indépendant le risque de l'incertitude de la qualification³⁴⁵. Afin de limiter cette insécurité, Gabriela RIEMER-KAFKA propose de changer le mode d'appréciation, afin de passer d'une évaluation qualitative à une évaluation quantitative de la notion de subordination, et d'augmenter la prévisibilité de la qualification. Il s'agirait de conserver les critères fixés par la jurisprudence, en exigeant que deux ou trois critères au minimum soient réunis pour que la qualification de salarié puisse être effectuée. Afin d'assurer une égalité juridique, elle suggère également qu'une analyse a priori du contrat puisse être effectuée, tout en relevant que l'analyse de la pratique échapperait à un tel contrôle. Il s'agirait donc de la moins mauvaise des solutions, qui devrait nécessairement être accompagnée d'un traitement légal de l'indépendant comparable à celui du salarié³⁴⁶.

Le philosophe Bernard STIEGLER ne voit dans la solution jurisprudentielle qu'une solution transitoire qui ne peut se concevoir qu'en attendant la modification du statut³⁴⁷. En effet, la norme juridique, du fait de sa dimension générale et abstraite, mais aussi de son caractère impératif, vise à transformer le monde, dans sa diversité de faits, afin de le rendre conforme à des valeurs prédéfinies, s'inscrivant dans un cadre hiérarchique idéal³⁴⁸. Elle permet donc d'influer plus activement sur les comportements. En définitive, c'est un dialogue qui doit se nouer entre le législateur, qui fixe, et le juge, qui interprète. Il n'est donc pas nécessaire de trancher entre deux voies nécessairement complémentaires. Ainsi la notion juridique indéterminée ne se limite pas forcément à l'interprétation du juge, elle peut également être précisée par le législateur lui-même.

L'outil législatif ouvre également la possibilité de mettre en place d'autres solutions, plus contraignantes, plus figées. La loi pourrait réglementer la qualification du contrat. Le droit suisse connaît en effet, tout comme le droit français, un chapitre mentionnant des contrats de travail de caractère spécial, sortes de statuts spécifiques permettant de qualifier de travail salarié des relations dans lesquelles l'élément de subordination est parfois difficile à identifier. Il s'agit notamment du contrat d'apprentissage (articles 344-346 CO), du statut de voyageur de commerce (articles 347 à 350a CO), ou du contrat de travail à domicile (articles 351 à 354 CO). Dans ces cas, l'assimilation au statut de salarié se base sur le critère du métier. Dans notre hypothèse, un tel critère ne nous paraît pas efficient du fait de la diversité des types de plateformes, des conditions qu'elles appliquent et du nombre potentiellement infini de services, donc de professions susceptibles d'être concernées. On pourrait aussi tout à fait imaginer, comme c'est le cas en Italie, qu'une législation contraigne les plateformes à assumer les charges sociales des chauffeurs³⁴⁹. À ce jour, les législations adoptées dans le domaine ont surtout visé à protéger la santé et la sécurité et à réguler la concurrence avec la profession de taxi, menant par exemple à l'interdiction du service UberPOP. Elles n'ont

³⁴³ SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, p.140.

³⁴⁴ GÄCHTER/MEIER, para. 30.

³⁴⁵ RIEMER-KAFKA, p.587 et ss.

³⁴⁶ *Ibid.*, p.596-597.

³⁴⁷ KYROU Ariel, *Entretien avec Bernard STIEGLER*.

³⁴⁸ SUPIOT, *Critique du droit du travail*, p.XIX et suivants et p.186.

³⁴⁹ cf. partie IV.B.2.d., concernant le droit italien.

pour l'instant pas permis une protection sociale des chauffeurs professionnels, qui se trouvent toujours exposés.

2. Délimitation d'une nouvelle frontière

Nous l'avons vu, le critère actuel de démarcation entre le salariat et le travail indépendant repose sur un choix effectué dans les années septante, selon un critère, la subordination, hérité du modèle fordien de croissance qui s'affaiblit³⁵⁰. Selon SUPIOT, l'évolution, tant du travail salarié que du travail indépendant, montre que l'utilisation, comme ligne de démarcation, du critère de la subordination dans son sens juridique, est non seulement artificielle, mais aussi désormais obsolète, voire contreproductive, car elle ne permet pas de prendre en compte les multiples facettes des aspects économiques des nouvelles formes de travail. SUPIOT met en évidence l'émergence d'une forme « d'allégeance dans l'indépendance » et d'une « autonomie dans la subordination » et suggère qu'il serait plus juste d'utiliser une terminologie commune, celle de travailleur, en référence à « toute personne vivant de son travail »³⁵¹. WITZIG emploie l'expression « non-contractualisation » pour évoquer l'apparition de nouvelles formes d'auto-emploi, qui sous couvert de supprimer le lien de subordination, quand bien même la personne se trouve en position de dépendance économique, cherchent en fait à contourner la réglementation du travail³⁵². Dans les deux cas, les auteurs font référence au phénomène d'externalisation et de désintégration verticale de la distribution dans l'organisation de l'entreprise afin d'expliquer que la subordination n'est plus pertinente dans l'analyse de la relation de travail.

Selon Anne MEYER, à l'image des *newsboys* apparus aux USA pendant la crise de 1929, les « emplois de plateformes » ont émergé au moment où les États-Unis ont traversé l'une des plus graves crises économiques de leur histoire, entamée en 2008. Les nouvelles formes de travail précaires apparaissent ainsi en temps de crise économique, engendrant de nouvelles opportunités économiques pour certains et un besoin accru de protection pour les autres. Afin de prendre en compte ce besoin, l'auteure propose d'appliquer d'autres critères que la subordination, pour apprécier le degré d'indépendance des travailleurs de plateforme, notamment celui de l'évaluation de la relation économique de travail (« *economic realities test* ») appliquée par la Cour Suprême des États-Unis jusqu'à la fin des années 40³⁵³. C'est dans cette direction que nous orienterons notre réflexion.

La recherche d'un critère plus révélateur du besoin de protection dans la relation de travail n'est cependant pas simple. Des critères ont été avancés, notamment celui du pourcentage de chiffre d'affaires réalisé avec un même donneur d'ordre, la durée de la relation d'activité ou celui de la dépendance de l'organisation productive du travailleur par rapport à son client, le conduisant à sacrifier son autonomie au profit des besoins de son client³⁵⁴.

Nous proposons ici de faire une brève comparaison du schéma d'affaires des plateformes collaboratives avec les contrats de franchise, de concession ou encore de commission affiliation. Ces contrats 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. Ce système, qui a pris un essor considérable entre les

³⁵⁰ Cf. notre partie II.B. in fine.

³⁵¹ SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, p.131-145.

³⁵² WITZIG, *Ressorts méconnus du droit du travail*, p.356-357.

³⁵³ MEYER, p.303-304, cite la décision de la Cour Suprême National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc., 322 U.S. 111 (1944), section 121 : « Few problems in the law have given greater variety of application and conflict in results than the cases arising in the borderland between what is clearly an employer-employee relationship and what is clearly one of independent entrepreneurial dealing. » reproduite à l'adresse suivante : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/322/111/>.

³⁵⁴ ANTONMATTEI/SCIBERRAS, p.12-13.

années 70 et les années 80 en France et aux États-Unis³⁵⁵, est l'archétype de l'organisation de l'entreprise en réseau³⁵⁶. 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. Ce système, dans le rapport d'indépendance contrôlée qu'il institue, a été validé par les législateurs, notamment en Europe. 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 concurrence³⁵⁷. En Suisse, le Tribunal fédéral a validé le schéma d'affaire de la franchise, il distingue toutefois 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 doctrine³⁵⁸. La franchise de subordination est caractérisée par une reprise très 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 prévoit une relation de subordination suffisante, il faut appliquer par analogie les règles impératives du droit du travail. C'est ici l'intensité de la subordination et, partant, le besoin de protection comparable à celui existant dans le travail, qui peut justifier un même régime. Le Tribunal examine l'ampleur de l'indépendance du franchisé selon trois critères économiques : 1° *l'indépendance juridique dans la conclusion des contrats* : le franchisé gère son entreprise de manière 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* : conformément au contrat de franchise, le franchisé doit certes payer une redevance, dont le montant dépend du chiffre d'affaires, mais tous les bénéfices lui restent entièrement acquis ; 3° *une indépendance certaine dans la gestion de l'entreprise* : si le franchisé reçoit bien des instructions sur la manière d'apparaître (« *Erscheinungsbild* »), sur le contenu et la qualité des produits ou services à offrir, il n'en reçoit toutefois aucune sur la manière de gérer son entreprise. Il est ainsi libre de gérer son affaire, dans ses propres locaux, et d'organiser son travail. Il est notamment libre de la manière de choisir ses employés. 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 apporter la preuve d'un rapport de subordination suffisant. Toutefois, le Tribunal fédéral évoque le fait que si le franchisé est une petite entreprise face à un franchiseur puissant, un rapport de subordination pourrait être plus facilement admis³⁵⁹.

Si l'on tente un rapprochement avec le modèle Uber, la plateforme crée, bien plus encore que dans la franchise de subordination, une telle dépendance, dans la mesure où, 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 propre clientèle, de construire son indépendance par son travail. En effet, Uber développe d'importants efforts pour uniformiser l'accueil, le service, la voiture, avec pour conséquence une anonymisation du chauffeur. C'est même son trait distinctif, son leitmotiv, ce que recherche spécifiquement le client : un accueil uniformisé. De plus, la logique de l'application, qui impose la localisation GPS du chauffeur au moment de la demande de course comme principal critère d'attribution des courses, plutôt que de permettre le choix d'un chauffeur en particulier, s'oppose – notamment – à 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 dans la croissance de son affaire (même si par des sous-contrats il tente d'y échapper) : travailler plus longtemps, aux heures les mieux rémunérées, ce que, par l'envoi de notifications, la plateforme se charge de lui conseiller. L'algorithme est en effet l'élément majeur de la régulation du chiffre

³⁵⁵ Histoire et évolution de la franchise, www.franchise-fff.com.

³⁵⁶ VERGE, p.141-143.

³⁵⁷ On pense ici par exemple 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 du franchiseur au futur franchisé.

³⁵⁸ TF, 4A_148/2011, 8 septembre 2011, consid. 4.1.

³⁵⁹ PICHONNAZ, *Le contrat de franchise*, p.54-57.

d'affaires des chauffeurs, par la pratique de tarifs imposés, et de leur management. Ainsi le schéma d'Uber pourrait s'assimiler à un modèle de microfranchise de service, qui serait sans nul doute qualifié de franchise de subordination.

Comme le fait le Tribunal fédéral pour le contrat de franchise, nous proposons que la subordination, qui comprend déjà l'intégration à un service organisé et la notion de risque économique à laquelle la clientèle propre se rattache, soit enrichie en donnant plus de poids à la notion de dépendance économique³⁶⁰. La notion juridique de travailleur³⁶¹ devrait ainsi être complétée par l'inclusion du travail accompli dans la dépendance économique et la soumission au système marketing du bénéficiaire. On mentionne ici l'amorce de reconnaissance opérée par le Tribunal fédéral dans un arrêt publié récemment³⁶². Dans cette décision, bien que la question de la dépendance économique n'ait pas été véritablement tranchée, le Tribunal fédéral rappelle que la dépendance économique doit être prise en compte – mais de manière non déterminante –. Il confirme que ce sont les circonstances économiques qui sont décisives et prend en compte l'efficacité des nouvelles possibilités techniques d'évaluation et de management informatique et s'attache à analyser le contrôle qualitatif substantiel, exercé par le bénéficiaire, qu'il qualifie d'élément décisif d'un rapport de dépendance par une intégration de fait dans l'organisation du travail. En l'espèce, l'intensité du contrôle de l'entité emporte la conviction du Tribunal qu'une relation de dépendance est bien caractérisée³⁶³. Ainsi les différentes formes de coopération commerciale sont analysées au cas par cas en détails par le Tribunal fédéral. 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 égaux³⁶⁴.

Ce curseur de démarcation entre salariat et indépendance, que nous proposons de déplacer vers la reconnaissance d'une dépendance économique, avec pour effet l'attribution d'une protection corrélative de proportionnelle intensité, peut selon nous être mis en œuvre directement par le Tribunal fédéral, en appliquant un raisonnement par analogie. Toutefois, seule l'énonciation de cette notion indéterminée, par le biais d'une modification du code des obligations³⁶⁵ voire de notre Constitution fédérale³⁶⁶, permettrait l'aboutissement de la reconnaissance des nouveaux indépendants en orientant, tout en la légitimant, la latitude de jugement conférée aux juridictions³⁶⁷.

B. Création d'un statut spécifique

Comme Marie Christine BUREAU³⁶⁸, il est légitime de se demander s'il est raisonnable de chercher à analyser les nouvelles formes du travail indépendant et les mutations du système productif en utilisant les critères de classification du salariat et s'il ne faudrait pas plutôt prendre la mesure de leurs aspects précurseurs afin d'imaginer des solutions à la hauteur de leur inventivité.

³⁶⁰ Dépendance économique et subordination ne devraient pas être vues comme des critères exclusifs l'un de l'autre ou liés par un lien de cause à effet, mais complémentaires dans l'analyse du faisceau d'indices menant à l'obtention d'une protection juridique.

³⁶¹ Cf. art. 110 al. 1 let. a Cst.

³⁶² ATF 144 V 111, 17 mai 2018.

³⁶³ RIEMER-KAFKA, p.592-596.

³⁶⁴ TF, 9C_250/2017, 30 octobre 2017, consid. 4 et 5 requalifiant la relation de contrat de travail.

³⁶⁵ Par ex. de l'art. 319 CO.

