

Tribunal fédéral – 9C_692/2020

destiné à la publication
Ile Cour de droit social
Arrêt du 29 mars 2021

Résumé et analyse

Proposition de citation :

MAGOGA-SABATIER SABRINE, Une étape intermédiaire vers l'issue du litige sur la qualification des relations de travail des chauffeurs de la plateforme Uber, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_692/2020, Newsletter rcassurances.ch juin 2021

Newsletter juin 2021

Assurance-vieillesse et survivants, Uber, établissement stable, cotisations

Art. 12 LAVS



Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_692/2020, destiné à la publication

SABRINE MAGOGA-SABATIER¹

I. Objet de l'arrêt

Le litige concerne l'assujettissement à l'assurance-vieillesse et survivants des sociétés du groupe international Uber pour les chauffeurs du service Uber-POP, et plus précisément sa filiale suisse Uber Switzerland GmbH en tant qu'établissement stable de la filiale hollandaise Rasier Operations B.V.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Par décision du 16 août 2019, la Caisse de compensation du canton de Zurich, a conclu que les chauffeurs Uber-POP exerçaient une activité lucrative dépendante pour la société Rasier Operations B.V., domiciliée aux Pays Bas, et qu'Uber Switzerland GmbH était l'établissement stable de Rasier Operations B.V., assujettie à cotisations. Les deux sociétés sœurs, employeuse et établissement stable, ont ainsi été condamnées à payer un montant de CHF 4'283'763.75 et des intérêts moratoires de CHF 991'215.35 pour l'année 2013. Le 3 mars 2020, la Caisse de compensation a ensuite donné partiellement droit aux sociétés dans leur opposition en ce qu'elle a reconnu une réduction du montant des cotisations dues.

Rasier Operations B.V. et Uber Switzerland GmbH ont fait appel conjointement de la décision d'opposition et le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a scindé les causes. L'affaire concernant Rasier Operations B.V. (AB.2020.00045) est encore en instance de jugement. Dans l'affaire concernant Uber Switzerland GmbH, les juges cantonaux ont, dans un jugement du 16 septembre 2020, nié la qualité d'établissement stable d'Uber Switzerland GmbH au sens de l'article 51, alinéa 2 LIFD, car la société ne fournissait pas de services de

¹ MLaw droit social et droit public, cand Dr iur, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

transport et ses activités ne correspondent pas à celles de Rasier Operations B.V. Ainsi Uber Switzerland GmbH qui n'est pas l'employeuse, ne peut être assujettie à cotisation. Elle peut tout au plus être tenue de payer les cotisations pour la société étrangère employeuse, qui serait la société assujettie en application de l'article 12, alinéa 2 LAVS, en cas d'activité lucrative dépendante au sens de l'article 5 LAVS.

La Caisse de compensation a alors formé un recours en matière de droit public contre le jugement du 16 septembre 2020, recours faisant l'objet du présent jugement du Tribunal fédéral. Elle demande l'annulation de la décision précédente et la constatation qu'en tant qu'établissement stable, Uber Switzerland GmbH soit tenue conjointement responsable du paiement des cotisations, subsidiairement qu'elle soit considérée comme le domicile de Rasier Operations B.V. en Suisse, que la procédure soit suspendue jusqu'à ce que la cause concernant Rasier Operations B.V. soit jugée ou qu'elle soit renvoyée devant le Tribunal des assurances sociales pour que celui-ci se prononce sur le statut de cotisant des chauffeurs, respectivement d'employeur de Rasier Operations B.V.

La question qui est posée au Tribunal fédéral est donc celle de savoir si Uber Switzerland GmbH doit être considérée comme un établissement stable (« Betriebsstätte ») de Rasier Operations B.V. et en cela son domicile élu (« Zustelldomizil ») conjointement responsable du paiement des cotisations. Cette question nécessite, en préambule, d'interpréter l'article 12 LAVS afin de savoir si l'exigence d'un établissement stable découle de la notion d'employeur en Suisse, ou si elle a une existence autonome, permettant ainsi l'assujettissement de l'établissement stable en cas d'employeur à l'étranger. A cette deuxième question, qui est en fait au cœur de la décision que nous commentons, le Tribunal apporte une réponse négative : la notion d'établissement stable dans le cadre de l'article 12 LAVS n'a pas pour but de créer une pluralité de débiteurs. Cela lui permet de laisser ouverte la première question posée par les autorités.

