

**Résumé
de l'expertise du Prof. Kurt Pärli
concernant les**

**„Questions de droit du travail et des assurances sociales
dans le cas des chauffeuses et chauffeurs de taxis Uber“**

Kurt Pärli, Nussbaumstrasse 26, 3006 Bern

Professeur en droit privé social, faculté de droit,
Université de Bâle

Berne et Bâle, le 10 juillet 2016

(résumé effectué par Philip Thomas, avocat)

I)	INTRODUCTION	3
	1. Qui est et comment fonctionne Uber?	3
	2. Les relations contractuelles complexes	3
II)	QUALIFICATION EN DROIT DES CONTRATS DU TRAVAIL DES CHAUFFEUSES ET CHAUFFEURS DE TAXI UBER	3
	1. Qualification de la relation contractuelle entre la chauffeuse / le chauffeur Uber et Uber	3
	1.1. Remarque préliminaire	3
	1.2. Contrat de transport entre le passager et Uber (la chauffeuse / le chauffeur Uber)	3
	1.3. Qualification du contrat d'exploitation entre la chauffeuse / le chauffeur Uber et Rasier (respectivement Uber)	4
	a) prestation de travail, rémunération, contrat de durée	4
	b) rapport de subordination	4
	c) conclusion: les chauffeuses / chauffeurs Uber sont des travailleurs salariés	5
	2. Conséquences de l'existence d'un contrat de travail	7
	2.1 Qui est employeur dans le „schéma Uber“ ?	7
	2.2 Application de la loi fédérale sur le travail	8
III)	QUALIFICATION, EN DROIT DES ASSURANCES SOCIALES, DU REVENU PERCU PAR LES CHAUFFEUSES ET CHAUFFEURS DE TAXI UBER	8
	1. Définition des notions „employé, employeur, et personne exerçant une activité indépendante“ en droit des assurances sociales	8
	2. Qualification, en droit des assurances sociales, de l'indemnité pour les chauffeuses / chauffeurs Uber	9
	3. Qui est, dans le schéma Uber, l'employeur tenu de verser des cotisations ?	10
IV)	SIGNIFICATION DES CLAUSES RELATIVES AU DROIT APPLICABLE ET AU FOR	3
	1. Etat de fait international	11
	2. La clause d'arbitrage dans le contrat entre Rasier et les chauffeuses / chauffeurs Uber	11
	2.1. Validité de la clause arbitrale	11
	a) Conclusion provisoire	12
	b) Objections contre la clause d'arbitrage	12
	2.2. Exkursus: Uber Switzerland comme employeur	13
V)	CONCLUSIONS	13

I) Introduction

1 Qui est et comment fonctionne „Uber“?

Uber est une société (Sàrl) qui met en relation les conducteurs et passagers grâce à une application smart-phone. Son siège principal se trouve à Amsterdam („Uber International Holding B.V.“ (ci-après: Uber)). La filiale de Uber, Rasier, a également son siège à Amsterdam; c'est elle qui conclut les relations contractuelles avec les chauffeuses / chauffeurs Uber.

Sous la dénomination „Uber Switzerland Sàrl“ (ci-après: Uber Switzerland), cette entreprise du groupe Uber propose des prestations de transport, par une communication mobile et des demandes online, et propose également toutes les prestations qui y sont liées, directement ou indirectement. „Uber Switzerland Sàrl“ est entièrement détenue par la société Uber à Amsterdam.

Les chauffeuses / chauffeurs de Uber n'ont pas l'obligation d'être des chauffeuses / chauffeurs professionnels. Ils doivent avoir leur permis de conduire depuis au moins trois ans ainsi que disposer d'un véhicule avec quatre portes au minimum et qui ne doit pas avoir plus de dix ans. Ils doivent en outre fournir un extrait de leur casier judiciaire, qui doit être vierge. Les exigences pour les chauffeuses / chauffeurs de UberX et de Uber-Black sont pour leur part plus élevées. Ils doivent en effet disposer de l'autorisation relative au transport professionnel de personnes et doivent posséder des véhicules hauts de gamme.

2 Les relations contractuelles complexes

Les relations entre Uber, le passager et la chauffeuse / le chauffeur Uber sont organisées de manière extrêmement complexe. L'entreprise Uber a conclu un contrat de coopération avec „Rasier Operations B.V.“ (ci-après: Rasier), lequel prévoit que Uber octroie à Rasier une licence pour l'utilisation du logiciel de Uber.

Quiconque souhaite faire appel aux services de transports de Uber doit en premier lieu s'inscrire sur le site de Uber. Cette inscription requiert notamment à titre préalable d'autoriser l'accès à ses données personnelles. Il faut par la suite enregistrer les données de sa carte de crédit et accepter les conditions générales de Uber. La relation contractuelle née suite à l'acceptation des conditions générales donne aux passagers un accès mondial (exception faite des USA et de la Chine) aux produits et prestations de services de Uber.

