

**Annales du cycle préparatoire  
au concours interne  
de l'inspection du travail  
2009**

MINISTERE DU TRAVAIL, DES RELATIONS SOCIALES  
DE LA FAMILLE, DE LA SOLIDARITE ET DE LA VILLE

CONCOURS D'ACCES AU CYCLE PREPARATOIRE  
AU CONCOURS INTERNE DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

MARDI 10 MARS 2009

1<sup>ère</sup> épreuve : de 9h à 13h

REDACTION D'UNE NOTE DE SYNTHESE SUR UN DOSSIER  
(durée : 4 heures – coefficient 2)

A l'occasion de l'entrée en vigueur du statut d'auto entrepreneur, votre directeur qui doit participer à un colloque sur ce thème, vous demande de préparer, à l'aide des documents joints, une note faisant le point sur le travail salarié et le travail indépendant.

*Il est rappelé aux candidats que leur copie ainsi que les intercalaires doivent rester anonymes (pas de nom, de numéro ni de signe distinctif). Les brouillons ne seront pas corrigés.*



**Documents (50 pages) :**

- « Liaisons sociales » : Rapport sur le travailleur économiquement dépendant  
.....*Pages 1 à 10*
  
- « Jurisprudence – relations individuelles – contrat de travail » - qui est salarié ?  
.....*Pages 11 à 13*
  
- « Etude doctrine » – le collaborateur libéral.....*Pages 14 à 20*
  
- « Etude doctrine » – Plaidoyer en faveur de la reconnaissance juridique du portage salarial.....*Pages 21 à 23*
  
- « Droit social » – Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main-d'œuvre illicite ?.....*Pages 24 à 32*
  
- L'essor du travail indépendant en Europe – un défi pour le droit du travail  
.....*Pages 33 à 39*
  
- Extraits du guide de l'auto-entrepreneur  
.....*Pages 40 à 50*



## Rapport sur le travailleur économiquement dépendant

La création, en France, d'un statut du travailleur économiquement dépendant est souhaitable, estiment Paul-Henri Antonmattéi, doyen de l'Université de Montpellier-I UFR de Droit, et Jean-Christophe Sciberras, directeur général adjoint en charge des ressources humaines de Pôle emploi, dans le rapport sur le travail économiquement dépendant, qu'ils ont remis, le 7 novembre, à Xavier Bertrand, ministre du Travail. L'un des objectifs de ce rapport, commandé par le gouvernement, est d'étudier les moyens de rendre plus sûr l'emploi et la situation juridique des travailleurs indépendants lorsqu'ils sont fortement dépendants des entreprises clientes. Xavier Bertrand a confirmé aux auteurs du rapport que leurs préconisations seront analysées avec attention. Après plus d'un siècle d'extension du salariat, les situations de dépendance économique se développent au gré de nouvelles formes d'organisation économique : externalisation, sous-traitance, essaimage, réseaux de distribution, etc. Elles se rencontrent dans des activités commerciales, artisanales et libérales. Or, cette catégorie de travailleurs, ne disposant pas de contrat de travail, ne bénéficie pas de la législation du travail. Et quoique formellement indépendantes, ces personnes restent économiquement dépendantes d'un seul commettant ou client/employeur pour la provenance de leurs revenus. D'où un déséquilibre contractuel qui appelle une protection juridique particulière, déjà instituée dans plusieurs pays européens. ■

### SOURCE

Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? rapport de Paul-Henri Antonmattéi et Jean-Christophe Sciberras remis le 7 novembre 2008

### CE QU'IL FAUT RETENIR

- ▶ **Les travailleurs économiquement dépendants, sont définis**, comme ceux travaillant seuls et liés à leur donneur d'ordres, par un contrat d'une durée minimale de deux mois pour une activité correspondant à 50 % de leurs chiffres d'affaires.
- ▶ **Des droits liés à la dépendance économique** pourraient être attribués aux travailleurs économiquement dépendants sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi : droit à l'égalité de traitement, à la représentation collective, etc. En cas de grève du travailleur économiquement dépendant, il serait nécessaire d'affirmer le maintien du contrat commercial et de décider que le donneur d'ordres ne peut, dans cette situation, lui substituer un autre travailleur de la même catégorie.
- ▶ **De nouveaux droits seraient garantis à ces travailleurs par la loi** : droit au repos quotidien et hebdomadaire, congés payés, droit aux indemnités forfaitaires en cas de

rupture du contrat commercial et obligation de motiver cette rupture, etc. À côté de la protection du Régime social des indépendants, dont ils continueraient à relever, les travailleurs économiquement dépendants pourraient bénéficier de garanties supplémentaires sur les risques de perte de revenus et d'accidents de travail.

▶ **Des droits leur seraient aussi accordés conventionnellement**, rémunération et formation professionnelle notamment. En fonction de la durée et de l'intensité du lien contractuel de dépendance économique, il peut être envisagé d'inclure les travailleurs concernés dans le champ des mécanismes d'épargne salariale par la négociation collective d'entreprise.

▶ **Une négociation collective interprofessionnelle**, relayée par une intervention législative, pourrait assurer la mise en place de ce statut avec ensuite des marges de liberté pour une négociation collective professionnelle.

### DOCUMENT

## Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?

Rapport de Paul-Henri Antonmattéi et Jean-Christophe Sciberras remis le 7 novembre 2008  
[Extraits]

### INTRODUCTION

#### Actualité du débat

1.- On se croirait revenu dans les premières années du siècle dernier.

Sous l'impulsion de la science économique, le contrat de travail intégrait le vocabulaire juridique et, dans le même temps, la controverse était vive sur le critère essentiel de qualification de cette convention : subordination juridique ou dépendance économique ?

On connaît depuis longtemps la réponse apportée par la Cour de cassation : « Attendu que

la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat entre les parties ; que la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie » (1).

2.- Mais voilà que depuis quelques années, le débat sur la dépendance économique retrouve des couleurs avec des thèses (2), des rapports (3), des articles (4), en France, à l'étranger, au sein de la Commission euro- ●●●

●●● péenne. Ce scénario n'est guère surprenant, car les situations de dépendance économique n'ont jamais disparu ; après plus d'un siècle d'extension inexorable du salariat, elles se sont même multipliées au gré des nouvelles formes d'organisation économique (externalisation, sous-traitance, essaimage, réseaux de distribution, etc.) et se rencontrent dans des activités commerciales, artisanales, libérales voire de conception.

3.- Convaincu que la situation de dépendance économique crée un déséquilibre contractuel qui appelle une protection juridique particulière, le législateur n'est pas toujours resté inactif. Au siècle dernier, il a offert un statut sur mesure aux travailleurs à domicile calmant ainsi l'ardeur de ceux qui souhaitaient la victoire de la dépendance économique sur la subordination juridique. La liste s'est allongée au fil des ans au sein du célèbre livre VII du Code du travail devenu septième partie du code nouveau (« Dispositions particulières à certaines professions et activités »). Il faut en effet admettre que « sans intervention légale, le travailleur à domicile aurait été un sous-traitant indépendant, le voyageur, représentant ou placier (VRP) un mandataire, le journaliste un auteur, l'artiste du spectacle un prestataire indépendant. Mais la loi a tenu compte de leur dépendance économique, à défaut de subordination juridique véritable ou suffisamment caractérisée » (5).

Mais il n'y a pas que le Code du travail qui a été mobilisé. Le Code de commerce offre aussi à des professionnels placés dans une situation de dépendance économique des protections particulières : agent commercial, vendeur à domicile indépendant, « gérant-mandataire », etc.

D'autres réglementations complètent cette mosaïque : contrat d'intégration agricole, agents généraux d'assurance, etc.

Ces nombreuses interventions législatives alimentées par quelques renforts jurisprudentiels restent ponctuelles et interviennent en définitive au gré des revendications et des rapports de force. Il n'est donc pas étonnant que le débat sur l'appréhension juridique de la dépendance économique ne soit pas éteint. Il est vrai que plus les situations de dépendance économique se multiplient, et plus la technique de la législation particulière perd en crédibilité et en efficacité : il faut sortir du corporatisme pour désormais embrasser la situation dans son ensemble.

### Importance du débat

4.- Inutile pour se convaincre de l'importance du débat de rechercher des statistiques, car faute d'être, pour l'heure, une catégorie juridique, la dépendance économique n'est pas une catégorie statistique. Pourtant, les clignotants sont allumés : le rapport de force du travailleur vis-à-vis du donneur d'ordre s'est dégradé depuis les années 70 du XX<sup>e</sup> siècle et de nombreux témoignages fournis aux auteurs ne peuvent laisser indifférents : là un boulanger indépendant installé au sein d'une grande surface qui perd brutalement le contrat de location et ne peut poursuivre son activité ; là des professionnels de l'alimentaire qui, dans le cadre de réseau de distribution, travaillent plus de 70 heures par semaine pour des revenus nettement inférieurs au smic.

Autant de travailleurs privés deux fois de protection : n'étant pas salariés, ils ne peuvent prétendre à la protection juridique qu'offre le Code du travail ; n'étant pas réellement indépendants, ils ne bénéficient pas de la protection économique que donne la multiplicité des donneurs d'ordre, la rupture de commande d'un seul étant d'effet limité.

Une économie de marché ne peut permettre, au nom de la liberté contractuelle, de telles zones de non-protection, pouvant affecter des centaines de milliers de personnes en France et bien plus en Europe.

### Domaine de la dépendance économique

5.- Il convient, avant d'aller plus loin, de préciser rapidement le domaine de la dépendance économique. Le livre vert de la Commission des Communautés européennes « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle » du 22 novembre 2006 (6) offre une synthèse communément partagée : « La notion de "travail économiquement dépendant" couvre des situations qui ne relèvent ni de la notion bien établie de tra-

vail salarié, ni de celle de travail indépendant. Cette catégorie de travailleurs ne dispose pas de contrat de travail.

Ils peuvent ne pas tomber sous le coup de la législation du travail, parce qu'ils occupent une "zone grise" entre le droit du travail et le droit commercial.

Quoique formellement "indépendants", ils restent économiquement dépendants d'un seul commettant ou client/employeur pour la provenance de leurs revenus ».

Le présent rapport se concentre, à dessein, sur la situation du travailleur économiquement dépendant.

Une distinction mérite en effet d'être opérée entre la dépendance économique d'une entreprise et la dépendance économique d'un travailleur. Si l'exigence de protection est commune aux deux situations, le contenu de la protection diffère sensiblement. La protection de l'entreprise économiquement dépendante relève d'un corpus juridique qui concerne principalement le contrat conclu avec le client dominant et mobilise notamment les mécanismes de responsabilité civile (7). C'est le sens de certaines dispositions du Code de commerce (exploitation abusive de l'état de dépendance économique, obligations d'information, indemnisation de la rupture, soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, etc.).

Ceci étant, la fragilité économique de l'entreprise dépendante peut justifier l'adoption de règles sociales particulières au bénéfice des salariés de cette dernière. Exemple : l'entreprise qui procède à un licenciement collectif qui affecte par son ampleur l'équilibre du bassin d'emploi dans lequel elle est implantée est tenue d'atténuer les effets du licenciement envisagé sur les autres entreprises du même bassin d'emploi (8).

De toute autre ampleur est la protection susceptible d'être accordée au travailleur économiquement dépendant. Les différents statuts précédemment évoqués le prouvent aisément. Il ne s'agit pas simplement de s'intéresser au contrat d'activité mais aussi à ses modalités d'exécution : la protection de la personne physique devient naturellement essentielle. La démarche est alors comparable à celle qui a présidé à la naissance du droit du travail sans pour autant que le résultat soit identique.

### Propositions déjà formulées

6.- Les propositions de réponses apportées à la problématique du travail économiquement dépendant sont connues. Certains préconisent encore une extension du domaine du salariat soit par assouplissement de la subordination juridique soit par une poursuite de l'intégration dans la septième partie du Code du travail de catégories particulières de travailleurs. Cette voie nous paraît constituer une impasse, car le travail économiquement dépendant qui retient désormais l'attention se trouve sur le territoire du travail indépendant. Sauf à dénaturer totalement le salariat, des manipulations du critère de subordination juridique sont inutiles. Quant à la technique de la présomption ou de la qualification légale de contrat de travail, on connaît ses limites et, le temps est venu d'offrir au travail économiquement dépendant un régime plus homogène.

Deux autres voies sont alors proposées. L'une consiste à construire un droit de l'activité professionnelle composé d'un socle de droits fondamentaux applicables à tous les travailleurs quelle que soit la forme juridique de l'exercice d'une activité professionnelle. Défendue par d'éminents auteurs (9), cette séduisante idée doit être déclinée même si elle n'offre qu'une réponse partielle. Le contenu d'un droit de l'activité professionnelle est, par nature, limité par les différences majeures existant entre les diverses formes juridiques d'exercice d'une activité professionnelle. Un droit de l'activité professionnelle ne gommara pas les particularités du travailleur salarié, du travailleur indépendant et du travailleur indépendant économiquement dépendant.

Aussi, la création d'une catégorie intermédiaire entre travail salarié et travail indépendant est une troisième voie qui n'est pas contrariée par l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle. Ce dernier peut être utilement décliné et complété par un droit du travail, un droit du travail indépendant ou non salarié (10) et éventuellement un droit du travail indépendant économiquement dépendant. On rentre alors dans une logique de droit commun et de droit spécial (11).

### Pertinence de la création de la catégorie de travailleur économiquement dépendant

7.- La création d'une troisième catégorie appelée par certains « parasubordination » (12), et par d'autres « travail indépendant économiquement subordonné » (13), présente l'inconvénient sérieux « de remplacer une frontière floue par deux qui le seront tout autant » (14). Le risque peut être pourtant pris dès lors que le problème essentiel de la distinction entre le travail salarié et le travail indépendant ne tient pas à la difficulté de fixer la frontière mais à l'incapacité de cette opposition binaire à répondre de manière satisfaisante aux diverses situations d'activité professionnelle (15).

On sait, depuis des années, que « le travailleur salarié n'est plus nécessairement un simple rouage dépourvu d'initiative dans une organisation fortement hiérarchisée. Et le travailleur indépendant n'est plus nécessairement un entrepreneur libre d'œuvrer comme bon lui semble. Le travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance » (16). Plutôt que d'opiner sur l'élargissement ou le rétrécissement du domaine du droit du travail, mieux vaut admettre l'originalité de la situation du travailleur économiquement dépendant et chercher à l'identifier plus précisément.

Depuis longtemps, la dépendance économique souffre en effet d'une absence de définition. En France, on se contente d'une description et on comprend alors que « la dépendance économique ne constitue donc pas, à l'égal de la subordination, un critère général de qualification emportant l'application d'un véritable statut professionnel » (17).

La complexité tient également au contenu de la protection accordée au travailleur économiquement dépendant, sachant que le principe même d'une protection est contesté.

### Législations étrangères

8.- Ces difficultés ne doivent pas empêcher de poursuivre la réflexion et ce d'autant que certains de nos voisins européens ont franchi le pas : depuis des décennies l'Italie avec les « co-co-co » (18) et plus récemment avec les « co-co-pro » (19), le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord avec les « workers » (20), l'Allemagne avec les « Arbeitnehmerähnliche Personen » (21), et depuis 2007, l'Espagne avec « les travailleurs autonomes économiquement dépendants » (22).

Ces expériences sont riches d'enseignements. Sans surprise, on relèvera la disparité des solutions nationales qui ne favorise guère une démarche d'harmonisation européenne qui ne serait sans doute pas inutile. Quelles que soient les solutions retenues, constatons que la problématique du travail économiquement dépendant est identifiée et que la protection conférée s'inspire volontiers du statut du salariat. L'examen des législations étrangères révèle aussi des résultats parfois mitigés. Ainsi, les « co-co-co » présents dans de nombreuses entreprises, ont connu un développement massif doublé d'une précarité certaine, ce qui a incité les autorités italiennes à mettre en place en 2003 les « co-co-pro ». Alors que l'intention du gouvernement italien était principalement de reporter vers le salariat les faux autonomes, les collaborations ont connu, dans leur ensemble, une forte augmentation entre 2003 et 2005. La création d'une nouvelle catégorie juridique ne produit pas toujours les résultats escomptés.

À la lumière de ces législations étrangères, il est essentiel de mieux identifier le travailleur économiquement dépendant (I) qui mérite une protection (II).

## I. L'IDENTIFICATION DU TRAVAILLEUR ÉCONOMIQUEMENT DÉPENDANT

9.- Accorder une protection au travailleur économiquement dépendant ne fait pas l'unanimité. Certains se satisfont de la distinction travail salarié-travail indépendant et demandent seulement un tracé plus sûr de la frontière pour mieux sécuriser le travail indépendant (23). Une protection accordée au travailleur économiquement dépendant serait source de

freins au développement de leur activité et susciterait de nombreuses demandes de requalification. Dès lors que le professionnel a fait le choix d'une activité juridiquement indépendante et qu'il assume les risques de son entreprise, aucune protection particulière ne doit lui être accordée. Cette thèse, répandue dans les milieux patronaux, se nourrit naturellement de l'imprécision du concept de travail économiquement dépendant.

Opter pour une protection particulière du travailleur économiquement dépendant effraie aussi certaines organisations syndicales de salariés. La crainte est d'assister à un effet report important de l'emploi salarié vers cette nouvelle catégorie. Il est vrai que l'exemple italien ne rassure pas.

On ne peut donc pas se contenter d'affirmer que la dépendance économique affecte l'équilibre contractuel et justifie, au même titre que le déséquilibre né de la subordination juridique, une protection. La dépendance économique exprime le résultat d'une relation d'activité : le professionnel tire l'essentiel de ses revenus de cette dernière.

Or ce lien de dépendance économique varie en intensité et dans le temps. Toute dépendance économique n'appelle pas une protection particulière. Faute de fixer des critères précis, le travail économiquement dépendant ne peut aspirer à devenir une catégorie juridique.

L'effort de précision doit porter aussi bien sur le travailleur (A) que sur la dépendance économique (B)

### A. Quel travailleur ?

#### Un travailleur indépendant

10.- Partons avec le professeur Perulli du positionnement suivant : « le travailleur économiquement dépendant est actuellement inclus dans la catégorie du travail indépendant, il s'agit donc d'un travail indépendant bien que présentant des traits particuliers » (24). Inutile donc de rechercher de « faux indépendants » qui, par une requalification judiciaire, intégreraient facilement le camp des salariés : l'absence de subordination juridique n'est pas contestée. Partant, la dépendance économique ne menace pas la subordination juridique. Elle ne se présente pas comme un critère concurrent et n'impose ni une évolution du concept de subordination juridique ni une extension du domaine du salariat. Il ne serait pas inutile d'affirmer expressément cette incompatibilité.

11.- Ne relèvent pas dès lors du schéma du travail économiquement dépendant les relations triangulaires de travail où l'existence d'un contrat de travail n'est pas contestée (travail temporaire, groupement d'employeurs, etc.). En revanche, le portage salarial pouvait être concerné dès lors que la qualification du contrat conclu entre le professionnel « porté » et l'entreprise de portage salarial était discutable.

Mais, guidé par les partenaires sociaux, le législateur vient de trancher : « Le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle » (25). Il appartient désormais à la branche du travail temporaire de donner un cadre juridique précis au portage salarial : l'opportunité est ainsi offerte de construire aussi un véritable droit de la relation triangulaire de travail au-delà de l'organisation de ses diverses déclinaisons.

12.- Puisque le travailleur économiquement dépendant appartient à la catégorie du travailleur indépendant (26), sa qualification emprunte nécessairement à cette dernière. La récente loi sur la modernisation de l'économie (27) facilite la recherche. Désormais, « est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre » (28).

Ce texte ne suffit cependant pas. Un examen conjugué de la jurisprudence et de la doctrine révèle d'autres critères : exercice d'un travail à titre personnel (29), pour son compte, dans le cadre d'une organisation productive indépendante de celle du bénéficiaire de la prestation, le travailleur assumant les risques de son activité.

### **Un indépendant travaillant seul**

13.- Dans la recherche d'une définition du travail économiquement dépendant, le critère de l'exécution personnelle est essentiel au point, par exemple, que la législation espagnole exclut du statut du travail économiquement dépendant toutes les personnes qui exercent sous la forme d'une société civile ou commerciale (30).

Cette solution n'est pas nécessaire en droit français, car « le choix de la forme sociétale est le plus souvent dicté par la fiscalité, le droit social, les questions de responsabilité et relativement peu par la dimension économique de l'entreprise ou de l'activité créée » (31). Éviter toute forme sociétale conduirait inévitablement à solliciter le droit des sociétés pour échapper au statut du travailleur économiquement dépendant. Ceci étant, pour conforter le critère de l'exécution personnelle de l'activité, il est permis de retenir seulement les formes sociétales individuelles.

14.- L'exercice d'un travail à titre personnel implique-t-il de ne pas recourir à de la main-d'œuvre ? La Cour de cassation semble retenir ce critère singulièrement dans le contentieux en qualification de l'artisan (32). On remarquera que la solution retenue pour le gérant non salarié des succursales de commerce de détail alimentaire est radicalement différente : la liberté de recruter fait même partie de la définition de cette profession (33) qui bénéficie pourtant d'un statut protecteur fondé sur la dépendance économique. De même, la présomption de l'existence d'un contrat de travail entre un artiste du spectacle et un organisateur « subsiste même s'il est prouvé que l'artiste conserve la liberté d'expression de son art, qu'il est propriétaire de tout ou partie du matériel utilisé ou qu'il emploie lui-même une ou plusieurs personnes pour le seconder, dès lors qu'il participe personnellement au spectacle » (34).

Il est vrai que le fait de partager l'exécution de la prestation avec très peu de salariés ne modifie pas radicalement l'analyse. Le professeur Perulli inclut ainsi la microentreprise : « si l'on choisit d'argumenter pour une distinction entre les deux, on court le risque de créer des disparités de traitement injustifiées entre des phénomènes qui sont en fait connotés par une même situation de force contractuelle » (35).

Cela implique toutefois de retenir une définition *ad hoc* de la microentreprise en fixant un seuil d'effectif (36) avec les effets pervers de ce type de pratique. On peut comprendre alors les législations étrangères qui ne retiennent que la personne travaillant seule (37). C'est aussi notre proposition.

### **B.- Quelle dépendance économique ?**

15.- C'est la question la plus délicate et la plus discutée. On a proposé, par analogie avec le contrat de travail, une analyse fondée sur le pouvoir : « Si la dépendance économique doit être prise en considération, elle ne constitue qu'un indicateur parmi d'autres de l'existence d'une relation de pouvoir entre deux contractants » (38).

Le critère n'est cependant pas opérationnel. Autant la subordination juridique s'entend d'un rapport de pouvoir au point que ce dernier participe de sa définition, autant le pouvoir ne permet pas d'appréhender la dépendance économique justifiant une protection particulière.

### **Le critère du chiffre d'affaires**

16.- La dépendance économique apparaît lorsqu'un opérateur réalise l'essentiel de son chiffre d'affaires avec un seul client. Observons que ce critère est déjà pris en compte par certaines grandes entreprises qui limitent volontairement le volume d'activité confié à tout prestataire pour limiter les éventuels risques nés d'une dépendance économique.

Sauf à rester dans une imprécision peu propice à l'émergence d'une catégorie juridique opérationnelle, un chiffre de la relation d'activité paraît nécessaire.

C'est le choix clairement opéré par l'Espagne : le travailleur autonome économiquement dépendant doit percevoir au moins 75 % des revenus de son activité professionnelle d'un seul client. Pourquoi 75 %, pourquoi pas 50 % comme en Allemagne ou 100, ce qui implique une exclusivité ou un autre chiffre compris entre 50 et 100 ? On sait que la fixation d'un seuil ne relève pas toujours d'une très grande scientificité, mais la solution réduit la discussion. Proposons un seuil de 50 % qui peut être augmenté par le jeu de la négociation collective.

### **Le critère de la durée de la relation d'activité**

16.- Mais quel que soit le seuil retenu, la durée de la relation d'activité professionnelle est un critère essentiel de qualification. C'est une différence importante avec le contrat de travail. La subordination juridique n'est pas affectée par la durée de la relation de travail : la faiblesse du salarié ne dépend pas de la durée de la relation mais de la nature du pouvoir que l'employeur tient de l'existence même du contrat de travail.

En revanche, c'est bien la durée de la relation d'activité avec un seul client qui contribue à créer la dépendance économique. Le système italien retient ainsi, pour le « parasubordonné », un critère de continuité qui « signifie que la prestation de travail est destinée à satisfaire un besoin durable de l'autre partie, mais aussi que l'exécution se déroule sur un certain laps de temps et ne peut être réalisée instantanément » (39).

Mais comment déterminer cette durée ? Laisser aux juges le soin de déterminer une durée suffisante expose légitimement au grief d'insécurité juridique. Une durée minimale de la relation d'activité indépendante du nombre de contrats conclus paraît plus satisfaisante : proposons, à l'instar de certaines pratiques italiennes (40), une durée minimale de deux mois qui peut, selon les secteurs d'activité, être conventionnellement augmentée.

### **Le critère de la dépendance de l'organisation productive du travailleur par rapport à l'activité du donneur d'ordres**

17.- Cette objectivation de la dépendance n'a pas été jugée suffisante. Un auteur a proposé de réserver le concept de dépendance économique aux rapports nés de la conclusion d'un contrat d'intégration : « lorsqu'on envisage la dépendance économique au sens où nous l'entendons dans cette étude, à savoir celle qui naît de la conclusion d'un contrat d'intégration, le terme dépendance exprime autre chose que la seule nécessité dans laquelle se trouve le professionnel économiquement dépendant de maintenir sa relation d'affaires avec le partenaire dominant. Le contrat d'intégration fait de l'outil de production de l'entrepreneur intégré un instrument spécialement adapté au service de l'entreprise intégratrice, à tel point qu'il se trouve privé d'utilité économique en dehors de cette fonction. Dans ce contexte, la dépendance économique ne caractérise pas tant le fait que l'intégré ne pourrait subsister en dehors de sa relation contractuelle avec l'intégrateur, que celui qu'il ne dispose d'aucune existence sur le marché, en dehors de celle que lui confère sa fonction à son service » (41).

Ce critère a été également relevé par le professeur Perulli : « les travailleurs parasubordonnés effectuent leur travail en faveur de leurs commanditaires, ces derniers se préoccupant ensuite de placer les produits sur le marché. Pour une certaine partie de la doctrine allemande, cette absence de lien avec le marché représente un indice de la dépendance économique, à la fois condition nécessaire et conséquence du manque d'autonomie réelle des travailleurs économiquement dépendants » (42).

On retrouve sans doute cette idée dans le critère de collaboration du « co-co-co » italien : l'activité s'exerce en fonction des nécessités organisationnelles de l'entrepreneur.

Cet élément de qualification est pertinent. Un travailleur indépendant peut en effet réserver l'exclusivité de sa prestation à un client pendant une certaine période et à l'extinction programmée de la relation contractuelle ne pas être en situation de faiblesse sur le marché. C'est l'atteinte à la survie de son activité qui constitue la menace la plus forte dans la situation de dépendance économique. Or, cette menace n'est pas nécessairement liée au fait que les revenus du travailleur proviennent majoritairement d'un client.

L'expression juridique de ce critère n'est pas simple. Elle est pourtant nécessaire à une mise en œuvre crédible d'un régime protecteur. Il est préférable que ce dernier s'applique dès la conclusion d'un contrat d'activité créant une dépendance économique encore qu'il ne faut pas exclure une application en cours d'exécution d'un contrat. Le critère tient à la dépendance de l'organisation productive du travailleur par rapport à l'activité de son client. Il ne s'agit pas d'une dépendance technique dans l'exercice de la prestation. Le travailleur reste également libre de l'organisation de son travail. Mais il est conduit à opérer une forte spé- ●●●

... cialisation de son outil de production pour répondre aux attentes de son client : la sous-traitance industrielle en offre des exemples probants. Cet élément est intimement lié à celui de la durée de la prestation. Le travailleur ne peut procéder à un tel investissement pour une prestation de courte durée.

## II.- LA PROTECTION DU TRAVAILLEUR ÉCONOMIQUEMENT DÉPENDANT

18.- La construction d'un statut protecteur suscite naturellement des discussions voire des crispations d'autant que l'octroi de certaines prérogatives dépend d'une appréciation subjective du concept de protection. À la lumière tant des statuts particuliers de la dépendance économique que des législations étrangères, il est toutefois permis de proposer des règles essentielles de protection qui intéressent la protection sociale (A) et l'activité professionnelle (B).

### A.- Quel régime de protection sociale ?

19.- S'intéresser d'emblée à la protection sociale est justifié quand on sait que, dans le passé, l'attrait du régime des salariés a été le moteur de l'extension du salariat via le critère de la dépendance économique (43). Le contexte a toutefois radicalement changé. Le régime des indépendants et celui des salariés se sont sensiblement rapprochés au point que le débat se concentre désormais sur les deux risques qui ne sont pas couverts par le régime social des indépendants : le risque perte de revenus (44) et le risque accident du travail et maladie professionnelle.

Dans le même temps, la liste du « fameux » article L. 311-3 du Code de la sécurité sociale, fer de lance de l'extension du champ d'application personnel du régime général, s'est allongée (45) et accueille des professionnels dont la dépendance économique prime sur la subordination juridique. Relevons aussi une technique d'extension temporaire du régime général à des indépendants dans le cadre du contrat d'appui au projet d'entreprise (46).

Autant de souplesses du droit de la sécurité sociale qui réduisent les tensions sur la détermination du régime de sécurité sociale applicables au travailleur économiquement dépendant.

Si l'entrée des travailleurs économiquement dépendants dans le régime général ne pose pas de problème de principe, en revanche, la pluralité éventuelle de donneur d'ordres complique le paiement des cotisations. Il est dès lors plus pragmatique de les conserver dans le régime social des indépendants tout en offrant des garanties sur les risques perte de revenus et accidents du travail. S'agissant de ce dernier, la couverture du risque pourrait ainsi incomber aux donneurs d'ordres (47).

