

Tribunal fédéral – 2C_575/2020 et
2C_34/2021 destinés à la publication
II^e Cour de droit public
Arrêt du 30 mai 2022 (f)

Newsletter octobre 2022

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Sabrina Magoga-Sabatier, Portée et enjeux de
la requalification en travail salarié des
relations avec les plateformes Uber et Uber
Eats ; commentaire des arrêts du Tribunal
fédéral 2C_575/2020 et 2C_34/2021,
Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2022

Qualification
Rapport de
subordination

Art. 319 CO

unine
Université de Neuchâtel
Faculté de droit



Portée et enjeux de la requalification en travail salarié des relations avec les plateformes Uber et Uber Eats ; commentaire des arrêts du Tribunal fédéral 2C_575/2020 et 2C_34/2021

Sabrina Magoga-Sabatier, MLAW, cand. Dr iur., assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

I. 2C_575/2020 Uber Eats

A. Objet de l'arrêt

Ce premier arrêt (ci-après « I. ») vise à définir si c'est à bon droit que les autorités genevoises du travail ont qualifié de location de services la mise à disposition de livreurs à des restaurants pour la livraison de repas à domicile, au moyen de la plateforme Uber Eats. Pour ce faire, le Tribunal fédéral (TF) analyse d'une part s'il existe une relation de travail au sens des articles 319 et suivants du Code des obligations entre Uber Eats et ses livreuses et livreurs de repas, condition préalable à toute situation de location de services, ou si au contraire la plateforme agit en tant que simple intermédiaire, du fait de la flexibilité du modèle de travail, de la souplesse temporelle, spatiale et organisationnelle et de la liberté contractuelle qu'elle propose, auquel cas il n'y a pas de contrats de travail entre elle et les prestataires. D'autre part, le TF examine si la plateforme abandonne l'essentiel du pouvoir de direction à l'entreprise locataire, en l'espèce le restaurant, caractéristique centrale de la location de services.

B. Résumé des faits et du droit

1. Les faits et la procédure

L'arrêt concerne la société Uber Switzerland GmbH (Uber CH) dont le siège se situe à Zurich, qui a notamment pour but de fournir des services de marketing en relation avec Uber Eats (ci-après également : l'application ou la plateforme), une application de services de livraison à la demande. La société Uber Portier B.V. (Uber Portier) ayant son siège à Amsterdam détient les droits sur cette application qui met en relation un livreur avec un restaurant sollicitant la

livraison de ses plats à des clients finaux par le biais d'appareils mobiles. Ces deux sociétés appartiennent au groupe Uber Technologies Inc., sis à San Francisco aux Etats-Unis, elles disposent de locaux à Genève.

Après diverses rencontres, l'Office cantonal de l'emploi de Genève a considéré, dans une décision du 11 juin 2019 exécutoire immédiatement, que l'activité mettant des livreurs à disposition de restaurants pour la livraison de repas à domicile, au moyen de la plateforme Uber Eats, doit être qualifiée de location de services au sens des art. 26 à 29 de l'Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE, RS 823.111). Cette activité est soumise à autorisation, cas échéant dans le canton d'établissement de sa succursale si celui-ci est différent de celui de son siège, en application des art. 12 et 13 de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE, RS 823.11). En conséquence, il a enjoint Uber CH d'inscrire sa succursale de Genève au Registre du commerce de Genève et lui a imparté un délai de 30 jours pour effectuer sa demande d'autorisation.

Uber CH a fait recours auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, qui a été rejeté par arrêt du 29 mai 2020¹. Uber CH a alors formé un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. Lors de chaque étape procédurale, l'effet suspensif a été refusé. Dans ses conclusions, Uber CH exclut autant la présence de rapports contractuels avec les coursiers inscrits sur l'application Uber Eats – la société Portier étant seule partie aux contrats avec les livreurs et les restaurants – que son assujettissement à la LSE.

2. Le droit

Le Tribunal fédéral tranche la question de savoir si les conditions d'une location de service sont remplies par la plateforme, sans qu'il y ait lieu à ce stade de déterminer avec qui de Uber CH, Uber Portier ou d'une autre entité les livreurs sont contractuellement liés. Après avoir défini la location de services (c. 5), définition sur laquelle nous ne reviendrons pas, le Tribunal conclut que celle-ci implique d'une part un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO entre la bailleresse de services (intermédiaire de mise en relation) et le travailleur (prestataire de services), et d'autre part un contrat de location de services entre la bailleresse de services et la locataire de services (destinataire de la prestation). L'existence d'un contrat de travail est donc une condition préalable à toute situation de location de services selon l'art. 1 LSE (i). L'abandon de l'essentiel du pouvoir de direction à l'entreprise locataire (art. 26 OSE) constitue d'autre part une caractéristique centrale de la location de services, ainsi qu'un critère important de démarcation d'avec d'autres types de contrats, notamment le mandat (ii).

i. Concernant l'existence d'un contrat de travail

La plateforme Uber Eats propose une prestation de travail rémunérée : la livraison. Il faut tout d'abord définir si, selon les conditions de cette prestation, la plateforme agit en tant que simple intermédiaire, auquel cas il n'y a pas de contrats de travail entre elle et les prestataires, ou si elle va au-delà de la seule mise en relation en offrant elle-même une prestation dont elle définit les contours, auquel cas il faut également regarder si la prestation s'effectue dans le cadre d'une relation de travail ou d'indépendant (c. 6.1).