Quiconque souhaite s'inscrire en tant que chauffeuse / chauffeur auprès de Uber conclut avec Rasier (et non avec Uber) un contrat d'exploitation. Le contrat prévoit que la chauffeuse / le chauffeur doit posséder une voiture et doit rechercher des passagers. La prestation contractuelle de Rasier envers la chauffeuse / le chauffeur consiste en ce que Rasier transmet à la chauffeuse / au chauffeur les demandes des personnes physiques grâce à un logiciel UberPOP de Uber. Rasier perçoit une taxe auprès de la chauffeuse / du chauffeur pour la mise à disposition de ce logiciel UberPOP.

II) Qualification, en droit des contrats, du travail des chauffeuses / chauffeurs de taxi Uber

1 *Qualification de la relation contractuelle entre la chauffeuse / le chauffeur Uber et Uber*

1.1 Remarque préliminaire

Dans le contrat d'exploitation entre la chauffeuse / le chauffeur Uber et Rasier, c'est le droit néerlandais qui s'applique. Cela étant, l'on va examiner dans un premier temps s'il existe, dans la relation entre la chauffeuse / le chauffeur Uber et Rasier, un contrat de travail selon le droit suisse.

1.2 Contrat de transport entre le passager et Uber (chauffeuse / chauffeur Uber)

Le contenu du contrat entre le passager Uber et Uber est déterminé par les conditions générales, qui doivent être acceptées par le passager Uber et qui constituent ainsi une condition pour accéder à l'application Uber. Le passager Uber doit par ailleurs, lors de son inscription, fournir les informations sur sa carte de crédit, afin que le paiement puisse être débité automatiquement en faveur de la chauffeuse / du chauffeur Uber.

La relation contractuelle entre Uber et le passager Uber peut être définie, sur la base des données dont l'on dispose, comme un **contrat de transport**, contrairement à ce qui est mentionné dans les conditions générales. Pour pouvoir exécuter le contrat, le contractant, soit Rasier, dépend régulièrement de l'aide de tiers. Il peut s'agir de travailleurs salariés au sens des art. 319 ss CO mais également de mandataires selon les art. 394 ss CO, pour lesquels le transporteur engage sa responsabilité conformément aux règles générales des art. 101 CO et 55 CO.

Conformément aux clauses relatives au droit applicable, au for et à l'arbitrage, il en ressort que les relations contractuelles entre Uber et le passager Uber sont soumises au **droit néerlandais**. Les éventuels litiges devraient être portés devant un **tribunal arbitral** à Amsterdam.

1.3 Qualification du contrat d'exploitation entre la chauffeuse / le chauffeur Uber et Rasier (respectivement Uber)

La présente expertise exclut l'application des règles du mandat et du contrat d'entreprise et examine si les quatre éléments essentiels du contrat de travail sont remplis (art. 319 CO). Il s'agit des éléments suivants:

- engagement d'offrir sa prestation de travail;
- pour une durée déterminée ou indéterminée (contrat de durée);
- contre rémunération;
- avec l'intégration dans une organisation de travail externe (rapport de subordination).

a) Prestation de travail, rémunération, contrat de durée

Une chauffeuse / un chauffeur Uber fournit une prestation de travail, en tant qu'auxiliaire de Rasier, pour exécuter le contrat de transport. La structure du contrat d'exploitation fait en outre ressortir certains éléments évidents du contrat de durée. Cela ressort en particulier des dispositions sur la fin du contrat. Ainsi, il peut être mis fin au contrat soit par accord mutuel, soit par une résiliation. Dans le cas d'une violation grave du

contrat, le délai de résiliation est de sept jours.

Le contrat d'exploitation prévoit que la chauffeuse / le chauffeur Uber ne perçoit pas, en échange de l'acceptation et de la pleine exécution d'une demande, une rémunération convenue, mais un forfait de services volontaire. Il convient néanmoins de relativiser le caractère facultatif du forfait de services, dans le sens où le paiement du prix de la course est garanti par l'application Uber ainsi que par les informations fournies par le passager sur sa carte de crédit, lesquelles constituent une condition impérative pour l'utilisation de l'application. La chauffeuse / le chauffeur Uber s'engage par ailleurs à s'acquitter d'une taxe de 20% du montant perçu par le forfait services „facultatif“, en contrepartie de l'utilisation de l'application Uber. Ce système de rémunération démontre que, finalement, les parties conviennent d'une prestation de travail en échange d'une rémunération.

b) Rapport de subordination

L'existence d'une relation contractuelle dans un rapport de subordination constitue le critère déterminant pour établir si l'on est en présence d'un contrat de travail. Selon la doctrine et la jurisprudence, les parties à un contrat de travail doivent nécessairement se trouver dans une relation de subordination d'un point de vue personnel, économique et en relation avec l'entreprise.

