

C
E
R
T

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Jean-Philippe Dunand | Anne-Sylvie Dupont
Werner Gloor | Anne-Laurence Graf
Florence Guillaume | Pascal Mahon
Geneviève Ordolli | Christine Sattiva Spring
Aurélien Witzig | Roxane Zappella

Les aspects internationaux du droit du travail



Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éds)

Jean-Philippe Dunand | Anne-Sylvie Dupont
Werner Gloor | Anne-Laurence Graf
Florence Guillaume | Pascal Mahon
Geneviève Ordolli | Christine Sattiva Spring
Aurélien Witzig | Roxane Zappella

Les aspects internationaux du droit du travail



Schulthess § 2019
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage : JEAN-PHILIPPE DUNAND, PASCAL MAHON (éds), *Les aspects internationaux du droit du travail*, « Collection CERT », Genève / Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8699-8

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles ;
téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47 ; courriel : patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : la Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Table des matières

Table des abréviations.....	IX
-----------------------------	----

Première partie : Accès au marché suisse du travail

L'accès des ressortissants étrangers au marché du travail suisse.....	1
---	---

Geneviève Ordolli

Docteure en droit, Fédération des Entreprises Romandes Genève

L'accès au marché suisse du travail par les personnes du domaine de l'asile : mises en perspective.....	31
---	----

Anne-Laurence Graf

Docteure en droit, collaboratrice scientifique au Centre suisse de compétence pour les droits humains, Université de Neuchâtel

Deuxième partie : Normes internationales et droits humains

La portée du droit de l'Organisation internationale du travail en Suisse (1919-2019).....	57
---	----

Jean-Philippe Dunand

Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit du travail.....	105
--	-----

Pascal Mahon

Docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel

L'impact du droit international sur le droit de l'égalité des sexes dans les relations de travail en Suisse.....	129
--	-----

Christine Sattiva Spring

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours à l'Université de Lausanne

Les Etats employeurs et les litiges de travail en Suisse 149

Werner Gloor

Avocat, juge suppléant à la Cour de Justice de Genève, Président
à la Chambre des prud'hommes

Troisième partie : Droit international privé

Le contrat de travail international : règles de droit international privé et plateformes numériques 193

Florence Guillaume

Docteure en droit, avocate, professeure à l'Université de Neuchâtel

Quatrième partie : Droit de l'Union européenne

Influences du droit de l'Union européenne sur le droit du travail suisse 261

Aurélien Witzig

Docteur en droit, avocat, chargé d'enseignement aux Universités de Neuchâtel et Genève, chargé de cours à l'Université de Fribourg

Les règles européennes de coordination des régimes de sécurité sociale à l'épreuve des nouvelles formes de travail 291

Anne-Sylvie Dupont

Docteure en droit, avocate, professeure aux Universités de Neuchâtel et Genève

Le paiement du salaire en euros 323

Roxane Zappella

Juriste, ancienne vice-présidente du Tribunal de prud'hommes de Lausanne, brevet fédéral de spécialiste en assurances sociales, Fédération des Entreprises Romandes Neuchâtel

Les règles européennes de coordination des régimes de sécurité sociale à l'épreuve des nouvelles formes de travail

Sommaire	Page
I. Introduction	292
II. La coordination de la sécurité sociale des personnes exerçant une activité professionnelle	292
A. Le champ d'application des règles de coordination	294
B. Les règles de coordination	295
1. La règle	295
2. Les exceptions	296
a) Les travailleuses et les travailleurs détachés	296
b) L'exercice d'une activité lucrative dans plusieurs Etats membres	297
aa) Les critères de rattachement	297
bb) La procédure	299
III. Quelques nouvelles formes de travail	300
A. Le travail pour les plateformes numériques	301
B. Le télétravail (« <i>home office</i> »)	302
C. La pluriactivité (« <i>slashing</i> »)	302
IV. La libre circulation mise à mal ?	303
A. L'exercice d'une ou de plusieurs activités lucratives dans un seul Etat	304
B. L'exercice d'une ou de plusieurs activités lucratives dans plusieurs Etats différents	305
1. La qualification de l'activité des travailleurs de plateformes	306
a) Problématique	306
b) Pistes de réflexion	310
2. Le cas du travail à distance (« <i>home office</i> »)	314
3. La pluriactivité (« <i>slashing</i> »)	318

* L'auteure remercie Mme Aline Duruz, BLaw, assistante-étudiante à la Faculté de droit de Neuchâtel, pour son précieux soutien à la documentation et à la rédaction de cette contribution. Elle remercie également Mme Délia Girod, MLaw, avocate, assistante-doctorante à la Faculté de droit de Genève, Me Muriel Vautier Eigenmann, Dr iur, avocate spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances, et Me Aurélien Witzig, Dr iur, avocat, chargé d'enseignement aux Facultés de droit de Genève et Neuchâtel, pour leurs remarques bienveillantes.

V. Conclusion	320
Bibliographie	321

I. Introduction

Depuis l'entrée en vigueur des accords bilatéraux conclus entre la Suisse et l'Union européenne, le principe de la libre circulation des personnes, consacré dans l'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes (ALCP¹), commande notamment que l'on coordonne l'intervention des législations étatiques traitant de sécurité sociale. En effet, les conséquences désagréables d'une application parallèle de deux droits nationaux – ou davantage encore – à un même état de fait, comme l'obligation de payer des cotisations sociales à double ou encore l'insécurité juridique découlant d'une affiliation à la sécurité sociale dans plusieurs Etats, sont perçues comme autant de limitations à la libre circulation.

Les règles de coordination actuellement applicables se réfèrent à une organisation traditionnelle de la société et du monde du travail, faisant la part belle à la notion de résidence et à l'exercice d'une unique activité lucrative, salariée ou indépendante (II). L'apparition de nouvelles formes de travail (III), brouillant notamment la délimitation entre activité salariée et indépendante, confronte ces règles de coordination à la pertinence des schémas sur lesquels elles sont construites (IV).

L'issue de cette confrontation est naturellement essentielle si l'on veut prendre la mesure de l'entrave que les nouvelles formes de travail représentent ou non pour la libre circulation des personnes.

II. La coordination de la sécurité sociale des personnes exerçant une activité professionnelle

Par principe, la sécurité sociale d'une personne est soumise au droit national de l'Etat dans lequel l'état de fait pertinent (le domicile ou l'exercice d'une activité lucrative par exemple) se réalise. De l'application du principe de la territorialité découle possiblement, en cas d'état de fait transfrontière, l'application de deux législations nationales. Pour peu que ces législations reposent sur ces principes différents, la personne qui partage sa vie

¹ RS 0.142.112.681. L'ALCP est entré en vigueur au 1^{er} juin 2002.

entre plusieurs Etats verra sa protection sociale soumise à plusieurs droits nationaux. Ainsi, une personne qui vit dans un pays qui, par exemple, prévoit l'affiliation au système général de pensions pour les personnes domiciliées dans ce pays², bénéficiera d'une protection dans son Etat de résidence. Si cette personne exerce une activité lucrative dans un pays qui prévoit l'affiliation au même régime de sécurité sociale pour les personnes qui y travaillent³, elle sera également affiliée au régime général de pensions dans son Etat de travail. Autrement dit, elle jouira d'une double affiliation ; loin d'être un avantage, cette double protection sera sans doute synonyme d'une double obligation de verser des cotisations et peut faire obstacle à la perception des prestations, si celle-ci est réservée aux personnes ayant un domicile dans le pays qui doit servir la rente⁴. En outre, en tant que personne de nationalité étrangère, la travailleuse ou le travailleur peut être soumis à des conditions d'assurance différentes des ressortissants de l'Etat en question⁵.

L'objectif des conventions de sécurité sociale est précisément de remédier à ces difficultés en posant, pour tout ou partie de la protection sociale offerte par les Etats contractants, des règles de coordination, à commencer par l'interdiction de la discrimination, par les autorités d'un Etat, des ressortissants de l'autre Etat. C'est dans ce même état d'esprit que l'ALCP prévoit l'obligation, pour les parties contractantes, de régler la coordination des systèmes de sécurité sociale dans le but, notamment, d'assurer l'égalité de traitement entre les personnes exerçant leur droit à la libre circulation et de permettre de déterminer la législation applicable⁶. Conformément à l'annexe II à l'ALCP⁷, la coordination des systèmes de sécurité sociale est assurée par plusieurs actes juridiques de l'Union européenne, dont, principalement, le Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale⁸ et le Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004⁹.

Le champ d'application de ces règlements mérite d'être précisé (A), avant d'examiner les règles qu'ils formulent pour coordonner la sécurité sociale des personnes qui exercent une activité lucrative et dont la situation présente des caractéristiques internationales (B).

² C'est le cas de la Suisse (cf. art. 1a al. 1 let. a de la Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS ; RS 831.10]).

³ C'est également le cas de la Suisse (cf. art. 1a al. 1 let. b LAVS).

⁴ Pour la Suisse, cf. art. 18 al. 2 LAVS et art. 29 al. 4 de la Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20).

⁵ Pour un exemple helvétique, cf. art. 1a al. 1 let. c LAVS.

⁶ Cf. art. 8 ALCP.

⁷ Cf. art. 1 de l'annexe II à l'ALCP.

⁸ RS 0.831.109.268.1.

⁹ RS 0.831.109.268.11.

A. Le champ d'application des règles de coordination

D'un point de vue matériel, les règles de coordination s'appliquent aux branches de la sécurité sociale qui concernent les prestations en cas de maladie, de maternité et de paternité, d'invalidité, de vieillesse, d'accidents du travail et de maladies professionnelles, de décès, de chômage et de préretraite, ainsi que les prestations familiales¹⁰. Pour la Suisse, elles ont ainsi vocation à s'appliquer à toutes les assurances sociales, étant précisé qu'il est admis que les prestations en cas d'accident non professionnel, qui présentent la particularité, en Suisse, d'être incluses dans le régime de l'assurance-accidents, tombent également dans le champ d'application du Règlement (CE) n° 883/2004¹¹.

Il est également prévu que le Règlement (CE) n° 883/2004 s'applique aux régimes de sécurité sociale généraux et spéciaux, soumis ou non à cotisations¹², et concerne toutes les prestations, y compris les prestations en espèces à caractère non contributif¹³. Pour ces dernières, les règles européennes de coordination prévoient des dispositions particulières, excluant notamment leur exportation en dehors du pays qui les sert. La Suisse a porté sur la liste des prestations devant être qualifiées comme telles¹⁴ les prestations complémentaires, les rentes pour cas pénibles de l'assurance-invalidité, les prestations non contributives de l'assurance-chômage et les rentes extraordinaires de l'assurance-invalidité¹⁵. Il est admis que les allocations pour impotent de l'assurance-invalidité sont également des prestations à caractère non contributif, en application de l'art. 70 ch. 2 let. a/ii¹⁶, de même que les allocations pour impotent de l'assurance-vieillesse et survivants¹⁷.

Sous l'angle du champ d'application personnel, les règles européennes de coordination s'appliquent, principalement, aux ressortissantes et aux ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou de la Suisse qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants¹⁸.

¹⁰ Cf. art. 3 ch. 1 R (CE) n° 883/2004.

¹¹ KAHIL-WOLFF, *Coordination européenne*, p. 200.

¹² Cf. art. 3 ch. 2 R (CE) n° 883/2004. En Suisse, l'assurance militaire n'est pas financée par le biais de cotisations, à l'exception des cotisations prélevées sur la solde des militaires de carrière (cf. art. 66a et 82 de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire [LAM ; RS 833.1]).

¹³ Art. 3 ch. 3 R (CE) n° 883/2004.

¹⁴ Cf. art. 70 ch. 2 let. c R (CE) n° 883/2004.

¹⁵ Cf. annexe X au R (CE) n° 883/2004 (Suisse).