En l'espèce, les restaurants ne choisissent pas le livreur ou inversement, c'est l'application qui attribue un livreur à un restaurant et à un client final. Il n'y a pas de relation directe entre ces

¹ Cour de justice GE, Chambre administrative Arrêt du 29 mai 2020, [ATA/535/2020](#).

deux parties. La plateforme facture les prestations dont elle fixe unilatéralement le prix, et crédite les frais de livraison sur les comptes des livreurs après déduction de frais de service ; il s'agit de leur seule rémunération. Le chiffre d'affaires d'Uber dépend du nombre de livraisons effectuées. En conséquence, c'est à juste titre que la Cour de justice a qualifié Uber comme n'étant pas un simple intermédiaire, mais au contraire comme offrant directement la prestation de livraison.

Il s'agit donc à ce stade de savoir si cette prestation est effectuée par les livreurs à titre indépendant ou dans une relation de travail salarié (c. 6.2). Reprenant sa jurisprudence constante, le TF rappelle les conditions de la qualification du contrat en contrat de travail, notamment la prépondérance des circonstances concrètes de la relation (c. 6.3). Immédiatement après ce rappel, le Tribunal fédéral précise que les plateformes numériques ont pour trait commun de reposer sur des modèles plus flexibles de travail. Elles offrent une souplesse temporelle, spatiale et organisationnelle aux prestataires auxquels elles recourent. Il tempère son propos en ajoutant que les relations doivent être examinées pour chaque plateforme en fonction du modèle économique mis en place, lesdits modèles étant extrêmement variés. La doctrine suisse et une proposition de directive du parlement européen en cours d'adoption² proposent des listes de critères de qualification sur la base de clauses typiques des conditions générales des plateformes (c. 6.4).

En l'espèce, les livreurs connectés reçoivent des demandes de livraison spécifiant un délai d'exécution. Une fois la demande acceptée, ils reçoivent des informations concernant le restaurant, notamment les points de ramassage et de destination des marchandises. Il est recommandé au livreur de suivre les instructions du restaurant et d'attendre au moins 10 minutes pour qu'un restaurant ou un destinataire se présente. Les livreurs sont évalués tant par les restaurateurs que par les destinataires. Une évaluation moyenne insuffisante peut conduire à un avertissement, voire à l'exclusion de la plateforme si la note ne s'améliore pas dans le délai imparti. Un livreur peut refuser une livraison, mais il est prévenu que des refus répétés créent une « expérience négative » pour les utilisateurs. Ces conditions relativisent la prétendue complète liberté des livreurs alléguée par Uber CH. Au contraire, le Tribunal considère que le système de notation constitue un moyen de contrôle des livreurs, qui les place dans une relation de subordination à l'égard de la plateforme (c. 6.5.1).

De plus, les livreurs doivent accepter que les informations de géolocalisation soient fournies à la plateforme qui peut les surveiller, les suivre et partager avec des tiers ces informations. Elles sont divulguées au restaurant et au destinataire avant et pendant la fourniture de services de livraison, qui peuvent s'en servir pour sanctionner le livreur par une mauvaise appréciation. Par ailleurs, Uber Eats peut réduire les frais de livraison en cas d'itinéraire jugé inefficace, ce que seule la géolocalisation permet de déterminer. La géolocalisation constitue donc un moyen de contrôle de l'activité des livreurs et pas seulement d'attribution des livraisons (c. 6.5.2).

Enfin, le contrat contient d'autres consignes exposant le livreur à des restrictions d'accès voire à la désactivation de son compte, démontrant un contrôle strict sur la manière dont est exécutée la prestation. Ces éléments sont caractéristiques d'un lien de subordination

² Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, 9 décembre 2021, [COM \[2021\] 762 final, art. 4.](#)

(c. 6.5.3). Au vu de ce qui précède, le TF confirme l'existence d'un rapport de subordination propre à la relation de travail entre Uber et les livreurs (c. 6.5.4).

La question se pose désormais de savoir si la souplesse spécifique à la plateforme remet en cause la force de ce lien de subordination au point de renverser cette qualification. Le Tribunal fédéral y répond par la négative. Selon son analyse, la liberté contractuelle ne permet pas de qualifier d'indépendante la relation nouée avec les livreurs. D'une part, la liberté de refuser des livraisons et de se connecter reste incomplète en raison des incitations et des sanctions. A ce sujet, le Tribunal relève que ces éléments n'excluraient pas nécessairement un contrat de travail, comme dans le travail sur appel « improprement dit ». D'autre part, la possibilité d'être connectés à plusieurs plateformes simultanément matérialise la liberté d'exercer plusieurs activités à temps partiel et n'est donc pas significative de l'indépendance des livreurs. Pour le surplus, il relève que l'art. 321a al. 3 CO, qui interdit au travailleur pendant la durée du contrat, notamment de faire concurrence à l'employeuse dans la mesure où cela violerait son devoir de fidélité, est de nature dispositive (c. 6.6). Il faut désormais se demander si la relation entre Uber et les restaurateurs est susceptible de relever de la location de services.

ii. Concernant l'abandon du pouvoir de direction caractéristique de la location de service

En préambule, il est précisé que le jugement ne tranche pas la question de savoir si la plateforme recourt à la location de service en tant que locataire de services, mais bien celle de savoir si elle doit être considérée comme bailleresse (c. 7.2). Il en est ainsi si le pouvoir de direction est abandonné à l'entreprise locataire (le restaurant) en conséquence du contenu du contrat et de la description du poste et au regard de la situation de travail concrète dans l'entreprise locataire (c. 7.1).