³⁶⁶ Par ex. des art. 41 et 110 Cst.

³⁶⁷ Voir sur ce point nos propositions en partie IV.C.2.

³⁶⁸ BUREAU Marie-Christine/CORSANI Antonella, *Du désir d'autonomie à l'indépendance. Une perspective sociohistorique*, La nouvelle revue du travail, 2014, Vol.5, 10 novembre 2014. <http://journals.openedition.org/nrt/1844> para. 14 et ss.

1. Notion de zone grise : espace d'émergence d'un statut autonome

La littérature fait souvent référence à la notion de zone grise afin de désigner l'emploi entre le travail subordonné et le travail autonome, dans laquelle nous retrouvons les nouveaux indépendants, et qui amenuise l'efficacité du droit du travail et de la sécurité sociale³⁶⁹. Selon PERULLI, cette zone grise comprend tout d'abord les formes de travail qui sont à la fois subordonnées et indépendantes, donc difficiles à faire rentrer dans une de deux catégories, et d'autre part les indépendants fictifs qui sont des formes de travail subordonné déguisé en emploi indépendant³⁷⁰. Elle permet d'appréhender le phénomène de déstandardisation de la relation d'emploi que nous évoquions au début de cette IV^{ème} partie, de lui donner une consistance, afin de mieux prendre en compte la relation ambiguë des parties concernées par la relation d'emploi. La notion de zone grise donne la possibilité de dépasser la vision binaire, lacunaire, de la relation de travail pour établir les fondements d'un régime possible, autorisant une nouvelle régulation hybride, plus ouverte, des relations d'emploi. Dans le même esprit, la technique de la « théorie relationnelle du contrat » développée par MACNEIL dès les années 60 et reprise par Jean-Guy BELLEY sous la notion de « contrat relationnel » permet d'aller au-delà des termes formels du contrat pour tenir compte des facteurs juridiques et économiques qui le structurent³⁷¹.

Il s'agit ici d'appréhender la variété des relations de pouvoir, l'absence de frontière du droit du travail, d'accepter l'inadéquation de la notion de catégorie pour faire face à l'environnement nébuleux et évolutif aboutissant à l'émergence des nouvelles normes d'emploi. Selon AZAÏS, DIEUDADE et KESSELMAN, la question n'est pas tant d'élargir ou de restreindre le champ d'application du droit du travail à certaines professions de type plus ou moins précaire, mais de redéfinir, dans un environnement aménagé par la loi, les modalités d'exercice du pouvoir de l'employeur qui « demande, tant aux salariés qu'aux travailleurs indépendants, de mobiliser leurs capacités d'initiative, de jugement et de responsabilité en qualité d'hommes libres »³⁷².

La zone grise peut alors être conçue comme un espace public de médiation, de composition des intérêts, voire d'autorégulation, elle permettrait la coexistence, tant des règles formelles du droit du travail que des règles non contraignantes (ou *soft law*), et la régulation des comportements d'emploi médians. Elle appréhenderait ainsi l'élasticité de la matière et permettrait d'aboutir à la reconnaissance de nouvelles pratiques, de nouveaux accords, tels que celui qui nous occupe dans ce sujet³⁷³. À défaut d'être véritablement régulatrice, elle permettrait de mettre en place des modalités d'observation des nouvelles formes d'activité, de recenser les bonnes et mauvaises pratiques, d'y associer toutes les parties prenantes afin de donner du corps à la matière. Uber remplit, selon nous, toutes les caractéristiques de cette zone grise juridique : un modèle et des techniques de management, dont il est difficile de savoir s'ils sont licites ou non, et des chauffeurs qui ont en théorie le pouvoir de dire non, mais dont les comportements sont « orientés » par le pouvoir prescriptif de la plateforme.

En France, c'est la direction que semblent vouloir suivre les autorités dans le projet de loi d'orientation sur les mobilités (« LOM ») visant à « réforme[r] en profondeur le cadre général des politiques de mobilités pour offrir [...] des solutions de déplacement à la hauteur de leurs attentes et des enjeux d'aujourd'hui » qui sera examiné au Sénat à compter du mois de février 2019. Ce projet permet à la plateforme d'établir sa « charte déterminant les conditions et modalités d'exercice de sa responsabilité sociale, définissant ses droits et obligations ainsi que ceux des travailleurs avec lesquels elle est en relation » afin d'augmenter la protection

³⁶⁹ Cf. par ex. BOSSE/ PENNING, p.1-4 ou AZAÏS *et al.*, p.436.

³⁷⁰ PERULLI, p.303 et 304.

³⁷¹ BELLEY.

³⁷² AZAÏS *et al.*, p.433-443.

³⁷³ *Ibid.*

des travailleurs indépendants, en particulier dans les secteurs du transport de personnes et de la livraison (cf. article 20 du projet)³⁷⁴.

La loi³⁷⁵ a, en parallèle, déjà mis en place des dispositions spécifiques pour les travailleurs indépendants utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique. Ce régime organise une « responsabilité sociale des plateformes » comprenant le paiement de cotisations sociales, afin de couvrir le risque accident, et de cotisation et remboursement des frais de formation et de validation des acquis de l'expérience, dès lors que le travailleur réalise avec une plateforme un chiffre d'affaires égal ou supérieur à 13% du plafond annuel de la sécurité sociale. Il doit s'agir d'un travailleur indépendant au sens préalablement défini, c'est-à-dire sans lien de subordination avec la plateforme. Les plateformes concernées sont celles qui déterminent les caractéristiques de la prestation de service ou du bien vendu et fixent le prix facturé au client, directement ou indirectement.

Bien que figurant dans la septième partie du Code du travail, sur les régimes spécifiques, ces dispositions ne sont ni une assimilation au contrat de travail, ni une qualification légale du contrat, mais plutôt un renvoi au statut d'indépendant avec une protection sociale tout juste symbolique³⁷⁶. En ce qui concerne leur protection sociale, les chauffeurs sont donc orientés par les plateformes vers le statut d'autoentrepreneur, rendu obligatoire par la loi de modernisation de l'économie³⁷⁷ et mettant en œuvre un dispositif simplifié de déclaration et de paiement des cotisations et contributions sociales proportionnel au chiffre d'affaires réalisé, avec des taux de prélèvement inférieurs aux salariés. Ce statut constitue généralement un tremplin pour une activité exercée en société. Mais pour 90% d'entre eux, du fait du plafond de chiffre d'affaires, il est en fait limité à une activité accessoire, voire un remplacement du chômage générant des revenus inférieurs au salaire minimum (SMIC). Ce régime a été critiqué notamment en raison du danger de détournement du modèle salarial, du plafond de chiffre d'affaires trop bas et des possibles atteintes à la concurrence avec les sociétés, du fait des avantages fiscaux octroyés³⁷⁸. Depuis janvier 2018, le statut d'autoentrepreneur a été réformé, le seuil maximal de chiffre d'affaires possible est passé ainsi de 32'600 euros pour les prestations de service à 70'000 euros et de 81'500 euros à plus de 170 000 euros pour les activités de vente de marchandises³⁷⁹. Du côté de leur protection sociale, les indépendants ont été, depuis l'échec du RSI (Régime Social des Indépendants), intégrés au régime général de sécurité sociale en 2018, et une Caisse nationale déléguée pour la Sécurité sociale des indépendants a été créée³⁸⁰, enfin le droit au congé maternité des salariées leur a été ouvert.

³⁷⁴ *Loi d'orientation des mobilités (LOM) : ce que l'avenir nous réserve*, www.droitdupartage.com, 3 décembre 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://droitdupartage.com/2018/12/03/loi-dorientation-des-mobilites-lom-ce-que-lavenir-nous-reserve/>.

³⁷⁵ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels applicable dès le 1^{er} janvier 2018, complétée par un décret n°2017-774 du 4 mai 2017, codifiés aux art. L.7341-1 et L.7342-1-L.7342, D.7342-1 à D.7342-5 du Code du travail français ainsi que par une circulaire interministérielle du 8 juin 2017 accessible à l'adresse suivante : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2017/09/cir_42565.pdf.

³⁷⁶ Le code du travail français art. L.7111-1 et ss. prévoit, comme en Suisse aux art. 347 et ss. CO concernant les voyageurs de commerce, des régimes spécifiques à certaines professions, dans lesquels la qualification de salarié découle de la loi, par exemple pour les voyageurs représentants placiers ou les journalistes. La loi accorde également pour d'autres professions, notamment les travailleurs à domicile (art. L.7221-1 et ss.), par un mécanisme d'assimilation, une protection similaire à celle des salariés, en raison du déséquilibre de pouvoir entre les cocontractants. Cette assimilation leur octroie des droits en matière de licenciement, de salaire minimum ou de durée du travail. Cf. GOMES, p.26 et ss.

³⁷⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, modifiée le 22 février 2019 accessible à l'adresse suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050&dateTexte=20190222>.

³⁷⁸ Cf. DEPROST Pierre/IMBAUD Dorothée /LAFFON Philippe, *Évaluation du régime de l'autoentrepreneur*, rapport établi pour l'inspection générale des finances et l'inspection générale des affaires sociales, Paris, avril 2013, accessible à l'adresse suivante : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000225.pdf>.

³⁷⁹ Cf. art. 50-0, du code général des impôts, modifié par Loi n°2017-1837 du 30 décembre 2017 de finance pour 2018, art. 22 (V).

³⁸⁰ Cf. art. L.611-1 et ss., L.133-6-8 et R.133-30-1 du code de la sécurité sociale français.

À ce jour en France, aucun régime spécifique ne prévoit de protection en matière de licenciement, de salaire minimum ou de durée du travail, domaines dans lesquels l'inégalité du rapport de force entre le travailleur et la plateforme mériterait justement d'être corrigée. Les critiques de la doctrine sont donc, à ce jour, restées sans réponse³⁸¹.

La possibilité d'augmenter la protection des travailleurs indépendants et de réguler les pratiques des plateformes par des chartes déontologiques nous laisse relativement dubitatifs. La zone grise, envisagée comme espace public de médiation, devrait donc être renforcée par le législateur. Elle offre toutefois aux autorités la possibilité de prendre la mesure de l'innovation en matière de travail et de réfléchir à des solutions sociales peut-être plus créatives. Une autre solution est la création d'un statut légal indépendant, concrétisation contraignante, plus ou moins protectionniste de cette zone grise.

2. Création d'un statut hybride : survol des expériences étrangères

L'association Avenir Suisse³⁸² dans ses propositions, ou encore certains conseillers nationaux³⁸³ recommandent la création d'un statut hybride. Avant d'envisager cette option, le phénomène de mondialisation du travail sur plateforme rend incontournable un regard sur les alternatives mises en place par nos voisins européens, bien qu'il soit difficile de comparer les différents systèmes de droit du travail ou de droit social, car ils sont largement liés à l'histoire économique, sociale et politique de chaque pays. Le but ici n'est donc pas de faire une étude de droit comparé, qui dépasserait les limites fixées pour notre sujet, ni de chercher à trouver dans ces pays une solution toute faite, ce qui pourrait s'avérer aléatoire, mais de s'intéresser aux variantes mises en place, face à des besoins juridiques similaires aux nôtres, pour dans un deuxième temps en analyser la pertinence (3.)

Plusieurs pays se sont dotés, selon des critères plus ou moins variés, d'un troisième statut dédié aux travailleurs indépendants, afin de permettre plus de finesse dans la mise en œuvre du droit du travail. La mise en œuvre concrète de ce régime repose en principe sur la jurisprudence, qui en précise les critères de qualification. Le résultat en est la création de différentes catégories de travailleurs et de régimes, que nous nous proposons d'analyser dans cette partie. Nous reviendrons très brièvement pour commencer sur les droits des *workers* anglais que nous avons précédemment analysés, nous étudierons ensuite, également les solutions proposées en Allemagne, en Espagne et en Italie.

a. Au Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, plus précisément en Angleterre, les chauffeurs Uber ont revendiqué et obtenu le statut de « *workers* » ou travailleurs. Comme nous l'avons vu précédemment, en application de l'article 230 ch. 3 de l'*Employment Rights Act* de 1996, le travailleur est un individu qui a conclu un contrat de travail, ou autre, prévoyant une réciprocité des obligations, à savoir celle de fournir un travail pour l'employeur et celle de mettre son temps à disposition de l'employeur pour le travailleur³⁸⁴. Bien que la qualification, en application de la méthode des tests soit une étape souvent difficile, aboutissant à une définition évolutive, une fois ce statut reconnu, le travailleur bénéficie de certaines protections similaires à celles reconnues aux employés, quoi que nettement plus limitées. Il s'agit de reconnaître la situation de dépendance économique de fait

³⁸¹ Cf. notamment SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination* p.131-145 et ANTONMATTEI/SCIBERRAS, pp-22.

³⁸² ADLER/SALVI p.59-60.

³⁸³ cf. Postulat 17.4087 « société numérique. Etudier la création d'un nouveau statut de travailleur » déposé auprès du Conseil national le 13 décembre 2017 par le Groupe Libéral Radical, que le Conseil fédéral a proposé d'accepter le 21 février 2018 et que le parlement a adopté lors de la session du 19 septembre 2018.