¹⁶ Cf. ATF 142 V 2, c. 6.

¹⁷ ATF 132 V 423. En revanche, les rentes extraordinaires de l'assurance-vieillesse et survivants sont exportables (ATF 130 V 145).

¹⁸ Cf. art. 2 ch. 1 R (CE) n° 883/2004. La Suisse n'a pas repris le Règlement (CE) n° 1231/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010, qui étend le champ d'application du

La notion de membre de la famille est définie en priorité par le droit national ; à défaut, le Règlement (CE) n° 883/2004 propose une définition subsidiaire qui qualifie comme tel le conjoint, les enfants mineurs et les enfants majeurs à charge¹⁹.

B. Les règles de coordination

Bien que les règles européennes de coordination énoncées par le Règlement (CE) n° 883/2004 aient vocation à s'appliquer à toute personne qui fait valoir son droit à la libre circulation au sein de l'Union européenne ou entre ses Etats membres et la Suisse, indépendamment de l'exercice ou non d'une activité professionnelle, nous limiterons notre exposé, compte tenu de son sujet, à la situation des travailleurs et des travailleuses.

En dépit de l'impression de simplicité qui se dégage de la règle générale qui leur est applicable (1), la réalité s'avère plus complexe dès que leur situation s'écarte de la norme postulée par le législateur européen (2). Dans tous les cas, l'objectif poursuivi est de soumettre au droit d'un seul Etat membre la sécurité sociale du travailleur ou de la travailleuse qui exerce son droit à la libre circulation²⁰.

1. La règle

Conformément à l'art. 11 ch. 3 let. a du Règlement (CE) n° 883/2004, les personnes qui exercent une activité lucrative dans un Etat membre²¹ sont soumises à la législation de cet Etat (*lex loci laboris*). Cette règle s'applique indépendamment de la nature de l'activité lucrative, salariée ou non salariée²².

Ainsi, la personne qui réside dans un Etat et exerce une activité lucrative dans un autre Etat est affiliée à la sécurité sociale de l'Etat dans lequel elle travaille. Une double affiliation dans son Etat de résidence n'est en principe pas possible, à moins que le droit interne de l'Etat concerné ne le prévoie. Par exemple, une personne domiciliée en Suisse et travaillant dans un pays de l'Union européenne dont le régime de pensions lui paraît

Règlement (CE) n° 883/2004, à certaines conditions, à des non-ressortissants. Le Tribunal fédéral a confirmé à plusieurs reprises que ce règlement ne s'applique pas pour la Suisse (ATF 143 V 81 ; ATF 141 V 521).

¹⁹ Cf. art. 1 let. i R (CE) n° 883/2004.

²⁰ Cf. art. 11 ch. 1 R (CE) n° 883/2004.

²¹ Pour la suite de cette contribution, la mention de l'« Etat membre » doit être comprise comme désignant à la fois les Etats membres de l'Union européenne et la Suisse.

²² Les fonctionnaires et les chômeurs bénéficient de critères de rattachement *ad hoc*, qu'il n'y a pas lieu de développer davantage dans cette contribution (cf. art. 11 ch. 3 let. b et c R [CE] n° 883/2004).

insuffisant peut adhérer à l'assurance-vieillesse et survivants en Suisse²³, à charge pour elle de s'acquitter des cotisations afférentes à cette affiliation.

Dans le contexte du Règlement (CE) n° 883/2004, les personnes qui résident dans un Etat et travaillent dans un autre Etat sont qualifiées de « frontalières » si elles retournent chez elle chaque jour, ou au moins une fois par semaine²⁴. Il n'est ainsi pas nécessaire, pour revêtir la qualité de travailleur frontalier ou de travailleuse frontalière, de résider dans un Etat adjacent à celui dans lequel on travaille, encore moins de vivre à une certaine distance de la frontière²⁵.

En dérogation au principe de l'unicité du droit applicable, postulé à l'art. 11 ch. 1 du Règlement (CE) n° 883/2004, les travailleurs frontaliers et les travailleuses frontalières qui résident dans l'un des Etats membres de l'Union européenne adjacents à la Suisse, à savoir la France, l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie, ont la possibilité de conserver leur couverture pour le risque maladie dans leur Etat de résidence (*droit d'option*). A cette fin, ils doivent en faire la demande dans les trois mois qui suivent leur prise d'emploi en Suisse et prouver qu'ils bénéficient d'une couverture en cas de maladie dans leur Etat de résidence²⁶. L'exercice de son droit d'option par le travailleur frontalier ou la travailleuse frontalière vaut pour l'ensemble de la famille résidant dans le même Etat²⁷.

2. Les exceptions

Le Règlement (CE) n° 883/2004 prévoit un certain nombre d'exceptions au principe la *lex loci laboris* énoncé à son art. 11 ch. 3. Les principales d'entre elles concernent les travailleuses et les travailleurs détachés (a) ainsi que les personnes exerçant une activité lucrative dans plusieurs Etats membres (b).

a) Les travailleuses et les travailleurs détachés

Conformément à l'art. 12 ch. 1 du Règlement (CE) n° 883/2004, la personne qui exerce une activité salariée dans un Etat membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son

²³ Cf. art. 1a al. 4 let. a LAVS et 5d ss du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS ; RS 831.101). Cette possibilité est expressément autorisée par l'art. 14 ch. 3 R (CE) n° 883/2004.

²⁴ Cf. art. 1 let. f R (CE) n° 883/2004.

²⁵ En Suisse, la qualité de frontalier en droit fiscal impose que le lieu de domicile et le lieu de travail se trouvent dans les « zones frontalières » définies par les conventions conclues entre les pays limitrophes (PEDROLI, N 9 *ad* art. 83 LIFD).

²⁶ Cf. annexe XI à l'ALCP, Suisse, ch. 3 let. b.

²⁷ Cf. annexe XI à l'ALCP, Suisse, ch. 3 let. b/bb.

compte dans un autre Etat membre, demeure soumise à la législation du premier Etat membre. Il faut cependant que la durée prévisible de ce travail n'exécède par deux ans, et que la personne concernée ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne détachée.

La personne qui exerce une activité indépendante peut également, pour une durée qui n'excédera pas non plus deux ans, partir exercer une activité semblable dans un autre Etat membre et demeurer soumise à la législation du premier Etat membre²⁸. Elle doit alors, pendant toute la période d'activité temporaire dans un autre Etat membre, continuer à remplir dans l'Etat membre où elle est établie les conditions pour la poursuite de son activité de manière à pouvoir reprendre celle-ci à son retour²⁹.

L'employeur, respectivement la personne assurée elle-même, doit informer, en principe avant le début du détachement, l'institution compétente de l'Etat membre dont la législation est applicable, autrement dit celle de l'Etat dans lequel l'activité est exercée avant le détachement. Celle-ci doit alors remettre à la personne assurée un formulaire ad hoc, et informer l'institution compétente de l'Etat dans lequel elle est détachée sur les prescriptions légales qui lui sont applicables³⁰.

b) L'exercice d'une activité lucrative dans plusieurs Etats membres

L'application de la *lex loci laboris* est mise en échec lorsqu'une personne exerce une activité lucrative dans plusieurs Etats membres. Dans cette hypothèse, l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 prévoit des critères de rattachement en cascade (aa), et l'art. 16 du Règlement (CE) n° 987/2009 la procédure à suivre (bb).

aa) Les critères de rattachement

Déterminer le droit applicable à la sécurité sociale d'une personne qui exerce une activité lucrative – voire plusieurs activités – dans plusieurs Etats membres commande de suivre avec précision le raisonnement adopté par le législateur européen à l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004, cette disposition s'avérant souvent difficile à décortiquer.

La première étape consiste à s'interroger sur la nature de l'activité exercée. Si la personne concernée exerce à la fois une activité salariée et une activité indépendante, le rattachement au droit de l'Etat dans lequel elle exerce l'activité salariée l'emportera systématiquement³¹.

²⁸ Art. 12 ch. 2 R (CE) n° 883/2004.

²⁹ Art. 14 ch. 3 R (CE) n° 987/2009.

³⁰ Cf. art. 15 ch. 1 R (CE) n° 987/2009.

³¹ Cf. art. 13 ch. 3 R (CE) n° 883/2004.

Si les activités exercées sont de même nature, il s'agit, dans un deuxième temps, de vérifier si l'une d'elle est exercée dans l'Etat de résidence de la travailleuse ou du travailleur. Si tel est le cas, il convient alors d'examiner si une partie substantielle de l'activité est exercée dans cet Etat³². Cette condition est remplie si une part quantitativement importante de l'ensemble des activités de la personne concernée est réalisée dans l'Etat de résidence, sans qu'il s'agisse nécessairement d'une part prépondérante³³. Pour évaluer si cette condition est remplie ou non, il convient de tenir compte, en cas d'activité salariée, du temps de travail et/ou de la rémunération ; en cas d'activité indépendante, on tient compte du chiffre d'affaires, du temps de travail, du nombre de services prestés et/ou du revenu³⁴. Il est admis que l'exercice d'un quart des activités (25%) dans un Etat donné représente une part substantielle de l'activité³⁵.

Par exemple, une personne résidant en Espagne qui, pour le compte du même employeur dont le siège est au Portugal, travaille deux jours par semaine en Espagne et trois jours par semaine au Portugal effectue une part substantielle de ses activités (40%) dans son Etat de résidence. Ce n'est pas le cas s'il travaille un seul jour par semaine en Espagne (20%)³⁶.

Si la travailleuse ou le travailleur n'exerce pas d'activité dans l'Etat dans lequel elle ou il réside, ou alors une part de son activité qui n'est pas prépondérante, l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 prévoit les critères de rattachement suivants :

- le droit de l'Etat membre dans lequel l'employeur a son siège si, par hypothèse, une personne travaille pour le compte du même employeur dans deux ou plusieurs Etats différents³⁷ ;
- le droit de l'Etat membre dans lequel les différents employeurs de la personne employée ont un siège commun³⁸ ;
- le droit de l'Etat membre qui n'est pas celui de la résidence de la personne assurée, mais dans lequel l'un de ses employeurs a son siège, étant précisé que cette règle

³² Cf. art. 13 ch. 1 let. a R (CE) n° 883/2004.

³³ Cf. art. 14 ch. 8 R (CE) n° 987/2009.

³⁴ Cf. art. 14 ch. 8 let. a et b R (CE) n° 987/2009.

³⁵ Cf. art. 14 ch. 8, dernière phrase, R (CE) n° 987/2009. Sur la manière de calculer la part substantielle en cas d'activité à temps partiel, cf. Directives de l'OFAS sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (DAA), état au 1^{er} janvier 2019, N 2020.2 1/15 ss. Pour une discussion, cf. *infra* IV.B.2.

³⁶ Exemple inspiré du Guide pratique sur la législation applicable dans l'Union européenne (UE), dans l'Espace économique européen (EEE) et en Suisse édité par la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, 2013, p. 22.

³⁷ Cf. art. 13 ch. 1 let. b/i R (CE) n° 883/2004.

³⁸ Cf. art. 13 ch. 1 let. b/ii R (CE) n° 883/2004.

s'applique si la personne assurée exerce des activités dans deux Etats au moins dont l'un est aussi son état de résidence³⁹ ;

- le droit de l'Etat membre de résidence si la personne exerce des activités pour deux employeurs qui ont leur siège social dans différents Etats membres autres que l'Etat de résidence⁴⁰.

