

**Tribunal fédéral – 9C\_70, 71, 75 et 76/2022**

III<sup>e</sup> Cour de droit public  
Arrêt du 16 février 2023

**Résumé et analyse**

**Proposition de citation :**

MAGOGA-SABATIER SABRINE, Qualification en droit des assurances sociales des activités des chauffeurs et livreurs *Uber*. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_70/2022, Newsletter rcassurances.ch mai 2023

**Newsletter Mai 2023**

Assurance-vieillesse,  
activité dépendante,  
statut de cotisant,  
établissement stable

**Art. 1a al. 1 let. b et  
2 al. 2 LAVS ; 49 LPGA**

**unine**  
Université de Neuchâtel  
Faculté de droit



## QUALIFICATION EN DROIT DES ASSURANCES SOCIALES DES ACTIVITÉS DES CHAUFFEURS ET LIVREURS *UBER*

Analyse des arrêts du Tribunal fédéral 9C\_70/2022, 9C\_71/2022, 9C\_75/2022 et 9C\_76/2022 du 16 février 2023

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

### I. Objet des arrêts

Les questions soulevées par les arrêts concernent le statut général d'employeur cotisant pour les activités salariées des chauffeurs, le calcul des frais professionnels et la présence ou non d'un établissement stable en Suisse pour la société employeuse.

Les arrêts **9C\_71/2022 et 9C\_75/2022** du 16 février 2023 concernent les activités exercées par Rasier Operation BV pour l'application UberPOP (UberPOP), activité qui a officiellement été arrêtée fin février 2018<sup>2</sup>. Ils font suite à l'arrêt 9C\_692/2000 du 29 mars 2021 (ATF 147 V 174) que nous avons commenté dans cette même newsletter en 2021<sup>3</sup>. Les arrêts **9C\_70/2022 et 9C\_76/2022** concernent les activités exercées par Uber BV pour les applications UberX, UberBlack, UberVan et UberGreen (Uber drive). Ils font suite à une décision sur opposition de la SUVA Zurich du 3 mars 2020 et à un jugement du tribunal cantonal des assurances sociales de Zurich du 20 décembre 2021.

Par simplification, car les deux affaires et les arrêts sont similaires, le nom Uber désignera indifféremment les deux sociétés, les considérants cités sont valables pour tous les arrêts.

---

<sup>1</sup> MLaw, assistante-doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

<sup>2</sup> <https://www.uber.com/fr-CH/blog/lausanne/de-uberpop-a-uberx/>.

<sup>3</sup> SABRINE MAGOGA-SABATIER, 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 juin 2021, <https://libra.unine.ch/server/api/core/bitstreams/4e2b4a06-b745-40d1-a232-d1fa5303686f/content>

## 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 UberPOP 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. Le même jour, elle est arrivée à la même conclusion pour les chauffeurs UberX, UberBlack, UberVan et UberGreen de la société Uber BV. Autant les sociétés néerlandaises du groupe éponyme que la Caisse de compensation ont fait recours de ces décisions devant le Tribunal fédéral.

### B. Le droit

#### 1. L'assujettissement au droit suisse et à l'AVS

Le TF commence par trancher la question de l'assujettissement au droit suisse et de l'assujettissement à l'assurance-vieillesse et survivants<sup>4</sup>. L'activité lucrative dont il est question est bien exercée en Suisse et donc soumise au droit suisse en application du principe de la *lex loci laboris* qui ressort de l'ALCP<sup>5</sup> et de l'art. 11 al. 3 let. a. RE n°883/2004<sup>6</sup>, ou de l'art. 1a al. 1 let. b LAVS pour les ressortissants non UE AELE (c. 2).