L'intégration dans une organisation de travail externe se manifeste, d'un point de vue juridique, par le fait que le travailleur reçoit des directives qui lui sont adressées (art. 321d CO) et qui concernent l'exécution de son travail ainsi que son comportement. Les tribunaux ont souvent dû traiter la question de la qualification des relations contractuelles des conductrices / conducteurs. Le Tribunal fédéral s'était notamment penché sur le cas d'un chauffeur poids lourds qui exécutait régulièrement des transports pour une société tiers (Z) sur instructions du mandant, respectivement de son employeur (X). Pour exécuter son travail, il utilisait le camion et le téléphone portable de X. En se basant sur ces faits, aussi bien l'instance inférieure que le Tribunal fédéral avaient admis l'existence d'un contrat de travail.

Dans le contrat d'exploitation ainsi que dans le schéma des relations entre les chauffeuses / chauffeurs Uber et Rasier (respectivement Uber), l'on trouve diverses réglementations qui nous sont utiles pour résoudre la question de savoir si les chauffeuses / chauffeurs Uber se trouvent, du point de vue du droit du travail, dans une relation de subordination.

Les chauffeuses / chauffeurs Uber ne sont pas tenus d'accepter les demandes qui leur arrivent par le biais de l'application Uber. De même, ils ne sont pas tenus d'offrir leurs services à des périodes déterminées ou pendant une certaine durée. Ces circonstances parlent en soi **contre une relation de subordination du point de vue de l'entreprise**. Cependant, il semble que celui qui refuse régulièrement des courses n'est plus pris en considération par l'application Uber, ce qui **de facto s'assimile à une obligation d'accepter les courses**. Par ailleurs, le contrat d'exploitation prévoit que, si aucune course n'est effectuée durant 90 jours, le contrat prend fin automatiquement.

Toujours selon le contrat d'exploitation, les parties ont prévu que l'entreprise n'exerce **aucun pouvoir de discipline ou de contrôle** sur les chauffeuses / chauffeurs, et qu'elle n'a ni le droit de contrôler les chauffeuses / chauffeurs dans la mise en oeuvre du „ride sharing“, ni de leur donner des instructions à ce sujet. Prise isolément, cette clause va **à l'encontre d'une subordination d'un point de vue personnel**. Cette disposition est toutefois **en contradiction avec le nombre important de directives** qui se trouvent dans le

contrat et qu'une chauffeuse / un chauffeur Uber doit par conséquent respecter. Il en découle que lorsqu'une chauffeuse / un chauffeur Uber a accepté une demande et qu'il doit l'exécuter, il doit suivre précisément le contrat qui **prévoit de manière détaillée** ce qu'une exécution complète d'une demande signifie (informations au passager, grâce à l'application mobile de Uber, sur l'heure d'arrivée à destination ainsi que, en cas d'attente supérieure à dix minutes, sur l'arrivée de la chauffeuse / du chauffeur à l'endroit indiqué par le passager, de même que l'exécution de la course convenue entre la chauffeuse / le chauffeur et le passager ainsi que la délivrance à l'entreprise et dans le délai fixé de tous les documents demandés). L'obligation contractuelle de garder la **confidentialité sur le contrat mérite également d'être relevée**. Les chauffeuses / chauffeurs Uber doivent s'engager à prendre des précautions raisonnables afin d'empêcher la divulgation à des tiers du contenu du contrat ainsi que ses conditions. Dans l'ensemble, les éléments constitutifs d'un lien de subordination d'un point de vue personnel l'emportent.

La structure du „cadre de qualité“ de la chauffeuse / du chauffeur (définition dans le contrat d'exploitation) plaide également en faveur d'une **subordination d'un point de vue personnel et de l'entreprise**. Par le contrat, la chauffeuse / le chauffeur Uber reconnaît le droit de Rasier d'avoir accès au système d'évaluation par étoiles de Uber. Celui-ci a pour but de déterminer le niveau de prestation des conducteurs, qui sont liés contractuellement à l'entreprise, grâce au **feedback des clients**. Ce système d'évaluation a des conséquences déterminantes pour les chauffeuses / chauffeurs. Le contrat d'exploitation mentionne expressément que les chauffeuses / chauffeurs qui ont de mauvaises évaluations n'ont qu'une possibilité restreinte de se voir attribuer des demandes. C'est Uber qui définit les **questions qui sont pertinentes pour le feedback des clients**. Il s'agit dès lors de **directives de l'entreprise** que la chauffeuse / le chauffeur Uber doit respecter si il ou elle souhaite poursuivre ses activités de transport à l'avenir.