³⁸⁴ Cf. Court of Appeal (Civil Division) on appeal from Employment Appeal Tribunal, [2017] EWCA Civ 51, Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith, 10 février 2017 précité et Judgment of the United Kingdom Supreme Court, [2018] UKSC 29, Pimlico Plumbers Ltd & Anor vs. Smith, 13 juin 2018.

dans laquelle certains travailleurs autonomes se trouvent et de conférer aux employeurs la responsabilité qui en résulte. Les droits qui en découlent, mis en place en 1998, sont le droit à un salaire minimum, la protection contre des horaires excessifs, c'est-à-dire le droit à ne pas travailler plus de 48 heures par semaine, un minimum de congés payés et une protection contre les retenues illégales sur salaire³⁸⁵. Les *workers* bénéficient aussi des garanties en matière de santé, et de sécurité au travail³⁸⁶.

b. En Allemagne

Le droit allemand a développé le concept juridique d'« *arbeitnehmerähnlich Person* »³⁸⁷, personne semblable au salarié, aussi appelée « quasi salarié », consacré tout d'abord par les juridictions allemandes³⁸⁸, puis dans l'article 12a de la *Tarifvertragsgesetz*, dite loi « TGV » sur les accords collectifs³⁸⁹. Pour comprendre ce statut, il nous faut tout d'abord le situer dans son contexte général : le droit du travail. Le droit allemand n'a pas codifié le droit du travail. Celui-ci se trouve donc disséminé dans de nombreux textes d'importance diverse dans la hiérarchie des normes, dont l'*Arbeitsgesetz*. La notion de contrat de travail n'a été définie qu'en 2017 (section 611a BGB³⁹⁰), cette fonction a donc longtemps été dévolue aux juridictions, ce qui explique le rôle important de la jurisprudence dans cette matière. Ainsi, le contrat de travail se définit comme le rapport de droit entre deux parties de forces inégales dont l'une, l'employée, est non seulement dépendante de l'autre, mais aussi inférieure, qui s'étend dans la durée, et présente une contrainte organisationnelle³⁹¹.

La dépendance est la principale caractéristique qui permet de définir la relation de travail entre un employeur et un employé. Quatre critères reliés entre eux sont applicables pour juger de la dépendance³⁹² :

- Respect des directives : l'employé doit se conformer aux directives de l'employeur en ce qui concerne le lieu, la durée et l'étendue du travail, la manière dont le travail doit être effectué.
- Dépendance financière : l'employé dépend de l'employeur à la fois financièrement et pour le travail en général, par opposition à un travailleur indépendant.
- Service rendu contre rémunération : l'employé doit fournir des services (conformément aux directives de l'employeur) afin de percevoir une compensation en retour.
- Intégration dans l'organisation : L'employé fait partie intégrante de l'organisation de l'employeur.

Ces quatre critères combinés permettent de distinguer les employés des travailleurs indépendants – selon la définition économique et sociologique – que sont les consultants, les *freelances* ou les indépendants, liés par un contrat de service et non par un contrat de travail. L'existence d'une dépendance économique n'est cependant pas suffisante pour que le travailleur tombe sous la protection du droit du travail. Pour cette raison, entre ces deux statuts, la notion de personne semblable au travailleur a vu le jour. Selon la jurisprudence, doivent être assimilées aux salariés, en application de l'article 12a alinéa 1 de la loi, les personnes qui sont économiquement dépendantes, et ont besoin d'une protection sociale. Elles doivent cumulativement remplir quatre critères : travailler sur la base de contrats de service ou d'entreprise (« *Dienst- oder Werkverträgen* »), fournir les services dus personnellement, essentiellement sans employer de salariés, et travailler principalement pour une seule personne ou recevoir une partie déterminée de leurs revenus d'une seule personne. Selon l'article 12a, alinéa 2 de la loi, sont considérées comme une seule personne, les personnes pour lesquelles le quasi-salarié travaille, qui font partie d'un groupe de travail, non

³⁸⁵ National Minimum Wage Act 1998, Working Time Regulations 1998 précités.

³⁸⁶ GOMES, p.33-39.

³⁸⁷ KRAUSE, p.56-58, para.30-32.

³⁸⁸ *Bundesarbeitsgericht*, n°4 AZR 106/90, 2 octobre 1990, et *Bundesarbeitsgericht*, n°10 AZR 14/10, 21 décembre 2010 reproduits aux adresses suivantes : https://www.jurion.de/urteile/bag/1990-10-02/4-azr-106_90/ et <https://www.bag-urteil.com/21-12-2010-10-azb-14-10/>.

³⁸⁹ Accessible à l'adresse suivante : <https://www.gesetze-im-internet.de/tvg/BJNR700550949.html>.

³⁹⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch*, accessible à l'adresse suivante : <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

³⁹¹ KRAUSE, p.37-42.

³⁹² *Ibid.*, p.50-52.

temporaire. L'objectif de cette disposition est d'éviter que le client ne contourne la loi en combinant certaines formes de coopération corporative et entrepreneuriale entre clients et en les faisant passer pour une seule personne³⁹³. Le quasi-salarié allemand doit donc réaliser la majorité de ses revenus³⁹⁴ par la vente de son propre travail, avec la même personne ou y consacrer la majeure partie de son temps. Cette loi exclut les agents commerciaux de la catégorie des personnes comparables à des salariés, leur statut est régi par des critères propres.

Les droits de ces travailleurs varient selon les secteurs et résultent essentiellement des négociations collectives, qui occupent une place importante dans la définition des conditions de travail en Allemagne. Ainsi le statut d'artiste, d'auteur, de travailleur à domicile ou celui de *freelance* ont des régimes spécifiques reflétant des conceptions plus ou moins étroites de la dépendance. En dehors de cela, les quasi-salariés ne bénéficient d'une protection particulière que lorsqu'ils sont inclus dans le champ d'application des différentes lois spéciales³⁹⁵. C'est le cas notamment de la loi contre la discrimination, section 6 (1) n°3 (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*³⁹⁶) celle sur les congés payés, section 2 (*Bundesurlaubsgesetz*³⁹⁷), en matière de temps de travail, section 7 (1) n°3 (*Pflegezeitgesetz*³⁹⁸) ; la réglementation en matière de santé et de sécurité au travail leur est applicable, section 2 (2) n°3 (*Arbeitsschutzgesetz*³⁹⁹), ainsi que celle sur la protection des données, section 26 (8) n°6 (*Bundesdatenschutzgesetz*⁴⁰⁰), et la protection du travail des mineurs, section 1 (1) n°3 *Jugendarbeitsschutzgesetz*⁴⁰¹. Des contrats collectifs peuvent être conclus selon l'article 12a *Tarifvertragsgesetz*⁴⁰². Enfin les litiges avec les mandants relèvent de la compétence des juridictions sociales en vertu de la section 5 (1) *Arbeitsgerichtsgesetz*⁴⁰³. En revanche, ils n'ont pas de protection contre le licenciement, ne bénéficient pas du maintien du salaire en cas de maladie et ne participent pas à la loi sur la constitution des entreprises (*Betriebsverfassungsgesetz*⁴⁰⁴).

Il s'agit en résumé d'une sorte de socle minimum de droits assez hétéroclites, qui en définitive vient affaiblir l'idée de protection nécessaire, résultant de la dépendance économique, dégagee initialement par la jurisprudence. La loi de 2017, introduisant la définition du contrat de travail dans le code fédéral vise à lutter contre le recours abusif aux contrats de service pour ces travailleurs. Les critères de détermination des abus ne sont toutefois pas mentionnés⁴⁰⁵, la jurisprudence continue donc de jouer un rôle clé dans la qualification. Selon Wolfgang DÄUBLER⁴⁰⁶, rien n'empêcherait en théorie d'appliquer toutes les règles du droit du travail

³⁹³ *Bundesarbeitsgericht*, n°9 AZR 1079/12, 5 août 2014, para. 22 (traduction libre). Reproduit à l'adresse suivante : <https://www.bag-urteil.com/05-08-2014-9-azr-1079-12/>.

³⁹⁴ Selon le paragraphe 3 de l'art. 12 de la loi, qui concerne les personnes qui fournissent des services artistiques, littéraires ou journalistiques et les personnes qui effectuent des prestations de services, notamment la conception technique, un tiers des revenus doit provenir de la même personne.

³⁹⁵ KRAUSE, p.34-35, para.9-16.

³⁹⁶ Accessible à l'adresse suivante : <https://www.gesetze-im-internet.de/agg/>.

³⁹⁷ Accessible à l'adresse suivante : https://www.gesetze-im-internet.de/burlg/_2.html.

³⁹⁸ Accessible à l'adresse suivante : <https://www.gesetze-im-internet.de/pflegezgf/>.

³⁹⁹ Accessible à l'adresse suivante : <https://www.gesetze-im-internet.de/arbschg/>.

⁴⁰⁰ Accessible à l'adresse suivante : https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/BDSG.pdf.

⁴⁰¹ Accessible à l'adresse suivante : <https://www.gesetze-im-internet.de/jarbschg/>.

⁴⁰² Accessible à l'adresse suivante : <https://www.gesetze-im-internet.de/tvg/BJNR700550949.html>.

⁴⁰³ Accessible à l'adresse suivante : <https://www.gesetze-im-internet.de/arbvg/ArbGG.pdf>.

⁴⁰⁴ Accessible à l'adresse suivante : <http://www.gesetze-im-internet.de/betrvg/index.html>.

⁴⁰⁵ Le projet de base listait de façon non exhaustive huit critères ou indices permettant au juge de savoir si le travailleur était exclusivement ou quasi exclusivement employé par une même entreprise, s'il utilisait ou non ses propres moyens pour réaliser la prestation ou si elle garantissait un résultat. cf. MAES Jean-Eudes, *L'introduction d'une définition légale du contrat de travail dans le Code civil (nouveau 611 a BGB) ?* Chronique du droit du travail – juin 2015/mai 2016, revue de droit allemand.

⁴⁰⁶ DÄUBLER Wolfgang, p.142.

aux quasi-salariés, certains auteurs de la doctrine y sont d'ailleurs favorables, mais les juridictions ne partagent pas encore ce point de vue.

Le statut des chauffeurs ne semble pas avoir été discuté devant les tribunaux en Allemagne où Uber peine à se développer. Ses services ne sont disponibles que dans quatre villes, Berlin, Munich, Düsseldorf et depuis décembre 2018 également Francfort, freinés par la réglementation de la profession qui réserve aux taxis le droit d'attendre le prochain client sur le domaine public, et l'obligation pour les chauffeurs de retourner à leur domicile entre deux courses à moins d'enchaîner les commandes⁴⁰⁷. Le service UberPOP Uber a été interdit en 2014, car opérant en violation de la *Personenbeförderungsgesetz*⁴⁰⁸. Uber s'est donc surtout développée en association avec les taxis. Son faible parc automobile ne lui permet pas de reproduire la recette de son succès dans les autres pays⁴⁰⁹.

c. En Espagne : les *autónomos*

En Espagne, il n'y a pas eu à notre connaissance de revendication des chauffeurs Uber concernant leur statut ou leurs conditions salariales. Les litiges se sont concentrés sur les problématiques de droit de la concurrence. Or, depuis 2007, le statut de travailleur indépendant a été créé par la LETA⁴¹⁰, alors que l'Espagne était en pleine crise économique, en réaction aux contournements du droit du travail et à la forte augmentation de la prestation de service effectuée pour le compte d'autrui, de façon plus ou moins indépendante. L'Espagne figure ainsi parmi les pionniers en la matière. Ce statut définit l'indépendant de façon positive, et non pas comme la négation du travail salarié. Il donne naissance à une protection indépendante de tout lien de subordination. La loi portant statut du travail autonome prévoit que sont considérées comme autonomes les personnes physiques fournissant un travail à titre personnel, pour leur propre compte et sans être soumises à l'autorité d'une autre personne, ni à son organisation, peu importe que ces personnes emploient à leur tour d'autres travailleurs. Le travail autonome requiert donc de remplir trois conditions cumulatives : l'activité des travailleurs doit être explicitement économique, c'est-à-dire orientée vers la recherche de profit ; elle doit être régulière et enfin autonome dans sa direction et son organisation. La perte ou l'absence de l'un ou l'autre de ces critères interdit l'accès au statut. La loi précise également dans son préambule (cf. onzième disposition additionnelle LETA) que les transporteurs propriétaires de leur véhicule et titulaires d'une licence, exclus du statut de travailleurs, relèvent de son champ d'application. D'une manière générale, les indépendants bénéficient de protections de base, sans toutefois que le système leur reconnaisse les mêmes droits que les salariés⁴¹¹.

Les dispositions les plus intéressantes pour notre étude concernent la création, par la même loi, de la sous-catégorie spécifique de travailleurs autonomes dépendants économiquement, surnommés TRADE ou *autónomos*, qui prend pour critère la proportion des revenus provenant d'une activité avec un client unique.

⁴⁰⁷ Uber a été condamnée par le *Bundesgerichtshof*, la cour fédérale allemande le 13 décembre 2018 à la suite d'une plainte déposée en 2013, cf <https://de.reuters.com>, 13 décembre 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://de.reuters.com/article/deutschland-uber-bgh-idDEKBN1OC0VZ>.

⁴⁰⁸ Loi accessible à l'adresse suivante : <https://www.gesetze-im-internet.de/pbefg/BJNR002410961.html>, et décision de l'*Oberlandesgericht* de Francfort LG Frankfurt/Main, n°2-03 O 329/14, du 25 août 2014 accessible à l'adresse suivante : <https://openjur.de/u/719901.html>.

⁴⁰⁹ GELDNER Andreas, *Uber in Deutschland Uber betont Kooperationsbereitschaft*, www.stuttgarter-nachrichten.de, 9 septembre 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.uber-in-deutschland-uber-betont-kooperations-bereitschaft.5bbd1482-98c5-4c9d-afae-7094a810e905.html>.

⁴¹⁰ Loi 20/2007 du 11 juillet 2007, del Estatuto del trabajo autónomo Boletín Oficial del Estado, n°166 du 12 juillet 2007, p.29964-29978 accessible à l'adresse suivante : <https://www.boe.es/boe/dias/2007/07/12/pdfs/A29964-29978.pdf>, complétée par un décret 1997/2009 du 23 février 2009 et la loi 32/2010 du 5 août 2010 *por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos* (instituant un régime spécifique de protection en cas de cessation d'activité des travailleurs indépendants) accessible à l'adresse suivante : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-12616&p=20151031&tn=0>.