En l'espèce, Uber Eats met des livreurs à disposition, sur demande des restaurants, via la plateforme et un contrat-cadre. Les restaurants sont responsables des services fournis, préparation et livraison des plats, dont ils ont le contrôle et la responsabilité. Uber leur facture des frais de service correspondant à un pourcentage de chaque plat livré. Uber transmet les directives de livraison des restaurants aux livreurs qui doivent les suivre (les délais, points de ramassage et de dépose...) (c. 7.3). La prestation caractéristique consiste donc en la livraison des plats chez les clients des restaurants. Cette prestation, de très courte durée, ne va pas dans le sens d'une location de services (c. 7.4).

Concrètement, les restaurants peuvent suivre le trajet emprunté et noter le livreur, ce que la Cour considère comme un indice en faveur d'un transfert du pouvoir de direction propre à une location de services. Mais ils ne peuvent pas au moment de la livraison donner des consignes sur la manière d'exécuter la mission de livraison elle-même, de plus la notation résulte d'une moyenne de notes incluant celles des clients et non pas de la note d'un restaurant déterminé. Ces éléments ne constituent donc pas un transfert du pouvoir de direction au sens de l'art. 26 al. 1 OSE (c. 7.5). Enfin, l'activité de livraison n'implique pas de contact avec les membres du personnel du restaurant, la personne n'est pas intégrée dans le planning de service de celui-ci. Contrairement au véhicule qui appartient au livreur, le matériel fourni par les restaurants n'est pas essentiel à la mission. On ne peut donc pas considérer que les restaurants engagent du personnel au travers de la plateforme. En conséquence la loi sur la location de services n'est pas applicable entre la plateforme et les restaurants (c. 7.6 à 7.9).

En résumé, les livreurs se trouvent dans une situation de subordination propre au contrat de travail et Uber n'abandonne pas son pouvoir de direction dans la mise en œuvre de ce contrat de travail (c. 8).

II. 2C_34/2021 Uber Driver

A. Objet de l'arrêt

Ce deuxième (ci-après « II. ») vise à savoir si c'est sans arbitraire que les autorités genevoises ont qualifié la société Uber B.V. « d'exploitant d'entreprise de transport » au sens de l'art. 4 let. c Loi genevoise sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (LTVTC/GE, RS/GE H 1 31 dans sa version du 13 octobre 2016 en vigueur jusqu'au 28 janvier 2022, actuellement « entreprise de transport » au sens de l'art. 5 let. c. ch. 1 LTVTC) au titre de la présence d'un contrat de travail au sens de l'art. 319 CO et en conséquence si c'est à bon droit qu'elles l'ont invitée à respecter les obligations y afférentes, notamment en matière de protection sociale et de conditions de travail des chauffeurs. Il examine également si l'art. 5 de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 0.142.112.681) est applicable, limitant à 90 jours le droit du prestataire d'un Etat contractant de fournir ses services sur le territoire d'un autre Etat contractant.

B. Résumé des faits et du droit

1. Les faits et la procédure

Le 18 décembre 2017, la société Uber Switzerland GmbH (ci-après : Uber CH) a déposé auprès du Service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du canton de Genève (ci-après : le Service cantonal) une annonce de l'activité de « diffuseur de courses » au sens de l'art. 4 let. d. LTVTC dans sa version en vigueur jusqu'au 28 janvier 2022 (actuellement « entreprise de diffusion de courses » au sens de l'art. 5 let. d LTVTC).

A la suite d'une interpellation d'un chauffeur désactivé sans préavis par la plateforme Uber Driver (ci-après également : l'application ou la plateforme), le Service cantonal de l'inspection et des relations du travail du canton de Genève estimé après audition et différents échanges avec la société Uber CH, compte tenu des spécificités de la relation contractuelle – de fait – nouée entre l'entreprise et ses chauffeurs, que celle-ci était liée avec eux par un contrat de travail. Dans la mesure où les contrats étaient signés par une société étrangère européenne, le droit de fournir des prestations de transport à Genève était limité à nonante jours de travail effectif par année civile en application de l'ALCP et ses travailleurs, même s'ils résidaient à Genève, possédaient le statut de travailleurs détachés. Selon les informations produites par Uber CH, les chauffeurs signaient uniquement un contrat avec la société Uber B.V., à Amsterdam, détentrice des droits relatifs à l'application Uber. Le 1^{er} octobre 2019, le Service cantonal a élargi la procédure à cette dernière.

Par décision du 29 octobre 2019 adressée à Uber B.V. et Uber CH, le Service cantonal a constaté qu'Uber B.V. était un exploitant d'entreprise de transport au sens de l'art. 4 let. c. LTVTC et lui a ordonné de respecter les obligations afférentes aux exploitants d'entreprise de transport, en particulier celles relatives à la protection sociale et aux conditions de travail en usage dans leur secteur d'activité, et lui a demandé de signer un engagement de respecter les usages selon l'art. 25 al. 3, 3^e phrase LTVTC. Enfin, le Service cantonal a interdit aux deux sociétés de poursuivre l'activité jusqu'au rétablissement d'une situation conforme au droit.