### B. Quel régime de l'activité professionnelle du travailleur économiquement dépendant ?

20.- Construire un régime protecteur de l'activité professionnelle du travailleur économiquement dépendant qui s'applique au contrat conclu avec un client ou un donneur d'ordres dominant emprunte aussi bien au droit du travail qu'aux différents statuts particuliers. On dira que la méthode n'est pas très scientifique et que ce travailleur risque de finir en « arlequin du droit ». Il n'y a pourtant pas d'autre démarche dès lors que c'est la recherche d'une protection qui a guidé la construction de ces différents corpus juridiques. De quel statut partir ? De celui du salarié qui est sans commune mesure avec les maigres dispositions des réglementations commerciales ?

Le réflexe est naturel mais il est fastidieux de dérouler l'ensemble de la réglementation sociale pour tantôt écarter, tantôt retenir. Il ne s'agit pas d'ajouter une nouvelle catégorie à la septième partie du Code du travail en segmentant l'application des dispositions des autres livres mais de forger des règles protectrices en adéquation avec la spécificité de la dépendance économique retenue. L'idéal serait de pouvoir identifier la protection née de la subordination juridique pour ne retenir que la protection seulement fondée sur la dépendance économique.

Il n'est cependant pas nécessaire d'épouser cette démarche pour iden-

tifier toutes les règles protectrices du travail économiquement dépendant. Certains droits peuvent être communs à tout travailleur quelle que soit la forme juridique d'emploi.

### Les droits fondamentaux du travail

21.- Sollicitons ainsi les droits fondamentaux du travail, dont les sources nationales et internationales sont nombreuses (48) et qu'un vent réducteur a jusqu'ici eu tendance à réserver au seul travail salarié.

22.- Les règles d'égalité de traitement intègrent sans conteste ce socle d'un droit de l'activité professionnelle comme l'illustre une récente disposition française de transposition communautaire : (49) : « Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle ».

23.- Comment ne pas évoquer aussi le droit de grève ? La provocation de la proposition, tant le droit de grève paraît indissolublement lié à la condition de salarié, n'est qu'apparente : « il y a longtemps en réalité que la grève a débordé le cadre du seul contrat de travail salarié, et si le droit de grève n'a encore été étendu qu'à une seule catégorie de travailleurs non salariés (les fonctionnaires), la pratique de la grève est devenue chose usuelle chez les travailleurs indépendants » (50). Le préambule de la Constitution française ne limite effectivement pas l'exercice du droit de grève aux seuls salariés et sur le fondement de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « on peut songer à reconnaître un droit d'action collective à tous les travailleurs indépendants en situation de parasubordination » (51). L'efficacité d'une telle démarche est toutefois subordonnée à une organisation juridique particulière de ce droit d'action collective. Il sera notamment nécessaire d'affirmer le maintien du contrat commercial en cas de grève du travailleur économiquement dépendant et de décider que le donneur d'ordres ne peut, dans cette situation, lui substituer un autre travailleur de la même catégorie.

24.- Sollicitons également la négociation collective car le droit des salariés à la négociation collective n'est pas la seule expression du principe énoncé par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution française selon lequel « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ses conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises ». L'extension de la négociation collective en dehors du salariat concerne déjà le travail économiquement dépendant avec les statuts négociés des agents généraux d'assurance (52).

C'est cette voie conventionnelle qu'il convient d'emprunter pour élaborer un régime général du travail économiquement dépendant. Un accord national interprofessionnel pourrait fixer opportunément des règles communes, reprises dans un texte législatif et susceptibles de déclinaisons au niveau professionnel. Resterait toutefois à identifier les organisations syndicales susceptibles de négocier au nom des travailleurs économiquement dépendants. Les exemples italiens et espagnols plaident en faveur de structures syndicales dédiées à cette catégorie de travailleurs (53).

Le jeu de la négociation collective n'implique cependant pas un décalque des règles du Code du travail. Le droit espagnol ne confère pas ainsi à l'« accord d'intérêt professionnel » un effet *erga omnes* : pour en bénéficier le travailleur économiquement dépendant doit adhérer à un syndicat signataire (54). Une telle règle mérite d'être discutée.

25.- La formation professionnelle offre aussi des droits qui transcendent la nature juridique du lien d'activité professionnelle : le Code du travail l'affirme expressément pour le droit à la formation professionnelle continue (55). Imposer en la matière des obligations à l'entreprise cliente du travailleur économiquement dépendant peut être défendu singulièrement lorsque la durée de la prestation est importante. On songe ainsi à une obligation d'adaptation, propice à renforcer l'employabilité du travailleur, sur le modèle de celle qui s'impose à un employeur (56). ●●●

••• Mais on peut préférer la reconnaissance d'un droit individuel à la formation incarné par un compte épargne formation dont bénéficierait le travailleur économiquement, élément de sécurisation professionnelle, alimenté par une cotisation formation à la charge du donneur d'ordre, à la hauteur du minimum légal de 1,5 % existant pour les salariés, un tel seuil - supplétif - pouvant être adapté par la négociation sectorielle. Nul besoin de créer une tuyauterie financière nouvelle. Cette cotisation serait versée aux organismes collecteurs qui verraient ainsi élargir leur champ d'intervention au travail économiquement dépendant.

#### La rémunération

26.- Au cœur de la dépendance économique, la rémunération du travailleur économiquement dépendant mérite une attention particulière. L'attraction du salariat peut conduire à tempérer le principe de libre fixation de la rémunération par l'exigence d'un minimum : ce choix a été opéré par le Code du travail (57) et le Code de commerce (58) pour des professionnels non salariés.

Cette solution ne se conçoit toutefois que dans une relation contractuelle qui représente pour le travailleur l'intégralité de son activité professionnelle. La diversité des métiers concernés ne facilite pas non plus la démarche : le renvoi à des négociations professionnelles est alors pertinent.

On peut préférer en s'inspirant des règles applicables aux agents commerciaux le renvoi à un standard juridique : « une rémunération raisonnable qui tient compte de tous les éléments qui ont trait à l'opération » (59).

En fonction de la durée et de l'intensité du lien contractuel de dépendance économique, il peut être envisagé d'inclure les travailleurs concernés dans le champ des mécanismes d'épargne salariale. Laissons le soin à la négociation collective d'entreprise d'en élargir ce champ aux travailleurs économiquement dépendants. On pense déjà aux agents généraux d'assurance pour lesquels une telle ouverture est exprimée par les entreprises de cette branche. Bien d'autres catégories pourraient ainsi être couvertes.

#### Conclusion et rupture du contrat

27.- La dépendance économique justifie l'adoption de règles protectrices plus spécifiques qui concernent le contrat d'activité du travailleur.

Ce dernier doit être suffisamment éclairé avant de s'engager dans un lien de dépendance économique. Il doit ainsi recevoir des informations portant aussi bien sur la mission que sur des données économiques et financières de son client et bénéficier d'un délai de réflexion avant la signature du contrat : c'est le mécanisme opportunément retenu pour le gérant-mandataire (60). La rédaction d'un écrit, doté seulement d'une force probatoire, contenant les éléments essentiels du contrat participe de la même démarche.

28.- La fragilité du travailleur économiquement dépendant se vérifie surtout lors de la rupture du contrat qui lui procure l'essentiel de ses revenus. On ne s'étonnera pas de trouver alors dans les situations de dépendance déjà traitées par le législateur, des règles imposant un préavis et une indemnisation (61). Ces éléments doivent composer un statut du travailleur économiquement dépendant en retenant le principe d'une indemnité minimale. On pourrait ainsi poser le principe d'un versement de 10 % du chiffre d'affaires réalisé pendant la durée d'exécution du contrat, ce pourcentage pouvant être modifié dans un sens ou un autre par la négociation sectorielle. Cette proposition est novatrice et fera réagir. Elle trouve pourtant sa source dans le fait que le donneur d'ordres dominant tire un avantage économique important dans la relation de domination qu'il entretient avec le travailleur économiquement dépendant et qu'il n'est pas illégitime qu'il soit amené, lors de la rupture, à compenser forfaitairement le transfert du risque économique dont il a largement bénéficié.

Qu'en est-il de la motivation de la rupture à l'initiative du donneur d'ordre ? Faut-il exiger comme le droit espagnol une « cause justifiée » (62) et se rapprocher ainsi du droit du licenciement ? La seule dépendance économique ne nous paraît justifier une telle solution : seule la rupture

abusives doit être sanctionnée. En revanche, obliger le client à motiver par écrit la rupture conforterait utilement la protection du travailleur économiquement dépendant.

#### Les conditions de travail

29.- La réglementation des conditions de travail n'est pas présente dans tous les statuts particuliers de la dépendance économique : la différence est nette entre le Code de commerce et le Code du travail.

Pourtant, le droit à la santé et à la sécurité au travail n'est pas réservé au seul travailleur salarié. La réalisation de la prestation de travail dans les locaux de l'entreprise utilisatrice légitime déjà l'application au travailleur économiquement dépendant des principales dispositions du Code du travail relatives à la santé et à la sécurité au travail. En dehors de cette situation, l'indépendance juridique du travailleur qui se concrétise par une liberté d'organisation de son activité, ne devrait pas rendre pas rendre le client débiteur d'obligations en matière de santé et de sécurité sauf si les conditions d'exécution de la prestation ont été soumises à son accord.

30.- Le thème de la santé et de la sécurité conduit inévitablement à s'interroger sur la délicate question de la réglementation de la durée du travail. Ce n'est pas en effet la nature juridique du lien d'emploi qui légitime cette réglementation mais la protection de la santé et de la sécurité au travail comme l'exprime parfaitement le droit communautaire (63). L'indépendance du travailleur économiquement dépendant marquée par une forte autonomie organisationnelle conduit à accorder prioritairement le droit à des périodes minimales de repos (journalier, hebdomadaire et congé annuel) comme l'a notamment fait le droit espagnol (64).

#### Les juridictions compétentes

31.- On ne peut terminer l'évocation d'un statut du travailleur économiquement dépendant sans aborder la question de la juridiction compétente pour traiter des litiges nés de la relation de dépendance économique. Nettement privilégié par les législations étrangères (65) qui se sont exprimées, le choix des juridictions du travail ne nous paraît pas nécessairement opportun, compte tenu notamment du mode de désignation des membres.

#### CONCLUSION

30.- La dépendance économique d'un travailleur exprime le résultat d'une relation d'activité : le professionnel tire l'essentiel de ses revenus de cette dernière. Placé dans une telle situation vis-à-vis d'un client ou d'un donneur d'ordres, le travailleur se trouve dans une situation de faiblesse économique et juridique qui justifie une protection particulière déjà instituée dans plusieurs pays européens.

La création, en France, d'un statut du travailleur économiquement dépendant, nous paraît souhaitable.

Elle nécessite une identification précise des travailleurs concernés.

Pour les auteurs du présent rapport, le travailleur économiquement dépendant :

- appartient à la catégorie des travailleurs indépendants ;
- exerce seul son activité ;
- perçoit au moins 50 % de ses revenus d'un seul donneur d'ordres dans le cadre d'une relation contractuelle d'une durée minimale de deux mois ;
- exécute sa prestation dans le cadre d'une organisation productive dépendante de l'activité de son donneur d'ordres.

S'agissant de la protection sociale, ces travailleurs qui demeureront soumis au régime social des indépendants, devraient en outre bénéficier de garanties particulières sur les risques de perte subie de revenus et accident du travail.

S'agissant de la protection de l'activité professionnelle, le contrat créant la dépendance économique doit offrir au travailleur une protection qui se nourrit notamment de la déclinaison de droits fondamentaux du travail : droit à l'égalité de traitement, droit de grève et droit •••

## ●●● à la négociation collective.

Complèteraient cette protection des règles relatives à :

- la formation professionnelle ;
- la rémunération ;
- la conclusion et la rupture du contrat ;
- la santé et à la sécurité du travailleur ;

## - des périodes de repos minimafes.

La mise en place de ce statut pourrait être opportunément assurée par une négociation collective interprofessionnelle qui serait relayée par une intervention législative et laisserait des marges de liberté à la négociation collective professionnelle.

## Notes

- (1) Cass. civ., 6 juill. 1931, DP 1931, I, 131, note P. PIC.
- (2) F. de Boüard, La dépendance économique née d'un contrat, Bibl. de l'Institut A. Tunc, tome 13, préf. G. Viney, LGDJ, 2007.- V. G. Virassamy, Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, Bibl. dr. priv. Tome n° 190, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986. C. Del Cont, Propriété économique, dépendance et responsabilité, préf. F. Colliart-Dutilleul et G.-J. Martin, L'Harmattan, 1997.
- (3) V. A. Perulli, Travail économiquement dépendant/parasubordination : les aspects juridiques, sociales et économiques, 2003. - Au-delà de l'emploi, sous la direction de A. Supiot, Flammarion, 1999. - Le travail économiquement dépendant en Europe, Rapports des voyages d'étude effectués du 15 au 19 mai 2006 en Irlande, Italie, Pologne et Portugal, INTEFP, 2006. - Professionnels indépendants, donneurs d'ordre et dépendance économique : sécuriser les relations contractuelles et favoriser la création d'entreprises individuelles, Rapport de madame Paulette Gassmann, CCI Paris, 2002.
- (4) V. not. E. Peskine, Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie, RDT, 2008, p. 371.
- (5) J. Pelissier, A. Supiot et A. Jeammaud, Droit du travail, 23e éd., Dalloz, 2006, n° 260.
- (6) CDH (2006) 708 final.
- (7) V. F. de Boüard, op. cit.
- (8) V. C. trav. art. L. 1233-84, al. 1.
- (9) V. A. Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, Dr. soc. 2000, 131.- J. Barthélémy, Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle, Les Cahiers du DRH, juin 2008, p. 35.- A. Perulli, p. 105. Adde en ce sens, F. Huret, rapport à H. Novelli « en faveur d'une meilleure reconnaissance du travail indépendant », 10 janv. 2008, p. 20.
- (10) V. G. Lyon-Caen, Le droit du travail non salarié, Paris, Sirey, 1990.
- (11) « le droit commun du travail, qui répond au rapprochement de toutes les formes du travail, doit donc être complété par des droits spéciaux qui tiennent compte de la diversité des travaux humains » (A. Supiot, art. cit. spéc. 145).
- (12) V. J. Barthélémy, Parasubordination, Les Cahiers du DRH, mai 2008, p. 21. E. Peskine, art. cit. p. 371.
- (13) A. Perulli, p. 87.
- (14) J. Barthélémy, Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle, Les Cahiers du DRH, juin 2008, p. 35, spéc. p. 36.
- (15) Cpr. la position du Parlement européen qui est « d'avis que les travailleurs véritablement indépendants quand ils sont en situation de dépendance économique vis-à-vis d'un client ne doivent être classés ni dans une troisième catégorie située entre les indépendants et les salariés ni dans le groupe des salariés » (Résolution du Parlement européen du 11 juillet 2007 sur la modernisation du droit du travail nécessaire pour relever les défis du XXIe siècle).
- (16) A. Supiot, spéc. p. 133.
- (17) A. Supiot, les nouveaux visages de la subordination : Dr. soc. 2000, p. 131, spéc. p. 139.
- (18) « collaboration coordonnée et continue », V. A. Perulli, op. cit., p. 61 et s. V. dans l'annexe II, une présentation synthétique de ce statut.
- (19) « contrat de collaboration à projet ».
- (20) V. dans l'annexe II, une présentation synthétique de ce statut.
- (21) V. not. A. Perulli, op. cit., p. 66 et s. V. dans l'annexe II, une présentation synthétique de ce statut.
- (22) Loi n° 20/2007 du 11 juillet 2007 portant statut du travail autonome. Sur ce texte, V. F. Valdes Dal-Re et O. Leclerc, Les nouvelles frontières du travail indépendant, à propos du Statut du travail autonome espagnol, RDT, 2008, 296.
- (23) En ce sens, v. Rapport de P. Gassmann, p. 23 et s.
- (24) A. Perulli, rapp. cit. spéc. p. 58.
- (25) C. trav., art. L. 1251-64.
- (26) V. Annexe III sur les statistiques du travail indépendant.
- (27) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (JO du 5).
- (28) C. trav., art. L. 8221-6-1.
- (29) V. not. Cass. com., 11 mars 2008, n° 06-20.089, JCP, E, 2008, 2050, note Ch. Lebel.
- (30) Le droit italien exige ainsi « la nature essentiellement personnelle du travail » effectué par le parasubordonné : « la précision « essentiellement » permet d'exclure les prestations exécutées sous forme de sociétés (de personnes ou de capitaux) et les prestations exécutées par une personne physique se limitant à diriger le travail d'autres personnes sans y prendre part directement » (A. Perulli, p. 63). (V. art. 11 § 3 de la loi n° 20/2007 du 11 juill. 2007 portant Statut du travail autonome. V. F. Valdes Dal-Re et O. Leclerc, art. cit.).
- (31) F. Huret, p. 12.
- (32) V. not. Cass. com. 11 mars 2008, préc.
- (33) C. trav., art. L. 7322-2.
- (34) C. trav., art. L. 7121-4 al.
- (35) A. Perulli, op. cit., spéc. p. 10.
- (36) Aux Pays-Bas, le travailleur ne doit pas se faire assister par plus de deux personnes.
- (37) Comme par exemple la législation espagnole. V. F. Valdes Dal-Re et O. Leclerc, art. cit., spéc. p. 302.
- (38) E. Peskine, art. cit.
- (39) V. A. Perulli, op. cit. spéc. p. 63.
- (40) « Par exemple, certains accords collectifs italiens établissent que le rapport doit avoir une durée d'au moins deux mois pour qu'il y ait collaboration coordonnée et continue » A. Perulli, op. cit. spéc. p. 94.
- (41) F. de Boüard, op. cit., n° 7.
- (42) A. Perulli, op. cit., spéc. p. 92.
- (43) V. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, Droit de la sécurité sociale, 16e éd., Dalloz, 2008, n° 568 et s.
- (44) Encore qu'on relèvera avec Jacques Barthélémy que « la loi Madelin favorise la conclusion de contrats de groupe couvrant le risque de perte d'emploi subie des non-salariés par la possible déduction des primes y afférant de l'assiette des revenus professionnels » (J. Barthélémy, Parasubordination, art. cit., spéc. p. 34).
- (45) V. V. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, op.cit., n° 590.
- (46) Mis en place par la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, le contrat d'appui au projet d'entreprise (Cape) est un contrat écrit dont la durée ne peut excéder 12 mois, renouvelable deux fois, par lequel une société ou une association s'engage à fournir aide et assistance pendant la phase préparatoire et éventuellement le début de l'activité, à un porteur de projet, désireux de créer ou reprendre une entreprise. Pendant toute la durée du Cape et jusqu'à son immatriculation en qualité de travailleur indépendant, le porteur de projet bénéficie de la couverture sociale au titre du régime général de Sécurité sociale, de la protection en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, de la couverture assurance chômage. En 2007, 5 000 Cape ont été conclus.
- (47) En ce sens, V. J. Barthélémy, art. cit., spéc. p. 35.
- (48) V. not. M.-A. Moreau, Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations, Dalloz, 2006, spéc. p. 231 et s.
- (49) Art. 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
- (50) A. Supiot, Revisiter les droits d'action collective, Dr. soc. 2001, 687, spéc. 694.
- (51) A. Supiot, art. cit. spéc. 696.
- (52) V. J. Barthélémy, Une convention collective de travailleurs indépendants ? Réflexions à propos des accords du 16 avril 1996 fixant le statut des agents généraux d'assurance, Dr. soc. 1997, p. 40.
- (53) V. A. Perulli, op. cit., spéc. p. 64. Pour le droit espagnol, V. F. Valdes Dal-Re et O. Leclerc, art. cit. spéc. p. 303.
- (54) V. F. Valdes Dal-Re et O. Leclerc, art. cit., spéc. p. 303.
- (55) V. C. trav., art. L. 6312-2.
- (56) V. C. trav., art. L. 6321-1.
- (57) Les gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire. V. C. trav., art. L. 7322-3.
- (58) Les gérants-mandataires. V. C. com. art. L. 146-3.
- (59) C. com. art. L. 134-5, al. 2.
- (60) C. com. art. L. 146-2.
- (61) Pour l'agent commercial, V. l'article L. 134-12 du Code de commerce. Pour le gérant-mandataire, V. l'article L. 146-4 du Code de commerce.
- (62) V. F. Valdes Dal-Re et O. Leclerc, art. cit. spéc. p. 302.
- (63) V. Directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.
- (64) V. art. 14 de la loi n° 20/2007 du 11 juill. 2007. V. F. Valdes Dal-Re et O. Leclerc, art. cit., spéc. p. 302.
- (65) Espagne, Italie, Allemagne.

## ANNEXES

[...]

### ANNEXE II LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

#### Allemagne

En Allemagne il n'existe pas de définition législative ayant une portée générale, ni s'agissant des salariés ni s'agissant des travailleurs indépendants. Par contre, certaines législations, par exemple en matière de sécurité sociale, ont défini la notion de travailleur salarié.

Comme le souligne le Professeur Perulli dans son rapport « le législateur allemand a remarquablement étendu le champ d'application du droit de la sécurité sociale, au-delà des frontières du travail salarié, pour y inclure les travailleurs, formellement travailleurs indépendants, qui se trouvent dans une situation de dépendance économique ». En effet, la législation de la sécurité sociale considère qu'elle a affaire à un salarié lorsque trois des éléments suivants sont présents :

- le sujet ne donne pas de travail, en relation avec son activité, à aucun travailleur salarié soumis au régime de la sécurité sociale obligatoire, et le cas échéant, la rétribution dérivant de ce rapport ne dépasse pas en règle générale 630 marks par mois ;
- il exécute le travail sur une longue durée et essentiellement pour le compte d'un seul commanditaire ;
- le commanditaire, ou un commanditaire du même genre fait exécuter des activités du même ordre en général par des travailleurs que lui-même emploie ;
- l'activité du sujet en question ne permet pas qu'on y reconnaisse des caractéristiques typiques d'un commerce d'entreprise ;
- l'activité de ce sujet correspond à l'activité qu'il exécutait précédemment pour le même commanditaire sur la base du rapport de travail salarié.

En matière d'impôt la législation allemande opère différemment. Sont des travailleurs salariés les personnes employées ou occupées, actuellement ou dans le passé, dans le cadre d'un rapport de travail dont ils obtiennent une rétribution.

Au-delà de ce travail par assimilation à la catégorie de salarié, le travailleur économiquement dépendant a trouvé en Allemagne un traitement particulier avec la catégorie des « *arbeitnehmerähnliche Person* ». En 1974, la loi sur le contrat collectif a intégré dans son domaine d'application les travailleurs économiquement dépendant ayant besoin d'une protection sociale analogue à celle des salariés, lorsqu'elles exécutent leur prestation de travail en faveur d'autres sujets sur la base de contrats de service et d'ouvrage, personnellement et essentiellement sans le concours de travailleurs salariés et qui :

- exécutent le travail pour une seule personne ou bien ;
  - reçoivent d'une seule personne, en moyenne, plus de la moitié de la rétribution qui leur est due pour le travail qu'ils ont exécuté ; si cette rétribution ne peut être évaluée, pour la calculer on se référera, tant que le contrat de travail ne prévoit rien de différent, aux 6 derniers mois, et, si l'activité a une durée inférieure, au temps couvert par cette activité. Le travailleur économiquement dépendant bénéficie des protections du travailleur salarié en matière de procès.
- Progressivement cette catégorie de travailleur se voit doté de nouveaux droits, ou bénéficie d'une présomption de salariat en matière de sécurité sociale.

Source : Rapport Perulli, op. cit.

#### Royaume-Uni

Le droit du travail anglais, est fondé, comme ailleurs en Europe sur la distinction entre travail salarié (« *contract of employment* », et « *contract of service* ») et l'activité indépendante (« *contract for services* »). Il n'existe pas de définition légale de la subordination et de l'indépendance. Les deux situations sont distinguées à l'aide d'une série de critères :

- le degré de pouvoir discrétionnaire et d'autonomie dans l'exécution de la prestation ;
- le travail salarié est considéré comme faisant partie de l'activité économique, en ce qui concerne les modalités d'organisation du travail ;
- la répartition du risque économique entre l'employeur, le travailleur et l'État ;
- les conditions de la contractualisation ou de « l'embauche ».

Ces critères servent également à caractériser une situation de dépendance économique.

S'il n'existe pas à proprement parler de notion de travailleur parasubordonné, la législation a introduit la catégorie des « *workers* » à mi-chemin entre celle de travailleur salarié et celle de travailleur indépendant. La catégorie des « *workers* » comprend les salariés et ceux qui travail-

lent pour un employeur sans être nécessairement placés sous son autorité.

Il existe également une catégorie supplémentaire : les « *self employed workers* ». Ils se distinguent des « *workers* » par le fait qu'ils fournissent leur propre équipement, sont responsables de l'organisation et de la réalisation du travail qui leur est demandé, assument au moins une partie du risque financier, et sont responsables de leur assurance et de leurs cotisations aux régimes de sécurité sociale.

Au Royaume Uni la protection des travailleurs est organisée en cercles concentriques. La catégorie des « *employees* » bénéficie du maximum de droits. Les « *workers* » bénéficient d'une protection en matière de salaire minimum, de durée du travail et de congés. Les « *self employed workers* » disposent de droits en matière de santé et de sécurité.

En 1999 le gouvernement Britannique avait annoncé la réduction des écarts de protection entre « *employees* » et « *workers* » en dotant ces derniers des mêmes droits. À ce jour les dispositions nécessaires pour y parvenir n'ont pas été prises.

Source : Rapport Perulli, op. cit. ; Ambassade de France au Royaume-Uni - Note de M. Le conseiller pour les affaires sociales

## Italie

Il existe en Italie trois catégories de travailleurs : les salariés, les travailleurs indépendants et les « parasubordonnés ».

Apparus en 1973, les contrats de collaboration coordonnée et continue (« co-co-co ») voient un collaborateur autonome fournir une prestation pour le compte d'un employeur dont il n'est pas le salarié, de manière coordonnée, exprimant l'idée d'un lien fonctionnel nécessaire avec l'activité économique du commanditaire, en particulier s'agissant des modalités d'organisation, et continue.

En 2003, le législateur a créé des contrats de collaboration de projet (« co-co-pro »). Leur utilisation n'est possible qu'après avoir défini un projet de travail précis. Ces contrats doivent entre autres stipuler la durée de la prestation et la définition du projet avec ses différentes phases.

En matière de droits accordés les « co-co-co » se distinguent par un niveau de droit plus faible que les « co-co-pro ». En effet, les conditions de rémunération correspondent à la rémunération normalement versée pour des prestations de travail autonome analogues. Ces travailleurs ne bénéficient pas des grilles salariales des conventions collectives. Ce contrat n'ouvre pas droit aux garanties prévues par le droit du travail pour les contrats subordonnés (maladie, maternité, AT-MP et retraite notamment). Les cotisations (patronales et employé) sont très nettement inférieures à celles prévues pour les travailleurs salariés.

Les « co-co-pro » offrent des garanties supérieures. Si comme pour les « co-co-co » les grilles salariales des conventions collectives ne

s'appliquent pas à ces contrats, la rémunération doit tenir compte de la rétribution moyenne correspondante aux prestations de travail s'effectuant sur le lieu d'exécution de l'activité.

Le titulaire d'un « co-co-pro » bénéficie de garanties en cas de grossesse, de maladie, d'accidents du travail et de retraite. L'écart de protection avec les salariés reste important mais il se réduit. Globalement le niveau de cotisation sociale se rapproche entre les deux régimes (24 % pour 2008, contre 33 % pour les salariés, et en 2010 les cotisations « co-co-pro » seront de 26 %). Les prestations en seront d'autant améliorées, notamment s'agissant de la retraite.

En matière d'accident du travail l'employeur est obligé de cotiser à l'Institut national pour les accidents du travail (INAIL). On pourra noter également qu'un programme de formation qualifiante et d'insertion professionnelle est organisé pour les titulaires de contrats de collaboration qui se déroulent dans les entreprises qui connaissent des difficultés économiques. Il convient de noter également que les régions, compétentes en matière de formation professionnelle, prévoient souvent des formations en faveur des travailleurs autonomes et parasubordonnés.

Enfin, trois principales confédérations syndicales italiennes ont constitué en 1998 des organisations spécialement destinées à la défense des droits des parasubordonnés.

Source : Rapport Perulli, op. cit. ; Ambassade de France en Italie - Note de M<sup>me</sup> La conseillère pour les Affaires sociales

## Espagne

Le 11 juillet 2007, l'Espagne a adopté une loi portant statut du travailleur autonome, érigant des règles applicables à tous les travailleurs autonomes, quelle que soit la nature du lien qui les unit à leur client. Mais, elle consacre également une catégorie juridique particulière, celle de « travailleur autonome économiquement dépendant ».

### 1. Dispositions communes à tous les travailleurs autonomes

Poursuivant la construction d'un socle de droit commun à l'ensemble des travailleurs autonomes, la loi espagnole introduit pour cette catégorie des dispositions en matière de discrimination, et leur reconnaît un droit à la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle.

Elle leur accorde également le bénéfice des protections contre les risques professionnels, notamment le droit de retrait. Lorsque la prestation du travailleur autonome est réalisée dans les locaux de l'entreprise utilisatrice, cette dernière est responsable de la bonne application des règles d'hygiène et de sécurité à peine de devoir indemniser les préjudices subis en cas de dommage. Il faut noter que le législateur espagnol confie à l'administration le soin de contrôler le respect des règles relatives aux risques professionnels par le travailleur autonome lui-même.

En matière de garanties économiques la loi renforce la protection du logement du travailleur autonome, sans aller jusqu'à le rendre insaisissable, lorsque celui-ci doit répondre sur son patrimoine des pertes liées à son activité professionnelle. Elle crée au profit des travailleurs autonomes une action directe en paiement de leurs honoraires à l'encontre du maître d'ouvrage lorsqu'ils exercent leur activité au service d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant. S'agissant des droits collectifs, la loi espagnole permet aux travailleurs autonomes :

- d'adhérer librement à l'organisation syndicale ou au groupement patronal de leur choix ;
- de créer et d'adhérer à des associations professionnelles spécifiques (qui n'ont pas les mêmes prérogatives que les organisations syndicales). Si elles sont reconnues représentatives (les critères sont différents de ceux qui sont appliqués aux organisations syndicales « classiques »), ces associations ont le droit d'être consultées par les pouvoirs publics lorsque ces derniers envisagent des actions ayant des répercussions sur le travail autonome.