B. Le droit

Le TF rejette la demande de la Caisse de compensation du canton de Zurich dans son intégralité (c. 1). Il rappelle tout d'abord que, sauf en cas d'erreur ou de constatation des faits manifestement erronée, son jugement doit se fonder sur les faits de la cause tels qu'établis par l'instance inférieure (c. 2).

En conséquence, les faits et les preuves apparus après la décision de l'instance inférieure (« *echte Noven* ») sont irrecevables. Le Tribunal fédéral rejette ainsi la production par la Caisse de compensation d'un courrier de la police du commerce du canton de Genève contenant une liste de chauffeurs (c. 3).

Sans entrer dans le détail des argumentations juridiques développées par les parties, le Tribunal rappelle que l'objet du litige concerne la qualification d'Uber Switzerland GmbH comme établissement stable d'une société domiciliée à l'étranger, Rasier Operations B.V. (c. 4).

Il relève ensuite que la procédure porte sur le service Uber-POP, activité de covoiturage avec couverture des frais (« *kostendeckende Mitnahmeservice* ») qui a été arrêtée en Suisse, et que la question de la qualification du service, et celle du règlement (« *Abwicklung* ») des courses peuvent rester ouvertes, car elles ne sont pas déterminantes pour l'issue du litige (c. 5).

Puis, concernant la qualification d'établissement stable, le Tribunal fédéral rappelle que dans le système de cotisation de l'AVS et des branches qui lui sont liées, la personne assurée exerçant une activité lucrative est en principe tenue de payer des cotisations pour la part salariale (art. 3, al. 1 et art. 5, al. 1 LAVS) et que selon le principe des cotisations à la source, l'employeur doit déduire les cotisations du revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante lors de chaque versement de salaire et les verser en même temps que la cotisation de l'employeur (art. 14, al. 1 LAVS). En conséquence, seul l'employeur peut être poursuivi par la Caisse de compensation en cas d'absence de paiement. La seule dérogation possible au principe de parité des cotisations est celle où l'employeur et le salarié ont conclu un accord sur le salaire net (c. 6.1).

Enfin, citant sa jurisprudence selon laquelle la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale) et, si le texte n'est pas absolument clair ou si plusieurs interprétations sont possibles, selon la recherche de la véritable portée de la norme au regard de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) et de son but (interprétation téléologique), il se livre à l'analyse de la disposition de l'article 12, alinéa 2 LAVS. En l'espèce, le sens littéral de la disposition est clair et l'analyse du Message du Conseil fédéral du 24 mai 1946 comme celle des débats parlementaires qui ont suivi ne le contredisent pas, de sorte qu'il n'y a aucune raison de s'en écarter. L'article dispose que seuls les employeurs qui ont un établissement stable en Suisse (ou occupent dans leur ménage des personnes obligatoirement assurées) sont tenus de payer des cotisations. Ces employeurs sont les personnes physiques et morales qui emploient et rémunèrent des assurés assujettis à cotisation, pour autant que l'entreprise soit située sur le territoire suisse et que la rémunération soit considérée comme un salaire déterminant au sens de l'article 5, alinéa 2 LAVS. L'exemption de payer des cotisations patronales est réservée aux personnes qui ne peuvent être soumises à l'obligation de cotiser du fait d'accords internationaux ou intergouvernementaux (art. 12, al. 3 LAVS). Dans ce cas, les employés paient en principe la contribution de l'employeur (art. 6 LAVS). Le texte ayant été adopté sans discussion, le Tribunal se réfère à l'intervention du rapporteur du Conseil national qui précise que l'article 12 du texte avait seulement pour but de définir l'employeur tenu de payer des cotisations, ce qui nécessitait entre autres d'avoir un établissement stable en Suisse. La Caisse de compensation a d'ailleurs confirmé la pertinence de cette analyse en s'y référant elle-même. Selon elle, déjà à cette époque l'objectif de la disposition était de permettre le calcul et la perception des cotisations même lorsque l'employeur est domicilié à l'étranger (c 6.2).