Par un arrêt du 17 novembre 2020, la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après : la Cour de justice) a rejeté le recours formé par Uber CH et Uber B.V. contre cette décision³. La Cour de justice a retenu que les chauffeurs étaient liés par un contrat de travail au sens de l'art. 319 CO, une des deux conditions alternatives de la qualification d'exploitant d'entreprise de transport au sens de l'art. 4 let. c. LTVTC, et devait respecter les obligations légales encadrant cette activité, si elle entendait la déployer à Genève. Au surplus, elle a confirmé la soumission d'Uber B.V. aux dispositions des traités internationaux applicables en Suisse et notamment à l'ALCP, en application de l'art. 14 LTVTC.

Uber CH et Uber B.V. ont formé un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. L'octroi de l'effet suspensif sollicité a été accordé.

2. Le droit

S'agissant de l'application du droit cantonal, plus précisément de la LTVTC, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est restreint, le recours est donc entrepris uniquement sous l'angle de l'arbitraire et de la violation des droits constitutionnels. La question posée est de savoir si l'interdiction d'exercice prononcée sur la base de la LTVTC contre Uber B.V. en tant « qu'exploitant d'entreprise de transport » est justifiée, ou si au contraire il s'agit uniquement de l'activité de « diffuseur de courses » annoncée en 2017 par Uber CH. Pour les exploitants d'entreprise de transport (art. 4 let. c LTVTC) le critère de distinction posé par la LTVTC est l'emploi par un contrat de travail au sens de l'article 10 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA) ou au sens de l'art. 319 CO de chauffeurs – c'est ce critère qu'ont utilisé les autorités genevoises – ou la mise à disposition de voitures pour des chauffeurs employés ou indépendants. Pour les diffuseurs de course (art. 4 let. d LTVTC) le critère est la qualité d'intermédiaire par la mise en relation de clients et de transporteurs – sans précision du statut. Le fait qu'Uber CH se soit annoncée comme diffuseur de course ne préjuge pas du statut des chauffeurs vis-à-vis d'Uber B.V. (c. 2).

Concernant la qualification de relation de travail, le Tribunal rappelle sa jurisprudence sur les éléments constitutifs du contrat de travail, qui doivent être analysés à la lumière des circonstances du cas concret (c. 9.2). Nous ne reviendrons pas sur cette analyse somme toute classique. Après avoir mentionné les conclusions de la doctrine suisse, et jurisprudences rendues à propos de la qualification de la plateforme Uber, en Suisse et dans d'autres pays européens (c. 9.3 à 9.5), le Tribunal fédéral analyse, sous l'angle de l'arbitraire, la qualification juridique effectuée par les juges du fond selon les faits de l'arrêt entrepris qui le lient.

En l'espèce, d'après les documents contractuels, les chauffeurs n'étaient tenus ni à des horaires ni à un nombre d'heures minimum de connexion à l'application. En cas d'inactivité prolongée, Uber leur adressait cependant des SMS et courriels via l'application, les invitant à reprendre leur activité. Les chauffeurs étaient en outre encouragés par SMS à travailler à certaines périodes. Les chauffeurs devaient suivre différentes règles relatives à l'état du véhicule, ainsi que des consignes d'interdiction d'habillement à l'effigie d'Uber et de comportement vis-à-vis des clients. Selon la Charte Uber, les actes menaçant la sécurité des chauffeurs et des passagers étaient examinés et, s'ils étaient confirmés, le compte du chauffeur pouvait être désactivé. Les chauffeurs qui ne souhaitaient pas accepter de courses étaient invités à se déconnecter de l'application. S'ils refusaient des demandes de courses

³ Cour de justice GE, Chambre administrative, Arrêt du 17 novembre 2020, ATA/1151/2020.

(deux à trois selon les chauffeurs ou si le taux d'annulation excédait la limite maximale locale selon les documents contractuels), les chauffeurs étaient supposés ne plus vouloir en accepter du tout et pouvaient être déconnectés de l'application. Uber B.V., après avoir retenu une commission, versait au chauffeur le prix de la course, encaissé auprès du client. Le prix était fixé par Uber B.V. et les chauffeurs n'avaient pas d'influence sur celui-ci. Il était interdit de négocier le prix directement avec le client. Selon le contrat de prestation, Uber se réservait le droit de modifier à tout moment le calcul du tarif à sa discrétion. L'itinéraire était indiqué par l'application. Si cet itinéraire n'était pas suivi, ou jugé inefficace, le prix de la course pouvait être ajusté. Après chaque course, le passager et le chauffeur pouvaient se noter mutuellement sur une échelle allant d'une à cinq étoiles. La note du chauffeur était basée sur le nombre moyen d'étoiles accordées par les passagers après leur course sur les 500 dernières courses. Si la note moyenne du chauffeur s'approchait de cette limite moyenne minimale valable dans sa ville, il était prévenu ; s'il restait en dessous malgré les avertissements, le chauffeur pouvait perdre l'accès à son compte. Les chauffeurs n'avaient accès qu'à leur note moyenne ; ils ignoraient quelle note le client avait attribuée après une course et les critères de notation. Les plaintes des clients étaient adressées à Uber B.V. qui suspendait le compte du chauffeur en attendant des clarifications sans que le chauffeur y ait accès. La déconnexion à la suite d'une plainte pouvait être temporaire ou définitive. Enfin, les chauffeurs étaient soumis à une géolocalisation permanente dès qu'ils ouvraient l'application. L'emplacement approximatif du véhicule était affiché à l'utilisateur. Uber pouvait analyser, suivre et partager les informations pour des raisons de sécurité ou des motifs techniques, marketing ou commerciaux (c. 10.1).