Des accords « d'intérêt professionnel » peuvent être signés entre les associations professionnelles de travailleurs autonomes ou de travailleurs autonomes économiquement dépendants ou encore les syndicats, et les

entreprise utilisatrices. Ces accords peuvent fixer les conditions de travail. Ces accords s'imposent aux parties et les dispositions contractuelles qui seraient contraires à l'accord seront considérées comme nulles dès lors que le travailleur autonome est affilié à une « organisation » signataire et qu'il aura donné son consentement à l'application de l'accord.

### 2. Dispositions spécifiques aux travailleurs autonomes économiquement dépendants

À ces dispositions communes s'ajoute une série de mesures qui ne concernent que les travailleurs autonomes économiquement dépendants et rapprochent leurs droits de ceux des salariés. La loi espagnole les définit de la manière suivante : « Les travailleurs autonomes économiquement dépendants exercent une activité économique ou professionnelle à but lucratif, de manière habituelle, personnelle, directe, et de manière prépondérante, au profit d'une personne physique ou morale, dénommée cliente, dont ils dépendent économiquement pour percevoir au moins 75 % des revenus de leur activité professionnelle ».

Le législateur espagnol a fait le choix d'exclure les travailleurs autonomes exerçant leur activité dans le cadre d'une société commerciale ou civile.

Les conditions pour être reconnu économiquement dépendant sont les suivantes :

- ne pas être soi-même employeur de salariés et ne pas sous-traiter une partie de son activité ;
- ne pas exercer son activité d'une manière qui ne permette pas de la distinguer de celle qu'exercent d'autres personnes au bénéfice du client
- disposer d'une infrastructure productive et matérielle propre, distincte de celle du client ;
- déterminer soi-même l'organisation du travail, sans préjudice des indications techniques éventuellement fournies par le client ;
- percevoir une contrepartie économique en fonction du résultat de l'activité, conformément à la convention passée avec le client, en assumant les risques de l'activité.

Il faut souligner que le contrat liant le travailleur autonome et le client doit constater expressément la qualité de travailleur autonome économiquement dépendant.

Droits accordés au travailleur autonome économiquement dépendant :

Conditions d'exercice de l'activité :

- droit au repos droit à congé, détermination d'un nombre de jours de congés ;
- durée maximale du travail fixée au contrat, limitation des heures supplémentaires à 30 % de la durée prévue au contrat.

Rupture du contrat : aux motifs traditionnels (décès, faute et inexécution notamment) s'ajoutent :

- la rupture à la demande du travailleur mais avec un préavis ;

- la rupture à la demande du client mais pour cause justifiée. En l'absence de cause justifiée le travailleur a le droit au versement d'une indemnité. La loi en fixe le mode de calcul de manière supplétive à la volonté des parties.

Source : Les nouvelles frontières du travail indépendant. À propos du statut du travail autonome espagnol. Fernando Valdés Dal-Ré et Olivier Leclerc. Revue droit du travail - mai 2008

### ANNEXE III STATISTIQUES SUR LE TRAVAIL INDÉPENDANT

En 2005, l'agence comptable des organismes de sécurité sociale dénombreait plus de deux millions de travailleurs indépendants, qui se répartissaient comme suit selon les secteurs d'activité.

| Secteurs d'activité                 | Nombre d'indépendants en 2005 (en milliers) |
|-------------------------------------|---|
| Métiers de bouche                   | 111   |
| Industrie                           | 96  |
| BTP                                 | 280   |
| Transports                          | 61  |
| Services à la personne              | 97  |
| Autres services tertiaires          | 135   |
| Commerce de gros                    | 120   |
| Commerce de détail non alimentaire  | 238   |
| Hôtels-café-restaurants             | 174   |
| Immobilier                          | 69  |
| Officines de pharmacie              | 28  |
| Santé                               | 338   |
| Activités juridiques                | 56  |
| Activités comptables et conseil     | 109   |
| Activités financières et assurances | 28  |
| Activités artistiques et sportives  | 58  |
| Autres services tertiaires          | 62  |
| <b>Total</b>                        | <b>2 059</b>                                |

Source : Acoess Stat, n° 61, décembre 2007.

| Secteurs d'activité                      | Nombre d'indépendants en 2005 (en milliers) |
|--|---|
| Artisan et artisan commerçant            | 512   |
| Associé gérant de société                | 523   |
| Professions libérales et officier public | 568   |
| Commerçant et agent commercial           | 409   |
| Autre                                    | 46  |
| <b>Total</b>                             | <b>2 059</b>                                |

Source : Acoess Stat, n° 61, décembre 2007.

| Entreprises n'ayant pas de salarié   |             |                  |
|--------------------------------------|-------------|------------------|
| Au 1 <sup>er</sup> janvier 2006      | Code NES 16 | O                |
| Industries agricoles et alimentaires | EB          | 20 214           |
| Industries hors IAA                  | EC à EG     | 81 068           |
| Construction                         | EH          | 173 800          |
| Commerce                             | EJ          | 343 403          |
| Transports                           | EK          | 49 705           |
| Activités financières                | EL          | 28 117           |
| Activités immobilières               | EM          | 68 166           |
| Services aux entreprises             | EN          | 301 735          |
| Autres services                      | EP - ER     | 498 332          |
| <b>Total</b>                         |             | <b>1 564 540</b> |

Source : Insee, REE (Répertoire des entreprises et des établissements - Sirene).

# Contrat de travail

## Qui est salarié ?

L'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle. Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements d'un subordonné. Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail.

Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43.265, F-D, SARL Agence des Arcades c/ Perroux, épouse Dufresne : Juris-Data n° 2006-033659

### LA COUR – (...)

#### Sur le moyen unique :

● Attendu que M<sup>me</sup> Dufresne, liée par deux conventions successives des 5 septembre 2001 et 15 novembre 2002 à la société Agence des Arcades en qualité « d'apporteuse d'affaire en exclusivité », qui prévoyait qu'elle travaillerait de manière indépendante et recevrait une rémunération de 10 ou 15 % des honoraires hors taxe réalisés concernant les affaires apportées ou négociées, a, par courrier du 31 mars 2003, notifié à la société la résiliation de son contrat ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale pour demander le paiement d'un rappel de salaires sur la période du 1<sup>er</sup> mars 2002 au 8 mars 2003 et les indemnités de congés payés afférentes, un rappel de prime de 13<sup>e</sup> mois, une indemnité compensatrice de préavis et congés payés, une indemnité pour travail dissimulé, une indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement et des dommages-intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail ;

● Attendu que la société Agence des Arcades fait grief à l'arrêt attaqué statuant sur contredit (Orléans, 26 mai 2005) d'avoir décidé que le conseil de prud'hommes d'Orléans était compétent, alors, selon le moyen :

1°/ que le devoir de cohérence s'oppose à ce qu'une partie décide de son plein gré et sous couvert d'une société en formation de se soumettre au statut des agents commerciaux et de revendiquer ultérieurement le statut de salarié ; qu'en l'espèce, il résulte des propres constatations de la cour qu'une première convention a été conclue entre l'Agence des Arcades et l'EURL Marie-Claire Dufresne en formation le 5 septembre 2001 selon laquelle M<sup>me</sup> Dufresne était « apporteuse d'affaires libre en exclusivité » et qu'une deuxième convention avait été conclue entre la société et M<sup>me</sup> Dufresne qui l'avait signée en tant que gérante d'une SARL en formation le 15 novembre 2002 ; que l'intéressée était « apporteuse d'affaires libre en exclusivité » et percevait des commissions sur les affaires qu'elle réalisait ; qu'elle faisait à titre personnel les déclarations fiscales et sociales nécessaires à la déclaration des sommes perçues lesquelles seront réglées par l'agence sur facture de sa SARL en cours de formation ou à défaut sur présentation d'un récapitulatif des sommes dues établi par elle-même ; que dès lors, en faisant droit à la demande de M<sup>me</sup> Dufresne tendant à requalifier son contrat d'agent commercial en contrat de travail, la cour d'appel a violé l'article L. 121-1 du Code du travail, ensemble l'article L. 511-1 du Code du travail ;

2°/ que, sauf à violer la loi des parties, la qualification du contrat s'opère à la date de sa conclusion en fonction des stipulations qu'il mentionne ; qu'en s'attachant aux conditions d'exécution du contrat litigieux pour le qualifier, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1134 du Code civil et L. 121-1 du Code du travail ;

3°/ que le lien de subordination caractérisant l'activité salariée résulte pour l'agent commercial de son intégration dans un service organisé ; que l'intégration est établie lorsque la salariée ne travaille pas pour son compte mais pour celui de la société qui l'emploie dans le cadre d'un service organisé et selon des directives générales imposées par elle qui assume les risques et le profit de son entreprise et sous la dépendance de laquelle la salariée se trouve placée en fait ; qu'en ne recherchant pas si la qualité « d'apporteuse d'affaire » de M<sup>me</sup> Dufresne ne justifiait pas qu'elle reçoive des instructions ainsi que l'assistance de la société Agence des Arcades, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé le lien de subordination, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 121-1 du Code du travail ;

● Mais attendu, d'une part, que l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à la convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle, d'autre part, que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; que le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail ;

● Et attendu que les juges du fond ont relevé que M<sup>me</sup> Dufresne avait assuré à compter du mois de mars 2002 jusqu'au 8 mars 2003 une présence à temps plein à l'agence qui n'était pas compatible avec la liberté qui devait être celle d'une « apporteuse d'affaires indépendante » même exclusive, qu'elle recevait du gérant de la société des instructions dans l'exécution de ses tâches dont il contrôlait l'exécution et que la société s'était estimée investie d'un pouvoir disciplinaire en la sanctionnant, par une rupture anticipée de leurs relations ; qu'ils ont pu en déduire l'existence d'un contrat de travail et qu'ils ont légalement justifié leur décision ;

#### Par ces motifs :

● Rejette (...)

## NOTE

Notre boulanger, notre coiffeur, etc., peuvent-ils devenir nos salariés ? Cette question, pas si originale que cela, peut se poser à la lecture de cet arrêt du 17 mai 2006 de la chambre sociale de la Cour de cassation. Dans cette affaire, M<sup>me</sup> Dufresne était liée par deux conventions successives des 5 septembre 2001 et 15 novembre 2002 à la société Agence des Arcades en qualité « d'apporteuse d'affaires en exclusivité ». Les deux conventions prévoyaient qu'elle travaillerait de manière indépendante et recevrait une rémunération de 10 ou 15 % des honoraires hors taxe réalisés concernant les affaires apportées ou négociées. Celle-ci a notifié à la société, par un courrier du 31 mars 2003, la résiliation de son contrat, puis a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement d'un rappel de salaires sur la période du 1<sup>er</sup> mars 2002 au 8 mars 2003, de diverses indemnités et de

dommages-intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail. Par un arrêt du 26 mai 2005, la cour d'appel d'Orléans, statuant sur contredit, a décidé que le conseil de prud'hommes d'Orléans était compétent. La société Agence des Arcades s'est pourvue contre cette décision, mais la Cour de cassation a rejeté son recours.

Il est de jurisprudence constante que l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle (*Cass. soc.*, 10 déc. 2002 : *RJS* 2003, n° 144. – *Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> déc. 2005 : *Juris-Data* n° 2005-030995 ; *JCP S* 2006, 1115, note C. Puigelier. – *Cass. soc.*, 15 févr. 2006 : *Juris-Data* n° 2006-032247 ; *JCP S* 2006, 1255, note C. Puigelier. – *Cass. soc.*, 22 mars 2006 : *Juris-Data* n° 2006-032831 ; *JCP S* 2006, 1423, note C. Puigelier. – *V. encore, Cass. crim.*, 14 févr. 2006 : *Juris-Data* n° 2006-031684 ; *JCP S* 2006, 1291, note C. Puigelier). Par ailleurs, un lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné (*Cass. soc.*, 17 avr. 1991 : *Juris-Data* n° 1991-001140 ; *JCP G* 1991, IV, p. 233 ; *Dr. soc.* 1991, p. 516. – *Cass. soc.*, 15 janv. 1997 : *Juris-Data* n° 1997-000252 ; *TPS* 1997, comm. 72, 1<sup>re</sup> esp., obs. P.-Y. Verkindt. – *Cass. soc.*, 9 mai 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 798, obs. J. Savatier. – *Cass. soc.*, 16 janv. 2002 : *RJS* 2002, n° 253. – *Cass. soc.*, 15 févr. 2006, préc. – *Cass. soc.*, 22 mars 2006, préc. – *V. égal., Th. Aubert-Monpeyssen, Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force du travail : Dr. soc.* 1997, p. 616. – *Y. Reinhard, Lien de subordination et droit des affaires, in Mélanges J. Pélissier : Dalloz* 2004, p. 455. – *V. encore, P.-Y. Verkindt, Le droit du travail : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, en particulier, l'illusion contractuelle, p. 112).*

C'est précisément ce que souligne la Cour de cassation dans l'espèce rapportée qui, après avoir rappelé que l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de travail dans lesquelles l'activité professionnelle est exercée, pose qu'un lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. Ici, le travail au sein d'un service organisé a pu constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur déterminait unilatéralement les conditions d'exécution du travail. Plus précisément, pour la Cour de cassation, les juges du fond, qui avaient relevé que M<sup>me</sup> Dufresne avait assuré à compter du mois de mars 2002 jusqu'au 8 mars 2003 une présence à temps plein à l'agence qui n'était pas compatible avec la liberté qui devait être celle d'une « apporteuse d'affaires indépendante », même exclusive, et qu'elle recevait du gérant de la société des instructions dans l'exécution de ses tâches dont il contrôlait l'exécution, sachant que la société s'était estimée investie d'un pouvoir disciplinaire en la sanctionnant, par une rupture anticipée de leurs relations, avaient pu en déduire l'existence d'un contrat de travail entre cette dernière et la société Agence des Arcades. Que penser de cet arrêt ? Probablement qu'il s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel où la présence d'indices de toutes sortes favorise, pour ne pas dire à nouveau privilégie, la qualité de salarié. Outre un travail réalisé au sein d'un service organisé qui peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail, des indices du rapport salarié se concrétisent, dans l'affaire rapportée, de la façon suivante. Tout d'abord, l'intéressée avait, entre le mois de mars 2002 et le 8 mars 2003, assuré une présence à temps plein à l'agence, présence qui était incompatible avec celle d'une « apporteuse d'affaires indépendante », même exclusive. Ensuite, celle-ci recevait du gérant

de la société des instructions pour exécuter ses tâches, lesquelles étaient d'ailleurs contrôlées. Enfin, la société l'avait sanctionnée en rompant de façon anticipée leurs relations de travail, sachant que cette rupture est donc différente de celle notifiée par M<sup>me</sup> Dufresne par un courrier du 31 mars 2003 à la société Agence des Arcades. Par conséquent, l'intéressée a pu être salariée pendant une année, pour une période précédée et suivie d'un rapport contractuel indépendant. Selon la Cour de cassation, on peut ne pas être salarié de façon permanente, de façon continue, même si la présence permanente dans un lieu de travail à un moment donné peut constituer un indice de la qualité de salarié. Mieux encore, le fait de rompre des relations contractuelles, que ce soit de la part du salarié ou de la part de l'employeur, peut, indépendamment de toute procédure de licenciement, permettre de dégager l'existence d'un lien de subordination. Que deviennent alors les accords initiaux qui, ici, prévoyaient l'exécution d'un travail de manière indépendante, une rémunération de 10 ou 15 % des honoraires hors taxe réalisés concernant les affaires apportées ou négociées ? Peu importe, souligne la Cour de cassation, puisque l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend pas de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle. La boucle est alors bouclée, le cercle vicieux installé, sans que l'on puisse s'échapper de cette attraction salariale qui se manifeste dès que l'on travaille auprès de quelqu'un, pour quelqu'un, avec quelqu'un... Bref, on ne sait plus. Une inscription au registre du commerce et des sociétés n'aurait rien changé non plus puisque la Cour de cassation a décidé que celle-ci n'excluait pas la qualité de salarié dès lors que l'intéressé avait été soumis à une période d'essai, travaillait trente-cinq heures par semaine, bénéficiait en contrepartie d'une rémunération mensuelle et de l'avantage en nature que constituait un logement, recevait des directives précises quant à l'exécution de sa tâche et était tenu d'obtenir un accord pour fixer sa période de congés (*Cass. soc.*, 22 mars 2006, préc.). Et le statut de salarié peut aussi résulter, même sans un lien contractuel permanent et une immatriculation au registre des métiers, d'un contrôle de la quantité de travail effectué durant le temps d'exécution de la tâche de l'intéressé (*Cass. crim.*, 14 févr. 2006, préc.). Peu importe encore que l'intéressée ait décidé de son plein gré et sous couvert d'une société en formation (en l'occurrence une EURL pour la convention du 5 septembre 2001, puis une SARL pour la convention du 15 novembre 2002) de se soumettre au statut des agents commerciaux (selon la première branche du moyen de cassation de la société Agence des Arcades, M<sup>me</sup> Dufresne devait ainsi faire à titre personnel des déclarations fiscales et sociales nécessaires à la déclaration des sommes perçues lesquelles devaient être réglées par l'agence sur facture de sa SARL en cours de formation ou à défaut sur présentation d'un récapitulatif des sommes dues établi par elle-même) et de revendiquer ultérieurement la qualité de salarié. Dans l'arrêt rapporté, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, principe connu en droit anglais sous le nom d'*estoppel by representation* (*V. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui [ss dir. de M. Behar-Touchais] : Economica* 2001), ne pouvait jouer au détriment du salarié, comme l'avait d'ailleurs déjà relevé un autre arrêt du 4 avril 2006 de la chambre sociale de Cour de cassation pour lequel la circonstance qu'un salarié, agissant comme représentant de l'employeur, avait procédé au licenciement d'un autre salarié n'était pas de nature à le priver de la liberté de témoigner en justice en faveur de la personne dont le contrat de travail avait été rompu (*Cass. soc.*, 4 avr. 2006 : *Juris-Data* n° 2006-033136 ; *JCP S* 2006, 1407, note C. Puigelier. – *V. encore, C. Puigelier et J. Sainte-Rose, Critique et justice, in La liberté de critique, à paraître*). Autrement dit, le lien de subordination est partout ; il peut surgir par moments, par épisodes, à tout moment, à toute période, à l'aide de tous indices. Mais celui-ci, qui se généralise

dans tous les secteurs d'activité, peut aussi inquiéter. Il est en effet facile d'affirmer que tout acte réalisé au profit d'une autre personne peut caractériser un lien de subordination, et, par conséquent, un rapport salarial. On pourrait ainsi se demander si un artisan qui réalise des travaux à un domicile personnel pendant plusieurs jours, voire plusieurs semaines ou plusieurs mois, ne devient pas le salarié du propriétaire de la maison qu'il a pour mission de réparer. Et que dire du boulanger, du charcutier, du boucher qui s'engagent auprès de leurs clients à fournir, de façon régulière, des aliments sains, en se déplaçant au besoin chez eux, tout en sachant que ceux-ci peuvent mettre un terme à cette relation en cas de fourniture d'aliments avariés ? Que penser encore d'un coiffeur qui, dans un salon de coiffure, coupe régulièrement les cheveux d'un client dont l'éventuelle insatisfaction peut entraîner la rupture de toute relation contractuelle ? Avec ces multiples indices qui amènent inéluctablement à la qualité de salarié, avec ces « petits riens » qui transforment une relation contractuelle en une autre que les parties n'avaient pas initialement désirée (du moins en ce qui concerne l'une d'entre elles),

on peut se perdre. Qu'est-ce qu'être aujourd'hui un salarié ? La question se pose si l'on considère qu'il suffit de recevoir un ordre, d'exécuter une prestation sous le contrôle d'une personne, etc. De nombreux actes réalisés chaque jour par chacun d'entre nous répondent à de tels critères. Et la notion d'actes réalisés au sein d'un service organisé ne change finalement pas grand chose puisque l'on peut toujours, en cherchant bien, trouver la trace d'un service de cette nature. Serions-nous alors devenus, sans le savoir, tout à la fois des salariés et des employeurs ? Si l'on en croit la Cour de cassation, c'est par l'affirmative qu'il conviendrait de répondre.

Catherine PUIGELIER,  
Professeur à l'Université du Havre

**MOTS-CLÉS :** *Contrat de travail - Lien de subordination juridique - Détermination - « Apporteuse d'affaires en exclusivité »*

**TEXTES :** *C. trav., art. L. 121-1*

**JURISCLASSEUR :** *Travail Traité, Fasc. 17-1, par Catherine Puigelier*

# Le collaborateur libéral

Jacques BARTHÉLÉMY,

Avocat conseil en droit social honoraire,  
ancien professeur associé à la Faculté de droit  
de Montpellier, fondateur du cabinet Barthélémy

La loi PME d'août 2005 s'intéresse au professionnel libéral collaborateur. L'intention est louable, la relation d'un tel professionnel avec le confrère auquel il apporte sa compétence technique et son titre étant atypique, ceci étant, la solution retenue est décevante. D'une part, l'ambition du texte est limitée à fixer le contenu d'un contrat, celui d'un collaborateur non salarié n'excluant pas une autre forme de relations contractuelles ; d'autre part, c'est une occasion manquée, celle de créer un authentique statut de la collaboration en s'appuyant sur la notion de parasubordination.

1 - L'article 18 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005<sup>1</sup> en faveur des petites et moyennes entreprises donne naissance à un statut du professionnel libéral collaborateur d'un confrère. Ce texte est le fruit d'un long travail entrepris depuis deux décennies, spécialement au sein de l'Union nationale des professions libérales et de la (défunte) Délégation interministérielle aux professions libérales<sup>2</sup>. L'idée est séduisante (1), mais la solution est critiquable (2).

## 1. Une initiative louable

2 - La relation d'un professionnel libéral apportant son concours à un confrère dont l'activité consacre l'existence d'une entreprise libérale est difficile à qualifier si l'on s'en tient à la classique opposition entre contrat de travail et contrat d'entreprise. Cette difficulté ne peut que susciter la création d'un contrat « *sui generis* »<sup>3</sup>. Créer un type de contrat pour un type d'activité n'est pourtant pas une solution idéale, ceci d'autant que l'exercice d'une profession libérale n'est pas, dans son principe, incompatible avec une relation concrétisée par un contrat de travail<sup>4</sup>.

### A. - Exercice libéral et salariat

3 - Les critères de la subordination caractéristiques du contrat de travail ont évolué dans le temps, mais le fait qu'il suppose toujours une subordination juridique n'altère pas la faculté de recourir à ce contrat pour définir les rapports entre deux confrères exerçant la

même profession libérale. À de multiples reprises et pour de nombreuses professions libérales, la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler.

### 1° L'évolution de la notion de subordination

4 - L'opposition manichéenne entre travail non salarié et travail salarié trouve sa justification dans la civilisation de l'usine. Celle-ci a fortement contribué à l'émergence du droit du travail et a façonné son autonomie. L'originalité de cette discipline tient d'abord à sa fonction protectrice, puisée dans l'état de subordination du travailleur. Le déséquilibre contractuel qui en résulte exige la protection de ce dernier en raison notamment de la suspicion à l'égard de son consentement. Telle est la raison du caractère d'ordre public de la notion de contrat de travail<sup>5</sup>.

5 - Ceci étant, c'est la subordination juridique qui est déterminante alors que la dépendance économique est de nature à affecter aussi l'équilibre des pouvoirs entre les parties au contrat. La tendance au développement du salariat peut alors s'expliquer par la volonté de faire bénéficier d'une protection tous les travailleurs en état de faiblesse face à un donneur d'ordre. Le droit du travail reste encore le seul véritablement porteur d'un objectif de protection ; c'est par le rattachement au salariat de certaines relations pour lesquelles le contrat de travail avait été *a priori* écarté qu'a été assurée la protection du plus faible : ainsi furent requalifiés, au vu d'éléments de fait attestant d'un état de subordination juridique, de pseudo-contracts de prestation de service ; le législateur a lui-même entendu faire bénéficier certains travailleurs du droit du travail eu égard à leurs fonctions et aux conditions d'exercice de leur activité, bien qu'ils ne soient pas nécessairement en état de subordination juridique<sup>6</sup>. Il a été fait de même en matière de sécurité sociale, la solution trouvant sa justification dans

1. L. n° 2005-882, 2 août 2005 : JO 3 août 2005, p. 12639 ; JCP S 2005, 1126.

2. Cf. l'ouvrage de M. de Lamaze, ancien délégué interministériel aux professions libérales (*Cinq années au service des professions libérales* : LGDJ 2002), ainsi que les communications devant cette délégation, le 10 décembre 1997, de Catherine Starck et Jacques Barthélémy à propos d'un avant-projet qui était bien plus ambitieux que le texte voté en 2005.

3. Lors de la préparation de la loi du 31 décembre 1990 créant une nouvelle profession d'avocat, l'idée d'un contrat « *sui generis* » du collaborateur avait été proposée par le bâtonnier Davy. Il lui a été préféré la solution de la dualité de statuts, l'un « salarié », l'autre « indépendant ». C'est cette solution qui a inspiré la loi du 2 août 2005.

4. J. Barthélémy, *Contrat de travail et activité libérale* : Gaz. Pal. 1990, I, p. 298.

5. Cass. ass. plén., 4 mars 1983 : Juris-Data n° 1983-700361 ; D. 1984, inf. rap., p. 164, obs. J.-M. Béraud : la seule volonté des parties est impuissante à soustraire un salarié au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail.

6. Cf. C. trav., Livre VII. V. par exemple, les articles L. 721-1 et L. 721-6 selon lesquels le travailleur à domicile bénéficie de ce code même s'il n'est pas en état de subordination juridique.

l'absence de protection sociale des travailleurs non salariés puis dans son insuffisance<sup>7</sup>.

6 - Il était alors inévitable que soit posée la question de la qualification des rapports d'un professionnel libéral avec un confrère dirigeant un cabinet, une étude. Cette qualification de contrat de travail s'imposait, sauf disposition légale particulière contraire, lorsque la participation à un service organisé était le critère déterminant de la subordination juridique. Ce critère était décisif dans la civilisation de l'usine marquée par des organisations pyramidales. Du fait, notamment, des effets des progrès des techniques de l'information et de la communication, les organisations, de pyramidales, deviennent modulaires en raison tout spécialement de l'accès direct et total au savoir que ces techniques autorisent. De ce fait, la participation à un service organisé a pu être réduite à un simple indice de la subordination ; elle ne peut, de surcroît, être invoquée que si les conditions de travail sont définies unilatéralement par le donneur d'ordres. La civilisation naissante du savoir ou de l'information se satisfait mieux en effet d'une définition de la subordination inspirée de l'exécution de tâches ou de missions sur ordre ou instruction d'un employeur qui dispose du pouvoir de contrôler les actes professionnels et de sanctionner disciplinairement les manquements<sup>8</sup>. Cette nouvelle définition, identique en droit du travail et en droit de la sécurité sociale (ce qui mérite d'être souligné compte tenu de l'objet de cette étude), ne peut qu'influencer la qualification de la relation contractuelle du professionnel libéral collaborateur avec le cabinet ou l'étude qui a recours à ses compétences.

## 2° Profession libérale et subordination

7 - Le sentiment, habituel dans les professions libérales, de l'exigence d'un statut de non salarié pour exercer l'une de ces professions repose sur la croyance du caractère universel de la notion d'indépendance. Certes, l'une des caractéristiques communes à toutes ces professions est bien l'indépendance du professionnel. Et, si on peut être un peu ou beaucoup autonome, on est ou on n'est pas indépendant. Ceci étant, la notion d'indépendance est divisible<sup>9</sup>. Ce qui caractérise la profession libérale (réglementée seulement ?), c'est la seule indépendance technique, c'est-à-dire l'indépendance dans l'exercice de l'art. Dès lors, il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre la situation de professionnel libéral et celle de salarié pour la même activité puisque le contrat de travail est uniquement identifié par la subordination juridique, c'est-à-dire celle liée aux conditions de travail<sup>10</sup>.

De ce fait, les obstacles au salariat dans ces professions sont beaucoup plus d'ordre culturel que juridique. Ainsi, c'est en se référant au même argument, celui de l'indépendance, que dans les professions médicales on interdit le salariat interne mais on l'autorise avec une entreprise, tandis que l'avocat ne peut qu'être salarié d'un confrère, personne physique ou morale membre de l'ordre, solution diamétralement opposée.

8 - Toutefois, l'indépendance technique induit des conséquences qui s'opposent à certains effets habituels du salariat. Ceci est encore plus net depuis qu'a évolué la définition jurisprudentielle de la subordination juridique. Ainsi, la faculté de contrôler l'activité du préposé

ou de sanctionner disciplinairement les manquements aux obligations souscrites se heurte à l'indépendance technique, mais aussi aux règles déontologiques de professions dans lesquelles le collaborateur est vu plus comme un confrère que comme un employé. Plus fondamentalement :

– directement, l'indépendance technique se traduit par la responsabilité personnelle du collaborateur dans les actes professionnels. Or, celle-ci, même à l'égard des cadres supérieurs, est exclue en ce qui concerne les salariés, sauf faute lourde ; ce qui laisse intacte, bien entendu, la responsabilité morale ;

– indirectement, l'indépendance technique a pour effet un degré très élevé d'autonomie dans les conditions de travail, comparable à celui dont bénéficie un cadre de très haut niveau. Il en résulte de fait, sinon la non-soumission à certaines réglementations, à tout le moins des dérogations dans les modalités de leur application. Par exemple, l'impossibilité, née de l'indépendance technique, d'évaluer et de contrôler les temps de travail permet de soutenir que la rémunération est indépendante de l'horaire. Ou encore, l'indépendance technique induit la possibilité de refuser, sans qu'il y ait faute, d'exécuter telle mission pour des motifs de conscience, mais aussi l'interdiction des clauses de non-concurrence.

## B. - Un contrat « sui generis » ?

9 - Un statut du professionnel libéral collaborateur se conçoit parfaitement. Ses spécificités trouvent leur raison d'être dans l'indépendance technique non négociable et les règles déontologiques, à savoir la morale professionnelle. Il y aurait dès lors une certaine logique à ce que, d'une part, existe un statut unique de la collaboration, d'autre part, que celui-ci concerne les professionnels exerçant leur art aussi bien avec une entreprise qu'avec un confrère. L'article 18 de la loi *PMEN* a pas cette ambition.