#### 2. Le statut de cotisant

Le TF procède ensuite à la distinction entre activité indépendante et activité salariée. Pour l'activité Uber ride il n'exclut pas que les chauffeurs exerçant leur activité par l'intermédiaire d'une personne morale puissent néanmoins être salariés de la plateforme, contrairement aux chauffeurs disposant de leur propre personnel salarié. Pour les chauffeurs UberPOP, la question n'est pas pertinente, car ils n'avaient pas l'autorisation d'employer leurs propres chauffeurs ni d'exercer au travers d'une personne morale (c. 3 et 4).

Dans un considérant général, le TF se prononce sur le statut de cotisant des chauffeurs au regard du revenu de l'activité lucrative dépendante, c'est-à-dire sur l'existence d'un salaire déterminant. Il vérifie en cela l'appréciation des circonstances économiques du cas concret faite par les juges du fond. Les conditions du droit civil, à savoir la présence ou non des caractéristiques typiques du contrat de travail, peuvent fournir des points de repère, mais ne sont pas déterminantes. Ces conditions sont l'accomplissement d'un service dans la durée, de manière économiquement dépendante à l'employeur et intégrée dans l'entreprise c'est-à-dire sans possibilité d'exercer une autre activité lucrative pendant les heures de travail. Dans ce contexte, le fait d'être tributaire de l'infrastructure du lieu de travail et l'existence d'un plan de travail déterminé constitue des indices d'activité dépendante. En cas de cessation du rapport de travail, la personne se trouve alors dans une situation similaire à celle de la perte d'emploi des salariés. Au contraire, on est en présence d'une activité indépendante lorsque la personne, par l'engagement de son travail et de son capital dans les échanges économiques visant à fournir des prestations de services, est indemnisée par des contre-prestations

---

<sup>4</sup> Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) du 20 décembre 1946, RS 831.10.

<sup>5</sup> Art. 8 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, RS 0.142.112.681.

<sup>6</sup> Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, RS 0.831.109.268.1.

financières, dans le cadre d'une organisation autonome librement définie et visible de l'extérieur. Le risque d'entrepreneur réside dans le fait que l'assuré doit supporter lui-même les frais, indépendamment du résultat de son travail. Le fait d'exercer effectivement une activité pour plusieurs sociétés, sans en dépendre, plaide en faveur d'une activité indépendante. En référence aux décisions du 30 mai 2022 (notamment l'arrêt 2C\_34/2021), le TF précise que les critères de délimitation développés par la jurisprudence en référence aux formes de travail traditionnelles sont applicables aux modèles d'affaires numérisés comme le travail sur plateforme (c. 5 et 6).

Le TF examine ensuite les conditions contractuelles. Il conclut que, même si celles-ci ne mentionnent pas de véritable droit d'instruction ou de rapport de subordination, c'est surtout la position dominante d'Uber dans la relation qui ne laisse aucune marge de décision significative aux chauffeurs dans les faits. Le TF déduit l'existence d'un rapport de subordination juridique et économique de l'indication de l'itinéraire par le système, l'évaluation des passages, la surveillance technique, l'imposition de fait des prix et les conditions d'encaissement et de quittances. De plus, la plateforme exerce un droit d'instruction par les recommandations et évaluations qui ont le caractère de directives fonctionnelles. L'absence d'investissements significatifs et le fait que les chauffeurs n'ont pas à rechercher les commandes impliquent l'absence de risque d'entrepreneur. Du point de vue du public, les chauffeurs n'agissent finalement pas en leur propre nom et pour leur compte. Ainsi la juridiction inférieure a pondéré correctement les critères qualifiant la relation d'activité dépendante.