En résumé, il est clair selon le Tribunal fédéral que l'article 12 LAVS n'a pas pour but de créer une pluralité de débiteurs, mais de confirmer que l'obligation de verser des cotisations incombe exclusivement à l'employeur (c. 6.3).

En conséquence, le Tribunal fédéral conclut qu'étant donné que la Caisse de compensation ne fait pas valoir qu'Uber Switzerland GmbH est l'employeur, la question de sa qualification d'établissement stable, selon une définition restrictive, extensive ou contemporaine, n'a pas à être tranchée ; car dans un cas comme dans l'autre aucune obligation de payer les cotisations ne peut être déduite de l'article 12 LAVS à son encontre. L'indépendance juridique des personnes morales doit être respectée, à moins qu'elle ne résulte d'un abus de droit ; ce qui n'est pas non plus invoqué par la Caisse de compensation. De même, les questions de la nature de l'activité lucrative des chauffeurs et de leur statut (indépendant ou non) peuvent rester ouvertes, car elles seront résolues dans le cadre des instances encore pendantes devant

le tribunal cantonal (AB.2020.00045 et AB.2020.00044) ; instances qui devront trancher la position éventuelle d'employeur des sociétés Uber néerlandaises (c. 7).

III. Analyse

Depuis 2013, année de l'installation d'Uber en Suisse, la plateforme, pionnière des relations économiques de travail intermédiées par les applications de téléphonie mobile, n'en finit pas de faire couler de l'encre. L'année 2020 a vu ainsi plusieurs décisions de deuxième instance conclure à la présence d'un lien de subordination, à une requalification du contrat en contrat de travail et à un assujettissement aux assurances sociales en tant qu'employeur². Certaines de ces décisions sont désormais définitives³, d'autres font actuellement l'objet de recours au Tribunal fédéral⁴. Alors même qu'en France⁵ et au Royaume-Uni⁶, pour ne citer que deux exemples proches de chez nous, les juridictions suprêmes ont tranché en faveur d'une relation de travail salariée, et qu'en Espagne les autorités ont annoncé l'introduction prochaine dans le Code du travail d'une présomption de salariat pour ces personnes, au nom de leur intégration dans le cercle organisationnel et disciplinaire de la plateforme⁷, les travailleurs suisses attendent toujours impatiemment une décision du Tribunal fédéral.

L'arrêt qui nous occupe aujourd'hui n'apporte pas les réponses espérées, mais il est une étape intermédiaire vers la solution, dans la bataille juridique que se livrent le groupe international Uber et les autorités.

Ainsi les questions de la nature de l'activité lucrative au sens du droit de l'AVS et celle du statut des chauffeurs Uber-POP sont laissées ouvertes, car celle portée devant le Tribunal fédéral par les autorités était celle de l'établissement stable. Cette question, relevant classiquement du droit fiscal, se trouve être le moyen juridique utilisé par la Caisse de compensation zurichoise pour atteindre son but d'assujettissement de l'entreprise étrangère après avoir qualifié celle-ci d'employeuse. Or le Tribunal fédéral refuse d'entrer en matière sur cette notion et rappelle au contraire que la question essentielle en ce qui concerne l'identification du débiteur des cotisations est la qualité d'employeur. La Caisse de compensation, comme la SUVA d'ailleurs avant elle⁸, n'ayant pas prétendu qu'Uber Switzerland GmbH était l'employeuse des chauffeurs Uber-POP, la succursale suisse ne peut être recherchée pour les éventuelles cotisations aux assurances sociales (C. 7.3).

Assujettir la filiale suisse du groupe au titre d'un établissement stable aurait toutefois été plus simple, plus rapide et moins coûteux pour la Caisse que de rechercher l'entreprise étrangère. Afin d'assurer ses arrières, la Caisse de compensation avait d'ailleurs émis des ordonnances à

² Tribunal cantonal VD, Cour d'appel civile, HC/2020/535 n° 380 du 11 septembre 2020 (Rasier Operation B.V. c. A). Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, ATA/535/2020 du 29 mai 2020, Cour de justice, chambre administrative, ATA/1151 2020, 17 novembre 2020, Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, UV.2020.00134 du 16 juillet 2020, UV.2020.00132 du 8 juillet 2020 et UV.2020.0213 du 29 septembre 2020.