10 - Un tel statut peut aisément s'extraire de l'emprise du droit du travail. En effet, si l'état de dépendance économique du collaborateur vicie l'équilibre entre les parties, lequel est nécessaire pour que le contrat fasse réellement et seul leur loi, cet équilibre peut ici être rétabli eu égard à la qualité identique des deux parties. Il suffit d'imposer, par la loi voire conventionnellement, des règles de conduite de la conclusion, de la révision, de la rupture du contrat, règles que l'on peut rendre substantielles. L'appartenance des deux contractants à la même profession favorise l'équilibre contractuel en raison de l'impact des règles déontologiques auxquelles ils sont soumis. Ainsi, l'abus de position dominante de la part du responsable du cabinet pourrait justifier des sanctions disciplinaires au nom du manquement aux règles de confraternité, elles aussi inspirées de l'indépendance technique et de la morale professionnelle.

Un autre argument plaide en faveur d'un statut spécifique. Le contentieux de la requalification a été surtout celui de l'accès à la protection sociale. L'harmonisation en ce domaine est aujourd'hui effective. Cela vaut déjà pour les régimes de sécurité sociale, aussi bien pour la retraite de base et la retraite complémentaire que pour la maladie. Siles « non-non » ne bénéficient pas du régime accidents du travail, c'est parce que la couverture de ce risque s'inscrit dans la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la santé et de la sécurité. Cela vaut aussi pour les garanties collectives supplémentaires dans la mesure où la loi *Madelin* a exporté au bénéfice des « non-non » le principe de neutralité fiscale sous plafond des contributions nécessaires au financement de garanties de prévoyance et de retraite dont bénéficiaient déjà les salariés. L'extension de ce privilège fiscal aux cotisations alimentant un contrat de perte d'emploi subie autorise en outre les « non-non » à adopter des garanties similaires à

7. Cf. *CSS*, art. L. 311-3. Le salarié de droit commun est défini par l'article L. 311-2 par référence à un état de subordination. L'article L. 311-3 énumère tous les travailleurs n'entrant pas dans la définition de l'article L. 311-2 et qui sont néanmoins soumis au régime général de la sécurité sociale ; cette liste est donc nécessairement limitative.

8. *Cass. soc.*, 13 nov. 1996 : *Juris-Data* n° 1996-004273 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyron ; *JCF E* 1997, 911, obs. J. Barthélémy.

9. J. Barthélémy, *Indépendance ? Indépendance !* : *Revue de l'ACE*, 2005, n° 93, p. 60.

10. *Cass. soc.*, 19 nov. 1986 : *Juris-Data* n° 1986-002815 : « (...) sans que son indépendance sur le plan technique exclue l'existence d'une subordination juridique ».

celles qu'offre le régime Unedic aux salariés en matière de chômage<sup>11</sup>.

11 - Le niveau de protection sociale comparable des « non-non » et des salariés permet d'envisager sereinement la sortie des collaborateurs libéraux du régime général. Une telle évolution peut contribuer à légitimer l'abandon du recours au contrat de travail, la jurisprudence donnant une définition identique de la subordination en droit du travail et en droit de la sécurité sociale<sup>12</sup>. La dépendance économique – matérialisée par le fait que l'essentiel des revenus du collaborateur émanent du cabinet qui l'alimente en dossiers, en clients – oblige cependant à s'inquiéter de celui qui a la charge d'acquitter les cotisations sociales. Cette question est d'autant plus importante que là est la raison principale du choix des professions libérales de faire sortir le collaborateur du salariat : les cabinets ne veulent pas supporter les charges sociales afférentes aux rémunérations de leurs confrères collaborateurs. Illusion toutefois dans la mesure où, si c'est le collaborateur qui paie ses charges, le montant de la rémunération brute en tiendra inévitablement compte<sup>13</sup>.

## 2. Une solution critiquable

12 - Si la création d'un statut du professionnel libéral collaborateur doit être approuvée, la solution retenue par la loi est fortement contestable, d'autant qu'elle n'a comme finalité que de donner une qualification à un certain type de relations entre confrères. D'un côté, les critères sur lesquels est construite cette qualification autonome sont source d'insécurité juridique. D'un autre côté, retenir la qualification de travailleur non salarié, c'est écarter toute protection alors que l'état de dépendance économique en exige une.

### A. - Un arsenal juridique « insécurisé »

13 - L'indépendance technique caractéristique du professionnel libéral n'étant pas, dans son principe, incompatible avec la subordination juridique qui caractérise le contrat de travail, les critères du collaborateur libéral proposés par la loi *PME* ne peuvent que soulever

des difficultés. Surtout, le rôle conféré par ce texte à la clientèle personnelle n'est pas exempt de critiques.

### 1° Une définition suspecte

14 - A la qualité de collaborateur libéral, le membre non salarié d'une profession libérale réglementée qui, « dans le cadre d'un contrat de collaboration libérale, exerce, auprès d'un autre professionnel, personne physique ou personne morale, la même profession ». Ce collaborateur exerce son activité professionnelle « en toute indépendance, sans lien de subordination »<sup>14</sup>.

15 - On notera tout d'abord que cette définition laisse la place à une autre qualification pour le membre de l'ordre collaborateur d'un de ses confrères, celle de salarié. Il ne s'agit donc pas de construire un statut de la collaboration mais simplement de « sécuriser » – tenter de « sécuriser » serait plus exact – un contrat de prestation de services dans le but de réduire le risque de requalification en contrat de travail. L'ambition est donc bien limitée.

Le dénommé « collaborateur libéral » exerce en qualité de « professionnel indépendant » selon l'article 18, V, de la loi *PME*. Il relève donc, s'agissant de son statut social, du régime des « non-non », c'est-à-dire de la Canam pour l'assurance maladie, de la CnavPL pour la retraite de base (sauf pour les avocats qui ressortent de la CNBF) et de la section propre à leur profession pour les régimes complémentaires obligatoires de retraite et décès-invalidité (gérés aussi par la CNBF pour les avocats).

Le contrat non écrit ou ne contenant pas toutes les clauses obligatoires prévues par la loi est nul. Cette nullité n'est pas sans poser problème. Est-elle relative ? On pourrait tirer du déséquilibre contractuel entre le travailleur et le donneur d'ordre la conclusion que seul le collaborateur peut l'invoquer, transposant une règle adoptée pour le contrat de travail salarié. Mais la finalité de ce texte est d'affirmer sa qualité de travailleur indépendant. Le co-contractant du collaborateur pourrait donc aussi invoquer la nullité. En outre, dans les professions libérales réglementées, la mise en œuvre du contrat de collaboration est soumise au contrôle de l'institution ordinaire ; celle-ci vérifiera donc le respect des obligations légales en matière de conditions de travail. Elle a aussi, par conséquent, la capacité d'invoquer la nullité<sup>15</sup>.

Par ailleurs, quel sera l'effet de la nullité ? Dans les professions où le salariat interne est interdit, il est d'autant plus impossible de mettre en œuvre un contrat de collaboration que sa transformation en contrat de travail en affecterait gravement l'économie en transformant l'exercice d'une profession en l'exécution d'une fonction. Lorsque cohabitent professionnel collaborateur et professionnel salarié, on peut soutenir la thèse de la requalification. Celle-ci n'est pas pour autant automatique. Non seulement la possibilité pour le collaborateur de se constituer une clientèle personnelle constituerait un obstacle à cette requalification, mais surtout l'article L. 120-3 du Code du travail trouve à s'appliquer, comme du reste l'article L. 311-11 du Code de la sécurité sociale<sup>16</sup>, le collaborateur libéral étant un travailleur indépendant. De ces articles naît une présomption simple d'absence de contrat de travail, la preuve contraire pouvant être rapportée lorsque l'intéressé est en état de subordination juridique per-

11. La principale source de la loi *Madelin* de 1994 est l'avis du Conseil économique et social des 27 et 28 avril 1993. Il y était proposé de parfaire l'harmonisation du statut social et fiscal des dirigeants d'entreprise avec celui des salariés, spécialement dans la perspective de ne pas recourir à la technique sociétaire de manière excessive, au constat, en particulier, du nombre de sociétés de capitaux fictives en ce qu'elles n'ont, en dépit des apparences, qu'un seul associé. Cette harmonisation ne saurait être effective par un travail sur les seuls régimes légaux de sécurité sociale. Voilà pourquoi la loi *Madelin* a favorisé la création de garanties collectives supplémentaires par le biais de groupements de travailleurs indépendants souscrivant des contrats d'assurances collectives dont le sort fiscal des cotisations a été aligné, dans son principe, sur celui des garanties similaires dont bénéficient depuis longtemps les salariés au travers de l'article 83 du Code général des impôts. La loi n° 2003-775 du 21 août 2003 réformant les retraites en a conservé le principe tout en en modifiant les modalités d'application. Pour les non-salariés, la règle de neutralité fiscale sous plafond vise aussi les contrats groupe couvrant le risque chômage, ce qui permet de leur apporter des prestations similaires à celles allouées par les Assedic.

12. Cf. *cass. soc.*, 13 nov. 1996, *préc.*

13. On peut même être tenté, de ce fait, de soutenir que, qu'elle que soit la présentation qui en est effectuée matériellement, c'est le travailleur qui acquitte la totalité des charges. Ceci étant, la neutralité fiscale et sociale des cotisations donne un intérêt à la solution consistant à faire supporter une part des cotisations par l'employeur. Si la cotisation concerne un régime de non-salarié, la part patronale destinée au financement du régime d'un collaborateur libéral salarié peut être considérée comme une dette du salarié acquittée par l'entreprise, ce qui induira son entrée dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale. C'est pour éviter une situation se traduisant par une double cotisation que la partie patronale de la cotisation Cavec des experts-comptables et de la cotisation CNBF des avocats salariés a été expressément considérée comme neutre socialement (Cf. *circ. DSS/5B/2005/396*, 25 août 2005, circulaire d'application de la loi d'août 2003).

14. L. n° 2005-882, 2 août 2005, art. 18, II.

15. Ainsi, le bâtonnier de l'Ordre des avocats peut-il écarter une clause portant atteinte à la liberté individuelle de l'avocat salarié alors même que celui-ci a signé sans réserve le contrat (*Cass. soc.*, 12 juill. 2005 : *Juris-Data* n° 2005-029503 ; *JCP S* 2005, 1209 ; *Dr. soc.* 2005, p. 1837, obs. J. Barthélémy).

16. *C. trav.*, art. L. 120-3 : « les personnes physiques immatriculées (...) auprès des Urssaf (...) sont présumé[s] ne pas être lié[s] avec le donneur d'ouvrage par un contrat de travail (...) ». – *CSS*, art. L. 311-11 : « les personnes physiques visées au premier alinéa de l'article L. 120-3 du Code du travail ne relèvent du régime général que s'il est établi que leur activité les place dans un lieu de subordination juridique permanente à l'égard d'un donneur d'ordre (...) ».

manente. La requalification en contrat de travail ne suppose-t-elle donc pas un tel état ? Pour le contester, il faudrait soutenir qu'est écartée, pour le professionnel libéral salarié, l'exigence d'un état de subordination sur le terrain des conditions de travail, ce qui serait audacieux et contraire, du reste, à la jurisprudence.

16 - La qualification de contrat de collaborateur libéral est liée, légalement, au fait que le professionnel exerce « en toute indépendance » et « sans lien de subordination ». La notion d'indépendance étant divisible, la première expression devrait être interprétée comme consacrant l'exigence d'une indépendance non limitée à l'exercice de l'art et la seconde comme imposant une absence de subordination, et pas seulement au plan juridique. C'est nier l'état de dépendance économique qui est susceptible de porter atteinte à l'équilibre contractuel et qui est manifeste dès lors que les revenus du collaborateur dépendent pour l'essentiel de la collaboration avec son confrère. En d'autres termes, le champ d'application de ce texte pourrait être singulièrement étroit : pour que le collaborateur ne dépende pas économiquement de son confrère, les rémunérations qu'il tire des prestations réalisées pour sa clientèle personnelle devraient constituer l'essentiel de ses revenus professionnels ! Telle n'est manifestement pas l'intention du législateur, ce qui atteste d'une certaine légèreté dans le recours aux expressions ci-dessus rappelées.

Les effets conjugués de l'article L. 120-3 du Code du travail et de l'article 18, III, 3°, de la loi *PME* exigent dès lors que les conditions de travail soient entièrement et finement contractualisées. En effet, le contrat de collaboration doit contenir, à peine de nullité, un dispositif fixant les conditions d'exercice de l'activité. Par ailleurs, la requalification par application de l'article L. 120-3 du Code du travail risque de s'imposer si le professionnel se trouve en état de subordination juridique permanente. Or la collaboration sera dans de nombreux cas permanente, sauf hypothèse du remplacement du confrère co-contractant. En général, l'existence d'un état de subordination juridique pourra être attestée par la participation à un service organisé, inévitable parce que le collaborateur devra respecter les règles de fonctionnement du cabinet de son confrère, en particulier les horaires d'ouverture, les conditions de prise de rendez-vous et de suivi de la clientèle, les modalités de recours au personnel administratif ; or la participation à un service organisé n'est un indice d'un état de subordination que si les conditions de travail sont définies unilatéralement par l'employeur. Autant dire que la sécurité du statut de non-salarié dépendra d'une clause relative aux conditions d'exercice de l'activité détaillant les conditions de travail afin de les contractualiser. La remarque est importante dès lors que les contrats de collaboration sont soumis au contrôle de l'instance ordinaire, ce qui a incité très souvent celle-ci à exiger le respect de modèles établis par ses soins.

17 - Le contrat de travail est obligatoirement écrit et il doit contenir des clauses intéressant quatre domaines :

- **la durée du contrat** : elle peut être indéterminée ou déterminée ; dans ce dernier cas le terme est fixé ainsi que, le cas échéant, les conditions de renouvellement de l'accord ; les parties disposent ici d'une grande liberté, seuls les principes civilistes s'imposant puisque l'application du Code du travail est écartée ; en particulier, ses dispositions relatives aux contrats de travail à durée déterminée ne trouvent pas à s'appliquer ;

- **les conditions et les modalités de la rupture**, dont un délai de préavis, ceci ne concernant que le contrat à durée indéterminée ; le contrat n'étant pas un contrat de travail, l'exigence d'une cause sérieuse n'est pas requise, mais le comportement abusif peut justifier une condamnation à dommages et intérêts ; quant au préavis, il est quelquefois imposé et défini dans les règlements des ordres ;

- **les conditions d'exercice de l'activité** : elles doivent, par souci de « sécurisation » du contrat, faire l'objet de beaucoup de soin, spécialement s'agissant des conditions de travail ; il faut aussi fixer les règles relatives aux congés, au repos hebdomadaire, et plus généralement à

tout ce qui peut avoir un impact sur la protection de la santé et de la sécurité ; le tout contribue d'ailleurs au bon fonctionnement du cabinet. La directive n° 93/104/CE du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ne s'applique-t-elle pas dans la mesure où ce texte participe de l'ordre public de protection de la santé et que rien ne permet d'affirmer que son champ est limité aux salariés ?

- **la rémunération** : si la liberté est en principe totale en ce qui concerne son montant et sa structure, il faut souligner que les règlements de certains ordres imposent des minima ainsi que l'octroi d'avantages en cas de maladie et de maternité, ce qui vaut, au demeurant, reconnaissance du caractère déséquilibré de la relation contractuelle ; en effet, la fixation de minima est une réponse à la nécessité de protéger la partie faible, ici du fait d'un état de dépendance économique ; par l'octroi de tels avantages, on corrige les effets de la subordination, partant du postulat que la technique contractuelle est impuissante à rétablir l'équilibre des pouvoirs, nécessaire pour que le contrat puisse faire seul la loi des parties.

## 2° Le rôle de la clientèle personnelle

18 - Le collaborateur libéral peut se constituer une clientèle personnelle. Les conditions dans lesquelles il peut répondre aux besoins de celle-ci doivent faire l'objet d'un dispositif contractuel.

Cette exigence est née de la loi du 31 décembre 1990 relative à la profession d'avocat. Elle contribue de manière décisive à distinguer avocat collaborateur et avocat salarié. La jurisprudence s'y rapportant atteste toutefois que la déclinaison de ce critère n'est pas sans poser problème. D'abord, la situation n'est pas identique selon que l'existence d'une clientèle est exigée ou est seulement rendue possible. Dans le premier cas, la qualification du contrat dépend de la seule volonté du collaborateur, ce qui est impensable, d'autant que la situation peut évoluer au fil du temps. Retenir la seconde éventualité n'écarte pas pour autant toutes les difficultés. Encore faut-il que les conditions d'exercice de l'activité, telles que contractuellement définies, permettent au collaborateur de se consacrer effectivement à sa clientèle. Tel n'est pas le cas si, par exemple, le contrat se borne à prévoir un jour de libre à cet effet : l'indépendance technique du professionnel libéral impose qu'il puisse assister ou conseiller son client dès que celui-ci a besoin de ses services<sup>17</sup>.

Le collaborateur doit donc pouvoir interrompre les prestations qu'il exécute pour le compte de son confrère sans risquer une sanction pour inexécution fautive de son contrat. Le problème ne pourra se résoudre que par le respect des diligences normales, par référence aux règles déontologiques de la profession. Devra être résolue de la même manière la question de la suspension du contrat pour que le professionnel puisse suivre toute formation qu'il juge utile, d'autant que le droit à la formation devient un devoir lorsque la formation continue obligatoire est imposée dans une profession au nom de l'intérêt du client ou du patient<sup>18</sup>.

19 - La possibilité de cumuler deux activités est l'expression d'une liberté fondamentale héritée du droit au travail. Les seules limites à

17. L'impossibilité d'avoir une clientèle personnelle, de fait et pas seulement en raison de la rédaction du contrat, justifiera la requalification en contrat de collaboration salarié (*Cass. ch. mixte, 12 févr. 1999 : Juris-Data n° 1999-000700 ; Gaz. Pal. 1999, I, somm. p. 5*).

18. Le débat devrait donc porter sur les indices qui permettent effectivement à un avocat de se constituer une clientèle propre : indication de son nom personnel au client, contacts libres auprès de la clientèle pour l'assistance et la représentation du client, temps laissé par l'avocat pour suivre la formation professionnelle ou pour ses dossiers propres, mise à disposition des moyens matériels du cabinet pour permettre le développement d'une clientèle personnelle, autonomie dans les conditions de travail (*Cf. M.-A. Moreau, Avocats salariés et avocats collaborateurs : réflexions autour de quelques difficultés : Rev. Barreaux d'Ile-de-France, juill. 1999, n° 33-34, p. 2-21*).

cette liberté naissent de principes d'ordre public, telle la durée maximum du travail liée à la protection de la santé et de la sécurité ou la non-concurrence liée au respect de la propriété privée. On voit mal, dans ces conditions, en quoi le fait de pouvoir exercer simultanément deux activités est significatif d'un statut. La raison du critère de clientèle personnelle dans la loi de 1990 – qui a inspiré l'article 18 de la loi *PME* – tient, en vérité, au souci d'introduire un élément objectif destiné à réduire fortement le risque de requalification du contrat de collaborateur en contrat de travail. Or ce risque est moins important aujourd'hui qu'en 1990 eu égard aux effets de la nouvelle jurisprudence relative à la subordination juridique qui marginalise le rôle de la participation à un service organisé, mais aussi à la création d'une présomption simple d'absence de contrat de travail née de la loi *Madelin*. Au demeurant, ce que craignaient les avocats, ce n'était pas la requalification du contrat à l'occasion de sa rupture (d'autant que le juge est en la matière le bâtonnier, peu enclin en général à admettre le salariat comme une forme normale d'exercice de la profession) mais l'intervention des organismes de sécurité sociale. Or en ce domaine aussi existe une présomption simple de non-salariat (*CSS*, art. L. 311-11) ; et la définition de la subordination est identique en droit du travail et en droit de la sécurité sociale. Ceci étant, on ne saurait occulter que la Cour de cassation a fait de la clientèle personnelle un critère autonome pour la qualification du contrat d'avocat collaborateur<sup>19</sup>.

### B. - Une occasion manquée

20 - Le législateur a répondu favorablement à une demande d'inspiration purement corporatiste, dictée par le souci des cabinets de ne pas supporter de charges sur les revenus de leurs collaborateurs. De ce fait, le texte manque d'ambition. Il pouvait être l'occasion de tirer les conséquences du passage progressif de la civilisation de l'usine à celle du savoir ainsi que des mutations du travail qui l'accompagnent. Un authentique statut de la collaboration, fondé sur le concept de parasubordination, y contribuerait. Il permettrait de la hardiesse, de l'innovation en matière fiscale et sociale.

#### 1° Mutations du travail et parasubordination

21 - Les progrès des techniques de l'information et de la communication contribuent à contracter fortement temps et espace. L'accès direct et total au savoir pour un nombre croissant de travailleurs fait disparaître les organisations pyramidales au profit d'organisations modulaires se traduisant par une forte individualisation des conditions de travail. De ce fait, les fonctions d'encadrement à caractère hiérarchique cèdent le pas à des fonctions d'expertise, de conseil. Celles-ci nécessitent, pour s'exprimer au mieux, spécialement dans l'intérêt de l'entreprise (qui ne se résume pas à celui des dirigeants), indépendance technique et grande autonomie en ce qui concerne les conditions de travail. Bref, le fonctionnement normal de l'entreprise exigera que des fonctions se transforment en professions dotées d'un statut. Le cadre juridique général de ces professions sera inspiré de celui en vigueur dans les professions libérales, spécialement pour ce qui concerne les conditions d'exercice, les règles déontologiques et le niveau de compétence garanti par un titre protégé. Dès lors, le contrat conclu avec l'employeur n'aura plus comme objet l'exécution d'une mission sur ordre ou instruction mais l'apport d'un niveau de compétence et de savoir-faire permettant des initiatives personnelles dans l'intérêt de l'entreprise. Certaines de ces professions naîtront des mutations du travail ; des experts comme les juristes d'entreprise, les

chefs de comptabilité, les directeurs financiers s'intégreront aux professions libérales existantes qui devront modifier leurs règles d'admission. Le débat sur la compatibilité de l'exercice libéral et du contrat de travail sera relancé, de même que prendra une autre tournure la cohabitation, pour l'exercice de la même profession, de deux types de contrat de collaboration.

22 - Les mutations du travail induites de la civilisation de l'information ou du savoir rendent floue la frontière entre travailleurs salariés et indépendants. Par ailleurs, la tendance à l'expansion du salariat, justifiée par le souci légitime de protection du plus faible, a eu un double effet pervers : d'un côté, la surprotection de ceux qui, placés en état de subordination juridique mais bénéficiant d'un degré élevé d'autonomie, peuvent négocier un contrat de travail équilibré mais qui, en plus, bénéficient du filet protecteur du droit légal du travail ; d'un autre côté, l'absence de protection de ceux qui, bien que n'étant pas placés dans un état de subordination juridique, ont établi une relation contractuelle déséquilibrée avec leur donneur d'ordres en raison d'un état de dépendance économique.

23 - Le droit du travail a été conçu par et pour la civilisation de l'usine. Il ne peut que sombrer dans une dérive technocratique s'il demeure ce qu'il est malgré les progrès des mutations induites de la civilisation du savoir. On peut donc se risquer à pronostiquer son remplacement par un droit de l'activité professionnelle regroupant tous les travailleurs, du plus subordonné à celui bénéficiant d'une indépendance totale<sup>20</sup>. Les statuts, dans cet ensemble, se distingueront en raison, d'un côté, du degré d'autonomie, donc de responsabilité, de l'autre, de la plus ou moins grande capacité du contrat individuel à faire seul la loi des parties. Ce droit de l'activité professionnelle sera compatible avec le droit de l'activité économique qui supplantera le droit de l'entreprise. Émergera un droit commun du travailleur reposant sur trois piliers : celui des rapports individuels, celui des rapports collectifs, celui de la protection sociale. Cette évolution est d'autant plus concevable que :

- l'harmonisation de la protection sociale est aujourd'hui quasi totale ; les risques non couverts s'expliquent par la responsabilité de l'employeur à l'égard des salariés ou par le recours au droit conventionnel comme source de garanties ;

- les principaux droits collectifs – la négociation collective et la grève – sont d'essence constitutionnelle, ce qui interdit qu'ils soient réservés aux seuls salariés ; au demeurant, la convention collective est beaucoup moins une institution du droit du travail qu'un instrument au service de l'optimisation du fonctionnement de l'activité économique.

24 - Le catalyseur de cette évolution sera l'émergence du concept de parasubordination<sup>21</sup>. Il ne peut qu'être fondé sur la nécessité d'une protection du plus faible dans une relation certes déséquilibrée mais autre que celle conçue au bénéfice du « mineur social » qu'il faut protéger y compris contre lui-même et qui est, en gros, celle qu'exprime le droit du travail. D'autres déséquilibres contractuels existent, mais auxquels on peut apporter remède, notamment en rendant substantielles les règles de conduite de la négociation du contrat. Tel est le cas pour les travailleurs qui sont dans un état de subordination juridique mais disposent d'un fort degré d'autonomie au plan des conditions de travail et/ou d'indépendance technique, ou qui, bien que n'étant pas placés dans un état de subordination juridique, sont dépendants économiquement<sup>22</sup>.

19. Dans son arrêt précité du 12 février 1999, la Cour de cassation précise qu'une cour d'appel qui relève que, nonobstant les mentions du contrat de collaboration, un avocat a été mis dans l'impossibilité d'avoir une clientèle personnelle, décide exactement, hors toute dénégation, que les parties sont liées par un contrat de travail.

20. P. Durand, *Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* : *Dr. soc.* 1962, p. 437. – J. Barthélémy, *Mutations du travail et évolution du droit social* : conférence, Clermont-Ferrand, 22 janv. 1998 ; *Rev. jur. Auvergne*.

21. J. Barthélémy, *Essai sur la parasubordination* : *Semaine sociale Lamy* 8 sept. 2003, n° 1134, p. 6.

22. Le quasi-salarié allemand est défini par rapport à un client unique ou un donneur d'ordres qui lui procure plus de la moitié de sa rémunération.

La parasubordination permettra une protection adaptée à ces situations. Ceci étant, l'efficacité du concept viendra davantage de son rôle dans la mise en perspective des situations distinguées sur le fondement des critères ci-dessus que de l'identification d'une catégorie nouvelle, celle de « quasi-salarié »<sup>23</sup>. L'existence d'une telle catégorie aurait en effet l'immense inconvénient de remplacer une frontière floue par deux qui le seraient tout autant. Son rôle de catalyseur dans la construction du droit de l'activité permettrait de traiter de manière nuancée ce qui aujourd'hui obéit à une logique manichéenne, celle opposant deux catégories qui, pourtant, ne sont pas homogènes. Le cadre supérieur est plus proche du travailleur non salarié dépendant économique que de l'ouvrier.

Or le prototype du parasubordonné, c'est le professionnel libéral collaborateur.

## 2° Du contrat au statut

25 - Un statut de professionnel libéral collaborateur pourrait être le premier maillon du droit nouveau de l'activité professionnelle. Celui-ci aurait pu aisément attirer dans la parasubordination nombre des activités visées au Livre VII du Code du travail, tels les journalistes, les mannequins, les VRP. L'indépendance technique, le degré très élevé d'autonomie au plan des conditions de travail, le titre protégé permettent d'autant plus de cerner le statut qu'il en résulte un certain nombre de droits individuels qui confortent la possibilité, malgré la dépendance économique, d'un équilibre dans les rapports avec le responsable du cabinet : droit de retrait pour motif de « conscience », droit de décider seul de son plan de formation, liberté de diagnostic, interdiction des clauses de non-concurrence, etc.<sup>24</sup>

Le choix de définir le statut du collaborateur plutôt que de se préoccuper de la qualification de son contrat aurait permis, en outre, de viser tous les membres d'une profession libérale exerçant dans le cadre d'un contrat avec une entreprise, que celle-ci soit un cabinet ou que son objet soit une autre activité économique. On peut même se hasarder à soutenir qu'auraient pu être concernées non seulement les professions réglementées, mais aussi toutes celles qui se développent au fur et à mesure du passage à la civilisation du savoir, tel le *consulting*. Au demeurant, la restriction du champ de l'article 18 de la loi PME aux seuls collaborateurs de professions réglementées atteste de l'approche corporatiste retenue. Si, en effet, une « réglementation » professionnelle s'impose, ne serait-ce que pour définir les normes déontologiques, les sanctions d'éventuels manquements à celles-ci, les conditions d'accès au titre, la formation initiale et les stages, on peut parfaitement imaginer que cette « réglementation » naisse par voie conventionnelle<sup>25</sup>.

26 - L'harmonisation aujourd'hui effective de la protection sociale permet de concevoir le statut social autrement qu'à travers une opposition entre salariés et non salariés. Et ceci sans faire perdre aux régimes constituant le premier pilier ni leur objet social, ni leur objectif de solidarité, qui rendent utile le recours à la technique de répartition.

Les sections professionnelles gérant les régimes complétant le régime de base de la CnavPL sont autorisées, depuis la réforme des retraites intervenue en 2003, à imposer l'affiliation des mandataires

de sociétés relevant du régime des salariés, à la Cnav<sup>26</sup>. Les experts-comptables salariés relèvent à la fois du régime général et de la Cavec, caisse des non salariés. Les avocats salariés, s'ils sont affiliés au régime général pour l'assurance maladie, sont affiliés pour la retraite et la prévoyance à la CNBF comme leurs confrères non salariés.

Ne peut-on, dans ces conditions, concevoir un régime de protection sociale qui tiendrait compte de la situation particulière du professionnel libéral collaborateur ? L'affiliation à la Cavec ou à la CNBF, caisses de non salariés – respectivement des experts-comptables salariés et des avocats salariés – n'a pas empêché qu'une partie des cotisations soit mise à la charge du cabinet employeur ; cette situation est la conséquence de leur état de dépendance économique. Il en est de même pour l'agent général d'assurance dont une partie des cotisations est directement prélevée par la compagnie d'assurance dont il est le mandataire en vue de la reverser à la Cavamac. Bien que non salarié, il est mandataire souvent exclusif d'une compagnie. Au demeurant, cette solution est née d'un accord collectif.