Le Tribunal fédéral considère en conséquence qu'Uber B.V. contrôle entièrement le prix des courses, régit de manière précise la façon dont la prestation de transport doit être effectuée, en donnant notamment des consignes quant au véhicule utilisé et au comportement à suivre par les chauffeurs, ainsi qu'en fixant l'itinéraire à suivre. Les chauffeurs n'organisent pas librement leur travail une fois connectés à la plateforme, les refus de courses répétés étant sanctionnés par des désactivations du compte pour une durée déterminée. La géolocalisation permet également de contrôler l'activité des chauffeurs et peut donner lieu à des sanctions par une diminution du prix de la course. Les chauffeurs sont en outre contrôlés, surveillés et sanctionnés par désactivation du compte via le système de notation et de plaintes, étant relevé qu'ils n'ont pas la possibilité de connaître l'auteur d'une note ou d'une plainte. Il en conclut qu'eu égard à l'ensemble de ces éléments, qui dénotent un contrôle sur l'activité et une surveillance, caractéristiques d'une relation de subordination, il n'est pas arbitraire de considérer que les chauffeurs entendus ont effectué une prestation de travail rémunérée qui s'est inscrite dans la durée (c. 10.2).

Il analyse ensuite les arguments proposés par la plateforme qui excluraient la présence d'un contrat de travail. Selon l'arrêt, l'argument selon lequel il n'y aurait pas de salaire versé ne convainc pas, car Uber B.V. dicte les conditions tarifaires, et facture elle-même les prestations (c. 10.3). La plateforme n'explique pas en quoi l'absence d'un processus de sélection en fonction des compétences personnelles exclurait un contrat de travail et il n'est pas contesté que les chauffeurs ont effectué personnellement les courses (c. 10.4). Concernant l'absence d'élément de durée du fait de l'absence d'engagement du travailleur, le TF reprend l'analyse de la Cour de justice selon laquelle on se trouve en présence d'un contrat-cadre suivi d'une offre de courses que les chauffeurs peuvent dans une certaine mesure refuser, ce qui peut être analysé comme un travail sur appel improprement dit, mais n'exclut pas un contrat de travail. L'argument de la responsabilité du risque économique qui exclurait un contrat de

travail ne convainc pas plus, car on ne saurait exclure un contrat de travail au motif que l'employeur ne respecte pas ses propres obligations (c. 10.5). Concernant l'absence invoquée de lien de subordination, qui résulterait des obligations imposées par la LTVTC, le Tribunal fédéral note que les consignes et directives s'agissant des véhicules et du comportement des chauffeurs vont au-delà des règles générales légales, de même que la loi n'interdit pas la négociation du prix des courses, ni n'impose une géolocalisation permanente des chauffeurs notamment à des fins marketing, ou une diminution du prix de la course en cas d'itinéraire inefficace. En conséquence, il est clair que la plateforme ne se limite pas à rappeler aux chauffeurs les exigences légales (c. 10.6). Concernant l'utilisation du système de localisation et de notation à des fins de notation réciproque et d'attribution des courses, le Tribunal ne suit pas le raisonnement d'Uber B.V., car selon lui, l'absence de transparence et les conséquences en ce qui concerne les sanctions vont bien au-delà (c. 10.7). Enfin, concernant l'absence d'horaires fixes ou d'un lieu de travail déterminé et la liberté des chauffeurs d'exercer une activité parallèle, argument clé de la plateforme, le TF rappelle sa jurisprudence selon laquelle ces éléments n'excluent pas l'existence d'un contrat de travail ou d'une activité dépendante au sens des assurances sociales, ce d'autant qu'en l'espèce la liberté est biaisée par les incitations à se connecter et les sanctions en cas de refus de courses (c. 10.8).

Ainsi c'est donc à bon droit et sans arbitraire que la Cour de justice a retenu la présence d'un exploitant d'entreprise de transport au sens de l'art. 4 let. c LTVTC (c. 10.9). La décision vise à juste titre Uber B.V. à titre principal et Uber CH à titre subsidiaire, ce qui s'avère logique, car cette dernière deviendrait elle-même exploitante d'entreprise de transport au cas où elle reprendrait les contrats à son nom (c. 11).

Concernant l'application et la violation de l'art. 5 al. 1 ALCP, le Tribunal rappelle qu'en droit européen, la libre circulation des services en matière de transports ne relève pas de la libre circulation des services (art. 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Pour sa part, l'ALCP n'exclut pas expressément du champ d'application de la libre prestation de services le domaine du transport. L'art. 5 ALCP s'applique donc sur le principe aux prestations de transport à moins qu'un accord plus spécifique ne régitse la question, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Savoir si le système mis en place par la plateforme respecte l'art. 5 ALCP ne relève cependant pas de la présente procédure. Il appartiendra aux autorités compétentes en la matière de statuer en premier lieu à cet égard (c. 12).

III. Commentaire

Nous commencerons par analyser les motifs du Tribunal concernant la qualification des relations de travail, puis nous dresserons un bilan de la portée des arrêts et des problématiques nouvelles qui se posent aux autorités au regard de ces nouvelles relations de travail salariées.