Il convient également d'admettre la subordination d'un point de vue de l'entreprise pour les chauffeuses / chauffeurs Uber qui travaillent pendant leur temps de travail comme chauffeuses / chauffeurs. Cette relation de subordination, d'un point de vue personnel et de l'entreprise, demeure également dans le cas des chauffeuses / chauffeurs Uber qui n'effectuent que sporadiquement des prestations de transport pour Rasier, et où la dépendance économique s'avère être, dans le cas concret, que faible voire nulle. Dans l'ensemble, il convient de considérer qu'il y a une relation de subordination.

c) Conclusion: les chauffeuses / chauffeurs Uber sont des travailleurs salariés

Les chauffeuses / chauffeurs Uber effectuent une prestation sujette à rémunération dans le cadre d'un contrat de durée et dans un rapport de subordination. L'on est par conséquent en présence d'un contrat de travail au sens des articles 319 ss CO. La dénomination mentionnée dans le contrat d'exploitation, de „mandat“ traduit en réalité une situation « d'indépendance fictive ».

L'existence d'un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO a pour conséquence que les dispositions absolument et relativement impératives du droit du contrat de travail sont applicables. Ainsi, dans le cas où le contrat d'exploitation entre les chauffeuses / chauffeurs Uber et Rasier contient des dispositions contraires aux dispositions impératives, elles doivent être considérées comme nulles et remplacées par les dispositions prévues par la loi. Cela concerne notamment les dispositions traitant de la résiliation, qui sont prévues dans le contrat d'exploitation et qui dérogent aux dispositions impératives du droit du contrat de travail.

Dès lors que l'on est en présence d'un contrat de travail, il convient d'appliquer également les dispositions

du droit public du travail, notamment la loi fédérale sur le travail ainsi que le droit des assurances sociales. La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes est également applicable à toutes les relations contractuelles.

2 Conséquences de l'existence d'un contrat de travail

2.1 Qui est employeur dans le « schéma Uber » ?

Une chauffeuse / un chauffeur de taxi Uber conclut un contrat d'exploitation, considéré dans la présente expertise comme contrat de travail au sens des art. 319 ss CO, avec Rasier, une filiale de Uber. C'est Uber qui verse l'indemnité (le salaire) en contrepartie de la prestation fournie par la chauffeuse / le chauffeur Uber. Dans l'exécution du contrat de travail, Uber Switzerland joue également un rôle déterminant. Il ressort en effet des offres d'emploi que le personnel de Uber Switzerland est notamment chargé des contacts avec les chauffeuses / chauffeurs Uber et qu'il s'occupe de soigner les relations entre les passagers et les chauffeuses / chauffeurs.

Le contexte mentionné ci-dessus n'est pas atypique dans le cadre de relations de travail au sein d'une multinationale. La doctrine part du principe que, même **au sein d'un tel groupe, la relation contractuelle** n'existe de manière générale qu'avec une seule société. Il faut dès lors partir du principe que le contrat de travail (selon la qualification effectuée ici) a été conclu entre la chauffeuse / le chauffeur Uber et Rasier. C'est la chauffeuse / le chauffeur Uber qui effectue la prestation de travail effective, mais pour Uber, en exécutant le contrat de transport.

2.2 Application de la loi fédérale sur le travail

Les chauffeuses / chauffeurs Uber sont engagés par Rasier, la filiale néerlandaise de Uber, et ils exercent leur activité en Suisse. La loi fédérale sur le travail est donc applicable. Il se pose dans ce cadre la question de savoir si, du fait du lien étroit entre Uber Switzerland, d'une part, et Rasier et Uber, d'autre part, ce n'est pas l'établissement suisse (soit Uber Switzerland Sàrl) qui devrait être défini comme employeur au sens de la loi sur le travail.

Les chauffeuses / chauffeurs sont également soumis à l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels des véhicules automobiles (ordonnance sur les chauffeurs, OTR 1). Il ressort de l'art. 3 al. 1 let. a et b OTR 1 que le domaine d'application est limité aux chauffeurs de poids lourds, de petits bus (à partir de 9 places) et de cars. Par conséquent, les chauffeuses / chauffeurs de taxi à proprement parler sont soumis à l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes et de voitures de tourisme lourdes (OTR 2). Les dispositions de l'OTR 2 complètent les règles de la loi fédérale sur le travail en matière de temps de travail et de protection de la santé.

L'OTR 2 distingue les chauffeuses / chauffeurs de taxi, qui exercent leur activité en tant que salarié-e-s, et ceux qui agissent comme conductrices / conducteurs indépendants.

Est considéré comme salarié, au sens de l'art. 2 al. 2 let. c OTR 2, „celui qui n'est pas conducteur indépendant, en particulier celui qui conduit un véhicule alors qu'il est au service d'un employeur ou qu'il est soumis

à des rapports de subordination“. Il est vrai que le contrat d’exploitation entre Rasier et la chauffeuse / le chauffeur Uber prévoit, d’un point de vue formel, la liberté pour la chauffeuse / le chauffeur Uber de disposer. Toutefois, comme il l’a déjà été démontré ci-dessus, cette liberté est restreinte du fait que lorsque les chauffeuses / chauffeurs Uber refusent des courses, il doivent assumer le risque d’être moins appelés, voire de ne plus l’être du tout. Si l’on suit la qualification juridique exposée dans la présente expertise, l’on doit également conclure au statut d’employé pour la question de la soumission à l’OTR 2. Il en découle que les règles de l’OTR 2 sont applicables aux chauffeuses / chauffeurs Uber.