La dépendance économique malgré l'indépendance technique devrait inciter à la créativité en matière de protection sociale : l'obligation générale de sécurité de résultat incombant au donneur d'ordres justifierait la couverture du risque accident malgré l'éventuelle affiliation au régime des « non-non ». De même, la possibilité de périodes d'inactivité entre deux périodes d'activité justifierait un régime de chômage spécifique, d'autant qu'une telle situation ne relève pas de la solidarité interprofessionnelle. Par contre, par le biais de garanties collectives dont les cotisations bénéficient de la neutralité fiscale sous plafond, on peut couvrir aisément un tel risque ; un accord collectif pourrait bâtir un régime à cet effet et il serait facile, malgré le statut de non salarié, de le couvrir dans le cadre d'un « groupement Madelin ».

En d'autres termes, il est possible de tenir compte de l'appartenance à la même profession et de la diversité des modes d'exercice de celle-ci pour construire un système de protection sociale adapté à l'état de dépendance économique du collaborateur libéral malgré son indépendance technique. Avec un minimum de créativité, on peut concevoir un ensemble protecteur adapté à un tel statut pour peu qu'on ait la volonté de combiner les régimes relevant du premier pilier et les garanties collectives formant le deuxième.

27 - Au plan fiscal également, des solutions originales sont concevables. Indépendance technique et dépendance économique incitent à laisser le choix au collaborateur libéral entre le régime des BNC ou celui du salaire en matière d'impôt sur les revenus. Telle est du reste la solution en vigueur pour les agents généraux d'assurance.

Petit à petit, les non salariés se voient offrir des avantages autrefois réservés aux salariés, ce qui atteste du passage du droit du travail à celui de l'activité professionnelle. Il en est ainsi du droit à la formation (pour l'exercice duquel ont été retenues les mêmes techniques de mutualisation des fonds par recours à des fonds d'assurance) (C. trav., art. L. 953-1 et s. et art. L. 961-10) mais aussi du droit à l'épargne collective, par le biais de plans d'épargne qui peuvent également bénéficier aux dirigeants non salariés des entreprises dont l'effectif ne dépasse pas cent salariés. L'esprit de la loi *Fabius* (qui est de généraliser l'accès à un droit à rémunérations différées pour tous les travailleurs, alors que sa lettre inciterait à réserver cet avantage à l'employeur) permet de soutenir qu'un collaborateur libéral non salarié en bénéficie<sup>27</sup>. Tout comme doit bénéficier, pour les mêmes

S'agissant du collaborateur libéral, la dépendance économique est accrue par le fait que la relation avec le client est indirecte puisqu'elle passe par le confrère avec lequel il contracte.

23. J. Barthélémy, *Le professionnel parasubordonné* : JCP E 1996, I, 606, p. 487.

24. J. Barthélémy, *Indépendance ? Indépendance I*, préc.

25. J. Barthélémy, *Une convention collective de travailleurs indépendants ?* : Dr. soc. 1997, p. 40.

26. CSS, art. L. 644-3 : sont concernés les gérants minoritaires ou égalitaires de SARL et de SELARL, les président directeurs et directeurs généraux de SA et de SELAFA, les présidents et dirigeants de SAS.

27. C. trav., art. L. 443-1, al. 3 : « Dans les entreprises où l'effectif habituel comprend au moins un et au plus cent salariés, les chefs de ces entreprises ou, s'il s'agit de personnes morales, les présidents, directeurs généraux, gérants ou membres du directoire, peuvent également participer aux plans d'épargne d'entreprise ».

raisons, de l'accès à un « groupement Madelin » l'agent général d'assurances ayant opté pour le régime d'imposition des salaires ; à défaut, en effet, le collaborateur libéral non salarié serait le seul travailleur à ne pas pouvoir bénéficier du droit de se constituer des garanties collectives de retraite supplémentaire dès lors qu'il n'entre pas dans le champ des dispositions qui déclinent le principe de neutralité fiscale sous plafond des contributions nécessaires au financement de telles garanties au profit de salariés.

On peut aisément concevoir – en s'appuyant sur la dépendance économique malgré l'indépendance technique – que « l'option salaire » pourrait aussi ouvrir droit à participation et à intéressement dans les mêmes conditions que pour les salariés.

Alors oui, le législateur a manqué singulièrement d'ambition.

**28 - Conclusion.** – L'article 18 de la loi *PME* est critiquable car a été choisie la voie du conservatisme en qualifiant le collaborateur de travailleur non salarié. Ce faisant, le législateur reste dans la logique du droit du travail inspirée de la civilisation de l'usine qui oppose de manière manichéenne deux statuts, ne laissant pas de place à d'autres formules. On en rajoute même en qualifiant ce professionnel de « collaborateur libéral », ce qui sous-entend que son confrère titulaire d'un contrat de travail n'exerce pas une profession libérale. Or, ce n'est pas exact. La profession libérale est caractérisée par six critères dont certains peuvent se rencontrer dans d'autres activités mais qu'elle est seule à réunir :

- l'indépendance technique dans l'exercice de l'art ;
- la responsabilité totale, qui ne peut être contractuellement réduite ;
- l'engagement personnel, quel que soit le mode d'exercice de la profession ;

- le titre protégé qui garantit la compétence à l'usager ;
- la morale professionnelle, couverte par un arsenal déontologique ;
- le libre choix du praticien et pas seulement du client, alors que le refus de vente est une faute pour le commerçant.

Ce n'est donc pas en donnant au collaborateur l'apparence d'un chef d'entreprise – qu'il n'est pas – que l'on peut bâtir un cadre juridique tenant compte de sa dépendance économique et de sa participation à un service organisé malgré son indépendance technique. Mieux vaudrait avoir l'audace de créer, à partir du concept de parasubordination, un authentique statut de la collaboration libérale fondé sur des principes édictés par la loi et affinés ensuite par un jeu de conventions d'une nature juridique différente de celles que visent les articles L. 131-1 et suivants du Code du travail. Il suffit, du reste, de résoudre deux difficultés : celle de la représentativité des acteurs de la négociation, et celle de l'application *erga omnes* de l'accord. L'évolution du droit des conventions collectives depuis un siècle atteste que celle-ci est en partie justifiée par le souci d'apporter des réponses à ces deux questions. L'imagination créatrice des acteurs sociaux pourrait fournir des solutions adaptées à chaque situation par une déclinaison intelligente de la technique contractuelle.

**MOTS-CLÉS :** *Travailleurs indépendants - Collaborateur libéral - Statut - Définition*

*Avocats - Collaborateur libéral - Statut - Définition*

**TEXTES :** *L. n° 2005-882, 2 août 2005, art. 18*

**JURISCLASSEUR :** *Travail Traité, Fasc. 4-5, par Jean-François Cesaro ; Fasc. 5-25, par Vincent Cottureau*

## Annexe

### Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises

#### Article 18

I. – Les membres des professions libérales soumises à statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, à l'exception des professions d'officiers publics ou ministériels, des commissaires aux comptes et des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, peuvent exercer leur activité en qualité de collaborateur libéral.

II. – À la qualité de collaborateur libéral le membre non salarié d'une profession mentionnée au I qui, dans le cadre d'un contrat de collaboration libérale, exerce auprès d'un autre professionnel, personne physique ou personne morale, la même profession.

Le collaborateur libéral exerce son activité professionnelle en toute indépendance, sans lien de subordination. Il peut compléter sa formation et peut se constituer une clientèle personnelle.

III. – Le contrat de collaboration libérale doit être conclu dans le respect des règles régissant la profession.

Ce contrat doit, à peine de nullité, être établi par écrit et préciser :

- 1° sa durée, indéterminée ou déterminée, en mentionnant dans ce cas son terme et, le cas échéant, les conditions de son renouvellement ;
- 2° les modalités de la rémunération ;
- 3° les conditions d'exercice de l'activité, et notamment les conditions dans lesquelles le collaborateur libéral peut satisfaire les besoins de sa clientèle personnelle ;

4° les conditions et les modalités de sa rupture, dont un délai de préavis.

IV. – Le collaborateur libéral est responsable de ses actes professionnels dans les conditions prévues par les textes régissant chacune des professions mentionnées au I.

V. – Le collaborateur libéral relève du statut social et fiscal du professionnel libéral qui exerce en qualité de professionnel indépendant.

VI. – L'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est ainsi modifié :

1° au premier alinéa, les mots : « *collaborateur non salarié* » sont remplacés par les mots : « *collaborateur libéral* » ;

2° après le premier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« *sans préjudice des dispositions du présent article, l'avocat peut exercer sa profession en qualité de collaborateur libéral d'un avocat selon les modalités prévues par l'article 18 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises* » ;

3° au deuxième alinéa, les mots : « *le contrat de collaboration ou* » sont supprimés ;

4° le troisième alinéa est supprimé.

# Plaidoyer en faveur de la reconnaissance juridique du portage salarial

Amélie BRUDER,  
ATER à l'Université de Lille II,  
Membre du LERADP



La reconnaissance juridique du portage salarial semble aujourd'hui encore difficile en dépit de l'expansion de cette pratique. En effet, les obstacles à la qualification de travail salarié sont patents et une assimilation au prêt de main-d'œuvre illicite reste possible. Or, la reconnaissance d'un contrat de travail indépendant semble nécessaire puisqu'il paraît peu logique de ne pas encadrer une situation qui fait florès et qui semble présenter une véritable utilité économique et sociale, en particulier pour l'insertion professionnelle.

1 - Le portage salarial est une pratique contractuelle triangulaire entre des professionnels qualifiés et autonomes (travailleurs portés), une société de portage salarial et des clients (entreprises, collectivités territoriales...). Concrètement, le professionnel prend contact avec un client afin de lui vendre son savoir-faire et négocie avec lui les conditions de son intervention. Puis, le professionnel s'adresse à une société de portage qui lui permet d'exercer la prestation négociée dans le cadre d'un contrat de travail. Pour ce faire, la société conclut un contrat de prestation de service avec le client afin de facturer les prestations effectuées par le professionnel. Les sommes encaissées par la société seront ensuite reversées à ce dernier sous forme de salaire, déduction faite d'une commission comprise entre 10 % et 15 % du montant de la facture ainsi que des cotisations patronales et salariales.

La pratique du portage prend chaque jour davantage d'ampleur<sup>1</sup> dans la mesure où elle fournit des remèdes aux problèmes actuels de l'emploi au sein de notre pays. En effet, elle permet de favoriser l'emploi des seniors, plus précisément des cadres autonomes âgés de plus de 50 ans qui ont été licenciés et qui ne sont pas en mesure de créer leur entreprise<sup>2</sup>, elle favorise le retour à l'emploi ou la création d'activité<sup>3</sup> et constitue un outil pour les jeunes actifs en phase d'insertion professionnelle<sup>4</sup>. Cette structure présente l'avantage, pour les sala-

riés portés, d'exercer leur activité de manière autonome, libérés des contraintes de la subordination, tout en bénéficiant des protections et garanties réservées aux salariés<sup>5</sup>. Par ailleurs, elle permet aux entreprises clientes de bénéficier des compétences d'une main-d'œuvre qualifiée en évitant les contraintes du droit du travail et les charges de recrutement direct<sup>6</sup>.

2 - Cependant, cette structure ne remporte pas tous les suffrages en dépit des nombreux avantages qu'elle procure. En effet, elle n'apparaît pas juridiquement encadrée et la protection accordée au salarié porté par le droit du travail suscite la critique dans la mesure où ce dernier, agissant avant tout comme un travailleur indépendant, ne pourrait être qualifié de salarié<sup>7</sup>. Faut-il accorder une reconnaissance juridique au portage salarial ? La reconnaissance d'un contrat de travail indépendant semble nécessaire (3) puisque des obstacles à la qualification de travail salarié sont patents (1) et qu'une assimilation au prêt de main-d'œuvre illicite est possible (2). Or, il paraît peu logique de ne pas encadrer une situation qui aujourd'hui fait florès et qui semble revêtir une véritable utilité économique et sociale, en particulier pour l'insertion professionnelle.

1. Il existe de nombreuses structures en pratique, on peut citer parmi celles-ci la société ITG, Valor.  
2. P.-M. Menger, P. Costa, D. Hanet, C. Marchika, *Travailler par mission : qui et comment ? Le cas du portage* : Dr. soc. 2007, p. 53.  
3. C. Argentié, B. Biche, T. Blang, A. Desbois, J. Le Monnier, *Le portage salarial, étude réalisée pour le ministère de l'Emploi et de la Solidarité avec le soutien de la commission européenne* : GREP, janv. 2001, p. 15.  
4. P.-M. Menger, P. Costa, D. Hanet, C. Marchika, *loc. cit.*

5. L. Casaux-Labrunée, *Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ?* : Dr. soc. 2007, p. 59.  
6. *Ibid.*  
7. V. not. les points de vue de L. Casaux-Labrunée, *loc. cit.* et de J.-J. Dupeyroux, *Le roi est nu* : Dr. soc. 2007, p. 81.

## 1. Les obstacles à la qualification de travail salarié

3 - La protection accordée par le droit du travail au salarié porté est souvent contestée dans la mesure où ce dernier ne pourrait être considéré comme un salarié en raison de l'absence de contrat de travail qui le lierait à la société de portage. Cet état de fait serait mis en évidence par l'absence de lien de subordination entre le professionnel autonome et la société de portage. Par ailleurs, la qualification de travail salarié serait également déniée dans la mesure où il serait difficile d'accorder la qualité d'employeur à la société de portage, le professionnel autonome devant rechercher du travail par ses propres moyens.

4 - Tout d'abord, la qualification de travail salarié serait difficile en raison de l'inexistence d'un contrat de travail entre la société de portage et le professionnel. En effet, le contrat de travail se définit comme étant « une convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale sous la subordination de laquelle elle se place moyennant une rémunération »<sup>8</sup>. Ainsi, trois éléments sont nécessaires pour définir un contrat de travail : une prestation personnelle de travail, une rémunération et un lien de subordination. Si les deux premiers critères semblent réunis en matière de portage salarial, l'existence du lien de subordination inspire généralement le doute dans la mesure où les professionnels sont réputés être autonomes<sup>9</sup>. Certes, l'existence de certaines structures écornent cette notion d'autonomie en tentant d'instituer un lien de subordination par l'intégration du professionnel dans un service organisé qui se traduit par l'accompagnement du professionnel dans ses démarches commerciales : la société le forme et le conseille dans l'exercice de ses missions, elle ne se borne pas simplement à transformer les honoraires en salaires et à facturer au salarié porté les frais de gestion de son activité<sup>10</sup>. Cependant, l'insertion du professionnel au sein d'un service organisé se révèle souvent peu convaincante pour établir à elle seule l'existence d'un lien de subordination<sup>11</sup>.

5 - Ce premier obstacle à la qualification de travail salarié est complété par la difficulté à reconnaître la qualité d'employeur à la société de portage. Bien que celle-ci semble pouvoir être assimilée à d'autres formes légales d'organisation du travail telles que les entreprises de travail temporaire et les groupements d'employeurs, la réalité est toute autre. Certes, le portage salarial s'appuie, tout comme ces formes légales de mise à disposition de personnels, sur une relation contractuelle triangulaire. En effet, l'entreprise de travail temporaire met à disposition provisoire, auprès d'utilisateurs, des salariés qu'elle embauche et rémunère en fonction d'une qualification convenue (C. trav., art. L. 124-1) et le groupement d'employeurs met à disposition de ses membres, à titre gratuit, des salariés liés à ces groupements par un contrat de travail (C. trav., art. L. 127-1 à L. 127-14)<sup>12</sup>. Autrement dit, il existe une dissociation entre le bénéficiaire de la prestation de travail et celui qui assume les responsabilités légales liées à la qualité d'employeur. Le salarié accomplit sa prestation de travail auprès d'une entreprise autre que celle qui l'a embauché et le rémunère. Cependant, le portage salarial se distingue de ces entreprises et groupements en ce que la prestation de travail est réalisée en toute indépendance par le professionnel qualifié de salarié. En effet, le professionnel est tenu de rechercher et de négocier lui-même sa mission pour être recruté par la société de portage. Cette dernière ne lui

fournit en aucun cas de travail<sup>13</sup>. Or, l'obligation essentielle de l'employeur, dans une relation employeur/salarié, est de fournir du travail à exécuter<sup>14</sup>. Il semble donc peu aisé, dans ces conditions, de considérer la société de portage comme un employeur et la situation semble souvent pouvoir être assimilable à un prêt de main-d'œuvre illicite.

## 2. Une possible assimilation au prêt de main-d'œuvre illicite

6 - Bien qu'il ne soit pas exclu que le travailleur porté puisse être considéré comme un salarié, la légalité du contrat de prestation de service peut néanmoins être remise en cause s'il s'avère que ce dernier constitue un marchandage (opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions légales ou conventionnelles. - C. trav., art. L. 125-1) ou un prêt de main-d'œuvre exercé à titre onéreux et exclusif interdit par la loi en dehors du cadre du travail temporaire (C. trav., art. L. 125-3). Afin de déterminer la licéité du contrat passé entre la société de portage et son client, il convient d'analyser son objet. Si ce dernier porte sur une prestation de service, le contrat n'encourt aucun grief. En revanche, s'il consiste en un prêt de main-d'œuvre, la légalité du portage risque d'être compromise. Le juge doit donc contrôler que la prestation de service prévue dans le contrat ne constitue pas une apparence destinée à faire échec à l'interdiction du prêt de main-d'œuvre<sup>15</sup>. Néanmoins, il semble que ce système soit par principe condamné par la jurisprudence. En effet, le tribunal correctionnel de Grenoble a retenu l'infraction de marchandage à l'encontre d'une société de portage pour avoir mis à disposition un professionnel pour la réalisation d'une prestation de service ou l'exécution d'un travail<sup>16</sup>. La solution semble pour le moins étrange puisque le portage salarial est une forme d'indépendance plus qu'une forme de salariat. Il ne constitue certainement pas une mise à disposition<sup>17</sup>. En réalité, le portage salarial ne semble pas rejeté par les juges mais ces derniers paraissent embarrassés face à cette structure qui ne peut exister<sup>18</sup>, au regard de la loi, qu'au travers de la création d'une société de travail temporaire<sup>19</sup>. La clef du problème réside donc en ce que ce type de structure ne soit pas envisagé par la loi. Ce constat est dommageable dans la mesure où ce vide juridique n'empêche pas le développement de cette pratique, d'où la nécessité d'envisager une entreprise du troisième type.

## 3. Vers la reconnaissance d'un contrat de travail indépendant ?

7 - Puisque le portage salarial constitue désormais une réalité, ne conviendrait-il pas de l'encadrer juridiquement afin de ne pas aban-

13. L. Casaux-Labrunée, *op. cit.*, p. 69.

14. Cf. Cass. soc., 18 oct. 1952 : *Dr. soc.* 1953, p. 32. - Cass. soc., 19 déc. 1983 : *Bull. civ.* 1983, V, n° 630.

15. J.-Y. Kerbourc'h, *Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main-d'œuvre illicite ?* : *Dr. soc.* 2007, p. 74.

16. T. corr. Grenoble, 19 mars 2001, n° 918 MP 34.

17. P.-Y. Verkindt, *Le travail à temps partagé* (L. n° 2005-882, 2 août 2005, art. 22) ou « Pourquoi faire simple quand... » : *JCP S* 2005, 1118.

18. En effet, les magistrats condamnent les gérants de la société de portage pour délit de marchandage tout en modérant l'application de la loi pénale puisqu'ils reconnaissent que les gérants restaient porteurs d'un projet d'entreprise utile allant au-delà de la simple mise à disposition d'une main-d'œuvre qualifiée et que ce projet n'est nullement incompatible avec la réglementation applicable aux entreprises de travail temporaire et contribuerait au contraire à rénover heureusement les pratiques dans un sens au demeurant expressément voulu par le législateur, V. L. Casaux-Labrunée, *op. cit.*, p. 71, note 66.

19. N. Côte, *Le portage salarial : entre innovation et dérives* : *JCP E* 2002, 1599.

8. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail* : Dalloz, 22<sup>e</sup> éd., 2004, n° 117.

9. L. Casaux-Labrunée, *op. cit.*, p. 61.

10. *Ibid.*, p. 62.

11. *Ibid.*, p. 66.

12. *Le portage salarial et groupement d'employeurs* : *RF social*, mai 2006, p. 30.

donner les salariés portés, travailleurs atypiques, à leur sort ? Il serait selon nous judicieux d'élaborer un statut juridique nouveau pour les salariés portés, en prenant en considération la réalité de leur situation. Ceci semble d'autant plus nécessaire que l'idée d'autonomisation du salarié est centrale dans les dernières théories du management et dans les normes de gestion qu'elles promeuvent au sein des entreprises. Les normes de gestion mettent en scène la fiction d'un salarié à son compte. Malheureusement, les juristes demeurent insuffisamment attentifs à ces normes qui sont pourtant de nature à éclairer les évolutions observées sur le terrain proprement juridique<sup>20</sup>.

8 - La création d'une forme intermédiaire entre le travail salarié et le travail indépendant semble de plus en plus pertinente dans la mesure où le critère du lien de subordination s'est dilué et où un rapprochement de la situation juridique des travailleurs salariés et indépendants s'est opéré<sup>21</sup>. L'institution d'un travail de troisième type, ni salarié, ni indépendant, à l'instar de celui mis en œuvre en Italie, semble souhaitable<sup>22</sup>. Cette réalité a en effet le mérite d'accorder une protection semblable à celle des salariés pour les travailleurs juridiquement indépendants mais économiquement dépendants. Deux conditions doivent cependant être remplies pour qu'un travailleur puisse être qualifié de la sorte. Il doit tout d'abord travailler seul, c'est-à-dire sans l'assistance d'un personnel salarié. Par ailleurs, la majeure partie de son travail ou de ses revenus doit provenir d'une seule personne ou institution<sup>23</sup>. Ces dernières conditions semblent bien remplies par le salarié porté. Néanmoins, des réticences subsistent en ce que reconnaître l'existence d'un contrat de travail indépendant revient à admettre l'existence légale d'une forme atypique d'emploi. Cette solution peut apparaître gênante dans la mesure où elle revient à admettre l'extension du champ d'application du droit du travail au point de le métamorphoser en un véritable droit com-

mun de toutes les relations de travail, qu'elles soient salariées ou non<sup>24</sup>. Cette situation semble frappante mais néanmoins adaptée à la réalité nouvelle du monde du travail puisque « les rapports de domination économique qui avaient fondé le droit du travail s'étendent aujourd'hui bien au-delà des limites du travail salarié »<sup>25</sup> et il paraît nécessaire de prendre désormais en considération les inventions de la pratique. Ceci revient à envisager à terme les principes généraux applicables à toutes les relations de travail et les droits spéciaux applicables aux diverses sortes de relations de travail. Une articulation entre le travail salarié et le travail indépendant apparaît à présent essentielle mais suppose une refonte du droit du travail. Cette perspective ne paraît pas impossible si l'on se place du point de vue européen dans la mesure où le droit communautaire a déjà contribué au rapprochement entre le travail salarié et le travail indépendant<sup>26</sup>. Par ailleurs, cet état de fait traduirait juridiquement des situations qui existent déjà en pratique et qui semblent répondre à des besoins sociaux ou économiques<sup>27</sup>, notamment à l'insuffisance de mesures favorisant la création de petites entreprises, en particulier en ce qui concerne la réduction du coût des charges sociales qui pèsent sur les travailleurs indépendants ou la simplification des formalités de constitution et de gestion de ces petites structures<sup>28</sup>.

MOTS-CLÉS : *Portage salarial - Notion - Reconnaissance juridique*  
*Portage salarial - Régime - Reconnaissance juridique*

JURISCLASSEUR : *Travail Traité, Fasc. 3-20, par Arnaud Teissier*

20. A. Supiot, *Les nouveaux visages de la subordination* : *Dr. soc.* 2000, p. 134.

21. *Ibid.*, p. 135.

22. *Ibid.*, p. 142.

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, p. 144.

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*, p. 145.

27. L. Casaux-Labrunée, *op. cit.*, p. 71 : « le portage salarial donne lieu à des pratiques largement illégales [...] mais qui ont peut-être une utilité économique et sociale que les partenaires sociaux n'ont pas encore suffisamment démontrée ».

28. *Ibid.*



propriété (6), bien qu'elle soit imaginable (7): fabrication d'objets à façon ou fourniture de pièces de haute technologie par exemple. Nous nous en tiendrons donc aux seules prestations de services (8).

La législation du travail serait écartée si le travailleur porté devait être considéré comme un indépendant (9). Toutefois les pratiques de portage sont ambiguës. Les difficultés à les décrire font penser au marchandage que naguère, les juristes eurent beaucoup de peine à définir tant cette forme d'organisation du travail recouvrait de situations différentes (10). Car si l'expression « portage » est unique, ses vocations sont multiples. Les structures de portage insistent sur le fait que c'est le travailleur qui recherche et apporte lui-même les missions qu'il accomplit. Mais il arrive aussi que la structure de portage les lui trouve. De même les structures de portage prétendent que les travailleurs portés leur sont subordonnés. Mais en pratique c'est parfois avec le client qu'un lien de subordination les unit. Occasionnellement le travailleur porté est intégré dans une communauté de travail au sein de la structure de portage dans laquelle il peut avoir un bureau, utiliser une ligne de téléphone ou du matériel informatique, et avec les salariés de laquelle il collabore (secrétariat, comptabilité).

Mais dans d'autres situations c'est plutôt avec l'entreprise cliente qu'il coopère, à moins qu'il soit totalement autonome en étant intégré ni dans l'une ni dans l'autre. Dans certains cas la structure de portage est une simple entité juridique qui n'a ni locaux propres ni salariés permanents pour la faire fonctionner. D'autres au contraire sont des entreprises organisées disposant d'un personnel conséquent. S'il est assez rare que la structure de portage ait un réel savoir-faire dans le domaine de compétence du travailleur porté, il arrive néanmoins que ce ne soit pas le cas, notamment lorsque la structure est une filiale d'une entreprise de prestations de conseil.

La diversité des pratiques montre donc qu'il n'est pas exclu que le travailleur porté puisse être considéré, dans certains cas, comme un salarié. Or en droit du travail, la légalité d'un contrat de prestation de services peut être remise en cause s'il s'avère:

— qu'il constitue un *marchandage*, c'est-à-dire une opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluider l'application des dispositions légales ou conventionnelles (11);

- (6) L'article 5 de la charte de déontologie du Syndicat national des entreprises de portage salarial (SNEPS) prévoit que « les activités de négoce et de fabrication sont exclues des activités possibles en portage salarial », mais l'Union nationale des entreprises de portage spécialisées (UNEPS) soutiendrait au contraire que le portage s'étende à d'autres types d'activités, son site internet visant notamment les « activités manuelles ».
- (7) Au-delà de la prestation convenue, la structure de portage rend parfois à son client et au porté de précieux services qui mériteraient d'être bien analysés, et dont la reconnaissance permettrait de bâtir un statut légal du portage: elle gère le contrat, elle administre la relation salariale, elle règle les conflits, elle facilite le travail du porté en mettant à sa disposition des services intégrés dans son entreprise, elle assure la continuité professionnelle du travailleur porté par delà la discontinuité de ses contrats... Ces questions étaient déjà celles soulevées par le travail temporaire à l'époque où le législateur n'avait pas encore légalisé cette forme d'emploi (N. CATALA-FRANJOU, « Le travail temporaire en France: problèmes juridiques », *Dr. soc.* 1969, pp. 233-241).
- (8) ...prévues dans le contrat conclu entre une structure de portage française et un client français. Si le portage devait effectivement s'analyser en une prestation de services, rien ne s'opposerait à ce qu'une structure de portage étrangère (ou la filiale étrangère d'une structure française) s'installe dans un pays communautaire et détache temporairement en France des travailleurs (éventuellement français), pour l'exécution de la prestation de services. Certaines structures de portage sont déjà implantées dans d'autres pays communautaires et détachent en France des travailleurs recrutés sous le régime des lois du travail du pays d'implantation. Ces nouvelles difficultés devraient être sérieusement considérées si le Gouvernement décidait de légiférer.
- (9) Sur cette difficulté v. dans ce numéro l'article du professeur L. CASAUX.
- (10) « Chacun s'accorde à voir dans le marchandage l'existence d'une double convention: d'une part, un contrat de sous-entreprise passé entre patron et marchandeur; de l'autre, un contrat de travail intervenu entre ce dernier et les ouvrières qu'il embauche. Par contre, il existe d'assez notables dissidences sur le choix de la meilleure formule pour qualifier le marchandeur. L'embaras naît évidemment de ce fait que le

tâcheron n'affecte point une forme invariable et qu'il est impossible de l'enfermer avec justesse dans une catégorie déterminée. Tantôt, et c'est le cas le plus fréquent, il ne spécule que sur la main-d'œuvre, tantôt il fournit par surcroît à ceux qu'il fait travailler certaines matières premières et certains accessoires: tels, par exemple, que du cordonnet destiné à être transformé en broderie ou du fil pour coudre les étoffes délivrées par le patron. Tantôt, il travaille avec les ouvriers et ne se distingue d'eux que par d'imperceptibles côtés; tantôt, son rôle se limite à distribuer l'ouvrage et il se rapproche beaucoup plus de l'industriel que du travailleur. Sa situation pécuniaire ne saurait non plus servir à le différencier, car s'il est quelquefois aussi pauvre que l'ouvrière, il est parfois plus riche que certains chefs d'entreprise, et dispose souvent d'un matériel fort coûteux. Placé entre deux échelons extrêmes de l'échelle sociale, il est, suivant les cas, beaucoup plus voisin de l'un que de l'autre, sans qu'on puisse jamais le placer absolument sur aucun d'eux. Sa fonction essentielle est d'être un intermédiaire, et si le mot n'eût été trop compréhensif, c'est lui qui eût servi le moins inexactement à le désigner. On conçoit dès lors que toute définition du marchandage soit appelée à caractériser imparfaitement un personnage que les faits nous montrent d'aspect changeant et imprécis » (R. DESCOST, « Marchandage et sweating - system », thèse Sciences politiques et économiques, Paris, 1918, Jouve Éditeur, 184 p., cit. pp. 20 s.). Pour une approche historique du marchandage, v. J. ALLAIS, « La question du marchandage », thèse Droit, Paris, 21 novembre 1898, 118 p.; J. BRODU, « Du marchandage », thèse Droit, 1<sup>er</sup> juin 1898, A. Rousseau Éditeur, 140 p.; J. EUVERTE, « De l'organisation de la main-d'œuvre dans la grande industrie », *Journal des économistes*, 3<sup>ème</sup> série, tome XIX, 15 septembre 1870, pp. 340-389; A. FRAYSSE, « Le marchandage dans l'industrie du bâtiment », thèse Droit, Paris, 8 novembre 1911, Giard et Brière Éditeurs, 212 p.; Ch. GIGOT, « Du marchandage », thèse Droit, Paris, 17 février 1903, Giard et Brière Éditeurs, 151 p.; R. JAY, « Le marchandage et le décret du 2 mars 1848 », *Extrait de la Revue d'économie politique*, t. XIV, 1901, pp. 125-147, rapporté in *Mélanges Jay*, Paris, 1901; B. MOTTEZ, « Systèmes de salaire et politiques patronales. Essai sur l'évolution des pratiques et des idéologies patronales », Paris, Éditions du CNRS, 1966, 266 p.; « Du marchandage au salaire au rendement », *Sociologie du travail*, volume 3, juillet 1960, pp. 206-215; M. PITTIE, « Du salaire à la tâche et du marchandage », thèse Droit, univ. Aix-Marseille, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1899, 198 p.