⁴¹¹ CABEZA PEREIRO p.99.

Ainsi lorsque les revenus d'une personne atteignent 75% avec le même client, celle-ci sera considérée comme dépendante. La loi leur accorde un statut plus protecteur, bien que non comparable aux droits des salariés, qui inclut une limitation de la durée du travail, une présomption de contrat à durée indéterminée et une protection contre la résiliation sans juste motif (article 12 LETA). La qualification du travailleur autonome économiquement dépendant, au cas par cas, reste toutefois délicate. La compétence des juridictions sociales, parallèle à celle des juridictions ordinaires compétentes pour les travailleurs indépendants (article 17 LETA), peut par ailleurs créer des risques de traitements différenciés de situations de fait relativement proches⁴¹².

Les *autónomos* sont également dotés de droits collectifs, résultant de la possibilité de signer des accords d'intérêt professionnel, qui peuvent fixer pour chaque branche un régime juridique minimal (article 13 LETA). L'étendue de ces accords reste en deçà de la portée d'une convention collective, car d'une part ils n'ont pas de portée constitutionnelle, et ils sont d'autre part conclus entre une entreprise et une organisation syndicale ou une association professionnelle, donc sans application générale⁴¹³.

En matière d'assurances sociales, les indépendants bénéficiaient déjà avant 2007 en Espagne de manière générale d'une couverture des accidents professionnels et d'une protection en cas d'invalidité. La loi de 2007 met en place une assurance obligatoire contre l'incapacité temporaire des *autónomos* économiquement dépendants. En 2014, cette couverture devient obligatoire pour tous les indépendants. La protection contre le chômage, « assurance pour cessation d'activité », date de 2010, dans une volonté égalisatrice avec les salariés. Le système fiscal et le régime de sécurité sociale restent allégés par rapport aux salariés et offrent des prestations inférieures, notamment pour la retraite⁴¹⁴. Le statut des *autónomos* a été encore renforcé par la Loi de Réformes Urgentes du Travail Indépendant de 2017, entrée en vigueur au premier janvier 2018. Elle abaisse les cotisations de sécurité sociale, assouplit les conditions d'accès à la protection, en réduisant le temps passé sans cotiser, encourage l'embauche intrafamiliale et accroît le rôle des représentants professionnels. Enfin, les accidents sur le trajet du travail, « *in itinere* », seront désormais reconnus⁴¹⁵.

De manière schématique, les mesures prises en Espagne pour les indépendants vont dans le sens d'une extension des institutions et mécanismes du travail salarié, en passant par une gradation progressive des statuts⁴¹⁶ et en impliquant activement les syndicats comme régulateurs. Si l'idée d'une prise en compte de la dépendance économique nous semble très intéressante, malgré l'effort réalisé, des différences persistent toujours entre un statut et un autre. Si au départ les employeurs, inquiets des « protections renforcées » du statut d'*autónomos*, ont préféré signer des contrats classiques avec des travailleurs autonomes « standard » ; ce statut est désormais couramment utilisé. Les *autónomos* représentaient 1 976 125 personnes en 2017, selon le ministère de l'Emploi et de la Sécurité Sociale.

d. En Italie

En Italie, il est tout d'abord intéressant de relever que la terminologie « contrat de travail » est commune à la sphère de la subordination et à celle de l'indépendance. On distingue ainsi le « contrat de travail subordonné » et le « contrat de travail indépendant ». Le droit du travail italien, et notamment le Statut des

⁴¹² *Ibid.*, p.100.

⁴¹³ *Ibid.*, p.100-101 et 103.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p.104-105.

⁴¹⁵ SANNINO Eva, *Nouvelle loi en vigueur dès 2018 pour les autónomos : ce qui change.*, www.lepetitjournal.com, 11 décembre 2017, accessible à l'adresse suivante : <https://lepetitjournal.com/vivre-a-madrid/nouvelle-loi-en-vigueur-des-2018-pour-les-autonomos-ce-qui-change-164405>.

⁴¹⁶ VERGE, p.150-151.

travailleurs « *Statuto dei lavoratori* »⁴¹⁷ a tout d'abord été très protectionniste pour les salariés, travailleurs « *insiders* », les salariés licenciés pour des motifs abusifs avaient par exemple un droit à la réintégration (article 18 du Statut). Une « *Cassa integrazione guadagni* » (« CIG ») financée par l'État ainsi que des cotisations sociales a également été créée, après la Seconde Guerre mondiale, pour financer le chômage partiel. Mais, depuis la crise de 2008, puis de 2011, le législateur italien prône, sous couvert de respecter les recommandations de la Commission européenne, une politique législative libérale : promouvoir l'emploi, même au prix de la précarité ; cette politique s'est concrétisée dans le Jobs Act⁴¹⁸ de Matteo Renzi en 2014 et 2015⁴¹⁹.

Le législateur italien a très tôt formulé la notion de parasubordination, dénomination accordée aux travailleurs autonomes économiquement dépendants. Le code de procédure civile reconnaît l'application de certaines règles de procédure aux litiges du travail pour les collaborations coordonnées continues « *collaborazioni coordinate e continuative* », abrégé sous l'expression « co.co.co »⁴²⁰. Il s'agit d'une catégorie ouverte qui concernait tout d'abord les activités artistiques et dans laquelle se sont engouffrées diverses professions, du travail manuel aux travailleurs non professionnels. Ces contrats permettent aux employés de conserver une autonomie d'organisation de leur temps et de leur travail, et sont, pour les employeurs, plus flexibles qu'une relation de travail classique. La loi a progressivement encadré ce statut, afin d'y attacher une protection sociale et des droits : retraite en 1995⁴²¹, allocations familiales et allocation pour hospitalisation en 1998, assurance accident et maladie professionnelle en 2000⁴²², droit à un salaire mensuel en 2000⁴²³. Globalement cependant, l'ouverture de la législation sociale à une troisième catégorie de travailleurs située entre le salariat et l'indépendance a eu pour effet pervers en Italie le contournement du droit social par le recours massif aux co.co.co. En 2003, la loi⁴²⁴ a donc encadré le statut du co.co.co, le limitant principalement au secteur public, aux activités sportives, aux agents d'affaires et aux sociétés d'audit. La même année, le contrat de projet « *contratto a progetto* », appelé « co.pro » a vu le jour⁴²⁵. En vertu du co.pro le contrat doit être signé pour un projet spécifique. Dans la pratique cependant, le contrôle judiciaire ne s'exerce que sur l'existence du projet et non sur la nature réelle de l'activité au sein de la société et les co.pro ont tout simplement remplacé les co.co.co. En dépit des différentes réformes, ces contrats ne sont en définitive que très peu encadrés légalement et sont en fait un facteur de précarité. Le Jobs Act a donc finalement supprimé les co.pro en 2015⁴²⁶.

Les co.pro ont été « dédoublés » par l'article 2 du Jobs Act ouvrant ainsi une quatrième typologie de travailleurs en Italie, à laquelle le droit du travail salarié s'applique. Il y a désormais en plus des salariés

⁴¹⁷ Loi n°300 du 20 mai 1970, *Statuto dei Lavoratori* reproduite à l'adresse: <http://www.unipd-org.it/rls/StatutoLavoratori.pdf>.

⁴¹⁸ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Jobs act l'Italia cambia il lavoro, la riforma in punti*, accessible à l'adresse suivante : <http://www.jobsact.lavoro.gov.it/Pagine/default.aspx>.

⁴¹⁹ REHFELDT, p.57-70.

⁴²⁰ Cf. art. 409 al. 3 du Code de procédure civile italien, prévoyant que les dispositions sur les conflits individuels de travail s'appliquent aux litiges concernant : 3. les relations d'agence, de représentation commerciale et autres relations de collaboration qui prennent la forme d'un travail continu et coordonné, principalement personnel, même si ce n'est pas de nature subordonnée. Ce texte a été complété suite au Jobs act, en mai 2017 comme suit : La collaboration est définie comme étant coordonnée lorsque, conformément aux procédures de coordination établies d'un commun accord entre les parties, le collaborateur organise le travail de façon autonome. (Traduction libre). Accessible à l'adresse suivante : <https://lexscripta.it/codici/codice-procedura-civile/articolo-409/storia>.

⁴²¹ Loi n°335/1995.

⁴²² Décret n°38/2000.

⁴²³ Loi fiscale en 2000.

⁴²⁴ Loi n°30/2003, appelée « loi Biagi » du nom du professeur qui a conseillé le gouvernement dans son projet de flexibilisation du travail.

⁴²⁵ Décret législatif n° 276, du 10 septembre 2003, définissant en art. 61 le co.co.pro comme une relation de collaboration coordonnée et continue, essentiellement personnelle et sans lien de subordination, devant être liée à un ou plusieurs projets ou programmes de travail ou phases de travail spécifiques, déterminée par le maître d'ouvrage et gérée de façon autonome par le collaborateur en fonction du résultat, sans contrainte horaire (traduction libre).

⁴²⁶ MUEHLBERGER/PASQUA, p.201-228.

subordonnés à un pouvoir de direction « classique » (« *etero-direzzione* ») et des travailleurs pleinement indépendants⁴²⁷, deux formes de travail économiquement dépendant : d'une part les co.per, « *collaborazioni personali e continuative* », collaboration exclusivement personnelle et continue, dont les procédures d'exécution sont organisées par le client notamment quant aux horaires ou au lieu de travail, et d'autre part les co.co.co. réservés aux professions listées.

Les co.per sont des travailleurs autonomes dans l'exercice de leur activité, mais soumis à un pouvoir de type organisationnel « *etero-organizzazione* ». Ils concernent les relations de collaboration exclusivement personnelles et continues, dont les procédures d'exécution sont organisées par le client, notamment quant aux horaires et au lieu de travail⁴²⁸. L'élément de durée implique une situation de dépendance économique du travailleur, mais il n'est pas expressément nécessaire. Il s'agit en quelque sorte de l'élargissement du champ du droit du travail aux collaborations impliquant une sorte de subordination allégée. Ce progrès social est malheureusement tempéré par l'existence de nombreuses exceptions, notamment la possibilité de déroger aux dispositions légales par la conclusion d'une convention collective nationale. Une partie des travailleurs assimilés aux salariés dans l'article 2.1 du *Jobs Act* peut donc sortir du champ de la législation sociale si l'employeur recourt à la négociation avec les syndicats. Cette qualification fait toutefois l'objet d'une controverse. Certains auteurs⁴²⁹ considèrent que l'intégration dans un service organisé n'implique pas nécessairement l'exercice d'une contrainte, selon eux, les co.per devraient plutôt être considérés comme des travailleurs indépendants bénéficiant d'une situation améliorée.

Dans la pratique, les juridictions sociales ont une appréciation plutôt large de la notion de subordination. Elles appliquent par exemple la notion de « subordination atténuée » pour contrebalancer la perte de substance de la subordination classique dans la production et requalifier le travail autonome en travail salarié, afin de limiter les abus de sous-traitance des entreprises. Selon la Cour de cassation italienne, toute activité humaine comprend intrinsèquement une part d'autonomie et de subordination. La subordination n'est pas toujours exercée selon les mêmes modalités et sa visibilité n'a pas toujours la même intensité⁴³⁰. Le droit italien reste très attaché au concept de parasubordination ou subordination atténuée, bien que celui-ci ait démontré ses faiblesses par le passé. Si l'objectif semble bien d'intégrer au travail salarié les travailleurs autonomes en situation de subordination organisationnelle, ce système ne semble toutefois pas avoir résolu la question de la délimitation entre les différents statuts ni réussi à apporter une parité de droit complète.

Les co.co.co : indépendants, soumis à l'article 2222 du Code civil, qui se trouvent dans des relations de travail continues, relèvent de l'article 409 ch. 3 du code de procédure civile. On parle d'une nouvelle forme de co.co.co. Ces derniers sont en fait des travailleurs autonomes dans une situation de dépendance personnelle, « d'autonomie appauvrie » qui, si elle devient continue, sera requalifiée en co.pro. En vertu de cet article, les juridictions sociales sont compétentes pour trancher les litiges de qualification⁴³¹.

La loi n°81/2017 du 22 mai 2017⁴³² octroie un certain nombre de droits aux travailleurs autonomes, elle a notamment étendu l'allocation chômage aux co.co.co⁴³³. De même, depuis 1996 les travailleurs indépendants cotisent à un fonds de pension dit de « gestion séparée ». La contribution est de 2/3 pour le

⁴²⁷ Cf. Chapitre I, titre III, livre V du Code et art. 2222 du Code civil italien *Contratto d'opera* (« contrat de service »).

⁴²⁸ GOMES, p.33-39.

⁴²⁹ CIUCCIOVINO Silvia, *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, fasc.3, 2016, p.321, citée par GOMEZ Barbara et DAVIDOV et al. p.8-9.

⁴³⁰ *Sentenza Corte di Cassazione*, n° 9167, 6 juillet 2001 et *Sentenza Corte di Cassazione, civile, sez. Lavoro*, n°5080, 3 mars 2009. Un résumé de la 1^{ère} décision est accessible sur <http://www.eryx.it/Cass91672001.htm> et un commentaire de la 2^{ème} à l'adresse suivante : <http://www.altalex.com/documents/news/2009/09/26/sul-requisito-della-subordinazione-tra-elementi-differenziati-ed-ipotesi-border-line>.

⁴³¹ GOMES, p.33-39.

⁴³² Accessible à l'adresse suivante : <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/06/13/17G00096/sg>.