III) Qualification en droit des assurances sociales du revenu perçu par les chauffeuses / chauffeurs de taxi Uber

1. *Définition des notions „employé, employeur, et personne exerçant une activité indépendante“ en droit des assurances sociales*

En Suisse, tout revenu que l’on perçoit est soumis aux cotisations des assurances sociales. Partant, un employeur qui occupe des travailleuses / travailleurs doit payer les cotisations aux assurances sociales. Sont considérés comme travailleuses et travailleurs les personnes qui effectuent un travail en se trouvant dans une situation dépendante et qui perçoivent ainsi le salaire déterminant selon la loi spéciale applicable. C’est l’employeur qui est le débiteur des cotisations sociales, et qui doit verser à la caisse de compensation compétente aussi bien ses propres cotisations que celles de son employé-e. Cela concerne les cotisations pour l’assurance-vieillesse et survivants (AVS), pour l’assurance-invalidité (AI), pour les allocations pour perte de gain (APG), pour les allocations familiales (AFam) ainsi que pour l’assurance-chômage (ACI). L’assurance-accidents (AA) ainsi que la prévoyance professionnelle (PP) sont également des assurances pour lesquelles des cotisations doivent être payées, sur la base de l’AVS.

Un chauffeur de taxi qui ne pouvait pas disposer librement de son temps de travail et ne pouvait pas s’opposer de manière efficace au recours à des chauffeurs supplémentaires par la société à laquelle il était lié, a été qualifié par la **caisse de compensation** comme un travailleur salarié. Cette décision a été confirmée par le Tribunal fédéral. Le **17 juin 2014**, le **Tribunal fédéral** a examiné le recours d’un chauffeur de taxi contre la **décision de l’établissement d’assurance-accidents SUVA**, qui l’avait considéré comme un employé. Le Tribunal fédéral n’a pas critiqué cette qualification de la SUVA et de l’instance inférieure. Celle-ci avait notamment jugé que le recourant était dépendant de la centrale d’appel, qu’il n’assumait presque aucun risque de l’entreprise et qu’il n’avait pas effectué d’investissements importants. L’instance inférieure avait encore estimé que le recourant n’avait pas ses propres bureaux et qu’il n’apparaissait pas, envers les clients, comme dirigeant sa propre entreprise. L’objection du recourant selon laquelle il déclarait vouloir effectuer, en plus des mandats qui lui avaient été transmis, d’autres courses en tant qu’indépendant, n’a pas été retenue. L’instance inférieure n’avait même pas reconnu l’acquisition d’un propre véhicule, particulièrement adapté pour le service de taxi, comme étant une preuve d’investissements importants (et donc un indice pour une activité indépendante), décision qui n’a pas été critiquée par le Tribunal fédéral. Le fait qu’une chauffeuse / un chauffeur n’assume aucun risque d’encaissement et qu’elle / il est relié-e à une centrale sont des indices clairs en faveur d’une activité salariée dépendante.

2. *Qualification, en droit des assurances sociales, de l'indemnité pour les chauffeuses / chauffeurs Uber*

Conformément au contrat d'exploitation (entre la chauffeuse / chauffeur Uber et Rasier), une chauffeuse / un chauffeur Uber perçoit comme indemnité pour sa prestation de transport un forfait de services volontaire, que le passager paie par prélèvement sur sa carte de crédit au moyen du logiciel Uber, et qui est attribué à la chauffeuse / au chauffeur Uber. Celui-ci reçoit chaque mois un détail des courses qu'il a effectuées et les rentrées d'argent y relatives ainsi que les déductions (commissions de Uber). Ce décompte mentionne en outre que la chauffeuse / le chauffeur Uber est tenu de s'annoncer auprès du service des contributions ou d'un conseiller fiscal pour la question de l'assujettissement à l'impôt. Il ressort également de ce document que les paiements sont effectués par Uber (et non pas par Rasier).

Le fait que les tarifs des chauffeuses / chauffeurs soient fixés va à l'encontre du risque d'entreprise, bien que les chauffeuses / chauffeurs doivent assumer eux-mêmes les frais des courses. De même, l'obligation de l'entreprise de verser aux chauffeuses / chauffeurs Uber une taxe d'annulation, lorsque le passager ne se présente pas pour la course qu'il a commandée, va également à l'encontre de l'existence d'un risque d'entreprise qui devrait être assumé par la chauffeuse / le chauffeur. Les chauffeuses / chauffeurs Uber n'agissent ni en leur nom ni avec leur propre facture envers les passagers, ce qui constitue un indice supplémentaire pour l'absence d'un risque d'entreprise au sens du droit des assurances sociales.