Le TF rejette ensuite les arguments invoqués par Uber concernant l'absence d'instructions contraignantes et la liberté contractuelle du chauffeur (choix du trajet, choix du moment et de la durée de connexion, choix de la voiture), qui ne sont pas de nature à changer l'analyse qui précède. Concernant l'absence de lien de subordination, le TF relève que la présence d'un prix maximum imposé permettant au chauffeur uniquement de baisser le prix proposé par la plateforme exclut qu'il puisse s'agir d'un prix librement négocié entre les parties. Le fait que Rasier Operation BV se charge de régler les modalités de paiement, d'établir les quittances et de traiter les réclamations est d'une importance si fondamentale qu'il faut en déduire une intégration du chauffeur dans l'organisation de travail de la plateforme. Contrairement à ce qu'allègue la plateforme, le système d'évaluation a pour finalité de garantir un standard uniforme en vue de la satisfaction des passagers. Il est susceptible d'en découler une désactivation de plateforme, même si ce n'est pas la seule cause de désactivation possible. La localisation des chauffeurs grâce au GPS permet la vérification du respect des instructions, même si ce n'est pas sa seule fin. L'application, instrument de contrôle de la performance des chauffeurs, est à l'origine d'un rapport de subordination prononcé. La liberté organisationnelle est un argument inopérant, car si les chauffeurs sont libres des horaires de travail et de se tenir ou non à disposition de la plateforme, le poids de cet argument est atténué par l'obligation d'inscription et le taux d'acceptation qui s'impose ensuite, avec les conséquences négatives qui obligent dans les faits les chauffeurs à se voir attribuer le plus grand nombre possible de missions. Enfin, vient s'ajouter le fait que le chauffeur ne puisse pas estimer le contenu de la course avant son acceptation, contrairement à ce qui se passe habituellement dans le cadre d'une activité indépendante. Il n'a donc pas la liberté d'accepter les mandats rentables et adaptés à sa propre disponibilité. Bien que le véhicule parle en faveur d'une activité indépendante, la mise à disposition de l'infrastructure informatique et du

logiciel sous la forme d'une application d'intermédiation plaide contre le risque d'entrepreneur.

Le TF confirme l'analyse de l'instance précédente concernant l'absence de risque de pertes du fait de l'absence de risque d'encaissement spécifique à l'entreprise : l'utilisation d'un système de paiement par carte de crédit enregistrée sur l'application a pour conséquence qu'il n'existe en principe aucun risque d'impayé pour le chauffeur. Le TF confirme que les chauffeurs n'agissent pas en leur propre nom, car ils n'acquièrent pas eux-mêmes leurs commandes et ne peuvent contacter les passagers. Aux yeux de ceux-ci, c'est le service d'Uber qu'ils utilisent. Le passager ne choisit pas non plus le prestataire et ne peut influencer le processus d'attribution. L'absence de locaux propres est un indice non pertinent en l'espèce. La conséquence est qu'il faut accorder un poids moindre au risque d'investissement qu'à la dépendance en matière d'organisation du travail.

En réponse à l'argument de la violation de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de la liberté économique (art. 27 Cst.) au regard du statut d'indépendant reconnu aux chauffeurs de taxi dans les décisions 8C\_554/2018 du 5 mai 2020 et 8C\_38/2019 du 12 août 2020, le TF conclut que la situation d'Uber ne présente pas de similitude avec lesdites affaires sur les points décisifs. Il n'y a donc pas violation de l'égalité de traitement entre concurrents (c. 7).

### 3. Sur la nécessité d'un examen individuel

Le Tribunal fédéral valide la possibilité de prononcer une décision de constatation au sens de l'art. 49 LPGA plutôt qu'un examen individuel, car il existe un intérêt juridique digne de protection du fait du grand nombre d'assurés concernés, car la question est nouvelle en raison des conditions particulières à l'économie de plateformes, et car une appréciation individuelle n'est pas nécessaire du fait de l'existence de documents contractuels identiques (c. 8).

### 4. Sur la qualité d'employeur et la présence d'un établissement stable

Sur la qualité d'employeur parmi la constellation de sociétés du groupe Uber, le TF constate que d'Uber BV agit sur mandat de Rasier Operation BV lorsqu'elle exerce son droit d'instruction aux chauffeurs, c'est donc bien elle qui doit être considérée comme l'employeur (c. 9).