⁴³³ Cf. art. 7 de la loi n°81/2017, portant modification de l'art. 15 du décret législatif du 4 mars 2015.

client et de 1/3 pour le travailleur, elle prévoit des allocations familiales, de maternité ou de paternité et une assurance maladie. Cependant, le régime reste moins avantageux que celui des travailleurs salariés⁴³⁴.

Parmi les aspects positifs des systèmes mis en place dans les pays voisins nous notons la définition spécifique de l'indépendant par la loi espagnole, la terminologie commune du contrat du travail subordonné et indépendant et l'assujettissement des clients aux cotisations pour le fonds de pension des indépendants en Italie. Ils ont également tous pour point commun de prendre en compte la dépendance économique du travailleur. Parmi les points négatifs, l'étape de la qualification se révèle souvent complexe et les droits accordés aux travailleurs restent inférieurs aux droits des salariés, ce qui a pour effet un détournement de l'institution du travail salarié. Par ailleurs, aucun ne se détache vraiment, à tort ou à raison, de la notion de subordination ou de contrôle. Aucun système ne semble en définitive avoir apporté une solution révolutionnaire aux nombreuses questions posées par l'économie de plateformes, néanmoins, il semblerait qu'une fois la question de la qualification surmontée, l'existence d'un statut permet d'éviter les litiges.

3. Contours possibles d'un statut idéal

Au-delà d'apporter une réalité à cette nouvelle catégorie de travailleurs, réfléchir en termes de statut permet de donner une reconnaissance aux idées auxquelles adhèrent les travailleurs de plateforme, volontairement ou non. Ils émergent ainsi du vide dans lequel le progrès technique et économique les a cantonnés. Selon nous, la solution d'une catégorie de travailleurs indépendants, comme elle est envisagée aujourd'hui par les différents pays qui s'y sont risqués, n'est pas satisfaisante à plusieurs points de vue. Nous allons tenter de répondre à ces considérations afin de définir les caractéristiques d'un statut idéal, si tant est qu'il soit possible d'y parvenir.

Tout d'abord, la création d'une catégorie supplémentaire de travailleurs ne résout pas le problème de l'incertitude de classification, qui se posera tant qu'il existera deux classifications, les salariés d'une part, les travailleurs indépendants d'autre part. La frontière floue actuelle se trouve en définitive remplacée par deux autres qui le sont également⁴³⁵. Face à ce problème, nous voyons deux solutions : soit supprimer la double classification, soit trouver un critère quantitatif, d'application plus objective nécessaire à une application fine du concept, qui cependant ne supprime pas le pouvoir d'appréciation des magistrats. La question de la mise en œuvre des critères restera toujours plus ou moins présente, l'objectif à atteindre étant qu'elle ne soit ni bloquante, ni arbitraire, ni discriminante. Ce critère que nous proposons d'appeler « seuil d'indépendance économique » devrait, selon nous, s'attacher à mesurer l'indépendance du travailleur au travers de la clientèle créée par l'activité, selon l'exemple espagnol. Plus l'indépendant a de donneurs de travail, ou de clients propres, moins il sera sujet au risque économique et financier. Cette règle inciterait les plateformes à créer des fonctionnalités qui permettent d'améliorer l'indépendance ou la mise en concurrence de plusieurs opérateurs, pourquoi pas en inventant une plateforme de plateformes, sorte de *market place* dans laquelle chaque plateforme indiquerait la disponibilité de ses chauffeurs, et qui accueillerait les indépendants.

Par ailleurs, il n'y a pas une seule catégorie d'indépendants, mais une multitude de statuts de travailleurs, même au sein des plateformes, qui peuvent être répartis en quatre catégories⁴³⁶ : les salariés, les indépendants et entre les deux les salariés précaires et les indépendants fictifs. Notre réflexion doit se garder de porter atteinte à la catégorie des indépendants traditionnels, jouissant d'une réelle indépendance économique et d'entraver ainsi leur liberté économique. Pour cette catégorie de personnes, des solutions appropriées ont été mises en place en Suisse, notamment en matière de retraite. La solution d'un statut facultatif n'étant pas assez protectrice pour les indépendants fictifs, notre seuil d'indépendance économique

⁴³⁴ GOMES, p.33-39.

⁴³⁵ BARTHELEMY Jacques, *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle*, Les cahiers du DRH, juin 2008, p.35-36, cité par ANTONMATTEI/SCIBERRAS p.6.

⁴³⁶ cf. partie II.A.3 se référant à PENNING, p.5-14.

devra être capable de détecter le seuil au-delà duquel la protection devra passer d'obligatoire à facultative. Le curseur doit donc fonctionner dans un sens comme dans l'autre.

Enfin, il faudrait conserver la possibilité d'une souplesse pour les entreprises, similaire à celle des travailleurs dits atypiques (travailleurs à temps partiel, emplois temporaires, travailleurs sur appel, ou travailleurs à domicile) ou de la sous-traitance. En effet, il faut reconnaître comme vertu au travail indépendant qu'à l'image des formes de travail atypiques, il permet de coller le plus justement aux besoins des entreprises. Par ailleurs, un engagement récurrent sur une longue période a pour avantage que l'entreprise peut utiliser une main-d'œuvre formée à ses standards, ce qui est d'autant plus important lorsque le travail touche à la santé et la sécurité comme c'est le cas du transport de personnes. Le statut devrait donc inciter à privilégier des relations itératives, mais sans engagement.

En résumé, ce statut devrait être obligatoire et n'englober les indépendants que jusqu'à ce que le seuil d'indépendance économique soit atteint. Il devrait être souple, c'est à dire sans engagement de part et d'autre : sans clause de non-concurrence, sans préavis, et inciter à créer une relation continue dans le temps. En définitive ce statut semble tellement attractif, que la crainte énoncée qu'il « cannibalise » le contrat de travail nous paraît bien réelle. Est-ce une raison pour y renoncer ? Au contraire, ce devrait être un point supplémentaire à prendre en compte, qui appelle un raisonnement plus large, une vision plus globale de notre droit social.

C. Repenser la protection sociale

La construction d'un statut pose tout naturellement la question de la protection sociale qui y est attachée. Notre but ici est donc de voir comment adapter le droit aux aspects précurseurs du travail de plateforme, aux aspirations des travailleurs, tout en offrant une sécurité sociale permettant au travailleur d'échapper à la précarité en cas de problème.

1. Assimilation de l'indépendant au cercle large des personnes exerçant une activité économique

Pour aller jusqu'au bout de notre raisonnement, le statut « idéal » décrit ci-dessus devrait pouvoir être établi en règle, en régime minimum applicable à tous par défaut. Il devrait pour cela avoir des coûts et offrir une couverture similaire aux emplois salariés actuels. Ainsi le contrat de travail pourrait être relégué au rang d'exception, lié à des besoins bien spécifiques des entreprises, par exemple en termes de compétence ou qui nécessite une fidélisation particulière du travail. Cette voie, qui n'est pas encore écrite, devrait ouvrir non pas une sous-catégorie, dans laquelle tous les employeurs en recherche de gains de productivité s'engouffreraient au détriment de la santé sociale des travailleurs, mais bien constituer l'avenir du droit du travail.

Certains auteurs préconisent cette réflexion globale, qui serait extensible également aux salariés. Aujourd'hui, l'entreprise réseau s'est substituée à l'entreprise fordiste, elle ne produit plus par elle-même que ce qu'elle ne peut externaliser⁴³⁷. Il en résulte un éclatement des centres de décision et de la production, accentué par la mondialisation. Le travailleur continue à se rattacher à une organisation, mais elle est désormais « multipolaire et volatile ». L'externalisation de l'activité productive dilue le pouvoir patronal dans son exercice immédiat, tout en concentrant les décisions les plus fondamentales, comme les délocalisations, dans des sièges mondiaux déconnectés des réalités concrètes. Selon ces auteurs, la conséquence est une division de la responsabilité patronale et une perte d'efficacité du droit du travail. Sous couvert de travail autonome ou indépendant, les travailleurs voient leur statut dilué, mais c'est bien toujours l'entreprise en

⁴³⁷ Cf. notamment SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, p.131-145 et WITZIG, *Ressorts méconnus du droit du travail* p.356-357.

position de pouvoir qui perçoit le bénéfice, alors que l'entrepreneur indépendant assume désormais les risques du travail⁴³⁸. Selon SUPIOT, les États n'ont désormais pas d'autre choix que de repenser leur droit du travail s'ils veulent « penser la mondialisation plutôt que de se soumettre à la globalisation ». Ces changements doivent passer par des choix politiques, qui prennent en compte la dimension sociale de l'économie et qui doivent conduire non pas à s'adapter indéfiniment aux impératifs du marché, mais à réformer l'État social en général et le droit du travail en particulier⁴³⁹.

Face à cette réalité, Pierre VERGE considère qu'il conviendrait de dépasser la notion physique de l'entreprise, pour appréhender le pouvoir patronal à sa source. Il faudrait pour cela ne former qu'un seul droit, celui de l'ensemble des travailleurs. Le droit du travail devrait s'appliquer à toute personne qui exécute une prestation pour le compte d'une autre selon des modalités qui la placent sous la dépendance économique de cette dernière, qu'elle soit ou non titulaire d'un contrat de travail. Selon l'auteur, l'institution de l'entreprise individuelle implique en elle-même un risque de contournement. Il ne s'agit pas ici d'intégrer l'indépendant dans une définition plus large du salarié, mais plutôt d'appréhender la notion générale d'activité économique. Il préconise toutefois une gradation de la protection du législateur, en fonction de la nature et de l'importance de la dépendance⁴⁴⁰.

Une telle réforme doit utiliser le progrès technique, ce qui suppose comme le soutient STIEGLER, de repenser le travail pour le réinventer⁴⁴¹ ; de passer du droit *du* travail au droit *au* travail afin « d'assurer à chacun un état professionnel lui permettant de concilier tout au long de sa vie, liberté, sécurité et responsabilité et de retrouver une certaine maîtrise du sens et du contenu de son travail »⁴⁴².

Malheureusement, une telle unification entre salariés et indépendants n'apporte pas de réponse à la globalisation ou à l'opportunisme juridique auquel se livrent les acteurs mondiaux de l'économie. L'État-providence visant à garantir un niveau minimum de bien-être à l'ensemble de la population, en particulier à travers un système étendu de protection sociale, du fait de sa mise en œuvre limitée à l'échelle de la nation, se trouve désormais subordonné au principe de libre concurrence, qui, lui, acquiert une dimension universelle du fait de la mondialisation⁴⁴³. C'est à cette même conclusion que sont parvenues les autorités européennes dans leur programme concernant l'unification du droit social. En matière de droit social, l'effort législatif européen a eu pour premier objectif de surmonter les diversités nationales, dans une logique d'unification du marché du travail. La notion de travailleur en droit européen, selon l'article 45 TFUE, a donc une portée large –on parle de notion autonome –afin d'éviter qu'elle ne varie en fonction des particularités du droit national. Selon la Cour de justice, « le principe de libre circulation est garanti pour les personnes exerçant ou souhaitant exercer une activité économique »⁴⁴⁴. Ainsi sera considéré comme travailleur, toute personne qui accomplit pendant un certain temps en faveur d'une autre personne et sous sa direction une activité rémunérée, en dépit de l'éventuelle nature *sui generis* de la relation d'emploi au regard du droit national⁴⁴⁵. L'idée qui domine est celle de la prestation de travail contre une rémunération. Cette notion sous-tend également la notion d'accès à l'activité ; selon l'article 48 TFUE, elle englobe la formation professionnelle et la recherche d'emploi. En droit européen, la définition du travailleur englobe donc par nature celle d'indépendant en tant que personnes qui vivent de leur travail. Ainsi, la coordination du droit

⁴³⁸ SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, p.131-145 et WITZIG, *Ressorts méconnus du droit du travail*.

⁴³⁹ SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, p.143 et ss.

⁴⁴⁰ VERGE, p.144-148 reprenant l'art. 3 du Code canadien du travail dans la partie concernant les rapports collectifs de travail.

⁴⁴¹ KYROU Ariel, *Entretien avec Bernard STIEGLER*.

⁴⁴² SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, Paris : PUF 2015, préface à la troisième édition p.XV.

⁴⁴³ DODIER Nicolas, L'État-providence, de François Ewald (Note de lecture), Sciences Sociales et Santé, numéro thématique : Handicap et politique sociale, 1986 4-3-4 p.195-204.

⁴⁴⁴ CJCE, Arrêt de la cour, affaire 53/81, D.M. Levin contre Secrétaire d'État à la justice. Demande de décision préjudicielle: Raad van State - Pays-Bas, 23 mars 1982, p.1035.

⁴⁴⁵ CJCE, Arrêt de la Cour, affaire 66/85, Deborah Lawrie-Blum contre Land Baden-Württemberg, 3 juillet 1986, para. 12-22.

de la sécurité sociale s'applique autant aux travailleurs salariés que non-salariés, dès lors que le travail indépendant est assujéti à cotisations par la législation nationale de l'État d'exercice de l'activité⁴⁴⁶. La Cour de justice, dans sa jurisprudence, a également atténué la portée de la distinction entre travailleurs salariés et travailleurs indépendants, d'une part par en raisonnant par assimilation au salariat et d'autre part en élargissant la notion de travailleurs⁴⁴⁷. Ainsi la qualité de travailleur ne se perd pas par une interruption momentanée d'activité ni par un changement de nature dépendante ou indépendante de celle-ci⁴⁴⁸. Dans l'Agenda européen pour l'économie collaborative⁴⁴⁹, la Commission confirme l'idée d'une définition européenne autonome, devant remplacer les notions nationales de travailleur, et applicable aux travailleurs de plateforme⁴⁵⁰.