Les personnes de condition indépendante qui exercent une activité non salariée dans deux ou plusieurs Etats membres sont, selon la même logique, soumises à la législation de l'Etat dans lequel elles résident si elles y exercent une part substantielle de leurs activités, ou, si elles n'exercent pas une part substantielle de leurs activités dans l'Etat de résidence, au droit de l'Etat membre dans lequel se situe le centre d'intérêt de leurs activités⁴¹. Pour en juger, l'on doit tenir compte de l'ensemble des éléments, notamment le lieu où se trouve le siège fixe et permanent des activités, leur caractère habituel et leur durée, le nombre de services prestés ainsi que la volonté de la personne assurée⁴². Comme pour l'activité salariée, on estime qu'une part substantielle de l'activité est exercée dans l'Etat de résidence si, en tenant compte de l'ensemble de ces facteurs, au moins 25% de l'ensemble des activités sont exercées dans cet Etat⁴³.

bb) La procédure

L'application de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 suppose en tout premier lieu que les autorités de sécurité sociale des différents Etats soient informées de ce qu'un état de fait entraînant des besoins particuliers en termes de coordination est réalisé. La responsabilité de l'information incombe à la personne assurée, qui doit exposer sa situation auprès de l'institution désignée par l'autorité compétente dans son Etat de résidence⁴⁴. En Suisse, il s'agit de la caisse de compensation de son canton de domicile⁴⁵.

Cette institution est chargée d'examiner les conditions formulées par l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 et de procéder à la détermination initiale du droit applicable à la situation de la personne assurée. Cette première décision est provisoire et doit être communiquée aux institutions compétentes des différents Etats membres dans lesquels des activités sont exercées⁴⁶. Sauf avis contraire de leur part, la décision devient définitive

³⁹ Cf. art. 13 ch. 1 let. b/iii R (CE) n° 883/2004.

⁴⁰ Cf. art. 13 ch. 1 let. b/iv R (CE) n° 883/2004.

⁴¹ Cf. art. 13 ch. 2 R (CE) n° 883/2004.

⁴² Cf. art. 14 ch. 9 R (CE) n° 987/2009.

⁴³ Pour un exemple, cf. CA, Guide pratique (note 36), p. 41.

⁴⁴ Cf. art. 16 ch. 1 R (CE) n° 987/2009.

⁴⁵ Directives de l'OFAS sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (DAA), état au 1^{er} janvier 2019, N 2054.

⁴⁶ Cf. art. 16 ch. 2 R (CE) n° 987/2009.

deux mois après sa notification⁴⁷. Le Règlement (CE) n° 987/2009 prévoit une procédure de conciliation en cas de divergences entre les Etats membres. Il leur est ainsi possible, en cas d'incertitude, de déterminer la législation applicable d'un commun accord. A défaut d'entente, ils doivent rechercher un accord et, cas échéant, saisiront la commission administrative qui s'efforcera, dans un délai de six mois, de concilier les points de vue⁴⁸.

Pendant la durée du différend, le droit applicable à la sécurité sociale de la personne qui exerce son droit à la libre circulation est déterminé selon l'ordre de priorité fixé à l'art. 6 du Règlement (CE) n° 987/2009. Dans les constellations qui nous intéressent ici, il s'agira prioritairement de la législation de l'Etat membre de résidence, subsidiairement de la législation de l'Etat membre dont l'application a été demandée en premier lieu⁴⁹. S'il est établi, *a posteriori*, que le droit applicable n'est pas celui qui avait été désigné à titre provisoire, la compétence de l'institution reconnue est établie rétroactivement, au plus tard à partir de la date d'affiliation provisoire⁵⁰.

III. Quelques nouvelles formes de travail

Le début du 21^e siècle a été marqué par l'apparition de nouvelles formes de travail et d'organisation du travail, à la faveur de la numérisation de l'industrie caractérisant la quatrième révolution industrielle, dite également révolution numérique ou « Révolution 4.0 »⁵¹. D'autres facteurs, comme certaines évolutions de la société⁵², favorisent également la mutation des carrières professionnelles qui, de monolithiques et linéaires, deviennent toujours davantage plurielles et exponentielles.

Parmi les nouvelles manières d'exercer une activité lucrative, nous en avons identifié trois qui, dans le contexte de l'application des règles européennes de coordination, nous semblent susceptibles de soulever des questions pratiques, respectivement d'entraîner des difficultés qui n'ont pas été envisagées par le législateur européen, ou qui, à tout le moins, ne reçoivent pas, en l'état actuel du droit, de solution satisfaisante sous l'angle de la sécurité et de la prévisibilité du droit.

⁴⁷ Cf. art. 16 ch. 3 R (CE) n° 987/2009.

⁴⁸ Cf. art. 6 ch. 3 R (CE) n° 987/2009, applicable par renvoi de l'art. 16 ch. 4 R (CE) n° 987/2009.

⁴⁹ Cf. art. 6 ch. 1 let. b et c R (CE) n° 987/2009.

⁵⁰ Cf. art. 6 ch. 4 R (CE) n° 987/2009.

⁵¹ Pour plus de détails sur ce phénomène en général, cf. Rapport du Conseil fédéral du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique, p. 14 ss ; MORIN, p. 65 ss.

⁵² Cf. Rapport du Conseil fédéral du 11 janvier 2017 (note 51), p. 10 ss ; BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES, Weissbuch : Arbeiten 4.0, Berlin 2017, p. 18 ss.

Naturellement, ces trois modes d'organisation sont susceptibles de se combiner entre eux, ce qui confère à notre étude une dimension exponentielle.

A. Le travail pour les plateformes numériques

Le travail de plateforme s'est infiltré dans la réflexion juridique européenne avec l'arrivée, de ce côté-ci de l'Atlantique, de la plateforme californienne Uber, qui offre, selon sa propre description, un service d'intermédiation entre des personnes souhaitant être véhiculées sur un trajet déterminé et des chauffeurs proposant leurs services à cet effet⁵³.

En soi, le modèle économique des plateformes recourt à un mécanisme de travail à la tâche, déjà bien connu et, souvent, intégré dans les législations nationales sur le contrat de travail⁵⁴. La particularité tient ici au fait que les tâches sont attribuées à tel ou tel chauffeur par un algorithme, en fonction de différents paramètres. Font notamment partie de ces paramètres les performances des chauffeurs, évaluées par leur clientèle, des performances médiocres signifiant automatiquement une attribution moins régulière de tâches, voire une exclusion de la plateforme⁵⁵.

Ce mode d'organisation du travail est en expansion, la société Uber ayant développé d'autres services, comme la livraison de nourriture (*Uber Eats*), et d'autres sociétés ayant également adopté ce modèle d'affaires (*Deliveroo* au Royaume-Uni, *Smood.ch* ou *2yourdoor* en Suisse, par exemple).

La principale difficulté de cette forme d'organisation du travail tient au floutage de la délimitation entre activité salariée et activité indépendante qu'elle entraîne⁵⁶. Il existe en effet un litige autour de la question de la qualification du contrat qui lie les prestataires de travail avec la plateforme qui leur confie du travail. Entre contrat de mandat et contrat de travail, contrat de courtage ou contrat d'agence, plusieurs interprétations sont débattues, sans qu'une réponse valable de manière générale pour toutes les plateformes ait été apportée à ce jour⁵⁷. Naturellement, cette question se pose pareillement dans tous les Etats

⁵³ Pour une description du phénomène, cf. « Quand les plates-formes bousculent le travail », par Florine Galéron, Sciences Humaines, novembre 2016. Cf. également WITZIG, RDS, p. 457 ss.

⁵⁴ Pour la Suisse, cf. art. 326 et 326a de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO ; RS 220).

⁵⁵ Cf. « The Truth About How Uber's App Manages Drivers », par Alex Rosenblat, Harvard Business Review, 6 avril 2016. Cf. également les conclusions de l'avocat général dans l'affaire CJUE, 11 mai 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi c/Uber Systems Spain SL*, C-434/15, N 12 ss et 39 ss (ECLI:EU:C:2017:364).

⁵⁶ Cf. ADLER/SALVI, p. 32 ; PÄRLI, Avis de droit, N 68 ss ; RIEMER-KAFKA/STUDER, p. 364 ss.

⁵⁷ Sur la question des relations contractuelles nouées par les travailleurs de plateforme, cf. WITZIG, RDS, p. 460 ss ; ZEIN, p. 713 ss ; PÄRLI, DTA, p. 243 ss ; PRASSL/RISAK, p. 1 ss.

dans lesquels ces plateformes déploient leurs activités, ce qui signifie, possiblement, des réponses différentes en fonction des ordres juridiques concernés.

B. Le télétravail (« *home office* »)

Le télétravail, ou travail à distance, est défini comme l'exercice d'une activité professionnelle en tout ou en partie à distance, c'est-à-dire en dehors du lieu où le résultat du travail est attendu, grâce aux technologies de l'information et de la communication⁵⁸. Il se peut que l'activité professionnelle soit déployée au domicile de la personne employée, auquel cas il peut être question de travail à domicile, ou *home office*, mais les tâches peuvent également être effectuées depuis un autre endroit, comme un espace de travail collaboratif ou un café.

Perçu comme un moyen de mieux concilier la vie familiale et l'activité professionnelle, mis en avant pour ses vertus écologiques du fait de l'économie de déplacements et nouvel indicateur d'une certaine qualité de vie⁵⁹, le télétravail est aujourd'hui proposé par de plus en plus d'employeurs. Il a pour effet de démultiplier les lieux dans lesquels la travailleuse ou le travailleur effectue les tâches qui lui sont confiées par son employeur. Dans un contexte international, cela peut avoir des effets importants sur leur couverture sociale et, du point de vue de l'employeur, sur ses obligations à ce sujet.

Outre les avantages ressentis par les travailleurs, le *home office* est parfois également souhaité par les employeurs, qui peuvent ainsi moduler l'occupation des locaux et les horaires de travail.

C. La pluriactivité (« *slashing* »)

La pluriactivité désigne le fait d'exercer parallèlement, pendant une même période temporelle de référence, en principe pendant une année civile, plusieurs activités lucratives. En soi, cette forme de travail n'est pas non plus nouvelle. En effet, de tout temps, des travailleuses et des travailleurs ont cumulé différentes activités, par exemple pour compenser l'absence momentanée d'ouvrage dans l'activité habituelle, ou encore en fonction des saisons.

Ce mode d'organisation de l'activité professionnelle était traditionnellement destiné aux gagne-petit, devant cumuler les emplois pour des raisons de nécessité économique. Depuis

⁵⁸ Cf. Conséquences juridiques du télétravail, Rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 (Meier-Schatz), p. 7 ss. Cf. également GEISER, p. 565.

⁵⁹ Cf. ROHNER/MAAS, p. 325.

le début des années 2000, il est également choisi par des personnes au bénéfice de qualifications professionnelles plus élevées qui, par convenue personnelle (organisation, épanouissement, développement de compétences multiples⁶⁰), optent pour des activités professionnelles plurielles. Ce phénomène est en forte expansion⁶¹, et l'on estime aujourd'hui que la majorité des personnes pluriactives le sont par choix, et non par contrainte⁶².

Dans un cas comme dans l'autre, diverses combinaisons sont possibles entre activités salariées et activités indépendantes avec, là encore, un risque de péjoration de la couverture sociale, en particulier dans un contexte international⁶³.

L'augmentation des cas de pluriactivité entraîne, logiquement, une plus grande probabilité de les voir se compliquer d'une dimension internationale et de convoquer autour d'eux diverses institutions compétentes aux opinions divergentes⁶⁴.

IV. La libre circulation mise à mal ?

Comme nous l'avons montré dans la première partie de cet article, les règles européennes de coordination des régimes de sécurité sociale sont organisées autour des catégories traditionnelles du monde professionnel. Elles distinguent ainsi, premièrement, entre l'exercice ou l'absence d'une activité lucrative⁶⁵, et, deuxièmement, principalement entre l'activité salariée et l'activité indépendante. Nous avons également mentionné que ces règles accordent aujourd'hui la prévalence, s'agissant de déterminer le droit applicable à la sécurité sociale d'une personne qui exerce une activité lucrative, au droit de l'Etat dans lequel cette activité est exercée. En cas d'activités multiples, d'autres critères de rattachement entrent en ligne de compte, notamment celui du lieu de résidence.