Celui qui refuse régulièrement des courses n'est plus pris en considération par l'application Uber, ce qui aboutit en fait à l'obligation d'accepter les courses. Ce principe atteste du lien de dépendance dans l'organisation du travail. De plus, le contrat d'exploitation prévoit une fin automatique du contrat si aucune course n'est effectuée durant 90 jours.

Le contrat d'exploitation contient un **grand nombre de directives** que la chauffeuse / le chauffeur Uber doit respecter. Il doit ainsi notamment donner suite à une demande qu'il a acceptée, et le contrat **détaille de manière claire** ce qu'il faut entendre par l'exécution complète d'une demande (informations au passager, grâce à l'application mobile de Uber, sur l'heure d'arrivée à destination ainsi que, en cas d'attente supérieure à dix minutes, sur l'arrivée de la chauffeuse / du chauffeur à l'endroit indiqué par le passager, de même que l'exécution de la course convenue entre la chauffeuse / le chauffeur et le passager ainsi que la délivrance en temps utile de tous les documents demandés par l'entreprise).

Le schéma du „cadre qualité“ de la chauffeuse / du chauffeur (décrit dans le contrat d'exploitation) est un indice supplémentaire de la **dépendance dans l'organisation du travail**. En signant le contrat, la chauffeuse / le chauffeur Uber accepte le droit de Rasier d'avoir accès au système d'évaluation par étoiles de Uber. Celui-ci sert à évaluer le niveau de prestation de la chauffeuse / du chauffeur qui est lié contractuellement à l'entreprise en fonction du feedback des clients. Ce système d'évaluation a une portée considérable sur les chauffeuses / chauffeurs. En effet, le contrat d'exploitation mentionne expressément que les chauffeuses / chauffeurs avec une mauvaise évaluation n'ont qu'une possibilité restreinte de se voir attribuer des demandes. C'est **Uber qui définit les questions déterminantes pour le feedback des clients**. Il s'agit en fait de **directives de l'entreprise**, que la chauffeuse / le chauffeur Uber doit respecter s'il veut (continuer à) effectuer des courses.

Si l'on prend en considération toutes les caractéristiques de l'activité d'une chauffeuse / d'un chauffeur

Uber, **celles qui sont propres à l'existence d'une activité salariée dépendante l'emportent**. Ce résultat correspond également à la volonté du législateur de ne pas considérer trop facilement les personnes qui exercent une activité lucrative soumise aux cotisations sociales comme étant indépendantes, et de les soustraire ainsi aux protections dont elles bénéficient, notamment en lien avec l'assurance-chômage.

L'activité des chauffeuses / chauffeurs Uber doit dès lors être qualifiée d'**activité lucrative dépendante** au sens de l'art. 10 LPGa. Cela a pour conséquence que le salaire qu'ils perçoivent est considéré comme le **salaire déterminant** au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS. Par conséquent, les cotisations légales des travailleuses / travailleurs et des employeurs sont dues pour l'AVS, l'AI, l'APG, les AFam, l'AA et la PP. C'est l'employeur qui est le débiteur de l'ensemble des cotisations.

3. *Qui est, dans le schéma Uber, l'employeur tenu de verser des cotisations?*

Du point de vue du droit civil, l'employeur des chauffeuses / chauffeurs Uber est Rasier, qui a son siège aux Pays-Bas. Il se pose donc la question de savoir si c'est Rasier ou une autre société de Uber qui doit être considéré comme employeur tenu de payer les cotisations. L'obligation de cotiser concerne tous les employeurs **qui ont une succursale en Suisse**. Selon l'art. 12 al. 3 let. a LAVS, respectivement LAFam, même les employeurs **qui n'ont pas de siège ou de succursale en Suisse sont tenus de payer des cotisations**, si cela résulte d'une convention internationale ou de l'usage établi par le droit international public.

Il convient donc sur cette base d'examiner si **Uber a une succursale en Suisse**. Selon une directive administrative y relative, une succursale au sens de la LAVS est „un établissement ou des aménagements permanents comme des locaux de fabrication, de commerce ou de bureau dans lesquels des employés du titulaire de la succursale y exercent une activité“. La filiale de Uber, la société „Uber Switzerland“ dispose de bureaux en Suisse. Des contacts ont lieu entre les chauffeuses / chauffeurs Uber et les employés de Uber Switzerland. Cela ressort notamment d'une offre d'emploi publiée récemment par Uber Switzerland.

Il résulte de ce qui précède que Uber Switzerland doit ainsi être considéré comme employeur tenu de verser les cotisations. Même si tel ne devait pas être le cas en raison de l'absence d'une succursale, le débiteur des cotisations reste dans le groupe Uber; cela pourrait être la filiale de Uber, Rasier, qui devrait ainsi verser les cotisations sur la base de l'Annexe II à l'ALCP et des dispositions y relatives sur les règles de coordination des assurances sociales de l'UE.