2. Création d'un socle commun de droits sociaux

En Europe, bien que le volet social relève du niveau national dans la répartition des compétences⁴⁵¹, le concept d'Europe sociale reflète l'idée que la relation entre le politique et l'économique, héritée du traité de Rome, subordonne l'atteinte du progrès économique à la réalisation du progrès social. Cette idée a d'abord été concrétisée dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée en 1989⁴⁵². Ainsi, « le consensus social contribue au renforcement de la compétitivité des entreprises, de l'économie toute entière et à la création d'emplois; [...] à cet égard il est une condition essentielle pour assurer un développement économique soutenu », « il est [donc] nécessaire d'assurer aux niveaux appropriés le développement des droits sociaux de travailleurs de la Communauté européenne, en particulier des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants⁴⁵³» afin de « permettre leur égalisation [des États] dans le progrès »⁴⁵⁴. Les principes de cette charte ont été repris par la suite dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁵⁵.

Les députés européens ont formalisé, dans une résolution non contraignante, leur volonté de mettre en place un système harmonisé et dynamique, qui permette d'éviter des différences significatives entre États membres, que les nouveaux modèles d'entreprises de l'économie collaborative utilisent au détriment d'une concurrence équitable avec les secteurs économiques traditionnels, tout autant que d'assurer la protection des consommateurs et d'encourager le développement durable de la société européenne. Il ne s'agit pas de limiter l'économie collaborative, mais d'augmenter la participation au marché du travail tout en garantissant des conditions de travail équitables et une protection sociale adéquate. Ainsi des critères effectifs doivent

⁴⁴⁶ Règlement (CE) n° 883/2004 art. 1 et 6 et Règlement (CE) n° 987/2009 art. 1b et 14 para. 4, RS 0831.109.268.

⁴⁴⁷ CJCE, n° C-17/76, Arrêt de la Cour, M.L.E. Brack, veuve de R.J. Brack, contre Insurance Officer, 29 septembre 1976, para. 21-30 et CJCE, n° C-84/77, Arrêt de la Cour, Caisse primaire d'assurance maladie d'Eure-et-Loir contre Alicia Recq, épouse Tessier, 19 janvier 1978, para. 15.

⁴⁴⁸ SUPLOT Alain, *Critique du droit du travail*, Paris : PUF 2015, p.22-25.

⁴⁴⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au conseil, au Comité économique et Social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 2 juin 2016 accessible à l'adresse : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-356-FR-F1-1.pdf>

⁴⁵⁰ KAHIL-WOLFF HUMMER, p.134 et ss.

⁴⁵¹ Selon la répartition des compétences énoncée à l'art. 153 du TFUE, « l'Union soutient et complète l'action des États membres en matière de santé et sécurité des travailleurs, conditions de travail, sécurité sociale et la protection sociale, représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs [...], lutte contre l'exclusion sociale ; k) la modernisation des systèmes de protection sociale [...] ».

⁴⁵² Bien que dépourvue de force contraignante, la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs est mentionnée à l'article 151 du TFUE.

⁴⁵³ Cf. Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989, consid. 1, 5 et 13.

⁴⁵⁴ cf. BOUCHIER Caroline, « La Charte des droits sociaux fondamentaux, 1988-1989. Les conseillers de François Mitterrand et l'Europe sociale », Bulletin de l'Institut Pierre Renouvin, 2013/1 (N° 37), p.109-120. Accessible à l'adresse suivante : [file:///C:/Users/sabri/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosofEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/BIPR_037_0109%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/sabri/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosofEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/BIPR_037_0109%20(1).pdf)

⁴⁵⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (2000/C 364/01)

être mis en place pour distinguer les « *peers* » ou « *pairs* », soit les citoyens qui fournissent des services de façon occasionnelle, des « *professionnels* ». La responsabilité des plateformes collaboratives doit être clarifiée et réaffirmée ; les travailleurs de l'économie collaborative doivent avoir des conditions de travail équitables et une protection adéquate et notamment pouvoir s'approprier les notations et évaluations électroniques des utilisateurs - qui représentent leur « *valeur marchande numérique* » ; des obligations fiscales similaires devraient être appliquées aux plateformes ⁴⁵⁶.

Concernant le volet social, la Commission européenne a émis en avril 2017 une recommandation de socle européen des droits sociaux incluant vingt principes et droits. Ces préconisations ont été adoptées en proclamation conjointe du Parlement, du Conseil et de la Commission, signée par les parties le 17 novembre 2017 lors du sommet social pour des emplois équitables et pour la croissance de Göteborg. Sa mise en œuvre inclut plusieurs cycles de consultation des partenaires sociaux sur des thèmes comme la modernisation de la réglementation des contrats de travail ou l'accès à la protection sociale pour tous.⁴⁵⁷

Selon ce texte, quelles que soient la nature et la durée de la relation de travail, les travailleurs ont droit à un traitement équitable et égal en matière de conditions de travail, d'accès à la protection sociale et de formation. Il est également nécessaire de donner aux employeurs la flexibilité nécessaire pour pouvoir s'adapter rapidement aux changements économiques. Dans ce cadre, les nouvelles formes de travail, la mobilité professionnelle ainsi que l'entrepreneuriat et le travail indépendant doivent être encouragés⁴⁵⁸. Les relations de travail qui conduisent à des conditions de travail précaires doivent être évitées, notamment en interdisant l'abus de contrats atypiques⁴⁵⁹. Une protection sociale appropriée doit être accordée, quels que soient le type et la durée de la relation de travail, ceci incluant des conditions comparables pour les indépendants⁴⁶⁰. Les chômeurs ont droit à un soutien adéquat pour leur (ré)intégration sur le marché du travail et à des prestations de chômage adaptées d'une durée raisonnable, conformément à leurs cotisations et aux règles nationales, sans que ces prestations puissent être dissuasives d'un retour rapide à l'emploi⁴⁶¹. Sur le plan des retraites, il est rappelé que toute personne âgée a droit à des ressources lui permettant de vivre dans la dignité. Les travailleurs et indépendants ont droit à une retraite proportionnelle à leurs cotisations et à un revenu adéquat⁴⁶². Enfin concernant la santé, toute personne a droit à des soins préventifs et curatifs de qualité, à un prix accessible et en temps opportun⁴⁶³. Le but est d'adopter d'une série de lois afin de mettre un terme au dumping social et à la fragmentation du travail en Europe.

Selon ce paradigme, la flexibilité du travail, inéluctable, doit être encadrée, afin de préserver les droits individuels des travailleurs, tout en insufflant à l'économie le dynamisme et la fluidité nécessaire. Cela nécessite pour les États de sortir du schéma traditionnel du contrat de travail, pour redéfinir un nouveau cadre aux contours plus flous, mais disposant d'un noyau de droits solide⁴⁶⁴, ou de prévoir une portabilité des droits qui atténue les effets de l'alternance d'activités sous différents régimes.

La recherche de mesures de protection passe donc par les droits fondamentaux du travail. Il pourrait s'agir de garantir l'égalité de traitement, ou d'accorder le droit de grève et le droit de négociation collective aux indépendants. Parmi les propositions auxquelles nous pensons, il serait possible d'ajouter un complément à

⁴⁵⁶ 3 mai 2017, communiqué de presse accessible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20170503IPR73223/economie-collaborative-pour-une-strategie-europeenne>

⁴⁵⁷ European Pillar of Social Rights : One year on – factsheet 13 novembre 2018 accessible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/european_pillar_one_year_on.pdf

⁴⁵⁸ *Ibid.*, 5^{ème} principe.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, 6^{ème} principe

⁴⁶⁰ *Ibid.*, 12^{ème} principe.

⁴⁶¹ *Ibid.*, 13^{ème} principe.

⁴⁶² *Ibid.*, 15^{ème} principe.

⁴⁶³ *Ibid.*, 16^{ème} principe.

⁴⁶⁴ Voir sur ce point les réflexions mises en place en France et en Espagne, CASALE/PERULLI, p.57-68.

l'article 41 al. 1 let. d. de notre Cst. « La Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que : d. toute personne capable de travailler puisse assurer son entretien par un travail, *y compris un travail indépendant ou non salarié*, qu'elle exerce dans des conditions équitables et une rémunération respectant son statut », à son article 27 al. 2 « La liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée, *y compris indépendante ou non-salariée* et son libre exercice. », voire à son article 110 al. 1 let. a. « La Confédération peut légiférer : sur la protection des travailleurs *quel que soit leur statut* ».

Aurélien WITZIG rejoint cette analyse. Selon lui, une nouvelle solution en matière de travail dépendant passe nécessairement par une plus grande place donnée aux droits fondamentaux, dont celui de négociation collective. Selon lui, seule l'intensification de la représentation syndicale est apte à faire émerger un droit juste et durable représentant les intérêts de chaque acteur économique, secteur par secteur, dans un contexte libre-échangiste concurrentiel mondialisé. Une telle intervention ne peut se faire que sous la tutelle et la garantie de l'État, afin de lui conférer une valeur impérative, voire directement justiciable⁴⁶⁵. L'approche sectorielle atteint toutefois, selon nous, rapidement ses limites, en ce qui concerne le travail de plateforme d'une part, mais aussi d'autre part, plus généralement, le travail indépendant, car elle ne permet pas de couvrir pas la diversité des services et des professions, tout en conservant une représentativité assez large pour permettre l'émergence d'une véritable reconnaissance.

Cette réflexion autour de la complémentarité et de l'indissociabilité entre dimension sociale et activité économique nous mène au cœur des valeurs de l'OIT, qui affirme dès le préambule de sa Constitution⁴⁶⁶ « [...] qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale » et de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux du travail⁴⁶⁷ qui précise à son tour : « [...] que, dans le but d'assurer le lien entre progrès social et croissance économique, la garantie des principes et des droits fondamentaux au travail revêt une importance et une signification particulières en donnant aux intéressés eux-mêmes la possibilité de revendiquer librement et avec des chances égales leur juste participation aux richesses qu'ils ont contribué à créer, ainsi que de réaliser pleinement leur potentiel humain ». Cela confirme, si tant est que cela soit nécessaire, la légitimité de notre préoccupation. Nous avons donc cherché comment mettre en œuvre ces principes dans notre système d'assurances sociales.

3. Repenser l'accès aux assurances sociales

La Fondation CH2048 a pour projet de faire avancer de front et de manière partenariale, le social et l'innovation. Elle propose cinq idées de réformes de la sécurité sociale pour une Suisse plus innovante⁴⁶⁸. Selon elle, en matière d'assurance sociale, le pire scénario est celui de la pauvreté des personnes âgées. En réponse à l'affaiblissement de la frontière entre salariés et indépendants, elle propose de créer un système d'assurance sociale unique harmonisé en matière d'AVS et de prévoyance obligatoire, la suppression des déductions de coordination, afin d'assurer même les revenus les plus faibles, et une extension illimitée des possibilités de paiements rétroactifs. Il est également question de créer une assurance-emploi pour remplacer l'assurance chômage. Elle propose enfin d'associer le partenariat social aux formes de travail atypiques. Selon elle, la transformation numérique ne nécessite pas nécessairement de nouvelles réglementations, mais des initiatives privées basées sur le partenariat social. Il existe ainsi une convention

⁴⁶⁵ WITZIG, *Ressorts méconnus du droit du travail*, p.358.

⁴⁶⁶ Constitution de l'Organisation internationale du travail du 28 juin 1919, préambule, RS 0.820.1.

⁴⁶⁷ Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail, 18 juin 1998 (Annexe révisée le 15 juin 2010).

⁴⁶⁸ cf. «CH2048-Impulsen zur Sozialpartnerschaft und sozialen Sicherheit im digitalen Zeitalter» et «Digitale Revolution – Für eine erstklassig innovative Schweiz beim Innovationserfolg am Markt, in der Sozialpartnerschaft und der sozialen Sicherheit», 31 janvier 2019. Accessible à l'adresse suivante : <https://www.ch2048.ch/>.

collective de travail de l'Association patronale des recruteurs⁴⁶⁹, *Swissstaffing*, active dans des secteurs comme le tourisme, le transport ou l'informatique et les télécommunications, en collaboration avec de nombreux syndicats⁴⁷⁰.

Dans le même ordre d'idées, Gabriela RIEMER-KAFKA⁴⁷¹ propose tout simplement de modifier le texte de l'article 7 RAVS afin d'y préciser que le revenu du travail de plateforme représente un salaire déterminant. Encore faut-il valider qu'il ne s'agit pas d'une activité indépendante, or la matière, nous l'avons vu est loin d'être binaire. Ainsi, nous proposons plutôt dans ce sens de renverser la définition du travail salarié et du travail indépendant l'un par rapport à l'autre dans sa dimension négative. À savoir que les cotisations⁴⁷² pourraient être perçues sur le revenu provenant d'une activité « non indépendante » ce qui permettrait d'assujettir au titre du salaire déterminant non seulement l'employeur, mais aussi le donneur d'ordre au cas où l'indépendance économique ne serait pas avérée, tout en assurant un assujettissement de l'activité, quel que soit le lieu de domiciliation de l'employeur/commanditaire. Si tel n'était pas le cas, l'employé pourrait devoir verser seul la part salariée et employeur, sans avoir l'assurance que celle-ci soit incluse dans son revenu.