A. Apports des décisions du TF : une qualification en deux étapes

Longtemps attendus, ces deux arrêts, qui seront publiés aux ATF, permettent une avancée considérable dans la qualification des relations de travail de plateformes numériques selon les critères posés par l'art. 319 du Code des obligations. Ils viennent confirmer la décision devenue définitive de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois qui avait déjà retenu

la qualification de contrat de travail concernant l'application Uber Pop⁴. Le Tribunal fédéral se livre ici à une application du droit aux circonstances du cas concret relevées par les instances précédentes, comme il se doit en matière de requalification en contrat de travail. Toutefois, certains éléments donnent à notre sens une portée plus générale à l'arrêt dans le contexte des plateformes. Il procède ainsi à une analyse en deux étapes sur lesquelles nous reviendrons ci-après.

1. L'absence d'intermédiation numérique du travail

Bien que ces deux affaires concernent des applications numériques différentes, la même question préalable se dégage, qui est celle de savoir si la plateforme agit en tant que simple intermédiaire ou si elle intervient directement dans la prestation de service. Ce n'est que si la réponse à cette question conduit à déterminer que la plateforme n'est pas un simple intermédiaire que sa qualification d'employeur doit être résolue dans un deuxième temps. Dans le premier arrêt, la plateforme Uber Eats permet à trois types d'utilisateurs : restaurant, livreur, client final, d'entrer en contact pour une double prestation de service, la commande et la livraison d'un plat cuisiné. Dans le second arrêt, la plateforme met en contact deux types d'utilisateurs : un chauffeur disposant d'un véhicule et une personne pour la réalisation d'une prestation de service : transporter la personne d'un point à un autre. En tant que simple intermédiaire entre ses clients et ses prestataires, la plateforme n'est pas liée par un contrat de travail. En revanche si elle va au-delà de la simple mise en relation entre ses clients et ses prestataires en définissant la prestation au point de l'offrir elle-même directement elle peut être qualifiée éventuellement soit de bailleresse de services (I. c. 6.1), soit d'exploitant d'entreprise de transport (II. c. 8.1). Cette analyse du degré d'interventionnisme de la plateforme s'effectue au niveau de la définition de la prestation, de manière préalable et globale, contrairement à l'analyse de la présence d'un lien de subordination, qui s'effectue dans un deuxième temps, et concerne la mise en œuvre concrète de la prestation. Sont déterminants dans cette première étape : en ce qui concerne l'application Uber Eats, l'absence de relation directe entre le livreur et le restaurant ou le client final, les restaurants ne choisissent pas le livreur et celui-ci ne choisit pas sa mission, car c'est l'application Uber Eats qui attribue un livreur à un restaurant et à un client final. Mais aussi le fait que la plateforme définisse les conditions tarifaires, facture directement les prestations, fixe unilatéralement les prix et dépende du nombre de livraisons effectuées pour réaliser son chiffre d'affaires en lien avec l'application (I. c. 6.2).

Une analyse similaire se retrouve dans l'arrêt Uber Driver, mais elle découle directement de l'art. 4 let. c. LTVTC, de sorte qu'elle n'est pas présentée comme une condition préalable à la qualification au sens de l'art. 319 CO mais fait néanmoins partie du raisonnement appliqué par le TF. Le Tribunal explique qu'Uber B.V. ne peut pas prétendre qu'elle n'est qu'un intermédiaire vis-à-vis des chauffeurs, alors qu'elle « dicte entièrement les conditions tarifaires, contrôle leur activité et facture les prestations aux clients. A cet égard, elle est malvenue de se comparer à une centrale de taxis genevoise qui se contentait d'encaisser auprès des chauffeurs un montant mensuel fixe pour ses prestations et n'exerçait aucun contrôle sur leur activité et leur rémunération » (II. c. 10.3). Ce n'est donc pas en soi la qualification de plateforme numérique de travail qui influe le statut du prestataire, mais le modèle économique adopté que les plateformes. Cette question, nous rappelle le TF, a déjà

⁴ Tribunal cantonal VD, Cour d'appel civile, Arrêt du 11 septembre 2020, [HC/2020/535 n°380](#) (Rasier Operation B.V. c. A).

été au cœur de l'analyse de l'intérêt pour agir de la plateforme Uber POP dans l'arrêt du 31 octobre 2016, 2C_500/2016. Le Tribunal fédéral avait alors souligné l'incohérence entre le discours de la plateforme qui se considère comme simple intermédiaire de mise en relation, déclinant de ce fait toute responsabilité, et le fait qu'elle se charge de la facturation des services de transport aux clients du transporteur et impose ses propres conditions, y compris tarifaires, aux chauffeurs professionnels et privés recourant à ses services.

Ce raisonnement se rapproche de celui de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) lorsqu'elle a qualifié tour à tour les activités des plateformes Uber et Airbnb et qui revient à répondre à la question : la plateforme influence-t-elle la définition du service de manière décisive au point qu'elle doit être considérée comme le prestataire du service ? A cette question, la CJUE a répondu oui concernant la plateforme Uber, et non concernant la plateforme Airbnb⁵.