Sur la question de l'établissement stable, il ne s'agit donc pas de savoir si Uber Switzerland GmbH est un établissement stable (question laissée ouverte dans l'arrêt 9C\_692/2020 du 29 mars 2021), mais si Uber BV et Rasier Operation BV ont un établissement stable en Suisse. Le TF rappelle qu'il n'est pas nécessaire pour être en présence d'un établissement stable que les installations en lien avec l'utilisation de la main-d'œuvre aient une personnalité juridique propre. La notion d'établissement stable en droit des assurances sociales est plus large qu'en droit fiscal, les réflexions dans le domaine fiscal peuvent ainsi s'appliquer en matière d'assurances sociales. Or, les locaux d'Uber Switzerland GmbH sont non seulement utilisés à des fins marketing par Uber Switzerland, mais aussi pour le service d'assistance local, pour la séance d'information des candidats et la signature du contrat ainsi que pour toute question des chauffeurs en rapport avec leur travail de sorte que Rasier Operation BV et Uber BV utilisaient les locaux pour leurs propres besoins, même en l'absence de relation contractuelle avec Uber Switzerland. La nature de cette activité est la raison pour laquelle les deux plateformes n'avaient pas d'activité commerciale directe dans ces bureaux. Le TF en conclut que les conditions pour admettre l'existence d'un établissement stable au sens de l'art. 12

al. 2 LAVS sont donc bien remplies. Uber BV est ainsi tenue de payer les cotisations en vertu de cet article (c. 10).

#### 5. Concernant le montant de la créance et les frais professionnels

Concernant le montant de la créance de cotisations, en l'absence de collaboration d'Uber, la caisse de compensation n'a pas procédé arbitrairement en déterminant par estimation, sur la base des données librement disponibles, le nombre de chauffeurs et leur chiffre d'affaires. Dès lors que la qualité d'employeur est reconnue, les sociétés ont désormais un devoir de collaboration qui leur impose de faire parvenir à la caisse les salaires et les travailleurs pour lesquels les cotisations doivent être calculées (c. 11).

Les frais généraux sont des dépenses ne faisant pas partie du salaire déterminant selon l'art. 9 al. 1 RAVS. S'ils ne peuvent être justifiés ou qu'il n'existe pas de règlement approuvé par l'autorité fiscale, le montant forfaitaire indiqué dans le certificat de salaire est pris en compte comme remboursement des frais, sauf erreur manifeste. Il appartient donc à Uber de prouver et documenter les frais encourus, afin que la caisse de compensation puisse en tenir compte dans la nouvelle décision qu'elle rendra (c. 12).

### III. Analyse

Procédant par faisceau d'indices, et selon les critères énoncés dans les directives de l'OFAS<sup>7</sup>, le TF conclut à l'existence d'une relation dépendante pour les chauffeurs Uber drive et UberPOP. Il s'agit de la première décision appliquant le critère des assurances sociales au travail de plateforme. À l'image du constat fait par le FlexiTest du Conseil fédéral<sup>8</sup>, le TF montre ainsi que nos assurances sociales sont assez souples pour englober les nouvelles formes de travail.

Avec quelques mois de recul par rapport à la décision qualifiant les chauffeurs selon le droit du travail<sup>9</sup>, il apparaît aujourd'hui clairement que la difficulté est désormais de déterminer la portée pratique des arrêts. Les situations, autant en matière d'assurances sociales que de droit du travail, étant analysées selon les circonstances économiques et concrètes, les faits prévalent sur la qualification du contrat entre les parties. Quels éléments peuvent dès lors être modifiés avec succès par la plateforme pour conclure à une relation indépendante ? En effet, avec les versions actuelles de l'application un certain nombre de constats pourraient ne plus être valides, alors que d'autres le seraient encore. Autrement dit, où placer le curseur délimitant la frontière entre activité dépendante et indépendante ? (A) L'arrêt met également en lumière la notion d'établissement stable et précise les bases de l'assujettissement des activités des plateformes des sociétés du groupe américain (B).