L'assiette des contributions devrait ainsi selon SUPLOT dépendre moins du volume ou du type de main d'œuvre employée, que du montant de la richesse produite⁴⁷³. En France par exemple, le système tend à l'universalité de la sécurité sociale, le versement des prestations a été élargi à tous les citoyens, quels que soient leurs situations ou statuts, en le dotant d'un outil spécifique de financement lui-même élargi à tous les revenus : la CSG (contribution sociale généralisée). Il s'agit sans conteste de la plus grande réforme du financement jamais opérée dans le domaine de la sécurité sociale, mi-impôt mi-contribution sociale⁴⁷⁴, la CSG est entrée en vigueur le 1er février 1991. Elle participe au financement de la sécurité sociale : amortissement de la dette sociale, allocation familiale, assurance maladie, solidarité vieillesse et, depuis 2018, de l'assurance chômage. L'idée fondatrice de la CSG est que tous les revenus disponibles – et non les seuls revenus du travail – doivent contribuer au financement. Rentre ainsi dans l'assiette de la CSG, sous réserve de quelques exceptions, les salaires, les revenus non salariaux, les revenus de remplacement (retraite, chômage), mais pas les prestations familiales, les gains aux jeux, les revenus du patrimoine et les produits de placement⁴⁷⁵. Sans prétendre pouvoir appliquer purement et simplement le modèle d'un pays, qui bien que partageant la même langue que le nôtre, a une histoire et des problématiques radicalement différentes, si tant est qu'on puisse conclure à un succès de sa part en la matière, ce système a le mérite d'homogénéiser l'assiette des recettes et d'ouvrir la voie à des prestations sans obligation de cotisation, en rupture complète avec la logique bismarckienne des cotisations assises sur les revenus du travail. Elles marquent la remise en cause d'une sécurité sociale en tant que modèle assuranciel géré par les travailleurs, idée ambitieuse dont la faisabilité en Suisse mériterait d'être analysée⁴⁷⁶.

Pour conclure cette partie, nous rappellerons le dilemme de la reconnaissance légale de toute forme atypique d'emploi exprimé par SUPLOT « la reconnaître c'est favoriser son développement, ne pas la

⁴⁶⁹ Convention collective de travail location de services (CCTL 2019-2020) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019.

⁴⁷⁰ GARESSUS Emmanuel, *Une même assurance sociale pour les salariés et les indépendants*, www.letemps.ch, 17 octobre 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://www.letemps.ch/economie/une-meme-assurance-sociale-salaries-independants>.

⁴⁷¹ RIEMER-KAFKA p.598-599.

⁴⁷² Notamment à l'art. 5 LAVS.

⁴⁷³ SUPLOT Alain, *Pour une réforme digne de ce nom. Et si l'on refondait le droit du travail...*, *Le Monde Diplomatique*, octobre 2017, p.22 et 23, accessible à l'adresse suivante : <https://www.monde-diplomatique.fr/2017/10/SUPLOT/58009>.

⁴⁷⁴ Sa nature ne fait pas consensus, une nature duale lui est désormais reconnue par la Cour de cassation depuis 2001 et le Conseil d'État depuis 2015, suivant les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁴⁷⁵ Pour un survol rapide cf. www.wikipedia.org, accessible à l'adresse suivante : https://fr.wikipedia.org/wiki/Contribution_sociale_g%C3%A9n%C3%A9ralis%C3%A9e.

⁴⁷⁶ WITZIG, *L'ubérisation du monde du travail*, p.472-479.

reconnaître c'est abandonner les travailleurs atypiques à leur sort »⁴⁷⁷. Ce constat interdit aux États toute solution, qui par sa timidité ou pour une autre raison, favoriserait le premier scénario, sans pour autant mettre en place une protection efficace contre la réalisation du second. Il nécessite une réflexion profonde concernant notre droit social au sens large, qui, en attendant, requiert selon nous de faire l'étude des possibilités d'adaptation d'autres institutions, sortes de pis-aller, qui, bien que plus discrets ou moins ambitieux, auraient le mérite d'être plus facilement à notre portée.

D. Adaptation des institutions existantes

En l'absence de statut spécifique pour le travailleur de plateforme, nous analyserons ici quelques institutions du droit commercial suisse qui pourraient être adaptées, afin de fournir aux nouveaux indépendants une protection sociale.

1. Portage salarial

La pratique du portage salarial s'est développée afin de répondre à la volonté des indépendants d'être considérés comme salarié du point de vue des assurances sociales, sans être obligé de créer leur propre structure juridique, lorsque les entreprises clientes n'ont pas de budget pour les engager. Le portage salarial est une relation triangulaire entre un travailleur appelé « porté », une ou plusieurs entreprises clientes et une société de portage « porteur », employeur officiel, qui va gérer pour le porté les démarches administratives, payer les taxes et charges sociales moyennant le paiement d'une commission. Le porté a la responsabilité de trouver ses clients et négocier lui-même avec eux les conditions et le prix de ses services, mais il délègue à un tiers, moyennant une rémunération qui se situe entre 5 et 15% de son chiffre d'affaires, l'encaissement de ses honoraires et le paiement des charges sociales relatives à son activité. Le porté se trouve donc être l'employé officiel du porteur qui doit le « déclarer », mais en définitive, il supporte la totalité des déductions sociales et n'a aucune garantie de travail, puisque c'est à lui d'en trouver. De son côté, la société de portage établit un contrat de prestations, qui la lie aux entreprises clientes, afin de confirmer par écrit son rôle d'intermédiaire. Le portage met donc en œuvre trois relations contractuelles indépendantes, mais faisant partie d'une même relation économique.

Longtemps sanctionné, le portage salarial a été reconnu, en 2008, comme un mode de travail à part entière, par le droit français qui lui a donné un cadre juridique dans le titre V du code de travail, à côté du travail temporaire. La finalité est de garantir les droits des personnes portées, notamment sur la clientèle créée. Ce régime fait ainsi exception au principe d'interdiction au prêt de main-d'œuvre à titre lucratif, prévu à l'article L. 8241-1 du Code du travail. La loi française impose la qualification de contrat de travail dès lors qu'on est en présence d'un portage salarial, peu importe qu'il existe ou non un lien de subordination, entre le porté et l'entreprise intermédiaire. Selon l'art L1254-3, une « entreprise cliente ne peut avoir recours à un salarié porté que pour l'exécution d'une tâche occasionnelle ne relevant pas de son activité normale et permanente ou pour une prestation ponctuelle nécessitant une expertise dont elle ne dispose pas ». Le système a été affiné en 2015 : les portés ont désormais droit à un salaire minimal mensuel d'environ 2 000,- euros et un encadrement des salaires en fonction de leur ancienneté. Une réserve financière et un fond de mutualisation favorisant la sécurisation des parcours professionnels ont été mis en place. Depuis 2017, ils bénéficient d'une convention collective du portage salarial⁴⁷⁸. Son cadre strict interdit donc toute utilisation

⁴⁷⁷ SUPIOT Alain, *Les nouveaux visages de la subordination* Droit Social, n°2, février 2000, p.143.

⁴⁷⁸ Cf. art. 8 (V) de la loi n°2008-596 du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail et loi n°2016-1088 du 8 août 2016 art. 85, codifiée aux art. L1254-1-L1255-14, L1255-14-L1255-18 et D1254-1-R1254-5 du code du travail français. Le 1^{er} juillet 2017 une convention collective du portage salarial est également entrée en vigueur.

par les plateformes dans leur business modèle. Mais l'idée n'en reste pas moins intéressante, car elle prévoit un assujettissement à cotisations déconnecté de la notion de subordination.

En Suisse ce statut n'a pas d'existence légale, bien qu'il soit relativement courant en pratique pour certaines professions, notamment pour les *webmasters*, ingénieurs réseau, informaticiens, ou analystes-programmeurs, mais aussi chez les architectes, commerciaux, carreleurs ou administrateurs⁴⁷⁹. Stéphanie FULD et Jean-Tristan MICHEL ont analysé cette construction juridique tant du point de vue du droit des contrats, que du droit des assurances sociales. Selon les auteurs, en l'état actuel du droit, elle ne peut constituer ni un contrat de travail, ni une location de services, ni un contrat de mandat. En effet, en l'absence de clauses spécifiques de licenciement pour non-atteinte des objectifs, l'inexistence du lien de subordination entre le porté et l'entreprise de portage s'oppose à la qualification revendiquée de contrat de travail. En présence d'un litige, les parties s'exposeraient donc, selon les auteurs, à un risque de requalification de leurs rapports de travail. Dans le meilleur des cas, les autorités pourraient décider, en cas de contrôle, que le lien de subordination est en fait déplacé chez l'entreprise cliente qui deviendrait l'employeur de fait du porté. Estimant que le but des parties est de faire bénéficier le porté du régime des assurances sociales réservé aux salariés, les auteurs questionnent jusqu'à la légalité du concept. La relation pourrait ainsi tout bonnement être qualifiée de nulle, car la réelle et commune intention des parties (article 18 CO) se trouve être contraire au droit positif, donc illicite puisque contraire à l'ordre juridique suisse (article 19 CO), ce qui entraîne la nullité du contrat (article 20 CO)⁴⁸⁰.

Ce statut pourrait selon nous s'appliquer aux plateformes, comme à toute entreprise employant les services d'indépendants dans la mesure où il s'agit d'un intermédiaire. Cela à partir d'un certain seuil d'activité, pour l'indépendant porté par une même entreprise, ou pour l'entreprise utilisant un certain nombre de portés. Dans ce cas, Uber pourrait être assujéti au paiement des cotisations sociales de ses chauffeurs, tout en les reportant dans la commission prélevée. L'introduction d'un salaire minimum viendrait encadrer la prestation. Il s'agirait en l'espèce de modifier la LSE afin d'intégrer le portage salarial, avec toutefois un risque de contournement du modèle salarial par d'autres employeurs. À ce jour, étant donné l'absence d'une légalisation du portage en Suisse, nous considérons, en cas de portage salarial par une société tierce, que le contrat risquerait tout au plus, non pas une nullité, mais une requalification, étant donné les nombreuses possibilités de désactiver le chauffeur si la prestation de service n'est pas satisfaisante.

2. Recours au droit des sociétés

Le droit des sociétés pourrait également être exploré, comme cela a été le cas en France, où les sociétés coopératives, dont la finalité est la mise en commun de moyens pour rendre des services à leurs membres, se sont notamment développées. Deux types de sociétés coopératives ont vu le jour : les sociétés coopératives et participatives ou « SCOP⁴⁸¹ », et les sociétés coopératives d'intérêt collectif « SCIC⁴⁸² ». Sur le plan formel, il s'agit dans les deux cas de sociétés commerciales classiques : sociétés anonymes (SA), par action simplifiée (SAS) ou à responsabilité limitée (SARL), dont le régime est fiscalement soutenu et les conditions légales encadrées, afin de garantir leur vocation sociale. La SCOP permet aux salariés de détenir au minimum 51% du capital, il s'agit ici d'associer le capital au travail. Les actionnaires sont donc à la fois associés et salariés, mais d'autres salariés peuvent aussi être employés sans être associés. Les dirigeants sont

⁴⁷⁹ Cf. par ex. Helvetic payroll à l'adresse : <https://www.helvetic-payroll.ch/fr/> ou <https://www.wegroup.ch>.

⁴⁸⁰ FULD/MICHEL p.5 et ss. et PORTMANN p.538-539.

⁴⁸¹ Anciennement appelée « société coopérative ouvrière de production », ces sociétés voient leur origine remonter à la crise antérieure à la Révolution industrielle, en 1831, quand des ouvriers menuisiers se regroupèrent en associations clandestines et rédigèrent le premier « contrat d'association de travailleurs ». Cf. sur ce sujet BERTREL Marina, *La SCOP, d'un idéal social à un modèle entrepreneurial*, *Entreprendre & Innover*, 2013/1, p.71.

⁴⁸² Article 19 quinquies et ss. de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, modifié par loi n°2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel puis par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014.

élus par les salariés associés, qui ont tous voix égale, quel que soit le montant de leur participation au capital. La valeur du capital est figée à la valeur d'acquisition. Les bénéficiaires sont répartis afin que 45% soient constitués en réserves impartageables. Leur finalité n'est donc pas principalement lucrative, en conséquence, ces sociétés sont encouragées fiscalement pour soutenir l'entrepreneuriat des salariés : exonération de taxe professionnelle et assiette réduite pour l'impôt sur les sociétés⁴⁸³. Les SCIC ont pour objet « la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif qui présentent un caractère d'utilité sociale », il s'agit donc d'une forme intermédiaire entre la coopérative et l'association. Elles fonctionnent sur le même principe que les SCOP : gestion démocratique et vocation non lucrative. En revanche, on parle de « multi-sociétariat », car leur actionariat doit se composer d'au moins trois catégories parmi les cinq suivantes : salariés, bénéficiaires, bénévoles, collectivités publiques, personnes intéressées (investisseurs). À la différence des SCOP, les clients, usagers ou fournisseurs bénéficiaires de l'activité, et les financeurs peuvent aussi être actionnaires. Aucune de ces trois catégories d'actionnaires ne peut détenir la majorité du capital⁴⁸⁴.

Si de telles sociétés ne concernent pas directement la problématique des chauffeurs Uber, à moins qu'ils ne décident de s'associer entre eux, elles nous semblent toutefois intéressantes pour d'autres catégories d'indépendants, dont nous avons dressé le portrait en première partie. Sur le plan conceptuel, conférer une finalité sociale au droit des sociétés nous paraît digne d'être relevé.