⁶⁰ Cf. ADLER/SALVI, p. 36.

⁶¹ Pour la Suisse, cf. ADLER/SALVI, p. 31.

⁶² Pour une analyse en France, cf. « Le *slashing*, phénomène de mode ou réelle transformation de nos modes de travail », par Audrey Liberge, in : xxe e-mag du 2 novembre 2017, <http://e-mag.xxe.fr/slashing> (consulté le 11 mars 2019). Cf. également « Le *slashing* est-il le futur du travail », par Garance Aymon, Entreprise Romande, 12 janvier 2017 ; « Ils ont plusieurs métiers : slashers, mode d'emploi », par Donald Hebert, L'Obs, 6 décembre 2015. Pour un ouvrage de référence en français, cf. BARBE MARIELLE, Profession slasher, Paris 2017.

⁶³ Cf. *infra* IV.B.3.

⁶⁴ Cf. *infra* II.B.2.b/bb.

⁶⁵ Sous l'empire du Règlement (CE) n° 1408/71, en vigueur jusqu'au 31 mars 2012, cette première distinction excluait l'application des règles européennes de coordination, réservées aux travailleurs et aux membres de leur famille.

Dans la deuxième partie de notre contribution, nous avons présenté les évolutions que connaît le monde du travail, en rappelant qu'elles s'inscrivent dans le contexte plus global de profondes mutations de l'organisation de la société et de ses valeurs. Ces changements ont pour effet d'estomper les frontières entre les catégories distinguées par les règles européennes de coordination, créant de nouvelles difficultés pour leur application en pratique, ou mettant en lumière certains problèmes préexistants, mais peu ou mal connus.

Il s'agit désormais d'examiner si, compte tenu des prémisses sur lesquelles reposent les règles européennes de coordination et des évolutions du monde du travail et de la société, les premières sont à même de remplir, à moyen et à plus long terme, l'objectif qui leur est assigné, à savoir la garantie de la libre circulation. A l'occasion de l'adoption du Règlement (CE) n° 883/2004, la Commission des Communautés européennes a en effet insisté sur le fait que « la législation communautaire en matière de sécurité sociale est une condition *sine qua non* de l'exercice du droit à la libre circulation des personnes », la liberté de circuler n'ayant de « valeur réelle et tangible » « que si les personnes qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté peuvent avoir l'assurance de ne pas être lésées dans leurs droits de sécurité sociale »⁶⁶.

Cet examen sera fait en deux temps, dès lors que les réflexions à conduire peuvent être différentes selon que la personne qui fait valoir son droit à la libre circulation exerce une ou plusieurs activités dans un seul Etat (A), ou, au contraire, dans plusieurs Etats différents (B).

A. L'exercice d'une ou de plusieurs activités lucratives dans un seul Etat

Dans une première constellation possible, le travailleur ou la travailleuse réside dans un Etat membre⁶⁷, et exerce une ou plusieurs activités lucratives dans un seul Etat membre autre que l'Etat de résidence.

Dans une telle situation, le droit applicable à la sécurité sociale de cette personne peut en principe⁶⁸ être aisément déterminé par l'application du principe de la *lex loci laboris* consacré à l'art. 11 ch. 3 let. a du Règlement (CE) n° 883/2004. Le nombre d'activités

⁶⁶ Proposition de Règlement (CE) du Conseil portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (présentée par la Commission), Bruxelles 1998, COM (1998) 779 final, 21 décembre 1998, p. 1. Cf. également PENNINGS, p. 67.

⁶⁷ Si cette personne réside dans le même Etat que celui dans lequel elle travaille, il n'y a, en principe, pas lieu d'appliquer les règles européennes de coordination, en l'absence d'un élément d'extranéité.

⁶⁸ Pour l'exception du détachement, cf. *supra* II.B.2.a.

exercées, cas échéant leur quotité respective, ou encore le nombre d'employeurs, n'est pas déterminant dans pareille constellation.

Dans ce contexte, les trois nouvelles formes de travail que nous avons décrites ci-dessus ne posent pas de problème particulier sous l'angle de la coordination. Il s'agira, pour les autorités compétentes de l'Etat membre désigné par la règle de conflit, de résoudre, en application des règles de droit interne, les difficultés soulevées par la qualification du statut des travailleuses et des travailleurs de plateforme, ou encore par le panachage d'activités lucratives de natures diverses. Le fait d'accomplir les tâches confiées par l'employeur hors des locaux de ce dernier, mais en demeurant sur le territoire de l'Etat membre sur lequel il se trouve, n'est pas un fait déterminant pour les autorités compétentes en matière de sécurité sociale, qui, en pratique, ne sont d'ailleurs en principe pas informées des modalités d'exécution du contrat de travail.

Dans l'hypothèse où une travailleuse ou un travailleur exercerait plusieurs activités parallèles dans un Etat membre et serait, pour l'une de ces activités, détaché dans un autre Etat membre, il n'y aurait pas davantage de difficultés dans la mesure où la figure du détachement⁶⁹ permet de conserver un rattachement au droit de la sécurité sociale de l'état d'origine⁷⁰.

B. L'exercice d'une ou de plusieurs activités lucratives dans plusieurs Etats différents

La situation est plus complexe lorsque la travailleuse ou le travailleur exerce une ou plusieurs activités lucratives sur le territoire de plusieurs Etats membres. Dans cette constellation, il faut tout d'abord se rappeler la règle maîtresse du Règlement (CE) n° 883/2004, qui commande le rattachement au droit de la sécurité sociale d'un seul Etat membre⁷¹. Ce rattachement vaut ensuite pour l'ensemble des activités, quel que soit l'Etat membre dans lequel elles sont exercées⁷².

Il faut ensuite avoir à l'esprit que l'identification du droit applicable concerne ici la seule question de la sécurité sociale, et obéit à d'autres règles que celles qui permettent de déterminer le droit applicable à la relation de travail⁷³. Il est donc possible que cette relation soit soumise au droit d'un Etat membre, alors que la travailleuse ou le travailleur est rattaché au droit de la sécurité sociale d'un autre Etat membre. Cette disruption n'est pas

⁶⁹ Cf. *supra* II.B.2.a.

⁷⁰ Cf. art. 12 R (CE) n° 883/2004.

⁷¹ Art. 11 ch. 1 R (CE) n° 883/2004. Cf. *supra* II.B.1.

⁷² Cf. CORNELISSEN/VAN LIMBERGHEN, p. 349 s.

⁷³ Sur cette question, cf. CORNELISSEN/VAN LIMBERGHEN, en particulier p. 380 ss.

sans conséquence, en premier lieu pour l'employeur, qui peut alors être amené à devoir s'acquitter de charges sociales prévues par un droit qu'il ne connaît pas, et en second lieu pour la travailleuse ou le travailleur, qui se trouve ainsi à devoir anticiper la question de son rattachement à la sécurité sociale afin de connaître ses droits et obligations, en particulier ses attentes en matière de prestations.

En d'autres termes, l'exercice d'une ou de plusieurs activités lucratives dans plusieurs Etats différents pose des problèmes de prévisibilité, tant pour l'employeur que pour la travailleuse ou le travailleur. Ces incertitudes entrent en conflit avec les fondements de la libre circulation, qui repose précisément sur l'exigence de sécurité et de prévisibilité⁷⁴.

Les règles posées par l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 sont censées apporter ici l'aide nécessaire. A priori, les critères de rattachement distingués par cette disposition sont clairs : prévalence du droit de l'Etat dans lequel on exerce une activité salariée, et de l'Etat de résidence si l'on cumule des activités de même nature, pour autant qu'une partie substantielle des activités y soit exercée. Les nombreuses jurisprudences rendues par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et, avant elle, par la Cour de justice des Communautés européennes⁷⁵, sur l'interprétation de cette disposition et celles qui l'ont précédée dans le Règlement (CEE) n° 1408/71⁷⁶, montrent cependant que la diversité des situations individuelles implique de recourir fréquemment à l'interprétation des critères de rattachement retenus par les autorités européennes.

Dans ce panorama général, les nouvelles formes d'organisation du travail sont autant d'occasions de révéler ou d'exacerber les difficultés pratiques dans la mise en œuvre de cette disposition. Ces difficultés ne sont pas nécessairement les mêmes selon la forme de travail envisagée.

1. La qualification de l'activité des travailleurs de plateformes

a) Problématique

S'agissant des travailleurs de plateformes, la difficulté essentielle réside dans la qualification de leur statut sous l'angle de la sécurité sociale, indépendamment de la qualification de la relation juridique qui les lie à la plateforme qui les emploie, question qui n'est, en tant que telle, pas pertinente pour l'application du Règlement (CE)

⁷⁴ Cf. *supra* II.

⁷⁵ La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), créée en 1958 à partir de la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, est devenue la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) au 1^{er} décembre 2009, au moment de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

⁷⁶ Il s'agissait des art. 14 ch. 2 et 14^{bis} ch. 2 R (CEE) n° 1408/71. Dans le cadre de l'ALCP, ce règlement s'est appliqué jusqu'au 31 mars 2012.

n° 883/2004⁷⁷. Selon la jurisprudence de la CJCE⁷⁸, reprise par le Tribunal fédéral⁷⁹, qualifier une activité professionnelle de salariée ou d'indépendante suppose de se référer au droit de la sécurité sociale de l'Etat membre dans lequel l'activité est exercée⁸⁰, sans pouvoir s'orienter à l'aune de critères communautaires uniformes⁸¹.

S'agissant des travailleuses et des travailleurs de plateforme, cela signifie que la question de la qualification asséculo-logique de leur activité se pose, fondamentalement, dans tous les ordres juridiques sur le territoire desquels des plateformes – à l'exemple d'Uber – sont actives, et dont le droit de la sécurité sociale distingue, pour un ou plusieurs régimes de protection, entre le statut de travailleur salarié et celui de travailleur indépendant. En Suisse, cette distinction existe, non seulement parce que certains régimes d'assurance sociale sont destinés, dans leur dimension obligatoire à tout le moins, aux travailleurs salariés⁸², mais aussi parce que les régimes universels de protection⁸³ distinguent entre les deux statuts s'agissant des cotisations sociales à prélever et des modalités de leur encaissement. Il en résulte que les personnes ayant un statut de travailleur salarié jouissent d'une meilleure protection, en premier lieu parce que leur couverture sociale est plus étendue, et en second lieu parce que leur employeur est amené à cofinancer leurs cotisations aux assurances sociales.

En Suisse, par exemple⁸⁴, la question du statut asséculo-logique des travailleuses et travailleurs de plateforme n'a été tranchée ni définitivement, ni pour l'ensemble d'entre

⁷⁷ CORNELISSEN/VAN LIMBERGHEM, p. 344 s. Sur les différences, en droit suisse, entre les critères jurisprudentiels permettant de qualifier un contrat de travail dans la relation professionnelle et ceux que l'on utilise pour déterminer le statut d'une assurée sociale ou d'un assuré social, cf. DUNAND, N 54 ss *ad art.* 10 LPGa et N 12 *ad art.* 11 LPGa.

⁷⁸ Cf. notamment CJCE, 30 janvier 1997, *De Jaeck*, C-430/94, Rec. 1997 I, p. 461 ss ; CJCE, 30 janvier 1997, *Hervein Hervillier*, C-221/95, Rec. 1997 I, p. 609 ss. Cf. également *infra* IV.B.1.b.

⁷⁹ Cf. ATF 139 V 297 ; ATF 138 V 533, c. 5.2. Cf. également Directives de l'OFAS sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (DAA), état au 1^{er} janvier 2019, N 2013 1/19.