IV) Signification des clauses relatives au droit applicable et au for

1 *Etat de fait international*

Lorsqu'une personne en Suisse conclut un contrat avec une société ayant son siège à l'étranger, l'on est en présence d'un aspect de droit international, ce qui conduit à l'application de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

II. *La clause d'arbitrage dans le contrat entre Rasier et la chauffeuse / le chauffeur Uber*

Sous le titre „Droit applicable et for“, le contrat d'exploitation entre Rasier et la chauffeuse / le chauffeur Uber mentionne que **les litiges seront réglés exclusivement et définitivement par une procédure devant**

un tribunal arbitral. Le for de la procédure arbitrale est Amsterdam, aux Pays-Bas. La langue de la procédure arbitrale est l'anglais.

2.1 Validité de la clause arbitrale

Il se pose la question de savoir si une telle clause contractuelle serait cas échéant contraignante pour un tribunal qui serait saisi en Suisse dans un litige entre une chauffeuse / un chauffeur Uber et Rasier.

En Suisse, le Tribunal fédéral (ATF 136 III 447) a fixé des **limites** à l'**arbitrage interne** dans le cas de prétentions d'arbitrage relevant du droit du travail : des conventions d'arbitrage concernant des prétentions auxquelles la travailleuse / le travailleur ne peut pas renoncer sur la base de l'art. 341 al. 1 CO ne le lient pas. Le Tribunal fédéral arrive à la conclusion qu'un tel accord d'arbitrage est certes admissible, mais ne peut toutefois pas concerner des prétentions auxquelles la travailleuse / le travailleur ne peut pas renoncer en vertu de l'art. 341 CO. Le Tribunal fédéral s'est exprimé dans les termes suivants: „Si le travailleur ne peut pas renoncer à certaines créances en raison de cette disposition, il ne peut pas non plus convenir à l'avance que ces créances seraient soumises à l'arbitrage“. Le Tribunal fédéral ajoute qu'il serait incohérent d'admettre une convention d'arbitrage là où la loi interdit une convention de for dans l'intérêt de la partie faible au contrat.

Les limites fixées par l'ATF 136 III 447 ne s'appliquent toutefois pas d'office à l'arbitrage dans les **relations internationales**. Aux termes de l'art. 177 al. 1 LDIP, une cause peut faire l'objet d'un arbitrage dès lors qu'elle est – comme en l'espèce – „de nature patrimoniale“.

La doctrine a, à juste titre, soulevé la question de savoir si les fors impératifs, tels que prévus en droit du travail, devraient être exclus de l'arbitrage dans les relations internationales. Selon la position que l'on défend ici, il n'est pas examiné pourquoi une renonciation au for serait admissible dans les relations internationales pour des prétentions selon l'art. 341 CO, mais ne le serait pas pour de simples états de faits internes. L'on peut difficilement soutenir, en référence à la notion de protection du droit du travail, qu'une chauffeuse / un chauffeur Uber ne puisse pas faire valoir ses prétentions envers le groupe Uber devant un tribunal suisse, en se basant sur une clause arbitrale standard contenue dans les contrats des chauffeuses / chauffeurs Uber.

a) Conclusion provisoire

L'on ne peut pas exclure, à la lumière de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence (ATF 136 III 447, cons. 4.2) que la convention d'arbitrage entre Rasier et la chauffeuse / le chauffeur Uber soit valable. Un litige de droit contractuel devrait d'abord être réglé par une procédure de médiation, conformément à la clause du contrat d'exploitation mentionnée ci-dessus. Si aucun accord n'est trouvé, un tribunal arbitral ayant son siège à Amsterdam devrait être saisi.

b) Objections à l'encontre de la clause d'arbitrage

Il y a lieu de préciser que certains tribunaux étrangers se sont déjà prononcés au sujet des clauses d'arbitrage entre Rasier et les chauffeuses / chauffeurs Uber, en contestant leur validité.

Dans tous les cas, la disposition - dans le contrat - selon laquelle le tribunal arbitral statue définitivement, est fortement douteuse. Le droit suisse prévoit en effet qu'on ne peut pas renoncer à des voies de recours contre une sentence arbitrale **lorsqu'une des parties en cause a son siège en Suisse** (art. 192 LDIP). C'est le cas en l'espèce (dès lors que les chauffeuses / chauffeurs Uber ont leur domicile en Suisse). De plus, le Tribunal

fédéral a interprété cet art. 192 LDIP de manière très restrictive dans l'ATF 133 III 235. Le droit suisse est en soi très ouvert aux conventions d'arbitrage mais est très strict dans l'examen de savoir si une renonciation aux voies de recours est admissible.