(11) C. trav., art. L. 125-1.

— ou qu'il masque un *simple prêt de main-d'œuvre* exercé à titre onéreux et exclusif interdit par la loi en dehors du cadre du travail temporaire (12).

Les difficultés juridiques que pose aujourd'hui le portage ont pour cause la genèse de ces deux articles. On sait qu'un décret du 2 mars 1848 avait interdit le marchandage en édictant que « *L'exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs ou marchandage était abolie* ». La Cour de cassation avait fait une interprétation restrictive de ce texte (13). Par la suite, un décret-loi du 8 août 1935 institua une substitution de l'entrepreneur principal au sous-entrepreneur en cas d'insolvabilité de ce dernier, à la condition qu'il ne soit ni inscrit au registre du commerce, ni immatriculé au répertoire des métiers, ni propriétaire d'un fonds de commerce (14).

C'est la légalisation du travail temporaire par la loi n° 73-4 du 3 janvier 1972 qui imposa de modifier à nouveau la réglementation du marchandage. Cette loi supprima la difficile recherche de l'élément intentionnel (l'intention de nuire) au profit de la simple démonstration d'un préjudice causé au salarié, ou sur la preuve rapportée par lui que l'employeur éludait l'application des dispositions de la loi, du règlement ou de conventions collectives du travail (15). Toutefois l'article 37 de la loi du 3 janvier 1972 prévoyait également qu'un employeur qui n'était pas un entrepreneur de travail temporaire pouvait mettre aussi un ou plusieurs de ses salariés permanents à la disposition provisoire d'un tiers. Dans un tel cas, un certain nombre des dispositions du statut du travail temporaire lui était applicable (16). Se développèrent alors certaines pratiques dites de « travail en régie » qui consistait pour des entreprises de droit commun, parallèlement à leurs

activités ordinaires, à proposer à leurs clients des prêts de main-d'œuvre moyennant rémunération (17). Nous verrons que certaines pratiques de portage s'apparentent certainement au « travail en régie » (18).

Le législateur qui n'entendait pas laisser cette situation perdurer a modifié l'article 37 de la loi du 3 janvier 1972 en créant un second délit de « marchandage » codifié à l'article L. 125-3, qui précisa la nature exacte de l'interdiction (19): la réalisation d'une opération lucrative dans le prêt de main-d'œuvre, ce qui réservait ce type d'opération aux seules entreprises de travail temporaire. C'est ainsi que sont aujourd'hui dissociées les conventions qui ont pour objet un prêt de main-d'œuvre, de celles qui ont pour objet la vente d'un service qui, accessoirement, comporte un tel prêt. L'article L. 125-3 s'est en quelque sorte greffé sur l'article L. 125-1 dans « *un ensemble décousu, à la fois hétérogène et trop peu compréhensif* » (20). La doctrine dénonça « *un ensemble qui trahit des repentirs et les velléités d'un législateur qui, plutôt que d'entreprendre une réflexion conceptuelle fondamentale, a préféré procéder par toilettage et ajouts de textes sans inspiration ni conviction* » (21). C'est donc en raison de l'imprécision persistante de ces textes que prospèrent aujourd'hui des activités comme le portage salarial, à la frontière du licite et de l'illicite (22).

Pour apprécier cette licéité il faut se livrer à une analyse de l'objet du contrat passé entre la structure de portage et son client (23). Si cet objet porte sur une prestation de services, le contrat n'encourt aucun grief (I). Mais si cet objet consiste en un prêt de main-d'œuvre, c'est toute la légalité du portage qui risque d'être compromise (II).

(12) C. trav., art. L. 125-3.

(13) En considérant que « *Le fait qui a été d'abord interdit* » par les textes de 1848, « *n'est point l'embauchage d'ouvriers à la journée par un tâcheron, mais seulement l'exploitation des ouvriers au moyen de ce marchandage, exploitation qui ne consiste, de la part du sous-traitant, qu'à tirer un profit abusif du travail de ceux qu'il emploie; - que l'acte nécessite donc, pour devenir délictueux, la réunion de ces trois éléments: un fait matériel, l'intention de nuire et un préjudice causé aux ouvriers* » (Cass. ch. réunies, 31 janvier 1901, DP, 1901, p. 169, concl. proc. gén. LAFERRIERE; S.1902, I, p. 157).

(14) Actuel article L. 125-2 du Code du travail issu des lois n° 74-4 du 2 janvier 1973 et n° 90-613 du 12 juillet 1990.

(15) C. trav., art. L. 125-1 modifié par la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982.

(16) Pour le rapporteur de la loi de 1972, l'article visait « *les entrepreneurs qui mettent provisoirement à la disposition d'un tiers un ou plusieurs salariés permanents. Ce sont ces salariés qui, actuellement, viennent pour monter des machines, les contrôler et les entretenir. Ces travaux sont parfois échelonnés sur plusieurs jours* » (A. GISSINGER, JO, déb. Ass. nat., 1<sup>re</sup> séance du 15 décembre 1971, p. 6775).

(17) Un parlementaire remarquait que « tel entrepreneur ingénieur pouvait, en prétextant le caractère permanent des salariés de son entreprise, mettre systématiquement ces derniers à la disposition de tiers. Il dirigera ainsi une entreprise de travail temporaire sans en avoir la qualification juridique puisque les travailleurs faisant l'objet d'opérations de prêts sont réputés être des salariés permanents et non des

travailleurs temporaires » (L. RICHARD, JO, déb. Ass. nat., 2<sup>ème</sup> séance du 14 juin 1973, p. 2159).

(18) Au demeurant il faudrait se demander si la consécration des entreprises de travail à temps partagé par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 n'est pas une résurgence du travail en régie: « *Est [...] une entreprise de travail à temps partagé toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive consiste, nonobstant les dispositions de l'article L. 125-3, à mettre à disposition d'entreprises clientes du personnel qualifié qu'elles ne peuvent recruter elles-mêmes à raison de leur taille ou de leurs moyens* » (C. trav., art. L. 124-24). Sur le travail à temps partagé, v. M. DÉL SOL, « L'intermédiation de la relation salariale, de nouvelles modalités pour de nouveaux enjeux », JCP S 2005, 1314; P.-Y. VERKINDT, « Groupements d'employeurs et travail à temps partagé après la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », Dr. soc. 2005, p. 1133; « Le travail à temps partagé (L. n° 2005-882, 2 août 2005, art. 22), ou pourquoi faire simple... », JCP S 2005, 1118.

(19) Loi n° 73-608 du 6 juillet 1973 modifiée par les lois n° 85-772 du 25 juillet 1985, n° 90-613 du 12 juillet 1990 et par l'ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004.

(20) G.-H. CAMERLYNCK, « Le contrat de travail », Traité de Droit du travail, t. 1, Paris, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1982, 725 p., n° 95.

(21) Y. CHALARON, « Pour un nouveau concept pénal de marchandage ou "trafic de main-d'œuvre" », Dr. soc. 1980, pp. 507-522.

(22) H. BLAISE, « À la frontière du licite et de l'illicite: la fourniture de main-d'œuvre », Dr. soc. 1990, pp. 418-425.

(23) Nous avons analysé onze de ces contrats.

## I. — PORTAGE ET PRESTATION SANS DÉTACHEMENT DE PERSONNEL

Nous l'avons déjà souligné: les pratiques ne sont pas univoques. Certains contrats passés entre les clients et les structures de portage stipulent la réalisation d'une prestation de services qui ne nécessite pas un déplacement du personnel de la structure de portage dans l'entreprise cliente pour exécuter la prestation, ou qui n'impose pas une collaboration du travailleur avec le client (A). Ces cas restent cependant assez rares, la situation la plus courante étant celle qui suppose une coopération étroite entre le travailleur porté et le client (B).

### A — PRESTATION DE SERVICES SANS DÉTACHEMENT DE PERSONNEL

En pratique, plusieurs motivations animent le client. Il arrive qu'il fasse appel à la structure de portage dans le but de lui demander d'exécuter certaines tâches annexes à son activité principale ou pour bénéficier d'une haute professionnalisation dans la réalisation de ces tâches: la structure de portage recrute alors un personnel déjà identifié, éventuellement un ancien salarié du client (un cadre par exemple). Le client peut également vouloir faire réaliser par une tierce entreprise une tâche occasionnelle qui ne nécessite pas l'engagement d'un salarié sur longue période. Parfois il recherche des moyens adéquats qu'il ne possède pas et dont la mise en œuvre est liée à la qualification spécifique d'un travailleur qui sera embauché par la structure de portage.

Les contrats étudiés reflètent ces différentes préoccupations. La tâche à exécuter est souvent définie avec précision, elle est identifiable, temporaire, et nécessite un savoir-faire spécifique différent de l'activité du client. Des clauses mettent à la charge de la structure de portage une obligation de résultat, éventuellement sanctionnée par des pénalités (clauses pénales). Il est presque systématique que le contrat fasse obligation à la structure de portage de souscrire une assurance contre les risques de non-exécution ou les risques de malfaçons.

Parfois d'autres clauses prévoient que les tâches doivent être nécessairement exécutées par le travailleur porté, lequel est nommé désigné. Mais il est alors précisé que ce travailleur est placé sous l'unique supervision de la structure de portage. Il est également fréquent qu'un coordinateur appartenant à l'organisation

du client soit nommé pour faire le point sur l'avancement de la tâche demandée ou sur les problèmes rencontrés (24). Il arrive enfin que le travailleur porté signe la convention passée avec le client, ce qui peut paraître curieux car il ne devrait normalement pas être considéré comme une partie à ce contrat.

Les contrats étudiés prévoient souvent que la structure de portage doit fournir les moyens matériels nécessaires à l'exécution de la prestation. Ces moyens sont alors décrits dans la convention d'adhésion passée entre le travailleur porté et la structure de portage (v. *supra*, note n° 5). Elle donne lieu à des redditions de comptes qui sont tenus par la structure de portage. Il arrive qu'il soit stipulé que les frais engagés par la structure de portage s'ajoutent au montant de la rémunération qu'elle perçoit de l'entreprise cliente. Dans ce cas le montant des frais fait l'objet d'un engagement préalable (souvent trimestriel) qui se matérialise dans un avenant au contrat. Enfin, la rémunération de la structure de portage est systématiquement forfaitaire, bien qu'elle soit fixée en fonction d'un nombre de jours sur une période donnée (par exemple 210 jours sur 18 mois).

De ces constatations il résulte que la prestation de services réalisée par la structure de portage ne caractérise pas un prêt de personnel ou une fourniture de main-d'œuvre interdits par les articles L. 125-1 et L. 125-3, dont la Cour de cassation écarte l'application dans de telles situations (25). En effet, le contrat porte bien sur l'exécution d'une tâche *précisément définie*. La structure de portage s'engage à parvenir à un *résultat*. Les travaux sont rémunérés par un prix global *forfaitaire* qui prend en considération la technicité particulière des tâches à accomplir et le suivi de l'exécution des travaux par la structure de portage, sans être fonction du nombre d'heures de travail effectuées. La structure de portage apporte un *savoir-faire spécifique* distinct de celui des salariés du donneur d'ordre (26). Elle fournit à son personnel l'outillage et les matériaux nécessaires à l'exécution de la prestation et elle assure l'*encadrement de son personnel* en le soumettant à l'autorité de sa hiérarchie, en lui donnant des instructions, en assumant son pouvoir disciplinaire, en déterminant les conditions et les horaires de travail, et en mettant en œuvre les règles d'hygiène et de sécurité. Toutefois ce type de portage reste relativement exceptionnel, la situation beaucoup plus fréquemment rencontrée étant celle d'une prestation de services impliquant un détachement de personnel auprès du client.

(24) Et il est prévu que ce coordinateur ne donne pas d'ordres ou de consignes sur l'exécution des tâches à accomplir.

(25) Cass. crim., 5 févr. 1980, *Lozai, Dr. ouvr.* 1981 p. 149; Cass. crim., 2 juin 1981, n° 80-94.065, *Bull. crim.*, p. 508, n° 185; Cass. civ., 17 févr. 1982, n° 80-13.222, *Bull. civ. III*, p. 36, n° 50; Cass. crim., 7 févr. 1984, n° 82-94.131, *Bull. crim.*, p. 124, n° 46; Cass. crim., 19 mars 1985, n° 84-90.417, *Bull. crim.*, p. 307, n° 117; Cass. crim., 18 avr. 1989, n° 86-96.663, *RJS* 7/1989, n° 656. A *contrario* lorsque ces critères ne sont pas réunis l'infraction est caractérisée: Cass. crim., 13 déc. 1978, *Cucchiario, Dr. soc.* 1980, p. 16; Cass. crim., 15 juin 1984, n° 83-94.721, *Bull. crim.*, p. 604, n° 229; Cass. soc., 5 juill. 1984, n° 83-13.204, *Bull. civ. V*, p. 226, n° 299; Cass. crim., 25 juin 1985, n° 84-91.628, *Bull. crim.*, p. 655, n° 250; Cass. crim., 16 juin 1987, n° 86-91.037; Cass. crim., 23 juin 1987, n° 85-95.585, *Bull. crim.*, p. 713, n° 263; Cass. crim., 26 mai 1988, n° 86-91.989, *Bull. crim.* 1988, p. 593, n° 228; Cass. crim., 22 nov. 1988, n° 86-96.217; Cass. crim., 25 avr.

1989, n° 88-84.222, *Bull. crim.*, p. 435, n° 169, *RJS* 7/1989, n° 656; Cass. crim., 25 avr. 1989, n° 88-84.255, *RJS* 7/1989, n° 656; Cass. crim., 25 avr. 1989, n° 87-81.212, *Bull. crim.*, p. 437, n° 170, *RJS* 7/1989 n° 656; Cass. soc., 4 avr. 1990, n° 86-44.229, *Bull. civ. V*, 1990, p. 94, n° 157; Cass. soc., 16 mai 1990, n° 86-43.561 et n° 86-43.566, *Bull. civ. V*, n° 225, p. 136; Cass. crim., 25 juin 1991, n° 90-85.344, n° 90-85.345, n° 90-85.346, n° 90-85.347; Cass. crim., 26 janv. 1993, n° 91-81.653; Cass. crim., 15 mars 1994, n° 93-81.110, *Bull. crim.*, n° 97, p. 214, *RJS* 10/1994, n° 1233; Cass. crim., 28 juin 1994, n° 92-84.290; Cass. soc., 29 avr. 2003, n° 00-44.840 et n° 00-44.842, *Bull. civ. V*, n° 147, p. 144, *RJS* 7/2003, n° 957.

(26) Toutefois le personnel du prestataire ne doit pas être seulement hautement qualifié: il faut encore que sa qualification soit distincte de celle du personnel de l'utilisateur (Rép. Le Pensec: AN 13 mai 1996, p. 2619, n° 25163). Dans certaines situations de portage, ce critère fait défaut.

## B — PRESTATION DE SERVICES IMPLIQUANT UN DÉTACHEMENT DE PERSONNEL AUPRÈS DU CLIENT

L'exécution de la prestation de services prévue dans le contrat conclu entre le client et la structure de portage implique parfois un *déplacement physique* du travailleur porté dans les locaux du client. Il arrive également que la réalisation des travaux nécessite que le travailleur porté *exécute sa prestation en collaborant étroitement* avec ce client ou avec ses préposés (ce qui n'implique pas nécessairement un déplacement physique de l'intéressé).

Les contrats que nous avons analysés décrivent fréquemment les motifs qui ont amené le client à faire appel à la structure de portage, de même que les raisons du choix de la structure plutôt que d'une autre, généralement en raison de la haute qualification de son préposé (le travailleur porté). Dans les situations observées le client faisait presque systématiquement appel aux services de la structure de portage dans le but de lui faire réaliser un certain nombre de tâches *internes* à son entreprise. Il s'agissait souvent de prestations de conseil: ressources humaines, formation, comptabilité, services financiers (gestion de trésorerie, contrôle de gestion...), maintenance informatique (mises à niveau de logiciels), prospection commerciale, recherche et développement en divers domaines, communication, « coaching ». Dans un des cas étudiés le contrat passé avec la structure de portage consistait à élaborer, pour le compte du client, un plan de sauvegarde de l'emploi. La présence du travailleur porté dans les locaux du client était alors indispensable en raison de la nature des tâches qu'il devait accomplir, ou parce qu'il devait coopérer avec les salariés d'autres prestataires de services. Cette présence pouvait encore être nécessaire pour qu'il accède au matériel de l'entreprise (ordinateur, machines etc.) ou parce qu'il fallait lui communiquer régulièrement des informations ou lui transmettre des documents pour la bonne exécution du contrat.

Parmi les contrats examinés certains envisageaient les conditions du détachement, d'autres pas (27). Lorsque c'était le cas les contrats stipulaient des clauses qui ne décrivaient plus seulement l'objet de la prestation mais aussi les modalités de son exécution (28). Certains contrats prévoyaient la « réversibilité » de l'opération de prestation de services (reprise de l'activité par le client lorsque le niveau d'exigence n'était pas atteint par la structure de portage). D'autres contrats rappelaient que la structure de portage était responsable des

moyens humains et matériels à mettre en œuvre pour réaliser la prestation demandée et qu'elle restait l'employeur des salariés qu'elle affectait à la mission. Souvent le travailleur porté était nommément désigné. Il arrivait aussi que des clauses de substitution soient stipulées (changement de travailleur porté) ou précisent que le client puisse agréer un nouveau travailleur porté.

Observons que de nombreux cas de prestations de services, qui ne s'inscrivent pas dans les pratiques de portage, impliquent une fourniture de main-d'œuvre en même temps que le service presté. Cette fourniture de main-d'œuvre est alors accessoire à une opération principale, et ne caractérise pas les interdictions visées par les articles L. 125-1 et surtout L. 125-3 du Code du travail.

La jurisprudence a dégagé les critères qui permettent de décider si la fourniture de main-d'œuvre s'intègre bien à la mission confiée par le client au prestataire de services, afin de vérifier si elle ne constitue pas en réalité une opération exclusive de prêt de personnel à but lucratif, ce personnel étant en fait placé sous la subordination du client. En cas de litige, le juge analyse précisément la prestation telle qu'elle est exécutée, les termes du contrat ne constituant qu'un simple indice (29).

Lorsque la prestation convenue est matérielle (travaux par exemple), il est aisé de montrer que le prestataire dispose de ses propres moyens (matériaux, outils, infrastructure etc.) et de son propre personnel encadrant qui va donner les instructions aux salariés (30). Mais il arrive de plus en plus souvent, comme c'est le cas dans les pratiques de portage, que la prestation convenue porte sur une prestation intellectuelle. Il en est ainsi des services rendus par une société de services en ingénierie informatique, du prestataire en ressources humaines qui va délivrer des conseils divers, du conseil en organisation, en management, en marketing etc. La Cour de cassation juge que le prêt de main-d'œuvre n'est pas prohibé par l'article L. 125-3 du Code du travail lorsqu'il n'est que la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir-faire ou de la mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse (31). La Haute Juridiction admet par exemple que le prêt de main-d'œuvre n'est pas interdit lorsque la prestation prévue « exige une compétence et une formation particulières, qui ne peut être confiée à un salarié de l'entreprise utilisatrice » (32).

Mais il n'est pas certain que cette jurisprudence puisse s'appliquer aux structures de portage, alors

(27) En l'absence de toute stipulation contractuelle, ce sont les conditions dans lesquelles les travailleurs portés exécutaient leur prestation (qui nous ont été décrites) qui le faisaient ressortir.

(28) Obligations faites aux parties de se communiquer des informations, de s'envoyer des documents, de fournir ou de restituer des données, de coopérer par la désignation d'interlocuteurs ou par la création de structures informelles de concertation et de contrôle, mise en place de procédures de validation de l'exécution des travaux, respect de spécifications techniques généralement renvoyées dans des cahiers des charges. Des clauses fixent les règles de confidentialité des informations que viendraient à connaître la structure de portage et les travailleurs portés.

(29) Cass. crim., 13 déc. 1978, n° 77-93.626 préc.; Cass. crim., 12 mai 1998, n° 96-86.479, *Bull. crim.*, n° 160, p. 429.

(30) Cass. crim., 3 déc. 1991, n° 90-86.763, *Bull. crim.*, p. 1165, n° 458, *RJS* 3/1992, n° 371; Cass. crim., 18 mars 1997, n° 96-82.254.

(31) Cass. crim., 7 févr. 1984, n° 82-94.131, *Bull. crim.*, n° 46; Cass. soc., 9 juin 1993, n° 91-40.222, *Bull. civ. V*, p. 111, n° 164.

(32) Cass. soc., 19 juin 2002, n° 00-41.156, *RJS* 10/2002, n° 1189. Une réponse ministérielle précise que le contrat de prestation de services « doit avoir pour objet l'exécution d'une tâche nettement définie que le donneur d'ordre ne veut ou ne peut pas accomplir lui-même avec son personnel, pour des raisons d'opportunité économique ou de spécificité technique » (Rép. min. n° 29546, *JO AN* 20 mars 2000, p. 1834).

même que la fourniture de main-d'œuvre serait indissociable des services prestés. En effet, nous venons de voir que la Cour de cassation n'admet le détachement que lorsqu'il est la conséquence nécessaire de la *transmission d'un savoir-faire*. Or la structure de portage ne dispose d'aucun savoir-faire dans le domaine qui relève de la prestation qu'elle s'est engagée à exécuter et qu'elle puisse transmettre à son client, puisque ce savoir-faire est celui du travailleur porté, et qu'elle reconnaît n'être qu'un intermédiaire. Si savoir-faire il y a, il est d'une autre nature que la prestation prévue dans le contrat passé avec le client.

La Cour de cassation n'admet pareillement le détachement que pour la mise en œuvre d'une *technicité* qui relève de la spécificité de l'entreprise prêteuse. En quoi pourrait consister cette technicité qui relèverait de la spécificité propre de la structure de portage? Elle est extrêmement difficile à caractériser car, le plus souvent, l'activité *réelle* de la structure de portage ne consiste pas à réaliser les prestations prévues dans le contrat conclu avec le client, mais simplement à offrir un cadre juridique plus favorable au travailleur porté.

C'est pourquoi certaines structures de portage ne se consacrent pas exclusivement à ce type d'activité, celle de portage intervenant parfois de façon accessoire à une activité principale. Dans ce cas la structure de portage offre des prestations identiques à celles que réalisent les travailleurs portés, soit au sein d'une même société, soit dans une autre société faisant partie du même groupe, ou sans faire partie du même groupe, contrôlée par le même dirigeant. Cette façon de procéder permet de « couvrir » les activités de portage dont la légalité serait douteuse au regard de la jurisprudence précédemment exposée.

Sous ces réserves, sont licites les activités de portage dont l'objet consiste en une prestation de services. Tel ne sera pas le cas si l'objet du contrat consiste en un prêt de main-d'œuvre.

## II. — PORTAGE ET PRÊT DE MAIN-D'ŒUVRE ILLICITE

Dans plusieurs cas étudiés, l'objet du contrat conclu entre la structure de portage et le client consistait

exclusivement en un prêt de personnel ou une fourniture de main-d'œuvre (A). Dans d'autres cas, ce n'était pas seulement l'objet du contrat qui faisait difficulté, mais aussi sa cause qui apparaissait illicite (B).

### A — PRESTATION DE SERVICES MASQUANT UNE OPÉRATION EXCLUSIVE DE FOURNITURE DE MAIN-D'ŒUVRE À BUT LUCRATIF

La prestation de services prévue par le contrat passé entre le client et la structure de portage est parfois *inconsistante* ou *inexistante*. L'objet du contrat porte alors exclusivement sur une fourniture de main-d'œuvre, réalisé de surcroît dans un *but lucratif* puisque le prix payé par le client en contrepartie de la prestation dépasse le strict coût des salaires, charges et frais de gestion des salariés « prêtés » (33). À ce titre il doit être considéré comme *frauduleux* (34).

Le client à qui la structure de portage prête du personnel (parfois sous couvert d'une prestation de services) le fait dans une logique proche de celle du recours au travail temporaire: le client entend utiliser les services d'un salarié (parfois un de ses anciens salariés) de manière ponctuelle, pour une mission précise (35). Il souhaite exercer une certaine autorité sur le travailleur porté. Enfin, il peut vouloir éviter d'appliquer le droit du travail pour des raisons d'ordre pratique (et non de coût car le portage reste une formule onéreuse).

Les contrats étudiés sont généralement d'une grande imprécision: les parties semblent rencontrer de sérieuses difficultés à décrire le contenu de la prestation, ou la décrivent de manière succincte. Le vocabulaire est maladroit: les contractants parlent de « mission » et non de « prestation de services ». Il arrive que les clauses fassent ressortir certains critères du lien de subordination entre le travailleur porté et le client, notamment lorsque la possibilité est laissée à ce dernier de donner des ordres au travailleur porté (36). Les frais de mission du travailleur porté sont parfois pris en charge par le client qui exige de les autoriser avant qu'ils ne soient engagés (37). La rémunération est souvent fixée en jours de travail sans présenter de caractère forfaitaire, ce qui signifie qu'elle est rémunérée à due proportion du temps passé par le travailleur porté (38). Certaines clauses de style ont une portée

(33) Ph. d'HARCOURT, « Prêt de main d'œuvre-sous-traitance-marchandage: où est la limite? », *JCP E* 1996, p. 94; H. BLAISE préc.; A. KLEIN, « Les sociétés de service: est-ce une nouvelle forme de marchandage? », *Dr. soc.* 1965, pp. 546-549; D. MOREAU, « Trafics de main-d'œuvre », *Dr. soc.* 1981, pp. 392-400; Y. CHALARON, « La répression de l'emploi irrégulier de travailleurs temporaires », *Dr. soc.* 1981, pp. 627-636; A. LYON-CAEN et J. de MAILLARD, « La mise à disposition de personnel », *Dr. soc.* 1981, pp. 320-335; M.-L. MORIN, « Sous-traitance et relations salariales. Aspects de droit du travail », *Travail et emploi*, n° 60, 1994, p. 23.

(34) Pour éviter cet écueil la charte de déontologie du SNEPS précise que « les sociétés qui adhèrent au Syndicat s'engagent à n'accepter aucune prestation qui serait assimilable à une mission de travail temporaire [et] s'engagent à n'accepter que des missions placées et réalisées sous leur propre responsabilité » (art. 5). Elle précise en outre que « l'organisation du travail de l'intervenant salarié qui réalise la mission sera totalement indépendante de l'autorité et de la hiérarchie de l'entreprise cliente ». Dans certaines situations examinées, il s'agit d'une pétition de principe non suivie d'effets.

(35) Mais il ne veut pas le recruter directement pour des raisons diverses: impossibilité de recourir au CDD, âge trop avancé du salarié, volonté de contenir la masse salariale, continuer à utiliser les services d'un ancien salarié licencié pour motif économique, politique d'externalisation...

(36) L'un des contrats prévoyait que « Le consultant avait l'obligation de faire les déplacements jugés nécessaires par le donneur d'ordre au bon déroulement de la mission ».

(37) « Si des frais techniques doivent être engagés, de l'avis du consultant, pour mener à son terme la mission, le consultant devra obtenir l'accord du donneur d'ordre qui couvrira la totalité des dépenses; le consultant n'a pas pouvoir de prendre en charge tout ou partie de ces frais ».

(38) « Compte tenu de la nature de la mission telle qu'elle ressort des explications données par le donneur d'ordre, la durée de la mission est estimée à 120 jours de travail; le donneur d'ordre pourra demander un complément de prestation qui sera chiffré alors sur la base du coût journalier indiqué ci-après ».

purement incantatoire et ne sont destinées qu'à masquer l'existence d'un prêt de personnel, car elles n'ont aucun lien direct avec les modalités pratiques de réalisation de la prestation censée être l'objet du contrat (39). D'autres clauses soumettent le travailleur porté au règlement intérieur du client, ce qui signifie qu'il est appelé à séjourner dans les locaux de ce dernier. Cette stipulation n'est pas de nature à emporter à elle seule la preuve de l'existence d'un prêt *exclusif* de main-d'œuvre, mais démontre que le travailleur est intégré à une communauté de travail dont il doit respecter les règles (40).

La légalité du contrat conclu entre la structure de portage et le client est donc douteuse. En cas de litige les juges du fond contrôlent systématiquement que la prestation de services prévue dans le contrat ne constitue pas une *apparence* destinée à faire échec à l'interdiction du prêt de main-d'œuvre édictée par les articles L. 125-1 et L. 125-3 du Code du travail (41). Le Gouvernement s'inquiète d'ailleurs de ces prêts que le portage pourrait dissimuler (42), et que seule révèle une étude fouillée du contrat passé avec le client (43).