⁸⁰ Cf. art. 1 let. a et b R (CE) n° 883/2004.

⁸¹ Pour la réflexion en droit européen du travail, notamment sous l'angle de la libre circulation, cf. WITZIG, Travail 4.0 (à paraître).

⁸² Il s'agit de l'assurance-accidents et de la prévoyance professionnelle (deuxième pilier du régime des pensions), ainsi que de l'assurance-chômage.

⁸³ Il s'agit principalement des assurances du premier pilier du système des pensions, soit l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité, mais aussi de l'assurance pour perte de gain en cas de service et de maternité et du régime général des allocations familiales. A noter que l'assurance-maladie ne figure pas dans cette liste, bien qu'elle soit organisée en régime universel, parce que le régime d'affiliation et les primes à payer sont indépendantes du statut professionnel.

⁸⁴ Pour un aperçu des réflexions dans d'autres pays, cf. *The Employment Status of Uber Drivers. A Comparative Report Prepared for the Social Law Project, University of the Western Cape*, sous la supervision de Sandra Fredman, octobre 2017 (<http://www.law.ox.ac.uk/opbp>).

eux. La seule réflexion conduite à ce sujet concerne la situation spécifique des chauffeurs de taxi Uber, que la Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents (CNA/SUVA) a voulu considérer comme des travailleurs salariés, exigeant auprès de la société qui les emploie le paiement des cotisations sociales afférentes à l'assurance-accidents (LAA)⁸⁵. Le tribunal cantonal des assurances du canton de Zurich, saisi de recours interjetés par la société, les a rejetés⁸⁶. Le Tribunal fédéral, de son côté, a accueilli le recours interjeté à l'encontre de l'arrêt zurichois, mais pour des raisons étrangères à la qualification du statut asséculo-logique des chauffeurs Uber⁸⁷, de sorte que la question reste ouverte en l'état⁸⁸.

Le fait que la qualification d'une activité professionnelle d'un point de vue asséculo-logique soit l'apanage des ordres juridiques nationaux, allié au flou juridique existant aujourd'hui précisément à ce sujet dans la majorité, pour ne pas dire l'ensemble des Etats membres, y compris la Suisse, peut poser des problèmes importants dans le contexte de l'application des règles européennes de coordination.

Premièrement, en présence d'une travailleuse ou d'un travailleur actif dans plusieurs Etats, la correcte application de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 suppose que l'autorité compétente du pays de résidence détermine correctement la nature asséculo-logique, non seulement de l'activité exercée dans cet Etat, mais également des activités exercées dans un ou plusieurs autres Etats, en fonction non pas de ses propres règles, mais de la législation applicable dans l'autre Etat, respectivement dans chacun d'entre eux. En l'absence, pour l'instant, de réponse législative ou jurisprudentielle claire, l'exercice est particulièrement malaisé.

Deuxièmement, dans le cadre de la procédure prévue par l'art. 16 du Règlement (CE) n° 883/2004, qu'il convient d'initier lorsqu'une personne annonce à l'autorité compétente de son Etat de résidence qu'elle exerce des activités lucratives dans plusieurs Etats⁸⁹, les insécurités juridiques que nous avons décrites sont susceptibles d'entraîner des désaccords entre les différents Etats. Il faut alors compter avec un rallongement du temps nécessaire pour déterminer la législation finalement applicable à la sécurité sociale de la travailleuse ou du travailleur concerné, en particulier si des désaccords subsistent entre les Etats

⁸⁵ Cf. « Uber doit aussi payer les cotisations sociales, selon la Suva », *in* : Le Temps du 5 janvier 2017 (<https://www.letemps.ch/economie/uber-payer-cotisations-sociales-selon-suva>).

⁸⁶ UV.2016.00038 (causes jointes : UV.2016.00039 ; UV.2016.00040 ; UV.2016.00041).

⁸⁷ Il s'agissait plutôt de déterminer de quelle société dépendent les chauffeurs concernés (Uber Switzerland GmbH ou Uber BV et Rasier Operations B.V., deux sociétés néerlandaises basées à Amsterdam).

⁸⁸ Cf. également KAHIL-WOLFF HUMMER, *Economie collaborative*, p. 145 s.

⁸⁹ Cf. *supra* II.B.2.b/bb.

membres impliqués et que des échanges de vue s'imposent⁹⁰, ou, à plus forte raison, la saisine de la Cour administrative⁹¹.

Dès lors que, dans l'intervalle, des cotisations sociales auront été prélevées par l'Etat dont la compétence a été fixée provisoirement⁹², il conviendra, si l'Etat finalement compétent n'est pas le même, de rétablir, avec effet rétroactif, la situation qui aurait prévalu s'il avait été désigné au moment de la décision provisoire⁹³. Cela implique nécessairement des mouvements financiers et des procédures complexes⁹⁴. Si, par exemple, la compétence de la Suisse est finalement admise – alors qu'elle ne l'avait pas été dans un premier temps – pour un travailleur salarié, l'employeur sera invité à payer les cotisations paritaires dues aux différentes assurances sociales⁹⁵. Il devra en conséquence rectifier les décomptes de salaire, respectivement en établir, et s'efforcer de récupérer chez son employée ou son employé la part « employé » des cotisations, le tout en tenant compte d'éventuels remboursements provenant de l'institution étrangère de sécurité sociale désignée comme provisoirement compétente. Dans ses directives, l'OFAS propose d'ailleurs des mesures pour éviter la rétroactivité et les tracas qu'elle entraîne. Reste à savoir si ces directives seraient jugées conformes au droit communautaire⁹⁶.

Dans l'hypothèse d'une travailleuse indépendante ou d'un travailleur indépendant qui serait finalement rattaché à la sécurité sociale d'un Etat membre qui prévoit des cotisations sociales plus élevées que l'Etat désigné provisoirement, l'institution de sécurité sociale pourrait se retrouver dans l'impossibilité de recouvrer des cotisations sociales arriérées en présence de personnes souvent faiblement rémunérées. Si, dans l'intervalle, des prestations sociales ont été versées par l'Etat membre désigné provisoirement, par exemple en raison d'un accident professionnel, et que cet événement ne donne pas droit à des prestations sociales dans l'Etat finalement compétent, des processus administratifs compliqués seront incontournables. Au-delà, il en résulte une grande incertitude pour la personne assurée et

⁹⁰ Cf. art. 6 ch. 2 R (CE) n° 987/2009.

⁹¹ Cf. art. 6 ch. 3 R (CE) n° 987/2009.

⁹² Cf. art. 16 al. 2 R (CE) n° 987/2009.

⁹³ Cf. art. 6 ch. 4 et 5 R (CE) n° 987/2009.

⁹⁴ A ce sujet, cf. HOUDROUGE, p. 700 ss.

⁹⁵ Les lois suisses prévoient en règle générale que l'employeur est le débiteur de l'entier des cotisations, à charge pour lui de retenir sur le salaire des personnes qu'il emploie la part « employé » de ces cotisations (cf. art. 14 al. 1 LAVS ; art. 91 al. 2 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents [LAA ; RS 832.20] ; art. 5 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [LACI ; RS 837.0] ; art. 66 al. 2 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [LPP ; RS 831.40]).

⁹⁶ Cf. Directives de l'OFAS sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (DAA), état au 1^{er} janvier 2019, N 2092 ss.

accidentée, qui recevra des prestations sociales qu'elle ne sera pas sûre de pouvoir conserver.

Notons que les difficultés décrites seront encore amplifiées si, par hypothèse, la travailleuse ou le travailleur est actif pour le compte de la plateforme *Uber* en France, et *Uber-Eats* ou *2yourdoor* en Suisse. Dans ce cas, la qualification du statut asséurologique de la personne est nécessaire pour chaque activité, indépendamment l'une de l'autre, et le résultat peut s'avérer différent en fonction de l'aménagement des conditions de travail.

b) Pistes de réflexion

Les incertitudes concernant le statut asséurologique des travailleuses et des travailleurs de plateforme, alliées aux règles de coordination en cas d'activités dans plusieurs Etats membres, sont source d'insécurité juridique et, donc, d'imprévisibilité, tant pour les travailleurs que pour leurs employeurs. Concernant ces derniers, notons qu'il peut s'agir non seulement des plateformes, mais aussi d'employeurs « standards » dont une employée ou un employé déploierait, à côté de son emploi pour lui, des activités *via* des plateformes. Dans tous les cas, insécurité et imprévisibilité font obstacle à la libre circulation.

Dans le contexte du droit européen du travail, ces problèmes ont été documentés et évalués. En particulier, il a été relevé que le fait de laisser aux Etats membres le soin de définir la notion de travailleur, à comprendre ici comme « travailleur salarié », par opposition au travailleur indépendant, était de nature à entraver la libre circulation⁹⁷. De même, le « risque d'exclure un nombre croissant de travailleurs occupant des formes d'emploi atypiques », dont les travailleuses et les travailleurs de plateforme, a été mis en avant⁹⁸. Il a dès lors été proposé de consacrer, en droit communautaire, une définition propre de la notion de travailleur (salarié), en se fondant sur les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice⁹⁹. L'art. 2 d'une proposition de directive relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, adoptée le 21 décembre 2017, prévoit ainsi que le travailleur est « une personne physique qui accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie d'une rémunération »¹⁰⁰.

A notre sens, une démarche identique doit être adoptée en droit européen de la sécurité sociale. Sous l'angle de la prévisibilité indispensable à la concrétisation de la libre circulation¹⁰¹, il n'est pas satisfaisant que la qualification de l'activité de salariée ou

⁹⁷ CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg*, C-66/85, Rec. 1986, p. 2121 ss, p. 2144.

⁹⁸ Document COM (2017) 797 final, p. 13.

⁹⁹ Sur toute cette question, cf. WITZIG, Travail 4.0 (à paraître).

¹⁰⁰ Cf. Document COM (2017) 797 final, p. 9.

¹⁰¹ Cf. *supra* II.

d'indépendante puisse être différente selon que l'on examine la relation de la travailleuse ou du travailleur à l'égard d'un employeur, ou à l'égard du système étatique de protection sociale. Il n'est pas satisfaisant non plus, nous l'avons montré plus haut, que des incertitudes nationales ou des contradictions entre les législations des Etats membres génèrent des situations durables de flou asséurologique. Finalement, on peut même se poser la question d'une utilisation détournée des règles européennes de coordination par des Etats membres qui, par hypothèse, rechigneraient à offrir une sécurité sociale aux travailleuses et travailleurs de plateforme. En qualifiant ces personnes, en droit national, de travailleurs indépendants, ces Etats diminueraient le risque de les voir rattachés à leur droit national, l'activité salariée l'emportant par principe dans les critères de rattachement. Cette dernière démarche serait contraire aux réflexions protectrices développées en droit européen du travail.

En soi, la sécurité sociale n'est pas réfractaire à l'idée de définitions communautaires. Bien au contraire, la CJCE, puis la CJUE, se sont volontiers engagées dans cette voie lorsqu'il s'agissait de mettre en œuvre la libre circulation des personnes consacrée par les traités fondamentaux. Dans le cadre de l'application du Règlement n° 3 du Conseil concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, du 25 septembre 1958¹⁰², la CJCE avait, se fondant sur les art. 48 à 51 du Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité CEE¹⁰³), opté pour une définition communautaire de la notion de travailleur, relevant que « les règlements de la CEE [avaient] pour but de créer un droit unifié dans les Etats membres », et qu'il s'ensuivait « que les notions qu'ils contiennent revêtent en principe un caractère communautaire », ce qui n'excluait toutefois pas « qu'exceptionnellement, le droit communautaire utilise des notions empruntées au droit national »¹⁰⁴. Il s'agissait alors d'éviter que les Etats membres n'aménagent à leur guise le contenu de la notion de travailleur migrant, pour « éliminer à [leur] gré des protections du traité certaines catégories de personnes »¹⁰⁵. Il faut en effet préciser que le Règlement n° 3 ne s'appliquait, essentiellement, qu'à la sécurité sociale des travailleurs salariés et des personnes assimilées et des membres de leur famille¹⁰⁶.