La conséquence de la réponse à cette question étant la présence potentielle d'une relation de travail salarié, elle permet de donner à la jurisprudence du Tribunal fédéral une portée plus large que la seule analyse de la présence du lien de subordination et interdit de considérer les plateformes comme étant toutes devenues des employeuses au lendemain des décisions du Tribunal fédéral.

2. La subordination numérique à l'aune de la liberté contractuelle

Le TF précise ensuite que l'absence de qualité d'intermédiaire ne préjuge pas encore de la présence d'un contrat de travail, de sorte que si la première condition s'avère nécessaire à une requalification, elle n'est cependant pas suffisante. Ainsi, il faut dans un deuxième temps répondre à la question : existe-t-il un lien de subordination ? Dans sa réponse, le Tribunal fédéral ne se contente pas d'appliquer les critères habituels du lien de subordination, il va plus loin en examinant en quoi la souplesse temporelle, spatiale et organisationnelle accordée aux prestataires par les plateformes n'est pas un élément décisif de la qualification du contrat en contrat de travail.

Après un considérant type incluant désormais la notion de dépendance économique comme un aspect typique du contrat de travail et non plus seulement un élément du lien de subordination (I. c. 6.3 et II. c. 9.2)⁶, le TF effectue une subsomption classique avec les éléments de fait caractérisés par les instances précédentes. En l'espèce, révèlent un lien de subordination l'utilisation faite par la plateforme du système de notation qui d'une part ne s'effectue pas de manière transparente et d'autre part peut mener à des sanctions voire à l'exclusion de la plateforme ; l'emploi des informations de géolocalisation par la plateforme pour contrôler l'activité des chauffeurs et exercer une surveillance sur le prestataire, et son partage avec des tiers dont les clients et restaurants qui peuvent l'utiliser dans le système de notation vont au-delà d'un simple système d'attribution des courses ; la présence de consignes et d'instructions dont la quantité et le caractère sanctionnable vont bien au-delà de simples directives générales sur la manière d'exécuter une tâche ou la simple répétition d'obligation légale (I. c. 6.5 et II. c. 10).

⁵ Pour un commentaire des décisions rendues par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sous cet angle : SABRINE MAGOGA-SABATIER, Entre influence décisive et intégration dans l'organisation : une nouvelle génération de subordination pour le travailleur de plateforme ? *in* : Work in a digital era : legal challenges AAFDL Editora Lisboa 2022.

⁶ Cf. aussi TF 4A_64/2020 du 06 août 2020 et 4A_53/2021 du 21 septembre 2021.

Si le Tribunal nous rappelle que ces éléments doivent s'analyser au cas par cas selon les circonstances concrètes, il va cependant plus loin dans son analyse des relations de travail des plateformes dans une appréciation générale qui a vocation à s'appliquer plus largement qu'à l'affaire en cause. En se référant aux exercices de systématisation réalisés par la doctrine dès 2016⁷, il définit les points communs des plateformes, à savoir que les travailleurs peuvent s'y inscrire et la quitter sans grandes formalités, puis aménager la quantité et le moment de travail, voire le lieu, l'absence de locaux ou de matériel affectés à la production des prestations, ainsi que le transfert de l'évaluation du travailleur de la société gérant la plateforme au client qui constitue le trait commun des plateformes (I. c. 6.4). Puis il examine si l'absence de certains éléments caractéristiques du contrat de travail qui font la spécificité des plateformes numériques serait de nature à surmonter la présence éventuelle d'un lien de subordination (I. c. 6.6).

Autrement dit, le lien de subordination peut-il survivre à l'absence des autres éléments caractéristiques du contrat de travail tels que l'absence d'élément de durée, de spécification du lieu de travail et du temps de travail ou l'absence de mise à disposition des instruments de travail ? A cette question, il apporte une réponse positive.

La liberté contractuelle de travailler pour un tiers lorsque le prestataire n'est pas connecté et celle de refuser des courses pendant qu'il est connecté à l'application ne sont pas significatives d'une absence de contrat de travail. D'une part, cette liberté n'est pas prouvée, d'autre part autant le contrat de travail sur appel que le contrat de travail à temps partiel autorisent les personnes salariées à refuser des missions, ou à travailler pour un autre employeur. Au surplus, l'art. 321a al. 3 CO précisant que l'accomplissement d'un travail rémunéré pour un tiers viole le devoir de fidélité est de nature dispositive. La liberté contractuelle ne s'avère donc pas aussi complète que le prétend la plateforme, elle ne permet pas de qualifier la relation notamment en présence d'un pouvoir de contrôle et de surveillance propre au contrat de travail (I. c. 6.6).

Quant à l'absence d'horaires de travail fixes, d'un lieu de travail déterminé, ces éléments représentent certes des indices d'activité indépendante, mais ils n'excluent pas l'existence d'un contrat de travail ou d'une activité dépendante, d'autant qu'en l'espèce les incitations et sanctions pratiquées par la plateforme viennent contredire la liberté alléguée (II. c. 10.8).

En bref, aujourd'hui, une personne peut donc choisir quand, où, et combien de temps elle travaille, tout en étant salariée si la relation est soumise à un rapport de subordination, ainsi que le font les personnes au bénéfice d'un contrat de travail sur appel improprement dit. C'est donc là la qualification du travailleur de plateforme qui n'est pas indépendant. Tout comme un travailleur sur appel improprement dit, il peut refuser la mission, mais s'il le fait trop souvent il perdra les appels de l'employeur.