---

<sup>7</sup> Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), valables dès le 1<sup>er</sup> janvier 2019, N 1018 ss (<https://sozialversicherungen.admin.ch/fr/f/5621>).

<sup>8</sup> Rapport du Conseil fédéral du 27 octobre 2021 sous para. 3.3.7.1, 5.1, 7.1 et 7.3.2 accessible sur <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/68679.pdf>.

<sup>9</sup> SABRINE MAGOGA-SABATIER, La portée et les enjeux de la requalification en travail salarié des relations avec les plateformes Uber et Uber Eats, [droitdutravail.ch](https://droitdutravail.ch), octobre 2022, <https://droitdutravail.ch/campagne/2197>.

## A. De nouveaux critères de qualification ?

Cet arrêt est applicable en principe aux prestataires de la plateforme dans toute la Suisse. Néanmoins, Uber a annoncé en début d'année, à la suite des décisions du 30 mai 2022 avoir modifié ses conditions afin de proposer un modèle dual<sup>10</sup>. Ainsi, les employé-e-s qui souhaitent conserver un statut de salariés doivent désormais passer par une société intermédiaire. Pour les autres, Uber aurait adapté les fonctionnalités de ses plateformes afin de leur permettre de conserver un statut indépendant. Cette dualité suppose en principe une dualité des circonstances économiques, car la qualification de la relation de travail n'est pas à la disposition des parties en vertu du principe de l'indisponibilité de la qualification. Or la plateforme mettrait ainsi en concurrence sur un même marché des livreurs et des chauffeurs pour certains soumis à un salaire minimum dans les cantons qui l'ont adopté, et des indépendants soumis la libre concurrence et à l'interdiction des prix minimums imposés<sup>11</sup>. Cela est-il réaliste ? Pour répondre à cette question dans ses aspects asséurologiques nous nous proposons d'analyser plus en détail les considérants de ces arrêts.

Le Tribunal fédéral confirme des aspects connus de l'analyse de la relation économique de la plateforme. L'activité dépendante résulte du fait que les directives édictées par Uber laissent peu de marge de manœuvre aux chauffeurs, mais aussi que le respect des instructions est contrôlé par le biais de l'application du fait des notes et des sanctions ce qui implique un rapport de subordination dans des domaines essentiels. Enfin, les chauffeurs ne supportent pas ou peu de risque entrepreneurial. Uber a décidé de modifier ces aspects, désormais les chauffeurs et les livreurs ne font plus l'objet de notation par les clients, ils ne sont plus obligés d'utiliser leur GPS et peuvent décider librement de leur trajet et de leurs prix<sup>12</sup>.

Toutefois, le TF va plus loin et de nouveaux éléments d'analyse se dégagent entre les critères traditionnels. Ainsi il nous paraît essentiel de souligner que la mise à disposition de l'infrastructure informatique et du logiciel sous la forme d'une application d'intermédiation est un élément important qui plaide contre le risque d'entrepreneur. En effet, la relation de clientèle ne peut exister sans la plateforme, celle-ci est donc l'élément essentiel qui plaide contre le risque d'entrepreneur. En droit du travail, c'est le moyen de travail fourni par l'employeur au sens de l'article 327 du code des obligations.

De plus, selon le TF, la position dominante d'Uber dans la relation ne laisse aucune marge de décision significative aux chauffeurs dans les faits, même ne l'absence d'instructions précises, ce qui est à l'origine d'un rapport de subordination juridique et économique. Ainsi, même si la plateforme offrait aux chauffeurs et aux livreurs la possibilité de fixer librement leur tarif, la position dominante de la plateforme et l'intervention de l'algorithme dans le calcul du tarif, qui ne tient compte que des conditions du marché (distance, niveau de l'offre et de la demande, présence d'élément extérieur influençant le risque et le trafic tel que la météo) et non des contraintes propres aux activités des indépendants, tels que leurs frais fixes, ne confèrent aucune marge de décision significative aux chauffeurs dans les faits.