3. Location de service

La piste de la location de services nous a été donnée par le SECO⁴⁸⁵. La location de service est, nous l'avons vu, la solution qui a été appliquée aux sociétés vaudoises intermédiaires entre Uber et les chauffeurs. Il s'agit d'une activité exercée sous autorisation de l'Office cantonal du travail (article 12 de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, in fine), lui-même placé sous la surveillance du SECO. Selon cette loi, quiconque entend exercer, régulièrement et contre rémunération, une activité de placeur, qui consiste à mettre des employeurs – Uber – et des demandeurs d'emploi – les chauffeurs – en contact, a besoin d'une autorisation de pratiquer le placement privé. De même, quiconque engage des travailleurs et les met à disposition de clients en vue de la réalisation de missions de travail – les entreprises vaudoises intermédiaires, bailleuses – doit à cet effet obtenir une autorisation de pratiquer la location de services. Par cette activité le bailleur de services, c'est-à-dire l'employeur intermédiaire, cède à un locataire de services, entreprise tierce employeur, les services de ses travailleurs, « loués », dans notre cas les indépendants affiliés à la plateforme effectuant les prestations de transport, moyennant rémunération. Cette rémunération permet au bailleur de payer des charges sociales et le salaire des travailleurs. Dans cette relation, la clientèle n'appartient pas au loué mais reste bien la propriété de la plateforme. Concernant le contrat, il s'agit d'un contrat de travail. Tout comme dans le portage salarial, la relation inclut un intermédiaire, mais contrairement au portage un lien de subordination est présent, il est cédé par le bailleur au locataire qui détient le pouvoir de donner des instructions aux chauffeurs et chauffeuses pour le temps de la mission⁴⁸⁶.

Il serait intéressant de voir dans quelle mesure ce schéma pourrait être applicable si l'entreprise intermédiaire n'existait pas. Uber serait alors le bailleur qui met en relation le chauffeur loué avec le client locataire, détenteur du pouvoir d'instruction. Le contrat de mission serait la notification de la demande de course que le chauffeur accepte avec son application. Selon DE LA FUENTE et FISCHER, pour qu'une telle

⁴⁸³ cf. loi n°78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des Sociétés coopératives de production complétée par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 - art. 30.

⁴⁸⁴ Pour plus d'informations consulter l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/ess/scop-scic-cest-quoi>. On peut également mentionner ici la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 47 et ss. qui prévoit la création de coopératives d'activité et d'emploi (CAE) dont les travailleurs sont à la fois sociétaires et salariés, qui est une forme particulière de SCOP ou de CSIC.

⁴⁸⁵ cf. partie III.C.1. concernant le canton de Genève.

⁴⁸⁶ FULD/MICHEL p.9 et ss.

relation puisse être revendiquée, il faudrait au préalable reconnaître un lien de subordination entre Uber et le chauffeur de nature à créer un contrat de travail et pouvoir le transmettre au client, ce qui implique un véritable pouvoir d'instruction du client, l'indication d'un trajet plutôt qu'un autre par exemple ou l'exercice de notation. Ce point est bien le nœud du problème, le lien de subordination est contesté et le pouvoir d'instruction n'est pas assez fort, selon les auteurs, pour que l'on puisse considérer que le chauffeur est sous les ordres du passager, car il ne couvre pas l'exercice de l'activité dans son ensemble⁴⁸⁷.

L'adaptation des institutions existantes ne répond pas véritablement à notre objectif de reconnaissance et présente un risque de détournement du modèle salarial. Elle offre cependant des solutions en matière de couverture sociale, à ceux des indépendants qui, subissent le plus leur statut. En cela elle pourrait encourager la mobilité professionnelle entre le statut salarié et celui d'indépendant.

Conclusion intermédiaire : Qu'elles soient modestes ou idéalistes, les idées ne manquent pas pour améliorer la protection sociale des nouveaux travailleurs indépendants. Il s'agit non seulement de garantir leur autonomie, mais aussi de lutter contre des pratiques illégales. Nous avons tenté dans cette partie de répondre à la problématique de l'identification des nouveaux indépendants, par notre système juridique. Cela passe par une évolution de la notion de subordination afin de prendre en compte la dépendance économique, idéalement à l'initiative du législateur, avec l'appui des juridictions : c'est notre « seuil d'indépendance économique ». Idéalement, une telle reconnaissance n'est nécessairement liée à la création d'un statut à part entière, mais se concrétiserait plutôt par une évolution du champ d'application de notre droit du travail, afin de pouvoir l'ouvrir à toutes les formes de travail. Enfin nous avons proposé quelques éléments d'amélioration en termes de droit social, qu'il s'agisse de droits fondamentaux ou d'élargissement de l'accès à la protection sociale. Un tel processus devra être évolutif, mais aussi participatif, il se doit donc d'intégrer à la fois les milieux économiques et les acteurs sociaux.

⁴⁸⁷ DE LA FUENTE/FISCHER para. 48 et ss.

V. CONCLUSION

La notion de reconnaissance qui a été au cœur de notre problématique recèle plusieurs significations. C'est bien entendu l'action d'identifier correctement une personne – ou une chose –, c'est aussi le fait de reconnaître officiellement cette personne ou cette chose comme vraie. C'est enfin de lui accorder un caractère légitime. En cela le terme inclut une vertu de certification qui va au-delà de la vérification. Derrière le sens du mot reconnaissance, il y a également la notion d'exploration, qui nous a poussés vers des chemins qui seront peut-être plus difficiles à concrétiser. Nous y voyons enfin un aveu, celui de la difficulté de chaque époque à identifier un phénomène émergeant dans sa pleine dimension.

Nous avons exploré la notion d'indépendant, leurs aspirations, leurs droits. Pour refermer cette étude, nous souhaitons revenir sur le sens que lui donne le dictionnaire⁴⁸⁸. Il s'agit tout d'abord de celui qui ne compte sur personne, il est en cela libre, autonome, non conformiste voir individualiste ; il est son propre maître, souverain de ses idées. Mais il est aussi celui non relié, distinct et séparé des autres, cela a toujours été posé comme le prix à payer pour sa liberté, décision assumée, car on suppose qu'il en a fait le choix et qu'il doit en assumer la responsabilité. Mais nous avons vu qu'il s'agit souvent là d'un préjugé souvent inexact.

À dessein nous avons utilisé en titre le terme « nouveaux » pour les indépendants que nous entendions étudier. Nous souhaitons par là souligner non seulement la dimension inédite du travail de plateforme, mais aussi la métamorphose, le glissement qui s'opère en sa défaveur dans le rapport de pouvoir qui le relie à ses donneurs d'ordre. Cela marque également le caractère temporellement récent du phénomène, même si selon les constats de Charles Gide la principale caractéristique du « nouveau » travail indépendant à savoir le risque de précarisation, bien que sous une forme différente, était déjà présente au début du siècle précédent. Cela dénote enfin le côté « en vogue » du questionnement autour de l'encadrement du travail de plateforme.

Mais notre étude nous a également fait découvrir un nouvel espace, sorte de « continent inconnu », celui de la transformation des formes d'interaction entre les personnes morales et les personnes physiques qui les font vivre. Un paradigme dans lequel les sociétés revendiquent leur propre définition de la liberté économique, celle de la mondialisation, incluant un droit d'aller et de venir, de s'installer où elles le souhaitent, le droit à l'égalité face aux discriminations qu'elles subissent en matière de concurrence en raison de leur nationalité. Elles font en quelque sorte leur propre révolution. Ainsi il n'y aurait plus une seule liberté économique, mais bien deux, celle des personnes morales que les États ont du mal à canaliser, et celle des personnes physiques, dans sa définition classique, qui a des difficultés à prendre son essor. Ce « Nouveau Monde » se confronte à celui sur lequel toute notre société contemporaine s'est construite, reposant sur une dichotomie bien établie entre les entrepreneurs d'une part, patrons en puissance, et les salariés de l'autre. Or, dans les schémas observés, l'indépendant, bien que n'étant plus salarié, ne devient pas véritablement un dirigeant d'entreprise pour autant. Ainsi pour répondre à l'évolution de la liberté économique nous nous devons d'apporter des modifications à notre façon d'appréhender les droits sociaux.

Pour produire une synthèse spécifique sur « l'ubérisation du travail », nous retenons de nombreux critères qui selon nous empêchent de qualifier les chauffeurs Uber d'indépendants. Le schéma développé par Uber vise à optimiser le modèle d'affaires d'Uber, son chiffre d'affaires, sa notoriété, rien n'est mis en place pour permettre aux chauffeurs de développer leur propre clientèle, leur permettre d'apporter une plus-value à leur activité par leur travail. Ils sont donc condamnés à rester des travailleurs pauvres, supervisés par un logiciel, dont l'autonomie est subordonnée au besoin de survie. Bien qu'il soit difficile de généraliser, tant les modèles de plateforme sont variés, le terme de « travailleurs indépendants économiquement dépendants » nous semblerait approprié pour qualifier cette catégorie de nouveaux employés, qui se retrouve derrière

⁴⁸⁸ Le Petit Robert de la langue française 2013, Le Robert, Paris, 2012.

des aspirations et des difficultés communes. Souvent derrière leur décision d'entrepreneuriat se cache une volonté, un « choix contraint » de s'affranchir des échecs du modèle salarial. Une requalification du contrat de service en contrat de travail semble donc difficilement pouvoir être étendue systématiquement à toutes les plateformes et n'apporterait pas nécessairement de réponse aux problématiques de tous les indépendants. Par ailleurs, il est fort à parier que les plateformes trouveraient des subterfuges juridiques pour contourner la qualification.

Le concept d'un statut spécifique, déjà mis en place dans plusieurs pays, n'emporte toutefois pas notre conviction quant à son efficacité pour atteindre l'objectif de reconnaissance que nous nous sommes fixé. Au contraire, il risque d'entraîner des effets pervers en créant une sous-catégorie d'emplois précaires, tout autant que de passer à côté de l'objectif de répondre aux attentes de cette population hétérogène.

Il s'agit donc non seulement de mettre en place une protection sociale qui ne soit pas liée au statut d'indépendant, mais plutôt à l'activité elle-même. Un régime « incontournable », peu importe le lieu du siège social de la plateforme, qui s'impose tant qu'une véritable indépendance économique n'est pas atteinte, afin d'inciter la plateforme à développer un savoir-faire dans l'intention de permettre aux clients et aux chauffeurs de tisser de véritables relations de clientèle. Cette idée, qui fonctionne dans les contrats de franchise, peut tout à fait être reproduite par Uber : modification de l'algorithme, mise en place des fonctionnalités permettant aux clients de se créer des favoris pour les chauffeurs qu'ils estiment les plus méritants, d'identifier leurs véhicules par une couleur spécifique sur l'application, de commander une course à l'avance... Autant d'options qualitatives qui favoriseraient un véritable développement des *microbusiness* pour les chauffeurs, et permettraient ainsi un partage équitable « responsable » du succès entre Uber et sa main-d'œuvre.

Or, c'est justement ce qui fait défaut dans le schéma d'Uber : une écoute des besoins réels des chauffeurs, une volonté de les fidéliser et de les associer à sa réussite. À ce stade de la réflexion, le partenariat social et la représentation collective, associés, sous des formes éventuellement nouvelles, au travail des nouveaux indépendants nous semblent être une urgence parmi les urgences. Pour la première fois en Europe, une convention collective de travail a pu être mise en place pour les coursiers à vélo suisses, après qu'ils aient obtenu un statut de salarié⁴⁸⁹. Un code de conduite a été signé entre Syndicom et la plateforme de *crowd work* Mila⁴⁹⁰. Mais les nouveaux indépendants devraient, pour véritablement sortir de leur zone grise, pouvoir bénéficier de plus de protection qu'une charte ou un code de conduite.

Cela implique enfin de la part de la plateforme la volonté de dépasser ses concurrents par la qualité, plutôt que de tenter de les éliminer en spéculant sur un modèle d'affaires déficitaire, à coup de levées de fonds. Peut-être l'âge de raison des plateformes passera-t-il par un certain retour à une forme plus participative, et vertueuse de développement. À l'inverse, l'idée même d'une telle maturité économique est-elle peut-être totalement utopique, auquel cas il revient logiquement à l'État de prendre le relais afin d'imposer une pérennité à ce système, qui représente un avenir pour une part croissante de la population.

Malheureusement, le schéma d'affaires d'Uber pourrait presque paraître comme finalement plutôt traditionaliste en comparaison des plateformes de microtâches, véritables « Germinal » des temps modernes⁴⁹¹, qui nous rappellent que notre sujet, loin d'être un cas d'école, n'en est qu'à ses prémices. Il faut y voir une possibilité de croissance substantielle pour notre économie, qu'une réponse sociale,

489 Première convention collective de travail en Europe pour les coursiers à vélo, 4 février 2019, www.syndicom.ch.

⁴⁹⁰Un Code of Conduct est conclu avec la plateforme numérique de crowdwork Mila, www.syndicom.ch/fr, 13 février 2019 accessible à l'adresse suivante : <https://syndicom.ch/fr/actuel/article/un-code-of-conduct-est-conclu-avec-la-plateforme-numerique-de-crowdwork-mila/>.

⁴⁹¹ Selon le titre de l'article de Rachida EL AZZOUZI *Germinal au pays des plateformes numériques ?*, www.mediapart.fr, 19 décembre 2016.

concertée, d'envergure, se doit rapidement de soutenir. En matière de protection sociale, l'un des devoirs fondamentaux de l'État est de donner confiance à l'ensemble de la population quant à la pérennité du système, tout en l'adaptant par des réformes progressives aux évolutions des risques sociaux, démographiques et économiques⁴⁹². La capacité à réformer sans générer d'insécurité constitue donc un enjeu capital. Il s'agit là d'un défi, dont nos gouvernants ont conscience⁴⁹³ et que, souhaitons-le, ils sauront relever. Nous terminerons donc en leur adressant cette citation de Paolo Coelho : « Sur le Chemin, comme dans la vie, la sagesse n'a de valeur que si elle peut aider l'homme à vaincre un obstacle ».

Neuchâtel, le 25 mars 2019

⁴⁹² LIBAULT, p.77-78.

⁴⁹³ CF, *Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail*.