B. Portée de l'arrêt et enjeux à venir

Quant à la portée de ces décisions et les enjeux, notre analyse sera plus nuancée.

En préambule, rappelons que l'arrêt Uber Driver porte sur l'application du droit cantonal, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral se limite donc à la question de savoir si l'application du droit cantonal par le tribunal cantonal viole le droit fédéral, en particulier si la décision a été

⁷ Cf. notamment AURÉLIEN WITZIG, L'ubérisation du monde du travail, RDS 135/2016 I p. 457 ss, p. 462.

prise de manière arbitraire ou si d'autres droits constitutionnels ont été violés. Tel n'est pas le cas, en conséquence il s'agit donc bien de travail au noir. Sa publication aux ATF, la reprise de considérants types en matière de qualification du contrat de travail et l'analyse approfondie de la doctrine autant que de la jurisprudence étrangère et Suisse qui est effectuée montrent cependant clairement la volonté d'une application plus large qu'au cas d'espèce.

Précisons aussi qu'il s'agit d'une qualification selon les critères du Code des obligations. Or en l'absence d'action collective en Suisse, il appartient à chaque personne de faire valoir ses intérêts en justice individuellement au regard du droit privé.

La volatilité de l'état de fait et la facilité pour les plateformes de faire évoluer leurs concepts représentent également des difficultés pour la mise en œuvre de la qualification dans le temps. Une modification de la législation introduisant la nécessité de l'obtention d'une autorisation d'exercice de l'intermédiation du travail par les plateformes numériques pourrait contrebalancer ce déséquilibre qui engendre des coûts pour la justice et pour les autorités de contrôle.

Rappelons aussi que la problématique de la qualification des relations de plateformes pour les autorités se pose principalement en droit des assurances sociales selon les critères applicables au salaire déterminant pour une activité dépendante au sens des articles 10 LPGA et 5 LAVS. Ces critères, précisés par les directives de l'OFAS, ne se recoupent pas nécessairement avec les critères résultant de l'article 319 CO et les décisions du Tribunal fédéral dans ce domaine sont encore attendues⁸. En principe, la définition du revenu d'activité dépendante est plus large que le salaire selon le droit privé. En conséquence, quand le contrat est qualifié de contrat de travail au sens de l'article 319 CO le salaire devrait toujours être considéré comme un salaire déterminant au sens de l'article 5 al. 2 LAVS, de sorte que le « travailleur » selon la terminologie employée par le Code des obligations sera toujours un « salarié », selon la terminologie employée par la LAVS et la LPGA⁹.

Quant aux enjeux à venir, mentionnons que face à ces décisions, la plateforme Uber Eats a opté pour l'utilisation d'une société de location de services à laquelle elle loue les prestataires opérant dans le canton de Genève. La Loi sur la location de service vient donc s'appliquer en « couche » de dispositions légales supplémentaires avec son propre régime juridique, ajoutant une nouvelle liste de problématiques. Cette option ne semble toutefois pas être mise en place de manière systématique pour les livreurs localisés dans les autres cantons.

Depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 mars 2021, il semble acquis que l'employeur des chauffeurs de l'application Uber POP, mais aussi plus généralement des travailleurs des différentes applications de la société est bien la société hollandaise contractante et non la filiale suisse Uber Switzerland GmbH¹⁰. En conséquence, l'applicabilité de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États

⁸ Cf. Office fédéral des assurances sociales, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), état le 1^{er} janvier 2022, ch. 1030. Sont notamment en attente de jugement les affaires du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich UV.2020.00118, UV.2020.00006, UV.2020.00015.

⁹ Cf. TF 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.5. SABRINE MAGOGA-SABATIER, La qualification des relations de travail des plateformes numériques, *in* : Jusletter.ch du 1^{er} mars 2021. SARA ROUSSELLE-RUFFIEUX, Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS : convergences et divergences, *in* : R. Wyler/F. Ammann, Panorama II en droit du travail : recueil d'études réalisé par des praticiens, Stämpfli, Berne 2012, pp. 177-209.

¹⁰ Cf. commentaire de l'arrêt [TF 9C_692/2020](#) du 29 mars 2021 *in* : Newsletter rcassurances.ch juin 2021.

membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 0.142.112.681) confirmée par le Tribunal fédéral (II. c. 12) et la limitation du droit de fournir les prestations de service de transport à Genève à nonante jours de travail effectif par année civile serait logiquement une des prochaines étapes procédurales.

Enfin, nous mentionnerons ici le rapport du contrôle des finances (CDF) du mois d'août 2022 qui met en évidence la croissance rapide de l'économie de plateformes, le manque d'information des prestataires des plateformes sur leurs obligations en matière d'impôts et d'assurances sociale, le fait que les autorités manquent d'outils et de ressources pour effectuer des contrôles efficaces, notamment pour le travail au noir et les distorsions de la concurrence liées à la lenteur de la procédure de décision sur le statut des plateformes. Un rapport de monitoring complet du SECO est également en cours d'élaboration, sa publication est prévue pour la fin de l'année¹¹.

¹¹ Contrôle des finances, Audit transversal, Août 2022 : [Impact de l'économie des plateformes sur le secteur public - Office fédéral des assurances sociales, Administration fédérale des contributions, Secrétariat d'État aux questions financières internationales, Secrétariat d'État à l'économie - Eidgenössische Finanzkontrolle.](#)