---

<sup>10</sup> Voir par exemple PIERRE-ALEXANDRE SALLIER, Uber va étendre son modèle 2.0 au reste de la Suisse, 24heures.ch accessible sur <https://www.24heures.ch/uber-va-etendre-son-modele-2-0-au-reste-de-la-suisse-202588674748>.

<sup>11</sup> Cf. art. 5 al. 3 let. a LCart, RS 251.

<sup>12</sup> PIERRE-ALEXANDRE SALLIER, note 10.

Enfin, le TF note que du point de vue du public, les chauffeurs n'agissent pas en leur propre nom et pour leur compte. C'est la plateforme qui définit les modalités de paiement, établit les factures et traite les réclamations. Les chauffeurs n'acquièrent pas eux-mêmes leurs commandes et ne peuvent contacter les passagers, car tout cela est effectué par la plateforme, ce qui implique une intégration des travailleurs dans l'organisation de travail.

## **B. Mise en œuvre de l'assujettissement**

### **1. Etablissement stable en Suisse**

Le Tribunal fédéral a reconnu l'existence d'un établissement stable en Suisse, non par la présence d'une personne morale, mais par l'utilisation des locaux suisses à des fins commerciales et marketing par les sociétés néerlandaises. Cette question est centrale assujettir Uber B.V., employeur des chauffeurs à l'obligation de cotiser. En effet, la société ayant son siège social aux Pays-Bas, elle doit disposer d'un établissement stable en Suisse pour être tenue de payer des cotisations selon l'article 12 al. 2 LAVS. Dans le cas contraire, l'obligation de cotiser est fixée par les accords signés entre la Suisse et l'Union européenne qui ne s'appliquent qu'à leurs ressortissants. Ainsi, selon l'article 6 LAVS les chauffeurs, ressortissants d'Etats tiers, seraient considérés comme des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations et devraient verser eux-mêmes les cotisations (8,7 pour cent), sauf si l'employeur consent à en verser la moitié. Pour arriver à ce résultat, le TF utilise l'analyse fiscale, en précisant qu'en droit des assurances sociales, la notion d'établissement stable est plus large qu'en droit fiscal. Ainsi, pour être en présence d'un établissement stable, il n'est pas nécessaire qu'une partie « qualitativement ou quantitativement importante » de l'activité commerciale soit exercée dans cet établissement. La mise à disposition d'Uber B.V. par Uber Switzerland GmbH des bureaux suisses de manière permanente et le fait qu'une partie de son activité commerciale y soit exercée impliquent que les conditions pour admettre un établissement stable sont remplies. Uber B.V. est donc tenu de payer les cotisations de tous ses employés.

### **2. Présomption de statut salarié**

De plus, étant donné le nombre important de travailleurs concernés le Tribunal fédéral accepte la possibilité pour les autorités de définir un travailleur « type » pour lequel le statut de salarié est reconnu. Il s'agit donc d'une présomption réfragable qui non seulement facilite le travail des caisses de compensation dans le recouvrement des cotisations sociales, mais aussi responsabilise Uber dans la collecte des informations permettant de justifier du contraire. Seuls les chauffeurs employant leurs propres chauffeurs salariés ou qui gèrent l'activité Uber par l'intermédiaire d'une personne morale ne sont pas d'emblée considérés comme salariés, leur statut devant être examiné au cas par cas.

En somme, sans fermer la porte définitivement à une qualification différente de la relation de travail en présence de conditions de travail modifiées, le TF précise que les conditions essentielles du fonctionnement de la plateforme, son concept intrinsèque, supposent une activité lucrative dépendante. Il donne aux autorités cantonales de mise en œuvre des outils facilitant le travail de fourni qui les attend.