On comprend, à la lecture des arrêts *Unger*¹⁰⁷ et *Janssen*¹⁰⁸, qu'il importait à la Cour, d'une part, d'éviter que les disparités législatives nationales n'entravent la mise en œuvre de la libre circulation, et, d'autre part, d'adopter une définition la plus large possible de la notion

¹⁰² JOCE n° P 30 du 16 décembre 1958, p. 561/58.

¹⁰³ Traité de Rome du 25 mars 1957.

¹⁰⁴ CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, C-75/63, Rec. 1964, p. 347 ss, p. 359.

¹⁰⁵ CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, C-75/63, Rec. 1964, p. 347 ss, p. 362.

¹⁰⁶ Cf. art. 4 ch. 1 R n° 3.

¹⁰⁷ CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, C-75/63, Rec. 1964, p. 347 ss.

¹⁰⁸ CJCE, 17 octobre 1971, *Janssen*, C-23/71, Rec. 1971, p. 859 ss.

de travailleur salarié, afin d'étendre autant que possible, sous un angle personnel, l'application du Règlement n° 3. Dans ce contexte, la CJCE avait retenu que l'expression « travailleur salarié ou assimilé » avait une portée communautaire, précisément pour éviter que des définitions différentes n'en soient données dans les différentes législations nationales. Elle avait défini cette notion comme s'appliquant à toute personne qui avait été affiliée obligatoirement à la sécurité sociale en qualité de travailleur, y compris si elle n'avait momentanément plus d'emploi mais demeurait affiliée à titre volontaire à une assurance régie par des principes analogues à ceux de l'assurance obligatoire¹⁰⁹. Cette notion s'étendait, par exemple, à un travailleur indépendant bénéficiant de la protection sociale offerte à la majorité des travailleurs salariés contre un ou plusieurs risques, à condition que cette protection soit comparable à celle qu'offre le régime général¹¹⁰.

Le Règlement (CEE) n° 1408/71, qui a succédé au Règlement n° 3 dès le 1^{er} octobre 1972¹¹¹, a étendu aux personnes de condition indépendante la protection offerte par les règles européennes de coordination¹¹². La distinction entre les deux catégories de travailleuses et de travailleurs est ainsi devenue moins aiguë, sous l'angle du champ d'application personnel des règles de coordination à tout le moins. S'agissant des personnes déployant une activité professionnelle dans plusieurs Etats membres en revanche, la nature des activités déployées conservait toute son importance, le Règlement (CEE) n° 1408/71 connaissant des règles de coordination dont la trame est comparable, à cet égard, avec celles de l'actuel Règlement (CE) n° 883/2004¹¹³. Dans sa jurisprudence rendue en application de ce règlement, la CJCE a ainsi largement repris les principes définis sous l'empire du Règlement n° 3.

Dans un arrêt *Brack* de 1976, elle a ainsi précisé, s'agissant de la définition de la notion de travailleur salarié, que la disposition correspondante du Règlement (CEE) n° 1408/71 devait être comprise comme « visant également des personnes qui ne sont pas des 'travailleurs salariés' au sens du droit du travail, mais auxquelles cette qualité doit être reconnue aux fins de l'application du règlement n° 1408/71, compte tenu, d'une part, des finalités et de l'esprit de ce dernier et des articles 48 à 51 du traité qui en constituent le fondement, et, d'autre part, des particularités des modes de gestion ou de financement du régime auquel elles sont affiliées et de l'évolution qu'a prise cette affiliation »¹¹⁴. Dans cette affaire, un travailleur indépendant au moment de la réalisation du risque social avait été qualifié de travailleur salarié afin d'éviter qu'il ne soit prétérité dans ses droits à l'égard

¹⁰⁹ CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, C-75/63, Rec. 1964, p. 347 ss, p. 366.

¹¹⁰ CJCE, 17 octobre 1971, *Janssen*, C-23/71, Rec. 1971, p. 859 ss, p. 866.

¹¹¹ Cf. TAURAN, p. 152.

¹¹² Cf. art. 2 R (CEE) n° 1408/71. Cf. également TAURAN, p. 154.

¹¹³ Cf. art. 14 ch. 2, 14^{bis} ch. 2 et 14^{quater} R (CEE) n° 1408/71.

¹¹⁴ CJCE, 29 septembre 1976, *Brack*, C-17/76, Rec. 1976, p. 1429 ss, p. 1453.

du régime universel d'assurance-maladie, dont les prestations dépendaient néanmoins du statut et des cotisations versées.

Dans un arrêt *Mouthaan* de 1976 également, la CJCE a par ailleurs indiqué que la qualité de travailleur, ici au sens de travailleur salarié, devait être considérée comme acquise dès lors que la travailleuse ou le travailleur satisfaisait aux conditions matérielles d'assujettissement au régime de sécurité sociale qui lui était applicable, indépendamment du fait que les démarches en vue de l'affiliation n'avaient pas encore été faites¹¹⁵.

On voit ainsi que tant sous l'empire du Règlement n° 3 que, plus tard, du Règlement (CEE) n° 1408/71, il existait une très nette volonté de la CJCE d'étendre autant que possible la notion de travailleur, mais aussi, plus spécifiquement, celle de travailleur salarié, afin d'éviter que la libre circulation ne péjore la situation assurérologique de la personne concernée¹¹⁶. Cette jurisprudence pourrait être source d'inspiration en vue d'attribuer, par voie prétorienne, toutes les travailleuses et tous les travailleurs de plateforme à l'une ou à l'autre des catégories, ou pour renoncer, dans le cadre réglementaire, à la distinction entre activité salariée et activité non salariée, ou indépendante, comme critère décisif pour le rattachement à un droit national s'agissant de la sécurité sociale. On peut encore imaginer créer, toujours par voie réglementaire, une présomption en faveur du salariat lorsque le droit national ne permet pas la qualification immédiate et incontestable d'une activité lucrative.

Il est vrai que la jurisprudence rendue postérieurement par la CJCE, en lien avec des questions spécifiques de coordination en cas d'activités exercées dans plusieurs Etats¹¹⁷, ne va pas dans ce sens. Dans deux arrêts du 30 janvier 1997, *De Jaeck*¹¹⁸ et *Hervein Hervillier*¹¹⁹, la Cour a insisté sur l'objectif de coordination – et non d'harmonisation – fixé par l'art. 51 du Traité CE¹²⁰, et validé l'interprétation de la Commission, selon laquelle « les notions de travailleur salarié et de travailleur non salarié auxquelles se réfère le règlement renvoie ainsi aux définitions qu'en donnent les législations des Etats membres en matière de sécurité sociale »¹²¹.

Il en résulte apparemment que la CJCE, et la CJUE après elle, font une double lecture de la notion de travailleur, respectivement de travailleur salarié. Lorsqu'il s'agit de déterminer

¹¹⁵ CJCE, 15 décembre 1976, *Mouthaan*, C-39/76, Rec. 1976, p. 1901 ss, p. 1912.

¹¹⁶ Cf. à ce sujet la contribution d'EDGAR IMHOF mentionnée dans la bibliographie, dans son intégralité.

¹¹⁷ Application de l'art. 14^{quater} R (CEE) n° 1408/71.

¹¹⁸ CJCE, 30 janvier 1997, *De Jaeck*, C-340/94, Rec. 1997 I, p. 461 ss.

¹¹⁹ CJCE, 30 janvier 1997, *Hervein Hervillier*, C-221/95, Rec. 1997 I, p. 609 ss.

¹²⁰ CJCE, 30 janvier 1997, *De Jaeck*, C-340/94, Rec. 1997 I, p. 461 ss, N 18 et 27 s.

¹²¹ CJCE, 30 janvier 1997, *De Jaeck*, C-340/94, Rec. 1997 I, p. 461 ss, N 19. Cf. également CJCE, 30 janvier 1997, *Hervein Hervillier*, C-221/95, Rec. 1997 I, p. 609 ss, p. 643.

si une personne entre dans le champ d'application des règlements européens, il convient d'interpréter sa situation en fonction de la notion communautaire de travailleur, telle que définie ci-dessus¹²². La volonté de la Cour est claire sur ce point, en particulier lorsqu'une autre interprétation priverait de ses droits une travailleuse ou un travailleur exerçant son droit à la libre circulation. En revanche, lorsqu'il s'agit uniquement de déterminer l'Etat membre auquel il convient de rattacher une travailleuse ou un travailleur qui exerce son droit à la libre circulation, il faut s'en tenir, dans le cadre de l'application de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 et, avant lui, de l'art. 14^{quater} du Règlement (CEE) n° 1408/71, aux distinctions adoptées dans les Etats membres entre activité salariée et activité indépendante.

La situation des travailleuses et des travailleurs de plateforme révèle les limites de cette double interprétation. Premièrement, elle méconnaît que dans leur cas, l'application des règles de coordination peut être synonyme de perte de droits à l'égard de la sécurité sociale. Deuxièmement, elle relègue au second plan l'objectif de concrétisation de la libre circulation, qui reste l'objectif prioritaire des règles européennes de coordination, qui sont à son service – et non l'inverse. A défaut d'une solution réglementaire *ad hoc* pour les travailleuses et les travailleurs de plateforme, il nous paraît essentiel de s'accorder sur une seule interprétation, en l'occurrence sur la plus ancienne des deux, qui reposait sur le double objectif de permettre la réalisation de la libre circulation, et d'empêcher que la migration péjore la situation asséculogique des travailleuses et des travailleurs, toutes catégories confondues.

2. Le cas du travail à distance (« *home office* »)

Le travail à distance concerne des situations dans lesquelles, rappelons-le¹²³, une personne exécute tout ou partie de ses tâches professionnelles dans un endroit distinct des locaux de l'entreprise. Une situation de plus en plus fréquente, dans ce contexte, est celle du « *home office* », soit la situation dans laquelle la travailleuse ou le travailleur, salarié ou indépendant, effectue son travail depuis son domicile.

Dans le contexte de la coordination européenne de la sécurité sociale, cette situation peut entraîner des difficultés si elle comporte un élément d'extranéité, c'est-à-dire si la travailleuse ou le travailleur exerce habituellement ses activités dans un premier Etat membre et effectue des tâches à distance depuis un deuxième Etat membre, qui peut être son Etat de résidence, ou non¹²⁴.

¹²² Cf. également CJCE, 7 juin 2005, *Dodl et Oberhollenzer*, C-543/03, Rec. 2005 I, p. 5049 ss, p. 5091 s.

¹²³ Cf. *supra* III.C.

¹²⁴ On peut imaginer, par exemple, une travailleuse ou un travailleur qui effectuerait ses tâches dans l'Etat où vit un parent malade, ou son conjoint.

Dans ce cas, il s'agit alors de savoir si le rattachement de la personne concernée à la sécurité sociale d'un Etat membre relève encore de l'art. 11 ch. 3 du Règlement (CE) n° 883/2004 (*lex loci laboris*), ou s'il faut alors considérer la travailleuse ou le travailleur comme une personne active sur le territoire de deux Etats, de sorte que son rattachement à la sécurité sociale obéirait à l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004. Dans la deuxième hypothèse, la personne concernée pourrait se voir rattachée au droit de l'Etat dans lequel elle réside si elle y exerce une partie substantielle de ses activités¹²⁵.