#### 1. Le marchandage de l'article L. 125-1

L'infraction de l'article L. 125-1 du Code du travail est caractérisée lorsque le salarié a subi un *préjudice* (44), ou lorsque l'opération a eu pour effet *d'éluider les dispositions légales et conventionnelles applicables*.

Le préjudice pourrait résulter du fait que les salariés de la structure de portage n'ont pas bénéficié des mêmes avantages que ceux accordés aux salariés du client, quelle que soit la source de ces avantages (conventions et accords collectifs, usages, engagements unilatéraux, accords atypiques), et en supposant la situation de ces derniers plus favorable: accès à la formation, éventuels avantages sociaux tels que la prévoyance et la retraite complémentaire (45)... Il pourrait également résulter du fait que l'intéressé n'aurait pas bénéficié du régime juridique du travail temporaire, notamment de la prime de précarité (46). Observons cependant que le préjudice qui pourrait caractériser l'infraction serait difficile à prouver dans la mesure où les pratiques de portage ont précisément pour objet sinon pour effet d'améliorer le statut des travailleurs portés, notamment au regard de la protection sociale (47).

Parfois l'utilisateur de main-d'œuvre qui se soustrait à l'application des textes légaux et conventionnels peut vouloir éviter d'atteindre les seuils d'effectif afférents à l'application des dispositions sur la représentation collective du personnel. Il peut également vouloir contourner une interdiction qui le frappe, comme cela a déjà été jugé en matière de recours illicite au travail temporaire (48). Dans le cas du portage, l'opération pourrait encore permettre au client de se soustraire aux dispositions relatives au contrat à durée déterminée, aux règles du licenciement pour motif économique, à l'obligation d'adaptation et de reclassement...

(39) « Le consultant reste à tout moment subordonné hiérarchiquement aux dirigeants de structure de portage. En aucun cas il n'est assujéti à l'organisation du travail chez le donneur d'ordre; il pourra se rendre autant que nécessaire dans les locaux du donneur d'ordre, mais gardera un temps de travail dans les bureaux de structure de portage ou à domicile. Il ne pourra pas être porteur de cartes de visites à l'entête du donneur d'ordre avec son nom ».

(40) « Le consultant a l'obligation de respecter le règlement intérieur du donneur d'ordre et l'ensemble des règles d'hygiène et de sécurité de l'établissement dans lequel il intervient; le donneur d'ordre s'engage à lui communiquer les pièces écrites correspondantes ».

(41) Cass. crim., 15 févr. 1983, n° 82-92.003, *Bull. crim.*, p. 124, n° 57; Cass. crim., 16 janv. 1996, n° 95-80.772; Cass. crim., 6 févr. 1996, n° 95-81.543; Cass. crim., 22 oct. 1996, n° 96-80.194; Cass. crim., 29 oct. 1996, n° 95-85.649; Cass. crim., 16 sept. 1997, n° 96-85.519; Cass. crim., 14 oct. 1997, n° 96-85.090; Cass. crim., 16 mai 2000, n° 99-85.485; Cass. crim., 30 sept. 2003, n° 02-85.022, *Bull. crim.*, n° 175, p. 699, *RJS* 2/2004, n° 273; Cass. soc., 17 juin 2005, n° 03-13.707, *Bull. civ. V*, n° 205 p. 181, *RJS* 10/2005, n° 1056.

(42) « La société de portage peut apparaître, dans certains cas, comme une simple structure dédiée à la mise à disposition de main-d'œuvre en éludant l'application des dispositions légales et conventionnelles du droit du travail. Une reconnaissance sans réserve ni conditions juridiques rigoureuses pourrait aboutir à un accroissement incontrôlé d'opérations de prêt illicite de main-d'œuvre et pourrait être utilisée par des intermédiaires peu scrupuleux pour externaliser systématiquement certaines fonctions et éviter l'application de certaines règles d'ordre public du droit du travail et du droit social » (quest. n° 33150, *JO* 6 juill. 2004, p. 5175).

(43) Il faut constater la connivence qui existe entre travailleurs portés et structures de portage. Dans les conflits qui les opposent à certaines Assedic qui leur refusent les indemnités de chômage au motif qu'ils seraient des indépendants, les travailleurs portés omettent d'appeler les clients à la cause sur le fondement des articles L. 125-1 et L. 125-3. Pourtant si un prêt de main-d'œuvre illicite était caractérisé,

un contrat de travail lierait nécessairement le client au travailleur porté et sa rupture ouvrirait droit à l'indemnisation des Assedic. Ces dernières n'ont bien sûr pas intérêt à soulever ce moyen de droit qui peut cependant être relevé d'office par le TGI.

(44) F. DOROY, « Le préjudice causé au salarié dans le délit de marchandage », *Dr. soc.* 1994, pp. 547-551.

(45) Cass. crim., 20 oct. 1992, n° 91-86.835; Cass. crim., 18 mars 1997, n° 96-82.254; Cass. crim., 10 févr. 1998, n° 97-81.195.

(46) Cass. crim., 7 août 1995, n° 94-82.850; Cass. crim., 26 sept. 1995, n° 94-80.983, *Bull. crim.*, n° 287, p. 794.

(47) Si le préjudice de l'article L. 125-1 du Code du travail ne peut être caractérisé, il est toujours loisible aux juges de fonder leur décision sur l'infraction de l'article L. 125-3 dont les éléments sont proches (dans ce sens v. Cass. crim., 5 janv. 1993, n° 92-82.057). Pour ce qui concerne le portage les données recueillies font apparaître le plus souvent la réunion des critères caractérisant l'infraction de prêt de main-d'œuvre illicite de l'article L. 125-3: l'opération a presque systématiquement pour objet *exclusif* un prêt de main-d'œuvre, les tâches éventuellement prévues ne comportent aucune *spécificité*, les tâches ne caractérisent pas un *savoir-faire* particulier de la structure de portage se rapportant à la prestation, le travailleur porté réalise sa prestation sous *l'autorité du client*, la prestation laisse apparaître un *but lucratif* car la structure de portage retient un bénéfice sous une forme ou sous une autre.

(48) Société en règlement judiciaire qui avait procédé au licenciement économique de vingt-six de ses soixante-sept salariés. Ne pouvant utiliser de travailleurs temporaires sans l'autorisation administrative nécessaire à l'époque, elle s'en était fait « prêter » treize par une société qualifiée par l'arrêt de « prête-nom », eux-mêmes mis à disposition par une entreprise de travail temporaire: condamnation pénale du dirigeant de la société sur le seul fondement de l'article L. 125-1 au motif qu'il avait « participé à une opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre ayant eu pour effet, sinon pour but, de soustraire [son entreprise] à l'application des textes sur le contrôle de l'emploi » (Cass. crim., 15 mars 1988, n° 86-94.199).

Précisons enfin que la Cour de cassation considérerait comme *co-auteur* du délit de marchandage prévu par l'article L. 125-1 du Code du travail et non comme simple complice de cette infraction, le client qui, sous le couvert de prétendus contrats de sous-entreprise, aurait, en réalité, concouru à des opérations illicites de fourniture de main-d'œuvre (49). En outre, le contrat conclu entre le client et la structure de portage devrait dans ce cas être considéré comme nul. Il en résulterait que la demande formulée par la structure de portage qui aurait effectué le prêt de main-d'œuvre contre l'entreprise cliente qui n'aurait pas payé la totalité du prix convenu ne pourrait être reçue (50).

## 2. Le prêt de main-d'œuvre de l'article L. 125-3

L'infraction à l'article L. 125-3 du Code du travail n'est caractérisée que lorsque le contrat a pour objet exclusif une fourniture de main-d'œuvre ou que le contrat de prestation qui sert de support à l'opération prévoit un service inconsistant. C'est le cas lorsque les tâches confiées ne comportent aucune spécificité particulière (51), que les salariés ont les mêmes fonctions que ceux de l'entreprise cliente (52), et que le personnel mis à disposition n'apporte aucun savoir-faire spécifique distinct de celui des salariés de l'entreprise cliente (53).

Le but lucratif de l'opération est atteint lorsqu'il existe une différence entre le prix payé par le client et le coût de la main-d'œuvre, qu'il s'agisse d'un pourcentage appliqué sur la facturation pour retenir le bénéfice (54), d'une rémunération prévue dans le contrat (55), ou d'un forfait (56). Néanmoins, une fourniture de main-d'œuvre qui poursuit un but d'économie pour rationaliser les moyens de fonctionnement du client (un service hospitalier par exemple) ne caractérise pas le marchandage ou le prêt de main-d'œuvre (57) : mais ce n'est pas le cas du portage.

L'infraction est également caractérisée par des critères complémentaires, principalement lorsque le client exerce une certaine autorité sur les salariés du presta-

taire (la structure de portage en l'occurrence), en donnant des instructions (58), en approuvant l'embauche du personnel ou en assurant sa formation (59), et en le dirigeant directement parfois (60).

Ainsi donc les opérations de portage telles qu'elles viennent d'être décrites, sont manifestement illicites car la prestation de services prévue dans le contrat conclu entre le client et la structure de portage masque un prêt de main-d'œuvre ou consiste en un tel prêt (61). Tel sera *a fortiori* le cas si la cause du contrat est illicite.

## B — PRÊT DE MAIN-D'ŒUVRE FICTIF MASQUANT UNE OPÉRATION FRAUDULEUSE

Dans certains cas étudiés, nous avons observé que l'opération de portage avait pour but d'organiser une *simulation*. Le contrat est alors imaginaire car les parties (client et structure de portage) conviennent dans une contre-lettre (parfois oralement) que les obligations mises à la charge de la structure de portage ne seront jamais exécutées car le contrat consiste en réalité à rémunérer un autre service qu'il ne peut annoncer (la cause est illicite).

Il arrive également que le service prévu dans le contrat (une prestation de services ou une fourniture de main-d'œuvre) soit réalisé, mais que le contrat ait pour seule cause de placer les parties sous un régime juridique plus favorable que celui auquel elles auraient été soumises si elles n'avaient pas contracté (62).

Dans l'un des cas étudiés, un salarié du client en fin de carrière (un cadre dirigeant) avait été incité à démissionner par son employeur qui entendait en réalité le licencier. Ce salarié avait été immédiatement embauché par une structure de portage en exécution d'un contrat de prestation fictif. L'objectif du client était d'économiser le paiement de la contribution « Delalande » due pour le licenciement des salariés âgés. Il s'agissait également de convertir une indemnité transactionnelle de licenciement (assez élevée en l'occurrence) en salaires

(49) Cass. crim., 25 avr. 1989, n° 87-81.212 préc.

(50) Cass. soc., 5 juill. 1984, n° 83-13.204, préc. En revanche le prêteur de main-d'œuvre devrait être remboursé des salaires versés aux travailleurs irrégulièrement mis à la disposition du client (Cass. soc., 5 févr. 1992, n° 89-16.274 et 89-20.424, *Bull. civ. V*, p. 47, n° 77, *RJS* 3/1992, n° 372; Cass. soc., 7 nov. 1995, n° 93-18.620, *Bull. civ. V*, p. 211, n° 292, *RJS* 12/1995, n° 1303).

(51) Cass. crim., 28 janv. 1997, n° 96-80.727; Cass. crim., 18 mars 1997, n° 96-82.254.

(52) Cass. crim., 30 oct. 1995, n° 94-84.807; Cass. crim., 22 oct. 1996, n° 96-80.194.

(53) Cass. crim., 3 mai 1994, n° 93-83.104, *RJS* 10/1994, n° 1224.

(54) Cass. crim., 26 sept. 1995, n° 94-80.983, *Bull. civ. V*, n° 287 p. 794.

(55) Cass. crim., 7 août 1995, n° 94-82.850.

(56) Cass. crim., 6 févr. 1996, n° 95-81.543; Cass. soc., 26 sept. 1995, n° 94-80.983 préc.

(57) Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 02-14.680, *Bull. civ. V*, p. 124, n° 128, *RJS* 6/2003, n° 708.

(58) Cass. crim., 28 janv. 1997, n° 96-80.727.

(59) Cass. crim., 30 oct. 1995, n° 94-84.807.

(60) Cass. crim., 3 mai 1994, n° 93-83.104; Cass. crim., 22 oct. 1996, n° 96-80.194.

(61) Le portage ne serait alors que la résurgence, sous de nouvelles formes, des pratiques de marchandage du XIX<sup>ème</sup> siècle: « le marchandeur ne fournit jamais de matière première. Il la reçoit de l'entrepreneur principal, et la convention qu'il passe avec celui-ci porte exclusivement sur l'exécution des travaux qui lui sont confiés. Pour citer un exemple, l'entrepreneur général d'une maison sous-traite les travaux de charpente de l'immeuble à un entrepreneur qui assume la fourniture des matériaux de bois ou de fer, en même temps qu'il se charge de la main-d'œuvre des travaux. Cet entrepreneur devient un sous-traitant au sens général du mot; ce n'est point un marchandeur. Qu'il reçoive, au contraire, de l'entrepreneur principal les matériaux, et qu'il ne traite que de la main-d'œuvre de l'ouvrage, il fera acte de marchandage » (Ch. GIGOT, « Du marchandage », thèse Droit, Paris, 17 février 1903, Giard et Brière Éditeurs, 151 p., cit. p. 58).

(62) Il s'agit de permettre au travailleur porté de bénéficiaire de l'assurance chômage et de le laisser continuer à cotiser aux caisses de retraites (notamment complémentaires).

sur lesquels le salarié allait continuer à cotiser à l'assurance chômage et aux caisses de retraites (63).

La personne qui fait payer des prestations fictives à son client (dans le cas présent la structure de portage), dirige ce que la Cour de cassation appelle une « entreprise de facturation » : entreprise qui intervient le plus souvent en couverture d'une activité clandestine – dissimulation d'activité et/ou dissimulation de salariés, à l'effet de donner une apparence légale aux revenus qu'elle procure (64). Dans l'affaire jugée le 21 janvier 1987 (v. note 65), ce n'est pas l'entreprise de facturation qui fut considérée comme l'employeur des travailleurs clandestins, mais le donneur d'ouvrage. Il serait envisageable d'étendre ces solutions à la structure de portage qui facturerait des prestations fictives et qui embaucherait des salariés, même régulièrement déclarés. Elle ne serait pas le véritable employeur des salariés, une qualité transférée sur le client.

Au demeurant diverses qualifications, éventuellement pénales, peuvent réprimer ces manœuvres : abus de biens sociaux (entreprise cliente), escroquerie aux Assedic et/ou aux assurances sociales dans la mesure où l'assujettissement n'est dicté que dans le but de percevoir des indemnités indues (structure de portage et travailleur porté), ou simplement fraude à la loi.

\*  
\* \*

En définitive, les problèmes juridiques posés par le portage ne pourront être résolus que si l'on réfléchit aux causes qui ont présidé à sa naissance. Ces pratiques se sont sans doute développées parce que le législateur et les partenaires sociaux n'ont pas su imaginer de nouvelles formes de sécurisation des parcours d'emploi à laquelle aspire un nombre croissant de travailleurs, y compris les travailleurs indépendants qui déploient leur activité en « solo ». Ceci correspond aux situations de portage les plus originales, et à ce titre dignes d'intérêt, à condition de pouvoir contenir les dérives (65). Les structures de portage répètent à l'envi qu'elles payent des cotisations sociales et assurent à leurs travailleurs une continuité de leur parcours professionnel en sécurisant leur statut (ce qui est exact), laissant entendre non sans raison, qu'elles comblent un vide. À l'heure où tant de monde encourage la mise en place d'une « sécurité sociale professionnelle » qui serait le corollaire d'une plus grande mobilité dans le travail, il faut remarquer que les sujets de droit pratiquent déjà cette « flexicurité » en détournant de leurs finalités des catégories juridiques existantes. Il serait peut-être intéressant de réfléchir, à travers l'existence d'un statut du portage (ou d'un autre procédé), au maintien des droits à protection sociale plutôt que de laisser prospérer des pratiques de ravaudage très insatisfaisantes ■

(63) Dans ce cas très particulier (et sans doute peu caractéristique de l'ensemble des situations de portage) le salarié devait pouvoir cotiser jusqu'à l'âge à partir duquel il n'était plus soumis à l'obligation de rechercher un emploi en cas de chômage (57,5 ans) et de pouvoir ensuite bénéficier des indemnités versées par l'Assedic jusqu'à l'âge de la retraite pour laquelle il continue à cotiser, y compris lorsqu'il est au chômage.

(64) « Attendu que les juges du fond ont relevé que l'enquête effectuée établissait que les factures que la société M. délivrait moyennant une commission, étaient de pure complaisance et ne correspondaient pas à une prestation effective, en sorte qu'elle dirigeait une entreprise de facturation créée dans le but de couvrir l'activité d'ateliers clandestins; qu'il résulte de ces constatations confirmées par une décision correctionnelle définitive jointe au rapport d'enquête, qu'en dépit d'une apparence régulière cette entreprise n'était qu'une façade, et que le véritable employeur au sens des articles L. 120 et L. 241 du Code de la Sécurité sociale des travailleurs clandestins était le donneur d'ouvrage, en l'espèce la société R., laquelle devait être déclarée débitrice des cotisations de Sécurité sociale que la loi met à la charge de tout employeur, peu important que les conditions d'application de l'article L. 125-2 du Code du travail soient ou non réunies » (Cass. soc., 21 janv. 1987, n° 85-11.340, Bull. civ. V, p. 25, n° 41; Cass. soc., 31 mai 1990, n° 88-10.701, RJS 7/1990, n° 618).

(65) Il ne faudrait pas que le portage devienne un mode de sélection de la main-d'œuvre autonome. On ne peut encore s'empêcher de faire une analogie avec le marchandage que tout un courant de la pensée économique libérale encourageait pour cette raison, et parce qu'il permettait aussi de réaliser des économies. Paul LEROY-BEAULIEU écrivait ainsi que « le régime des sous-contrats a singulièrement aidé à l'essor des hommes les plus capables de la classe ouvrière. Après quelques années passées comme simples ouvriers, ils sont facilement devenus tâcherons ou sous-traitants; les gains qu'ils ont ainsi réalisés leur ont permis de prendre des entreprises de plus en plus étendues, et, à un moment donné, ils ont pu devenir des entrepreneurs principaux ayant eux-mêmes des sous-traitants au-dessous d'eux. Beaucoup des succès éblouissants et des grosses fortunes d'anciens ouvriers dans les trois premiers quarts de ce siècle ont eu cette origine. (...) Comme procédé de sélection, le régime du sous-contrat ou du marchandage est incomparable. Il l'est aussi comme moyen de réaliser le maximum d'économie dans toute l'organisation d'une entreprise » (P. LEROY-BEAULIEU, « Traité théorique et pratique d'économie politique », Paris, Librairie Guillaumin, 1896, 2 tomes : t. I, VII + 793 pages; t. II, 652 p., cit. t. I p. 494). Ce que recherche aujourd'hui un travailleur indépendant à travers la formule du portage, ce n'est pas de devenir « une grosse fortune », ce n'est pas plus un contrat de travail, mais simplement le statut attaché au salariat et plus précisément encore la protection attachée au salariat (v. article L. CASAUX).

## Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main-d'œuvre illicite <sup>(1)</sup> ?

par Jean-Yves KERBOURC'H

Professeur à l'université de Haute-Alsace

Les structures de portage salarial connaissent en France un extraordinaire essor doublé d'un dynamisme d'autant plus étonnant que cette activité ne s'inscrit dans aucun cadre juridique existant. Les créateurs de ces structures partent du constat que beaucoup d'entreprises qui auraient besoin de s'attacher les services de travailleurs qualifiés très expérimentés hésitent à leur proposer un contrat de travail (2). De leur côté, les travailleurs ne souhaiteraient pas être des indépendants, soit que ce statut ne leur paraisse pas opportun, soit que la tâche qu'ils doivent accomplir soit ponctuelle et sans rapport avec l'investissement financier et personnel que représente un changement de statut, s'ils sont déjà des salariés (3).

La structure de portage s'entremet en concluant trois contrats. Le premier avec le client (4), par lequel elle s'engage à exécuter pour son compte une prestation de

services. Un second avec le travailleur qu'elle qualifie de « contrat de travail ». Et enfin un dernier avec ce même travailleur qui organise le cadre général de leurs obligations respectives (5).

C'est le premier contrat, celui conclu entre la structure de portage et le client qui retiendra notre attention. Ce contrat met généralement à la charge de la première (la structure de portage) l'obligation d'exécuter, pour le compte du client, une *prestation de services* moyennant le paiement d'une somme d'argent. L'expression « prestation de services » doit ici être entendue dans son sens générique, en ce qu'elle englobe tout avantage (ouvrages, travaux, gestion, conseils...), en vertu des contrats les plus divers (mandat, entreprise, bail, commission, courtage, agence commerciale, franchise...). Il est rare, dans les pratiques de portage, que le contrat prévoit la fourniture de produits en pleine

(1) Cet article rend compte d'une recherche sur le portage salarial pour la Délégation générale à l'Emploi et à la Formation professionnelle (ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement).

(2) Les motifs allégués sont divers, et parfois ténébreux : certaines entreprises ne voudraient utiliser les services du travailleur que ponctuellement, pour la durée d'une mission précise et ne souhaiteraient pas s'engager pour une longue durée; elles ne seraient pas prêtes à s'embarasser de l'administration d'un contrat de travail; l'âge du travailleur leur paraîtrait trop avancé; le salariat ne correspondrait pas aux politiques « d'externalisation » des tâches intellectuelles confiées (consultations en divers domaines).

(3) Il s'agit également (surtout ?) de permettre à l'intéressé de bénéficier des prestations de l'assurance-chômage entre deux périodes de travail.

(4) Que le travailleur porté est censé avoir démarché préalablement.

(5) J.-Y. KERBOURC'H, « Nature et régime juridique du contrat par lequel un travailleur adhère à une entreprise de

portage », in « *Le portage salarial : mise à disposition, sous-traitance ou intérim ?* », Éd. Kluwer, Bruxelles, 2005, pp. 31-51. Observons que la formule du portage salarial s'inspire beaucoup du portage d'actions. Dans la vie des affaires il est de pratique courante, dans le cadre des cessions de droits sociaux, et en particulier pour des cessions de contrôle, d'utiliser des formules qui permettent à une partie d'acheter ou de vendre à une autre partie dans un temps futur et à un prix dont le montant ou un plancher ont été convenus d'avance, tout ou partie des droits sociaux qu'elle possède. Autrement dit, des prises de participation ou des créations de filiales peuvent être réalisées par l'intermédiaire d'organismes financiers qui souscrivent ou achètent les actions d'une société dont une autre veut prendre le contrôle. Ces organismes financiers se font promettre par cette dernière (celle qui veut prendre le contrôle) que ces actions leur seront achetées au terme d'une période déterminée et à un prix fixe. La convention de portage est l'opération qui permet d'aboutir à ce résultat (v. F.-X. LUCAS, « Les transferts temporaires de valeurs mobilières », *LGDJ*, 1997, 370 p.; P. SOUMRANI, « Le portage d'actions », *LGDJ*, 1996, 618 p.; B. Treille, « Les conventions de portage », *Rev. soc.* 1997, p. 721).

# L'essor du travail indépendant en Europe – un défi pour le droit du travail<sup>1</sup>

Par Claude Emmanuel TRIOMPHE,  
ASTREES<sup>2</sup>

Cette présentation ne se veut pas exhaustive de ce qui se passe sur le territoire de l'Union européenne, mais vise à donner quelques éléments d'ordre général pour l'ensemble de l'Union européenne<sup>3</sup> pour passer ensuite à la description de la situation dans trois pays : le Royaume Uni, la Pologne et l'Espagne, trois exemples de réflexion intéressants aujourd'hui.

## 1. Généralités sur le travail indépendant en Europe

La première chose que nous pouvons constater sur le territoire de l'Union européenne, est l'essor absolument généralisé de ce qu'il est convenu d'appeler les nouvelles formes de travail<sup>4</sup>, qui englobent autant du travail indépendant, du travail à durée déterminée ou temporaire, du travail à temps partiel et une multiplicité de statuts. Si nous faisons le compte de l'ensemble des nouvelles formes de travail – y compris le temps partiel qui, pour certains pays européens est une nouvelle forme de travail, alors que dans d'autres comme les Pays Bas et même la France, cela est devenu une forme de travail qui n'est plus nouvelle et de moins en moins atypique - nous ne sommes pas loin de la moitié de la main d'œuvre en Europe. Ce qui veut dire que le CDI à temps plein, ne représente plus qu'une petite majorité des relations de travail sur le continent européen.

Il y a bien sûr beaucoup de facteurs d'explication dont trois paraissent essentiels.

Première chose : toute la transformation, les restructurations de l'entreprise, entendez non pas seulement au sens des plans sociaux, mais des réorganisations, tous les phénomènes auxquels il a été fait allusion tout à l'heure sur la constitution d'entreprises en réseaux, les phénomènes de délocalisation intra et extra européenne, constituent la première chose. Deuxième chose : nombre de pays européens ont procédé, depuis une bonne dizaine d'années, à des réformes très importantes de leur marché du travail, placé en général sous le signe de la flexibilisation. Même si le terme maintenant à la mode est la flexi-sécurité, nous allons dire quand même que le flexi l'emporte sur le sécuritaire.

Troisième chose, bien sûr valable d'autant plus depuis 2004 : les transitions économiques majeures qui impactent toute la partie Est de notre continent et qui sont sans commune mesure avec ce que nos pays ont connu ces dernières années.

---

<sup>1</sup> Retranscription d'une présentation orale faite à la DRTEFP Ile de France le 23/09/2008

<sup>2</sup> Association Travail, Emploi, Europe, Société [www.astrees.org](http://www.astrees.org)

<sup>3</sup> Voir aussi nombreuses analyses et données dans [www.metiseurope.eu](http://www.metiseurope.eu)

<sup>4</sup> Voir l'étude effectuée pour le Parlement Européen par l'Université Européenne du travail et Labour Asociados: <http://www.europarl.europa.eu/activities/delegations/studies/download.do?file=23224>

Quelques chiffres avant de poursuivre sur la notion de travail indépendant et de travail indépendant subordonné ou parasubordonné.

Un travailleur européen sur six est un travailleur indépendant. C'est extrêmement important. Ce n'est plus une figure marginale. Nous avons à peu près 21 millions de travailleurs indépendants sur le territoire de l'Union sur 122 millions de travailleurs. Mais cette réalité pour être absolument massive, est très différenciée géographiquement. Le summum est atteint en Roumanie avec des estimations qui, selon l'OCDE ou Eurostat diffèrent ; les estimations les plus hautes donnent 43 % ; 25 % pour la Grèce ; aux alentours (cela fluctue selon les années) de 27 et 30 % pour la Pologne ; et puis une large catégorie de pays tournent entre 10 et 15 % ; la France est autour de 10 %. Certains pays sont en dessous de 10 % : un pays comme le Danemark ou la Slovaquie.

Quatre grandes figures du travail indépendant se dégagent en Europe.

La première figure : ce sont les personnes physiques qui créent leur entreprise et offrent des services à d'autres entités économiques. Deuxième figure : des personnes physiques qui utilisent des formules de partenariat civil entre elles, en vue de conduire une activité économique et sans que ce partenariat soit un partenariat de subordination. Troisième figure : bien connue, je ne m'y attarderai pas, les professions libérales. Et quatrième figure : les personnes physiques qui conduisent des activités au profit exclusif d'une autre entité et sur lesquelles nous allons nous attarder.

Ces catégories sont celles qui ressortent des enquêtes : il n'existe pas de définition juridique européenne. Nous savons tous qu'il n'existe pas de définition française du contrat de travail, donc n'oubliez surtout pas qu'il existe une définition juridique européenne du contrat de travail (je rappelle qu'il n'existe pas de directive européenne sur le contrat de travail). Il n'existe pas non plus de définition juridique européenne sur le travail indépendant. Ce sont des catégories d'enquêtes, de statistiques, ce ne sont pas des catégories juridiques dont je parle. Mais par contre, il est très certain, qu'en dépit de leur diversité, les 27 états membres partagent une vision binaire de la réalité ; d'un côté le salarié, et de l'autre côté le travailleur indépendant ou plus exactement le statut dit "d'entrepreneur". Ce sont donc ces deux figures juridiques qui sont à l'œuvre dans l'ensemble des états membres.

Le travail indépendant est une réalité numériquement massive et aussi un sujet qui fait débat en Europe, et pas qu'en France. Une anecdote au passage : savez vous que dans les supermarchés de Slovaquie, 40 % des caissiers et des caissières sont des travailleurs indépendants (sans la caisse, bien entendu) ?

Dans la plupart des pays européens qui sont largement impactés par la question du travail indépendant, se pose une double question, à la fois fiscale et de protection sociale. C'est ce qui fait le plus débat. Sur la protection sociale, il s'agit autant du paiement des cotisations que des bénéfices sociaux. Et ceci, est particulièrement vrai dans les pays d'Europe centrale qui sont dans le paradoxe d'avoir des taux de cotisation sociale singulièrement élevés, souvent supérieurs à 40 % ou 45 % pour des prestations sociales extrêmement faibles. Je viens de voir un article : en Lituanie, il a été découvert que 660 000 Litvaniens, plus d'un tiers de la population active, aujourd'hui, n'est couverte par aucun système de retraite.

Voilà un exemple des réalités qui se posent. Ces réalités essaient de se frayer un chemin au niveau de l'Union. La dernière tentative extrêmement modeste, est le Livre Vert de la Commission européenne sur l'avenir du droit du travail communautaire. Quelle est la proposition du Livre Vert ? Amener un certain nombre de sujets et demander à la fois aux états membres mais aussi aux acteurs économiques et sociaux, de réagir et de voir s'il existe la possibilité pour l'Europe, de se doter de règles communes. Le Livre Vert est sorti en 2006 et il cite explicitement trois des sujets qui sont au centre de ces journées, c'est-à-dire à la fois le travail dissimulé, le travail dit parasubordonné, et la question des relations de sous-traitance. Ceci dit, quand nous voyons les réponses apportées à ce Livre Vert, par les acteurs sociaux et économiques d'un côté, les réponses des états membres de l'autre, il n'existe pas de raison d'être extrêmement optimiste sur l'adoption de règles communes. Il existe peu de consensus européen sur ces questions et je ne vous fais pas de dessin aujourd'hui sur les facteurs surdéterminants politiques européens à la fois de type idéologique mais aussi de type purement politique, qui mèneraient à des décisions communes.