³ Cour d'appel civile, HC/2020/535 n° 380 et Chambre administrative, ATA/1151 2020, op. cit.

⁴ Cour de justice du canton de Genève, ATA/535/2020, op. cit.

⁵ Cour de cassation - Chambre sociale, Arrêt n° 374 du 4 mars 2020 (19-13.316).

⁶ UK Supreme Court, UKSC 2019/0029 du 19 février 2021.

⁷ Proyecto de real decreto-ley para la garantía de los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales accesible à l'adresse : <https://forelab.com/wp-content/uploads/ley-rider.pdf>.

⁸ Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, UV.2020.00134 du 16 juillet 2020.

l'encontre des deux employeuses potentielles afin d'éviter de se heurter une fin de non-recevoir en cas de refus de la qualité d'employeur de l'une d'elles.

Le Tribunal fédéral se refusant à tout opportunisme, reprend sa jurisprudence traditionnelle sur les règles d'interprétation des lois pour conclure que l'article 12 LAVS, ne crée pas une pluralité de débiteurs des cotisations. Il lie l'obligation de payer les cotisations exclusivement à la qualité d'employeur. Selon l'alinéa 2 de l'article 12 LAVS « tous les employeurs ayant un établissement stable en Suisse sont tenus de payer des cotisations ». Toutefois sont réservées les conventions internationales prévoyant une exemption de cotisation (art. 12 al. 3 let. a et b LAVS). En cela la décision laisse présager que Rasier Operation B.V., si elle était qualifiée d'employeuse, ne serait pas nécessairement redevable du paiement des cotisations sociales et qu'au contraire il reviendrait éventuellement aux travailleurs de les payer. Ce scénario que nous avons détaillé en 2019⁹ nous paraît toutefois improbable pour les raisons qui suivent.

Depuis le 1^{er} avril 2012, deux règlements coordonnent les systèmes européens de sécurité sociale concernant notamment les relations de la Suisse avec les Etats membres de l'UE et à l'intérieur de l'AELE : le Règlement CE n° 883/2004 du 29 avril 2004 (RS 0.831.109.268.1) et le Règlement CE n° 987/2009 du 16 septembre 2009 (RS 0.831.109.268.11). L'article 11 § 3 lettre a du règlement CE n° 883/2004 prévoit que la loi du lieu d'exercice de l'activité (salariée ou non salariée), la *lex loci laboris*, est en principe applicable. Mais en application de l'article 21 § 1 du règlement CE n° 987/2009 les employeurs ayant leur siège dans un Etat de l'UE/AELE, qui n'ont pas d'établissement stable en Suisse et qui emploient des salariés assurés en Suisse en vertu de l'ALCP ou de l'Accord AELE sont tenus de payer des cotisations en Suisse.

Ainsi, qu'elle ait ou non un établissement stable, Uber B.V. devrait être redevable des cotisations si elle était considérée comme l'employeur.

Les principales préoccupations restent encore en suspens, mais cette décision ne laisse désormais plus le choix aux juridictions du fond qui vont enfin devoir trancher les vraies questions dans les instances encore pendantes contre Rasier Operation B.V.¹⁰.

Rappelons toutefois au lecteur impatient qu'il ne s'agit dans ce dossier que de l'activité Uber-POP qui a aujourd'hui été arrêtée en Suisse. Un raisonnement par analogie entre la qualification d'Uber-POP et celle de l'activité des chauffeurs (professionnels) Uber, s'il est possible en droit du travail lorsqu'il s'agit d'examiner la présence d'un lien de subordination résultant de l'intermédiation numérique, serait moins aisé en droit des assurances sociales, qui vise à qualifier la nature du revenu de l'activité.

⁹ SABRINE MAGOGA-SABATIER, L'ubérisation du travail, nouvelle forme d'entrepreneuriat ou précarisation : Quelle reconnaissance pour les nouveaux indépendants ?, Magister, Editions Weblaw, 2019, ISBN 978-3-906940-94-6, p. 29 ss et 37.

¹⁰ Sont notamment en attente de jugement les affaires UV.2020.00118, UV.2020.00006, UV.2020.00015.