Malgré une absence de fondements réglementaires ou jurisprudentiels, quelques auteurs s'exprimant sur ce sujet admettent cette deuxième interprétation, sans en discuter le bien-fondé¹²⁶. Il est vrai qu'ils peuvent s'appuyer sur un certain nombre de guides pratiques et sites Internet mettant en garde les employeurs quant aux possibles effets, sur leurs obligations patronales, de l'hypothèse où le *home office* représenterait « une partie substantielle » des activités de leurs employés¹²⁷. D'un point de vue plus dogmatique, il est vrai aussi que le but de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 n'est pas d'identifier l'Etat membre avec lequel la relation de travail a le lien le plus étroit, mais uniquement de déterminer le droit de la sécurité sociale applicable¹²⁸.

Cela étant, il convient néanmoins de s'interroger sur cette interprétation de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004, à la lumière de l'objectif général de ce texte et du contexte de l'ALCP dans lequel il s'inscrit. Il est en effet reconnu que la déconnexion entre le droit applicable à la relation de travail et le droit applicable à la sécurité sociale de la travailleuse ou du travailleur est susceptible d'entraver la libre circulation, ou à tout le moins de la rendre moins attractive, en raison des pénalisations qu'elle peut entraîner¹²⁹. Nous ajoutons à cela que l'employeur, de son côté, est également susceptible d'être impacté par cette déconnexion, notamment au travers de charges sociales ou salariales plus importantes à payer. Il peut ainsi en arriver à renoncer à engager des travailleurs résidant à l'étranger, ce qui représente aussi une mise en péril de la libre circulation.

A titre préliminaire, il faut préciser que le travail à domicile n'est susceptible d'entraîner des difficultés, sous l'angle du rattachement à la sécurité sociale, que s'il est régulier et

¹²⁵ Cf. *supra* II.B.2.b/aa.

¹²⁶ Cf. DOMENIG, N 488 ss ; ROHNER/MAAS, p. 329 ; HOUDROUGE, p. 694.

¹²⁷ Cf. notamment CA, Guide pratique (note 37), p. 22. Cf. également « <http://www.synergix.ch/fr/info/news/recrutement-employer-des-travailleurs-frontaliers-a-geneve-suisse> » ; « <http://www.guidedelemmployeur.ch/fr/actualites/detail/article/la-pluriactivite-des-frontaliers/> » ; « <https://www.frontalier.org/emploi-suisse/1119976/affaire-a-suivre.htm> ».

¹²⁸ CORNELISSEN/VAN LIMBERGHEN, p. 374.

¹²⁹ CORNELISSEN/VAN LIMBERGHEN, p. 375. Ces auteurs exposent le cas concret d'un travailleur dont la couverture sociale n'est plus assurée parce qu'il travaille deux jours – par hypothèse à domicile – dans un autre Etat que celui de son employeur (pp. 374-375).

atteint une certaine ampleur. En effet, pour que l'application de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 soit envisagée, il faut qu'il soit prévisible que dans l'année à venir¹³⁰, la travailleuse ou le travailleur exerce une partie substantielle de ses activités¹³¹ depuis son domicile. Par ailleurs, conformément à l'art. 14 ch. 5^{ter} du Règlement (CE) n° 987/2009, les activités marginales ne sont pas prises en compte aux fins de la détermination du droit applicable au titre de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004. En conséquence, la travailleuse ou le travailleur autorisé, ponctuellement, à travailler depuis son domicile, par exemple en raison d'un enfant malade ou de grèves annoncées dans les transports publics, ne tombe pas dans le champ d'application de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004. Dans une affaire *X. c. Staatssecretaris van Financiën* jugée en 2017, la CJUE a ainsi jugé qu'un travailleur dont le contrat de travail ne prévoyait pas qu'il effectuerait une partie de son travail dans son Etat de résidence et qui, sur l'ensemble des heures travaillées de l'année en cause, n'a effectué que 6,5% d'entre elles dans cet Etat, essentiellement à son domicile, ne doit pas être considéré comme une personne exerçant une activité dans deux Etats différents¹³².

Reste donc à savoir s'il est justifié, compte tenu du but de l'ALCP, de considérer que la travailleuse ou le travailleur qui, de manière régulière, exerce son activité habituelle pour le compte de son employeur depuis son domicile, et ce pour 25% de son temps durant l'année civile à prendre en considération, exerce une activité dans deux Etats membres et tombe dans le champ d'application de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004, avec comme conséquence le rattachement au droit de la sécurité sociale de son Etat de résidence.

En premier lieu, il faut sans doute relever que cette interprétation ne s'impose ni à la lecture du texte¹³³, ni à la lecture des travaux préparatoires, qui ne font pas mention de cette question spécifique. En second lieu, il faut souligner que la jurisprudence de la CJCE/CJUE ne traite pas, spécifiquement, de la question du *home office*, sous réserve de l'arrêt que nous avons mentionné plus haut. A titre de comparaison, dans des cas où la travailleuse ou le travailleur concerné n'avait qu'un seul et même employeur, la Cour a admis l'application des règles de coordination prévues pour la personne active dans deux Etats membres dans le cas d'un représentant de commerce dont les tournées s'étendaient sur deux Etats¹³⁴, ou encore d'un directeur exerçant son activité environ 10 heures par semaine dans son Etat de résidence mais dans les locaux de l'employeur, et travaillant le

¹³⁰ Cf. art. 14 ch. 10 R (CE) n° 987/2009.

¹³¹ Sur cette notion, cf. *supra* II.B.2.b/aa.

¹³² CJUE, 13 septembre 2017, *X. c. Staatssecretaris van Financiën*, C-569/15 (ECLI:EU:C:2017:67).

¹³³ L'expression « qui exerce une activité (...) dans deux Etats » peut tout aussi bien être comprise comme se référant à « une seule et même activité » ou à « une activité dans chaque Etat ».

¹³⁴ CJCE, 12 juillet 1973, *Hakenberg*, C-13/73, Rec. 1973, p. 935 ss.

reste du temps dans l'Etat dans lequel se situait ce dernier¹³⁵. La Cour a par ailleurs également validé l'application des règles de coordination prévues pour la personne active dans deux Etats membres dans le cas d'un travailleur indépendant qui exerçait la moitié de son activité dans son Etat de résidence, et l'autre moitié dans un Etat adjacent¹³⁶. En d'autres termes, en l'état actuel des sources, rien ne permet de convaincre que l'interprétation que l'on fait en pratique de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 pour appréhender le travail à distance soit conforme aux buts de l'ALCP.

Dans le cas du *home office*, ou plus généralement du travail à distance, il est à notre sens difficile de réfléchir en déconnectant complètement la relation de travail et le statut asséculologique. Il ne s'agit pas pour autant, naturellement, de renier la distinction opérée entre les deux questions. A la lumière de l'objectif principal de l'ALCP, à savoir la réalisation de la libre circulation, il est cependant nécessaire de tenir compte d'autres éléments, en particulier lorsque la travailleuse ou le travailleur exécute à distance des tâches qui sont identiques à celles qu'il aurait accomplies dans les locaux de l'employeur, où leur accomplissement est par ailleurs possible. Dans cette constellation, il paraît quelque peu arbitraire de considérer que la travailleuse ou le travailleur exerce une activité dans deux Etats. Il en va de même dans le cas d'une indépendante ou d'un indépendant qui, un ou deux jours par semaine, effectuerait depuis chez lui les tâches qu'il accomplit habituellement au sein de ses locaux professionnels. Dans cette constellation, il est patent que d'un point de vue économique, le centre des intérêts professionnels de la personne assurée se trouve dans l'Etat où elle accomplit habituellement une partie importante de ses tâches. Par ailleurs, le lien entre les tâches accomplies dans l'Etat de travail et les tâches accomplies dans l'Etat de résidence, voire leur parfaite identité, rend artificielle la répartition du temps qui leur est consacré¹³⁷.

Dans le même ordre d'idées, il n'est pas très cohérent de penser que dans le contexte de la figure juridique du détachement, une travailleuse ou un travailleur qui est envoyé par son employeur exécuter son travail à l'étranger puisse demeurer affilié au régime de sécurité sociale de l'Etat de son employeur¹³⁸, y compris s'il réside dans le pays dans lequel il est détaché¹³⁹, alors qu'il suffirait à une personne travaillant habituellement dans l'Etat où se

¹³⁵ CJCE, 16 février 1995, *Calle Grenzshop Andersen*, C-425/93, Rec. 1995 I, p. 269 ss.

¹³⁶ CJCE, 13 octobre 1993, *Zinnecker*, C-121/92, Rec. 1993 I, p. 5023 ss.

¹³⁷ L'OFAS applique ces critères, dans un contexte extra-UE/AELE, s'agissant de déterminer si une personne doit ou non être affiliée à l'AVS lorsque l'activité lucrative ne peut être répartie selon le temps consacré entre les différents Etats (cf. Directives de l'OFAS sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI [DAA], état au 1^{er} janvier 2019, N 2091). Cf. également ATF 143 V 402, c. 6.2 ; ATF 139 V 216, c. 4.3 ; TF 9C_313/2010 du 5 novembre 2010, c. 2.4.

¹³⁸ Cf. art. 12 R (CE) n° 883/2004.

¹³⁹ LICCI, p. 667 s.

trouve son employeur d'effectuer ses tâches habituelles depuis son domicile dans un autre Etat deux jours par semaine pour voir le régime de sa sécurité sociale totalement bouleversé. Cette dichotomie paraît d'autant plus étrange que, comme nous l'avons mentionné plus haut¹⁴⁰, le *home office* peut aussi être demandé par l'employeur, par exemple pour optimiser les locaux de l'entreprise.

Compte tenu des désavantages entraînés par l'interprétation actuelle de l'art. 13 du Règlement (CE) n° 883/2004 sous l'angle de la libre circulation, elle doit à notre avis être abandonnée, au profit d'une solution conservant à la travailleuse ou au travailleur à distance son affiliation à la sécurité sociale de l'Etat de son employeur.

Une telle solution se justifie aussi, dans le cadre de rapports de travail salariés en tout cas, parce que, selon la procédure prévue par l'art. 16 du Règlement (CE) n° 987/2009 en cas de pluriactivité, il appartient à « la personne qui exerce des activités dans deux Etats membres ou plus » d'en informer les autorités compétentes. Cet élément peut devenir une source de tensions dans les relations professionnelles. Si la travailleuse ou le travailleur ne s'exécute pas – ce sur quoi l'employeur a d'ailleurs peu d'emprise – ce dernier doit ainsi supporter l'incertitude liée à la découverte ultérieure, par l'autorité compétente, de la véritable situation. A l'inverse, l'employeur peut être tenté de faire pression sur les travailleurs concernés pour éviter leur rattachement au droit de la sécurité sociale de leur Etat de résidence. Dans cette optique, la solution que nous proposons a le double mérite de favoriser la libre circulation et de tuer dans l'œuf les tensions professionnelles qui peuvent découler de l'interprétation actuelle.

3. La pluriactivité (« *slashing* »)

En soi, la pluriactivité pose les mêmes problèmes, en des termes plus génériques, que le travail de plateforme et que le télétravail. Matériellement, les solutions sont plus simples à dégager dès lors que les professions exercées le sont de manière « traditionnelle », soit dans le cadre d'une relation de travail salariée, soit dans le cadre d'une activité entrepreneuriale indépendante.

Pour les personnes qui, par contrainte ou par choix¹⁴¹, exercent une activité dans plusieurs Etats membres, les difficultés procédurales nous semblent davantage susceptibles de freiner l'exercice du droit à la libre circulation. Il s'agit, pour elles, de suivre la procédure décrite à l'art. 16 du Règlement (CE) n° 987/2009 en s'annonçant aux autorités compétentes en matière de sécurité sociale¹⁴². Bien que les règles de coordination européenne soient impératives et que les personnes assurées ne puissent en principe s'y

¹⁴⁰ Cf. *supra* III.B.

¹⁴¹ Cf. *supra* III.C.