En tenant compte du **déséquilibre structurel** entre les parties contractuelles – d'un côté le groupe Uber, agissant par sa filiale Rasier, et d'un autre côté une chauffeuse / un chauffeur Uber seul-e et qui ne dispose en principe pas de connaissances juridiques – l'on peut se poser la question de savoir si la convention d'arbitrage ne serait pas éventuellement entachée d'un **vice du consentement**. L'on peut se baser, pour expliquer une telle argumentation, sur le jugement du tribunal de Munich, qui avait dû se déterminer dans une affaire entre une athlète et sa fédération sportive, et qui avait jugé que la convention d'arbitrage qui devait être acceptée par l'athlète était sans effet du fait que la conclusion de l'accord n'était pas facultative.

Dans le cas des chauffeuses / chauffeurs Uber, les tribunaux du travail sont les instances compétentes pour examiner des prétentions de droit du travail, respectivement la question de savoir si l'on est en présence d'un contrat de travail. Par ailleurs, un accord contractuel prévoyant que les prétentions (concernant avant tout le droit du travail) à l'encontre d'une multinationale ne peuvent être invoquées que devant un tribunal arbitral ayant son siège à l'étranger, et qu'en anglais, n'a certes pas de lien avec un domaine strictement personnel, mais a des conséquences cruciales, particulièrement lorsque le revenu perçu pour l'activité en faveur de Uber représente une partie substantielle du minimum vital. L'expertise en déduit que la validité de la clause d'arbitrage peut être remise en question avec de bonnes raisons (violation de l'art. 27 CC). L'on précisera que la clause d'arbitrage devrait être dénoncée par les chauffeuses / chauffeurs Uber lorsque les conditions pour l'octroi de l'assistance judiciaire sont remplies, à défaut de quoi les chauffeuses / chauffeurs Uber perdraient leur droit constitutionnel à pouvoir bénéficier de l'assistance judiciaire. La dénonciation de la clause d'arbitrage peut être déposée devant un tribunal suisse.

2.2 Exkursus: Uber Switzerland comme employeur

Il ressort des documents mis à disposition de l'auteur de la présente expertise que le contrat est conclu entre la chauffeuse / le chauffeur Uber et Rasier. L'on est donc en présence d'un état de fait international et la clause d'arbitrage est valable selon la doctrine et la jurisprudence relatives à la LDIP et à la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cela étant, et selon la position défendue dans cette expertise, une contestation de cette clause pour violation de l'art. 27 CC et/ou une dénonciation de la clause entrent en ligne de compte. Si, après une appréciation des éléments concrets l'on devait arriver à la conclusion que la relation contractuelle n'est pas conclue entre Rasier et la chauffeuse / le chauffeur Uber, mais bien plutôt entre Uber Switzerland et la chauffeuse / le chauffeur, cela change fondamentalement la situation juridique. Il n'y aurait alors pas d'état de fait international. La convention d'arbitrage serait toujours considérée comme valable, mais elle n'engloberait pas – à la lumière de l'ATF 136 III 447 - les prétentions auxquelles une travailleuse / un travailleur ne peut pas renoncer, conformément à l'art. 341 CO.

V) Conclusions

En conclusion, l'on peut retenir que, dans la relation entre la chauffeuse / le chauffeur Uber et Rasier / Uber, les éléments de la subordination l'emportent. Contrairement au texte de la clause contractuelle indiquant

qu'il n'y a pas de directives, le contrat contient un nombre important de directives qu'une chauffeuse / un chauffeur Uber doit respecter. Finalement, une chauffeuse / un chauffeur Uber exerce son activité comme un-e salarié-e. L'on peut encore relever, en lien avec la qualification de droit du travail, que l'activité des chauffeuses / chauffeurs Uber tombe dans le champ d'application de la loi fédérale sur le travail. Par ailleurs, l'ordonnance sur les chauffeurs (OTR2) est également applicable.

La clause d'arbitrage n'est pas relevante pour la qualification en matière de droit des assurances sociales. Conformément au droit suisse des assurances sociales, applicable à l'état de fait, l'activité des chauffeuses / chauffeurs Uber doit être considérée comme une activité salariée dépendante. De plus, les indices en faveur d'une subordination en droit du travail prédominent par rapport à l'existence du risque d'entreprise. Par conséquent, l'employeur est débiteur des cotisations et c'est lui qui doit verser aux autorités suisses en matière d'AVS aussi bien ses cotisations d'employeur que celles de la travailleuse / du travailleur.

Malgré la clause d'arbitrage qui renvoie au droit néerlandais, si un tribunal suisse était saisi, il devrait examiner la validité de la convention d'arbitrage, également à la lumière de l'interdiction de la renonciation, selon les art. 341 CO et 27 CC. L'objectif de protection du droit du travail interdit d'examiner la validité des clauses d'arbitrage de manière critique et de nier leur validité en fonction des circonstances. La clause d'arbitrage peut être dénoncée par la chauffeuse / le chauffeur Uber, selon l'opinion défendue dans la présente expertise, si les conditions pour l'octroi de l'assistance judiciaire sont remplies. L'on rappellera qu'il est possible de dénoncer la clause d'arbitrage devant un tribunal suisse.

En cas de divergences entre les différentes versions, la version originale en allemand fait foi.