¹⁴² Cf. *supra* II.B.2.b/bb.

soustraire¹⁴³, il leur est ainsi possible, dans une certaine mesure, de procéder à une forme d'optimisation de leur sécurité sociale, cette notion devant ici davantage être comprise comme une optimisation des cotisations sociales à verser aux institutions que comme celle de la couverture sociale.

A notre sens, c'est surtout l'employeur qui, dans l'hypothèse où il emploie des travailleuses et des travailleurs actifs dans plusieurs Etats, prend quelques risques. Pour un employeur suisse, par exemple, qui emploierait une travailleuse ou un travailleur à temps partiel, la question de savoir à quoi celle-ci ou celui-ci consacre le reste de son temps est essentielle. Du moment qu'elle ou il n'exerce pas d'autre activité salariée, l'affiliation à la sécurité sociale reste en Suisse. La travailleuse ou le travailleur doit en revanche être conscient de ce que les revenus réalisés dans le cadre d'une activité indépendante dans un autre Etat, y compris son Etat de résidence, sont soumis aux cotisations sociales en Suisse¹⁴⁴.

Si la travailleuse ou le travailleur exerce une autre activité salariée dans son Etat de résidence, et si cette activité représente une partie substantielle de l'ensemble de ses activités, l'affiliation à la sécurité sociale devra être transférée dans l'Etat de résidence avec, comme conséquence, que les cotisations sociales seront déterminées en application de la loi de cet Etat, ce qui peut s'avérer défavorable pour l'employeur helvétique¹⁴⁵. Si l'autre activité est exercée dans un troisième Etat encore, des difficultés similaires peuvent se poser, selon l'Etat désigné par l'art. 13 ch. 1 let. b du Règlement (CE) n° 883/2004.

Rappelons tout de même, comme déjà dit plus haut, que dans ce contexte, les activités marginales exercées par la travailleuse ou le travailleur dans son Etat de résidence ne sont pas prises en compte, de sorte que le droit applicable à la sécurité sociale de la personne concernée reste déterminé par l'art. 11 du Règlement (CE) n° 883/2004¹⁴⁶. En revanche, des activités occasionnelles doivent être prises en considération, et le droit applicable est alors déterminé en application de l'art. 13 de ce règlement. Si, dans l'Etat dans lequel la travailleuse ou le travailleur est affilié à la sécurité sociale, les revenus provenant de ces activités sont soumis à cotisations, l'employeur doit s'en acquitter même si, dans l'Etat dans lequel il se trouve, il en aurait été exempté¹⁴⁷.

En cas de pluriactivité, les règles européennes de coordination, dès lors qu'elles correspondent précisément à la volonté du législateur d'articuler l'affiliation en fonction de la nature de l'activité exercée et du lieu dans lequel elle l'est, nous paraissent à même

¹⁴³ Cf. CJUE, 13 juillet 2017, *Szoja*, C-89/16 (ECLI:EU:C:2017:538).

¹⁴⁴ Cf. CORNELISSEN/VAN LIMBERGHEN, p. 349 s.

¹⁴⁵ En France, par exemple, l'ensemble des charges sociales payées par l'employeur s'élèvent à 30 à 47% du salaire, alors qu'elles s'élèvent à 15 à 20% en Suisse (RIONDEL, p. 169).

¹⁴⁶ Cf. CJUE, 13 juillet 2017, *Szoja*, C-89/16 (ECLI:EU:C:2017:538).

¹⁴⁷ Cf. CJCE, 24 juin 1975, *Association du football club d'Andlau*, C-8/75, Rec. 1975, p. 739 ss.

de remplir leur fonction, à savoir permettre la libre circulation. Du fait des conséquences importantes, pour l'employeur, de l'application de ces règles, il faut admettre que ce dernier a le droit d'être renseigné sur les activités que son employée ou son employé exerce, en particulier lorsqu'il s'agit d'une travailleuse frontalière ou d'un travailleur frontalier et que l'Etat de résidence ne coïncide pas avec celui de l'exercice de l'activité professionnelle.

V. Conclusion

Les règles européennes de coordination en matière de sécurité sociale se sont forgées au fil des ans, en s'appuyant sur les critères traditionnels de l'Etat de résidence et de l'Etat de travail, ainsi que sur les catégories professionnelles usuelles. Si leurs révisions successives ont permis d'en simplifier de beaucoup la prévisibilité et la maniabilité, elles n'ont pas anticipé – et on ne saurait leur en faire grief – les profonds bouleversements du monde du travail (et de la société dans son ensemble) imputés à la révolution numérique.

Si, parmi les nouvelles formes d'organisation du travail, certaines peuvent vraisemblablement s'inscrire dans les schémas existants, à l'instar de la pluriactivité (« *slashing* »), il n'en va pas de même lorsque ces activités ne sont pas qualifiées, voire pas qualifiables, à l'aide des critères existants (travail de plateforme), ou encore lorsque les technologies digitales entraînent une confusion entre le lieu de l'exercice de l'activité professionnelle et le lieu de résidence (travail à distance, « *home office* »).

Ces formes de travail étant en expansion, il est indispensable, si l'objectif de l'ALCP est toujours celui d'une circulation des personnes la plus libre et la plus complète possible, de trouver rapidement des solutions pragmatiques, soit par la voie réglementaire, soit par la voie jurisprudentielle. Les deux mesures qui nous paraissent incontournables dans ce contexte sont, d'une part, l'adoption d'un statut communautaire pour les travailleuses et les travailleurs de plateforme, et, d'autre part, la précision qu'une convention passée entre l'employeur et la personne qu'il emploie, portant sur les modalités de l'exécution des tâches confiées et prévoyant que celles-ci puissent être exécutées à distance, même régulièrement, n'ont pas d'impact sur le rattachement de la travailleuse ou du travailleur à la sécurité sociale.

Nous nous sommes limitée, dans le cadre de cette contribution, à confronter les règles européennes de coordination applicables aux personnes exerçant une activité lucrative. Nous n'avons volontairement pas étudié la pertinence de la distinction entre ces personnes et celles qui n'exercent pas d'activité lucrative, dans le contexte de l'économie collaborative, qui a peut-être le pouvoir de transformer en travailleuse ou en travailleur

quelqu'un qui ne se perçoit pas comme tel. Cette question mérite assurément d'être traitée à une prochaine occasion¹⁴⁸.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- ADLER TIBÈRE/SALVI MARCO, *Quand les robots arrivent : préparer le marché du travail à la numérisation*, Zurich 2017.
- CORNELISSEN ROB/VAN LIMBERGHEN GUIDO, *Social security for mobile workers and labour law*, in : Frans Pennings/Gijsbert Vonk (édit.), *Research handbook on European social security law*, Cheltenham 2015, p. 344 ss.
- DOMENIG PASCAL, *Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne 2016 (SSA 79), p. 142 ss.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *Commentaire de l'article 10 LPGa*, in : Anne-Sylvie Dupont/Margit Moser-Szeless (édit.), *Loi sur la partie générale des assurances sociales (LPGA)*, *Commentaire romand*, pp. 149-162.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *Commentaire de l'article 11 LPGa*, in : Anne-Sylvie Dupont/Margit Moser-Szeless (édit.), *Loi sur la partie générale des assurances sociales (LPGA)*, *Commentaire romand*, pp. 163-165.
- GEISER THOMAS, *Neue Arbeitsformen : flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze*, in : AJP/PJA 1995, p. 557 ss.
- HOUDROUGE RAYAN, *Recouvrement de créances de sécurité sociale en Suisse par des autorités françaises*, in : Rémy Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, p. 691 ss.
- IMHOF EDGAR, *Über den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff im Sinne des persönlichen Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 1408/71*, in : SZS/RSAS 2008, p. 22 ss.
- KAHIL-WOLFF HUMMER BETTINA, *Les relations sociales internationales dans l'économie collaborative : Renouveler les règles légales en Europe*, in : Bettina Kahil-Wolff Hummer/Johan Juge (édit.), *Le droit social numérique*, Berne 2018, p. 125 ss (cité : KAHIL-WOLFF HUMMER, *Economie collaborative*).
- KAHIL-WOLFF BETTINA, *La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale*, in : Ulrich Meyer (édit.), *Soziale Sicherheit*, SBVR, Vol. XIV, Bâle 2016, p. 167 ss (cité : KAHIL-WOLFF, *Coordination européenne*).
- LICCI SARA, *Entsendung von Mitarbeitenden*, in : Peter Münch/Nicolas Passadelis/Jens Lehne (édit.), *Handbuch internationales Handels- und Wirtschaftsrecht : Rechtliche Herausforderungen im Auslandsgeschäft*, Bâle 2015, p. 611 ss.

¹⁴⁸ Sur cette question, cf. KAHIL-WOLFF HUMMER, *Economie collaborative*, p. 125 ss ; RIEMER-KAFKA/STUDER, p. 377 ss ; RIEMER-KAFKA, p. 582 ss.

- MORIN PIERRE, La grande mutation du travail et de l'emploi. Emploi juste à temps et travail éclaté dans la société post-industrielle, 2^e éd., Paris 1995.
- PÄRLI KURT, Neue Formen der Arbeitsorganisation : Internet-Plattformen als Arbeitgeber, *in* : ARV/DTA 4/2016, p. 243 ss (cité : PÄRLI, DTA).
- PÄRLI KURT, Gutachten « Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen », Berne/Bâle 2016, p. 19 ss (cité : PÄRLI, Avis de droit).
- PEDROLI ANDREA, Commentaire de l'article 83 LIFD, *in* : Yves Noël/Florence Aubry Girardin (édit.), Loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD), Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2017, p. 1421 ss.
- PENNINGS FRANS, Co-ordination of Social Security on the Basis of the State-of-employment Principle : Time for an Alternative ?, *in* : Common Market Law Review 42/2005, p. 67 ss.
- PRASSL JEREMIAS/RISAK MARTIN, Uber, Taskrabbit & Co : Platforms as Employers ? Rethinking the Legal analysis of Crowdwork, *in* : Comparative Labor Law & Policy Journal, Forthcoming, Oxford Legal Studies Research, Vol. 37, 2016, p. 1 ss.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA, Plattformarbeit oder andere Formen der Zusammenarbeit : sind die Abgrenzungskriterien für selbständige oder für unselbständige Erwerbstätigkeit noch tauglich ?, *in* : SZS/RSAS 2018, p. 581 ss.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA/STUDER VIVIANA, Digitalisierung und Sozialversicherung : einige Gedanken zum Umgang mit neuen Technologien in der Arbeitswelt, *in* : SZS/RSAS 2017, p. 354 ss.
- RIONDEL GHISLAINE, La prise en charge des soins de santé dans un contexte transfrontalier européen : Problématique générale en Europe et propositions pour la Région franco-valdo-genevoise, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2016.
- ROHNER TOBIAS FELIX/MAAS SANNA, Home Office : arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte, *in* : SJZ/RSJ 111/2015, p. 325 ss.
- TAURAN THIERRY, Annexe : Vingt-cinq ans d'application du Règlement 1408/71, *in* : Revue d'économie financière, 40/1997 (Les systèmes de retraite, structure(s), défis et perspectives), p. 151 ss.
- WITZIG AURÉLIEN, « Travail 4.0 : le monde d'après », *in* : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (édit.), Révolution 4.0 au travail. Une approche pluridisciplinaire, Genève/Zurich/Bâle 2019, à paraître (cité : WITZIG, Travail 4.0).
- WITZIG AURÉLIEN, L'ubérisation du monde du travail : réponses juridiques à une évolution économique, *in* : ZSR/RDS 2016 I, p. 457 ss (cité : WITZIG, RDS).
- ZEIN BASSEM, Travail par les plateformes : quelles relations contractuelles ?, *in* : AJP/PJA 2018, p. 711 ss.