Puisque l'Union n'a pas de réponse toute prête et si elle s'aventurait à en mettre une sur les rails, elle mettrait entre cinq et dix ans à aboutir. Je tiens mes chiffres de la directive sur l'intérim qui va sans doute être adoptée sous présidence française, après la fin du veto britannique. Mais rien n'est sûr et la directive intérim aura mis dix ans entre le moment où elle a été proposée au conseil et le moment où elle sera adoptée par le conseil, sans parler de la difficile négociation avec le parlement.

Alors puisque l'Union ne donne guère de réponse, regardons quelles sont les réponses nationales ?

## 2. La situation au Royaume-Uni

Voilà un pays traversé par une distinction très traditionnelle entre la notion "employé" qui grosso modo renvoie à notre notion de salarié, et un autre concept "*worker*", le travailleur, mais celui-ci n'est pas le travailleur des directives européennes. Je rappelle que beaucoup de directives européennes font appel à la notion de travailleur, mais renvoient aux législations nationales pour lui donner instance. Et la quasi-totalité des législations nationales lui donnent un sens très exclusif de salarié avec parfois une extension notamment aux fonctionnaires. Le Royaume-Uni distingue donc les travailleurs des salariés, ces travailleurs représentant à peu près 5 % de la population active et étant définis par une loi sur l'emploi de 1996 comme "*des personnes qui prestent des services pour une entité tierce qui n'est ni un client ni un consommateur*", sous-entendu un employeur. Ces personnes ne bénéficient pas en général des protections légales des salariés britanniques. Cela ne veut pas dire qu'elles sont forcément taillables et corvéables à merci et notamment elles ont le droit normalement de refuser du travail qui serait du travail demandé à la minute et en très grande quantité. Ceci dit, ce statut faisait l'objet de très nombreuses critiques et une loi de 1999 a annoncé l'abolition de la frontière entre le statut de salarié et le statut de travailleur. Le seul problème est que les mesures qui devaient suivre cette loi n'ont jamais été prises jusqu'à présent et que donc, le statut de "*worker*" continue à subsister au Royaume-Uni.

## 3. Le cas de la Pologne

La Pologne a connu une formidable explosion de son nombre de travailleurs indépendants après la transition (je parle ici de transition politique mais aussi économique) de 1989, pour beaucoup de raisons, notamment le mouvement de libéralisation visant à faire grandir l'esprit d'entreprise des Polonais. La réalité est toute autre. Les restructurations des entreprises publiques, entreprises d'Etat, ont été telles que se mettre à son compte a été en général la seule solution de survie à la fois en termes d'activité et en termes de revenu. En effet, beaucoup de ces personnes étaient souvent mises à la porte du jour au lendemain, avec une protection sociale extrêmement faible et dans un contexte où, jusqu'à des années très récentes, le taux de chômage polonais tournait autour des 20 %. Formidable a été le développement du travail indépendant. Le nombre d'indépendants polonais tourne aujourd'hui autour des trois millions et varie peu selon les années. Sur ces trois millions, un certain nombre d'enquêtes montrent que, entre un million et demi et deux millions, ce sont des personnes qui sous couvert de travail indépendant, ont des activités identiques ou extrêmement proches des activités qu'elles avaient exercées auparavant sous forme salariée. Cela ne veut pas dire forcément que ce sont tous des faux indépendants. Cela veut simplement dire que le type d'activité exercé par ces personnes était identique ou similaire. Et ces mêmes enquêtes disent que sur ce nombre-là, quatre cents à six cent mille, peuvent être vraiment considérées comme étant des faux indépendants. Voilà la situation et cette situation a d'abord été largement encouragée par notamment le régime fiscal et le régime de Sécurité sociale puisque, pour promouvoir la création d'entreprises, il a été permis aux gens notamment d'élaborer (ceci est commun d'ailleurs à la plupart des pays d'Europe centrale) ce que nous appelons une "flat tax", c'est-à-dire une espèce de taux d'imposition minimum et commun, qui, selon les pays varie entre 15 et 20 % (19 % pour la Pologne), à condition évidemment d'opter pour un statut d'entrepreneur. Evidemment, beaucoup de gens ont opté pour ce statut-là, qui leur permettait non seulement de payer un impôt sur le revenu plus faible mais aussi de payer des cotisations sociales plus faibles. Cette situation a prospéré grosso modo jusqu'au début des années 2000. Ensuite, premièrement l'Etat polonais s'est aperçu qu'il avait un manque à gagner fiscal et social considérable et que par ailleurs, il existait de plus en plus de mécontentement, notamment exprimé par les syndicats polonais. C'est pourquoi, plusieurs mesures ont été adoptées, la première en 2002 avec un amendement au Code du travail polonais qui disait qu'il était inadmissible de transformer un contrat de travail en contrat civil si les conditions de travail demeuraient inchangées. Cet amendement a connu un impact extrêmement faible parce que les tribunaux saisis ont eu une interprétation très libérale des lois fondamentales et en faisant prévaloir, dans la quasi-totalité des cas, peu nombreux, la volonté des parties. Celle-ci étant de dire, il s'agit d'un contrat civil, l'amendement du Code du travail n'avait guère d'impact. Ensuite, une loi fiscale sur le revenu des personnes physiques en 2007 qui, elle, a voulu limiter la définition de ce qu'était un travailleur indépendant. Cette loi fiscale pose ici un certain nombre de limites qui sont les suivantes :

- un travailleur indépendant ne peut pas être en position de direction ou de contrôle des autres travailleurs dans une entreprise ; un certain type d'activité est exclu ;
- les travailleurs indépendants doivent être traités comme des contractants indépendants et donc ils ne peuvent pas être traités de la même manière que les autres salariés, notamment en ce qui concerne le lieu, le temps de travail et la manière dont ils travaillent ;
- le travailleur indépendant ne peut pas être rémunéré selon les mêmes modes qu'un travailleur salarié ;

- un travailleur indépendant ne peut pas se voir accorder les mêmes avantages qu'un autre travailleur (vacances, congés- maladie etc.);
- les travailleurs indépendants doivent avoir une certaine part de responsabilité de risque quant à leur activité ;
- dernier critère absolument fondamental : il ne peut y avoir de restriction à la liberté des travailleurs indépendants qui ne peuvent être en aucun cas, soumis à des prestations exclusives au profit d'un donneur d'ordre.

Donc, par l'intermédiaire d'une loi fiscale, le Parlement polonais a essayé de limiter le phénomène. Par ailleurs, toujours en 2007, une loi sur l'Inspection du Travail considère que :

- l'employeur doit, en termes de santé et de sécurité, assurer exactement les mêmes conditions pour les travailleurs indépendants que pour ses propres travailleurs salariés y compris en termes de formation, information, exercice concret, examens médicaux...
- et enfin, que l'Inspection du Travail doit pouvoir inspecter les lieux de travail indépendamment du statut des personnes.

Pour en terminer sur la Pologne, il faut dire que l'impact de ces lois de 2007 est encore difficile à connaître, vu leur caractère très récent. Mais, il existe aujourd'hui un projet de loi en discussion au Parlement polonais qui va plus loin et qui vise à créer un contrat de non salarié, qui accorderait à certains travailleurs indépendants un certain nombre de droits :

- Des droits pour des congés annuels et un congé maternité ; mais j'ajoute que le projet de loi ne prévoit pas que ces congés soient payés ;
- Un préavis quant à la rupture du contrat civil ;
- Un minimum pourra être appliqué, qui est assez bas puisque feraient partie de cette catégorie de travailleurs, tous les travailleurs dont la rémunération provoquée par une autre entité, dépasserait 50 % du salaire minimum en vigueur, donc un périmètre de définition du fameux travailleur indépendant non salarié, assez large.

#### 4. La « révolution » espagnole

Si plusieurs pays européens aujourd'hui s'attachent à la notion de travail parasubordonné - l'Italie, l'Autriche, le Portugal, la Pologne notamment - l'Espagne est sans doute le seul pays européen, qui, à ma connaissance, a aujourd'hui fait une œuvre que nous pouvons qualifier à la fois de globale et relativement révolutionnaire. En effet, depuis juillet 2007, l'Espagne s'est dotée d'une loi sur le travail autonome, plus exactement un statut du travail autonome<sup>5</sup>. Les mots ont leur sens puisque l'Espagne a depuis sa transition démocratique, un statut des travailleurs et donc, à côté du statut des travailleurs, elle s'est dotée d'un statut du travail autonome qui est intéressant à plusieurs titres.

---

<sup>5</sup> Voir « *Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol* », Fernando Valdés Dal-Ré et Olivier Leclerc, *Revue de Droit du Travail*, n°5, mai 2008, pp 296 à 303

L'exposé des motifs est extrêmement intéressant. Il revient abondamment sur les raisons de la nécessité d'adopter un statut du travail autonome. Je ne peux pas passer toutes les raisons en revue :

- d'abord des raisons purement juridiques, à cause de la diversité des modes de travail autonome dans la société espagnole mais vraisemblablement dans la plupart des sociétés européennes. En effet, chacune a son petit régime. L'Espagne a voulu unifier ces régimes qui, en plus, rentraient largement en contradiction les uns avec les autres et donc a voulu se doter d'un corps de règles homogène.
- des raisons techniques, sociologiques et économiques. Les parlementaires espagnols notent que la notion de travail autonome (pour l'instant, je ne parle pas de travail autonome subordonné) s'est très largement répandue. A la fois, il a conquis le monde dit "fordiste" ou "tayloriste". De plus en plus de travailleurs se trouvent en situation d'autonomie individuelle ou collective mais également, les professions traditionnellement autonomes ont très largement débordé de leur champ pour aller notamment vers des champs avec un usage fort de technologie de l'information ; elles ont quitté parfois certains de leurs champs traditionnels (je pense notamment au champ de l'agriculture).

Le Parlement espagnol a donc adopté un statut du travail autonome qui comporte deux grandes parties :

- a. des définitions communes
- b. des définitions spécifiques pour ce qu'ils appellent le travail autonome dépendant.

Le travail autonome dépendant est défini dans la loi espagnole de la manière suivante : il s'agit d'une activité économique habituelle, personnelle, directe, au profit d'une autre entité dont la rémunération en dépend à au moins 75 %. Avant de revenir sur les conséquences concrètes de cette définition pour le travail autonome dépendant, je voudrais dire qu'il existe trois catégories de garanties apportées à tous les travailleurs autonomes, qu'ils soient dépendants ou indépendants.

Ces trois garanties sont les suivantes :

- c. Une protection contre la discrimination. Le statut du travail autonome en Espagne, permet de transcrire complètement les directives européennes sur la non-discrimination dans le travail, à tous les types de travailleurs et non pas seulement aux travailleurs salariés. Je ne fais pas la liste des discriminations, vous savez qu'elle est extrêmement large dans l'Union européenne. Et le texte ajoute, qu'il est du rôle des pouvoirs publics de garantir l'effectivité de cette protection contre les discriminations. S'ajoute, dans le même paragraphe, l'affirmation d'un droit pour les travailleurs autonomes de pouvoir concilier leur activité professionnelle et leur vie personnelle et familiale.
- d. La garantie à propos des risques professionnels. Les travailleurs autonomes doivent être protégés contre les risques professionnels et l'administration. En

particulier, l'administration du travail se voit confier un rôle particulier de vigilance sur le fait que les travailleurs autonomes bénéficient de la même protection contre les risques professionnels que les travailleurs salariés. Quand un travailleur autonome preste son activité dans le local d'un utilisateur, la responsabilité en matière de santé sécurité est donnée ici à l'entreprise utilisatrice. Enfin, la loi reconnaît à tous les travailleurs autonomes dépendants ou pas, un droit de retrait en cas de risque grave et imminent pour la santé du salarié. Il en va de même en Pologne où la santé-sécurité est un droit garanti par la constitution polonaise et donc dans toutes les mesures légales et les projets de loi actuellement en discussion, existe un paragraphe abondant sur la protection en matière de santé-sécurité des travailleurs indépendants.

- e. Les garanties économiques : la loi reconnaît une action directe à l'encontre du maître d'ouvrage, lorsque le contrat civil n'a pas été respecté entre le donneur d'ordre et un travailleur autonome. Enfin, une protection du travailleur autonome sur son patrimoine, et notamment sur son logement qui n'est pas tout à fait rendu insaisissable. Mais il n'est plus possible de s'en saisir en cas de défection du travailleur autonome comme il était possible auparavant.

Voilà les trois protections communes. J'en arrive aux protections spécifiques du travailleur autonome dépendant. Essentiellement, deux types de protection, individuelles et collectives. Je vais aller très vite sur les droits individuels :

- Droit à 18 jours de congé ;
- Droit du repos ;
- Un problème sur la durée du travail : elle s'effectue évidemment selon ce qui a été stipulé dans le contrat de prestation, mais elle ne peut pas être augmentée de plus de 30 % du volume contractuellement donné ;
- Un essai de limiter la durée du travail des travailleurs autonomes dépendants ;
- Un préavis en cas de rupture et aussi la survenance d'une cause justifiée si la rupture intervient avant la terminaison du contrat, rupture qui est laissée maintenant à l'appréciation des tribunaux ;
- Des motifs également de suspension du contrat notamment lorsqu'il y va de la santé du salarié, d'exigences personnelles majeures.

Je termine par les droits complètement novateurs qui sont les droits collectifs, puisque ici le statut espagnol prévoit la reconnaissance d'associations professionnelles de travailleurs autonomes avec un concept de représentativité. Le premier droit est largement en fonction des moyens, du nombre d'adhérents, de la présence d'un siège permanent, des critères de représentativité, des droits liés à cette représentativité notamment reconnus par les autorités publiques. Le deuxième droit est consulté par les autorités publiques dès qu'une politique publique concernera directement ou indirectement le travail autonome. Et enfin, troisième droit, celui de la gestion de programmes publics, par exemple programmes de formation que les autorités publiques peuvent confier à ces associations professionnelles.

J'ajoute que ce droit n'est pas antinomique du droit syndical. Il n'est pas du tout interdit aux syndicats de salariés de syndiquer les travailleurs autonomes dépendants. Simplement, à côté du syndicalisme, est reconnu le droit à des associations professionnelles spécifiques.

# Qui peut devenir auto-entrepreneur ?

La loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 en date du 4 août 2008 (la LME) a pour objectif essentiel de contribuer à la création de davantage d'entreprises en France en faisant souffler un vent de croissance et de liberté sur l'économie française.

Parmi les mesures les plus significatives adoptées afin d'encourager les entrepreneurs dans la création d'entreprises figure le nouveau régime de l'auto-entrepreneur destiné à offrir aux personnes qui souhaitent se mettre « à leur compte » divers avantages en termes de création, de gestion et de cessation d'une activité en nom propre, c'est-à-dire un statut simple pour tous ceux qui veulent entreprendre.

**Le régime de l'auto-entrepreneur entre en vigueur à compter du 1er janvier 2009.**

Pour devenir auto-entrepreneur, il faut être soumis au régime fiscal de la micro entreprise (~~voir annexe I~~). Ce régime est de droit si les conditions suivantes sont réunies :

## EXPLOITER UNE ACTIVITÉ

### SOUS FORME D'ENTREPRISE INDIVIDUELLE

Toute personne physique peut bénéficier du régime dès lors qu'elle exerce à titre individuel, quel que soit son domaine d'activité (commercial, artisanal, services et de manière plus générale toute activité professionnelle indépendante) et que ce soit à titre principal ou complémentaire.

**Toutefois, il existe certains domaines d'activité exclus (~~voir annexe I~~).**

**Les personnes exerçant sous forme de société sont aussi exclues du régime.**

## RÉALISER UN CHIFFRE D'AFFAIRES INFÉRIEUR À UN CERTAIN SEUIL

Le régime est réservé aux petites entreprises dont le chiffre d'affaires annuel est inférieur à :

◇ 80 000 € € pour les entreprises dont l'activité principale est de vendre des marchandises, objets, fournitures et denrées à emporter ou à consommer sur place ou de fournir des prestations d'hébergement (hôtellerie, location meublée).

◇ 32 000 € pour les entreprises dont l'activité principale est de fournir des prestations de services à caractère commercial ou artisanal.

◇ 32 000 € pour les autres prestations de service, imposables dans la catégorie des bénéficiaires non commerciaux (BNC), c'est-à-dire principalement les activités libérales.

Ces plafonds sont réévalués chaque année.

~~Sur les règles applicables en cas de cumul d'activités par une même personne ou au sein d'un même foyer fiscal, voir annexe II. Sur les règles applicables en cas de création d'entreprise par un demandeur d'emploi, voir annexe III.~~

## BÉNÉFICIER DE LA FRANCHISE DE TVA

Toute entreprise peut exercer en franchise de TVA lorsque son chiffre d'affaires annuel n'excède pas les plafonds du régime fiscal de la micro entreprise (80 000 € pour le commerce (achats/reventes, ventes à emporter ou à consommer sur place et prestations d'hébergement) et 32 000 € pour les services) et dès lors que l'exploitant n'opte pas pour le paiement de la TVA.

Dans ce cas, l'entreprise ne facture pas de TVA à ses clients mais elle ne peut pas récupérer la TVA que lui facturent ses fournisseurs. Toutefois, certaines activités sont exclues de la franchise de TVA ~~(voir annexe I).~~

**Attention ! Si vous optez pour le paiement de la TVA, vous ne pourrez plus bénéficier du régime fiscal de la micro entreprise et donc du régime de l'auto-entrepreneur.**

# Qu'apporte le régime de l'auto-entrepreneur ?

Devenir auto-entrepreneur présente de nombreux avantages sociaux, déclaratifs et fiscaux.

En résumé, l'auto-entrepreneur est affilié à la sécurité sociale des indépendants<sup>1</sup> et valide des trimestres de retraite<sup>2</sup>. Il s'acquitte forfaitairement de ses charges sociales et de ses impôts uniquement sur ce qu'il encaisse. S'il n'encaisse rien, il ne paie et ne déclare rien. Grâce au système de versement libératoire, il peut calculer très facilement son prix de revient.

*“ S'il  
n'encaisse  
rien, il ne  
paie rien “*

De plus, l'auto-entrepreneur n'est pas soumis à la TVA et il peut être exonéré de taxe professionnelle pendant trois ans, en cas de création d'entreprise.

Enfin, l'auto-entrepreneur qui crée son entreprise est dispensé d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers et il lui suffit de se déclarer auprès du centre de formalités des entreprises. De même, la cessation d'activité est soumise à des formalités simplifiées auprès du centre de formalités des entreprises.

Les avantages offerts par le nouveau régime sont les suivants.

<sup>1</sup> Les activités rattachées au régime général de la sécurité sociale (par exemple, les vendeurs à domicile indépendants et les artistes-auteurs via la Maison des Artistes) sont exclues du régime de l'auto-entrepreneur qui est réservé aux entrepreneurs relevant du régime social des indépendants. Sont également exclues, les activités relevant de la Mutuelle sociale agricole ainsi que celles relevant des régimes spéciaux mentionnés au R. 711-1 du Code de la Sécurité Sociale.

<sup>2</sup> Attention : la validation de plus d'un trimestre de retraite dépendra du niveau de revenu, obtenu après abattement forfaitaire sur le chiffre d'affaires (voir annexe IV).

## POUR LE CRÉATEUR D'ENTREPRISE

### Ce que vous apporte le nouveau régime

Option pour le régime du micro social simplifié

Comment opter ? Vous devez opter explicitement pour ce régime à l'occasion de votre déclaration d'activité faite en ligne sur le site [www.lautoentrepreneur.fr](http://www.lautoentrepreneur.fr) ou bien auprès du centre de formalités des entreprises dont vous dépendez (voir p.8 et 9).

Cette option vous permet de payer vos charges sociales en fonction de vos recettes encaissées, mensuellement ou trimestriellement. **Si aucun encaissement n'est intervenu durant la période, vous ne déclarez et ne payez rien.** L'ensemble de vos charges sociales personnelles est réglé par un versement unique que vous pouvez effectuer, si vous le souhaitez, par télédéclaration et télépaiement à partir du site [www.lautoentrepreneur.fr](http://www.lautoentrepreneur.fr).

Le forfait applicable à vos encaissements réalisés durant la période (trimestre ou mois) est de :

⇨ 12% pour les entreprises dont l'activité principale est de vendre des marchandises, objets, fournitures et denrées à emporter ou à consommer sur place ou de fournir des prestations d'hébergement ;

⇨ 21,3% pour les entreprises dont l'activité principale est de fournir des prestations de services à caractère commercial ou artisanal ;

⇨ 18,3 % pour les prestations de services délivrées par les professionnels libéraux qui relèvent du régime d'assurance – vieillesse de la Caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance – vieillesse (CIPAV). ~~La liste des activités concernées figure en annexe V.~~ **Attention ! L'entrée en vigueur de ce taux est conditionnée par la signature d'un accord entre cette caisse, le Régime social des indépendants et l'ACOSS.**

Ce forfait comprend : la cotisation d'assurance maladie-maternité et la cotisation supplémentaire d'indemnités journalières / la cotisation d'allocations familiales/ la cotisation d'assurance vieillesse du régime de base/ la contribution sociale généralisée (CSG)/ la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS)/ la cotisation au titre du régime complémentaire obligatoire/ la cotisation au régime d'invalidité et de décès.

*3 Vous pouvez bénéficier également du régime du micro social simplifié, sans pouvoir alors bénéficier de la déclaration d'entreprise simplifiée en dispense d'immatriculation, si vous en faites la demande par la suite, au plus tard le dernier jour du 3ème mois qui suit celui de la création de votre activité, à la caisse de base du régime social des indépendants dont vous dépendez ou en ligne à partir du site [www.lautoentrepreneur.fr](http://www.lautoentrepreneur.fr).*

Ce régime est simple, car les cotisations dues sont calculées uniquement en proportion de vos encaissements. Il est lisible et prévisible, car le paiement est versé pour solde de tout compte sans régularisation ultérieure et il est avantageux pour la trésorerie car aucune avance n'est réclamée à l'auto-entrepreneur. L'auto-entrepreneur connaissant ses charges de manière précise, peut adapter facilement son prix de vente à son prix de revient, ce qui est un facteur favorable à la pérennisation de son activité.

Déclaration simplifiée en dispense d'immatriculation

Les commerçants et les artisans sont en principe tenus de se faire immatriculer au registre du commerce et des sociétés (RCS) et/ou au répertoire des métiers (RM). Vous pouvez être dispensé de cette formalité si vous avez opté pour l'option du micro social simplifié évoquée précédemment.

**Dans ce cas, il vous suffit de remplir un formulaire unique et simplifié de déclaration propre aux auto-entrepreneurs, figurant en annexe VI, qui vaut :**

- ⇒ demande de délivrance par l'INSEE d'un numéro unique d'identification de votre activité (numéro SIREN),
- ⇒ déclaration d'activité auprès du régime social des indépendants comportant l'option pour le régime du micro social simplifié,
- ⇒ déclaration d'activité aux services fiscaux comportant, le cas échéant, l'option pour le régime du versement libératoire de l'impôt sur le revenu.

**Attention ! les agents commerciaux restent tenus de s'immatriculer au registre spécial tenu par le greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel ils sont domiciliés.**

Avec une photocopie de votre pièce d'identité, le formulaire rempli et signé doit être déposé au centre de formalités des entreprises (CFE) correspondant à votre activité<sup>4</sup> :

- ⇒ CFE géré par la chambre de métiers et de l'artisanat pour ceux qui ont une activité artisanale exercée à titre principal ou accessoire,
- ⇒ CFE géré par la chambre de commerce et d'industrie pour les activités commerciales,
- ⇒ CFE géré par l'URSSAF pour la plupart des autres services.

<sup>4</sup> Pour connaître votre CFE, voir le site <http://annuaire-cfe.insee.fr/AnnuaireCFE/jsp/Controleur.jsp>

Cette déclaration peut également être faite par Internet. Le CFE informera les administrations concernées de votre déclaration pour votre compte quelque soit votre secteur d'activité vous pouvez aussi déclarer votre activité en ligne via le site [www.lautoentrepreneur.fr](http://www.lautoentrepreneur.fr) **en utilisant le formulaire figurant en annexe VI**

Dispense du stage de préparation à l'installation (pour les personnes exerçant une activité artisanale)

Les artisans sont en principe tenus, avant de pouvoir s'immatriculer au RM, de suivre un stage payant de préparation à l'installation, généralement organisé par les chambres de métiers et de l'artisanat.

Les auto-entrepreneurs ayant une activité artisanale ne sont pas obligés de participer à un tel stage (mais vous pouvez en faire la demande volontairement).

Si vous devez, par la suite, procéder à votre immatriculation au RM (soit parce que vous le souhaitez, soit parce que votre chiffre d'affaires s'est développé au delà des seuils indiqués plus haut **en page 5**) vous serez dispensé de ce stage.

Option pour le versement libératoire de l'impôt sur le revenu

Seuls les entrepreneurs individuels qui ont opté pour le régime du micro social simplifié peuvent opter pour ce nouveau mode de paiement de l'impôt sur le revenu assis sur les recettes encaissées au titre de votre activité.

**Cette option supplémentaire vous est offerte à condition que le revenu global de référence de votre foyer fiscal de 2007 ne dépasse pas 25 195 € par part de quotient familial (soit 50 390 € pour un couple ayant deux parts).**

**Si votre revenu global de référence dépasse ce seuil, vous pourrez toujours bénéficier des autres avantages offerts par le nouveau régime (micro social simplifié et dispense d'immatriculation).**

Comment opter ? Vous devez opter explicitement pour ce régime à l'occasion de votre déclaration d'activité<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Vous pouvez bénéficier également de cette option, sans pouvoir alors bénéficier de la déclaration d'entreprise simplifiée en dispense d'immatriculation, si vous en faites la demande par la suite, au plus tard le dernier jour du 3ème mois qui suit celui de la création de votre activité à la caisse de base du régime social des indépendants dont vous dépendez ou en ligne à partir du site [www.lautoentrepreneur.fr](http://www.lautoentrepreneur.fr).

Cette option vous offre un certain nombre d'avantages :

⇒ Le versement libératoire de l'impôt sur le revenu assis sur votre chiffre d'affaires encaissé ou vos recettes.

Vous réglez votre impôt sur le revenu sur le bénéfice de votre entreprise en même temps que votre forfait de charges sociales. Vous payez votre impôt en appliquant à vos encaissements intervenus durant la période (trimestre ou mois), les taux suivants :

⇒ 1% pour les entreprises dont l'activité principale est de vendre des marchandises, objets, fournitures et denrées à emporter ou à consommer sur place ou de fournir des prestations d'hébergement.

⇒ 1,7% pour les entreprises dont l'activité principale est de fournir des prestations de services à caractère commercial ou artisanal.

⇒ 2,2% pour les autres prestations de service, imposables dans la catégorie des bénéfices non commerciaux, (BNC), c'est-à-dire principalement les activités libérales<sup>6</sup>.

**Comme pour les cotisations et contributions sociales, si aucun encaissement n'est intervenu, vous ne déclarez pas et ne paierez pas d'impôt au titre de la période.**

**Rappel : le taux forfaitaire s'applique au chiffre d'affaires et non pas au bénéfice ; en conséquence, il n'y a pas à tenir compte des charges professionnelles.**

Le paiement de cet impôt est libératoire : vous n'aurez qu'à porter le montant de votre chiffre d'affaires ou de vos recettes de l'année dans la case créée à cet effet, sur votre déclaration annuelle de revenus. Votre imposition, qui sera alors calculée, ne comprendra plus l'impôt sur votre activité déjà payé au cours de l'année civile précédente.

**Exemple :** cas d'un foyer fiscal composé d'un couple sans enfant. Monsieur dispose d'un salaire net de frais professionnels de 16 005 €, Madame déclare un micro BIC vente de 65 500 € de recettes, soit un revenu de 18 995 € après l'abattement de 71%. Le revenu net global s'élève donc à 35 000 €.

<sup>6</sup> Attention : les activités relevant du régime fiscal BNC mais qui sont affiliées au régime social des indépendants, notamment les activités d'agents commerciaux mandataires et les activités d'auto-école, relèvent du taux de 2,2% pour l'impôt sur le revenu alors que le taux des cotisations sociales qui leur est applicable est de 21,3%.

☛ Impôt dû avant la loi LME : pour les revenus de 2007, l'impôt final est de 2 346 €, soit un taux effectif d'imposition de 6,7% (2 346/35 000).

☛ Impôt dû après la loi LME : le prélèvement fiscal libératoire est de 655 € (65 500 x 1%). Le revenu net global se résume alors aux seuls salaires de Monsieur, soit 16 005 €. L'impôt sur les salaires est de 1 072 € (16 005 x 6,7%) . L'impôt total du foyer s'élève à 1 727 € (655 + 1 072). Le nouveau régime a permis un gain fiscal de 619 € (2 346 - 1 727).

#### ☞ Exonération temporaire de taxe professionnelle

En optant pour le versement libératoire de l'impôt sur le revenu, vous exonérez totalement votre entreprise des cotisations de taxe professionnelle pendant trois ans.

Ainsi, si vous créez votre activité au 1er mars 2009, vous êtes exonéré de taxe professionnelle pour 2009, 2010 et 2011.

### Ce que vous devez aussi savoir

Passage du régime de l'aide aux chômeurs créateurs ou repreneurs d'entreprises (ACCRE) et autres aides à la création au régime de l'auto-entrepreneur

L'ACCRE consiste en une exonération des charges sociales obligatoires personnelles du créateur ou repreneur d'entreprise, dans la limite d'un revenu de 120% du SMIC, pour une durée d'un an. Dans ce dispositif, la CSG/CRDS et la retraite complémentaire obligatoire (RCO) restent dues par le créateur ou repreneur.

L'ACCRE peut être prolongée sur un ou deux ans pour les personnes relevant du régime fiscal de la micro-entreprise, sous conditions de revenus (100% d'exonération jusqu'au niveau du RSA et 50% d'exonération entre ce même niveau de revenus et le SMIC).

**L'ACCRE et le régime de l'auto-entrepreneur se succèdent dans le temps dans les conditions suivantes :**

Comment opter ? Vous déposez une déclaration d'activité d'auto-entrepreneur et vous optez pour le dispositif du micro-social simplifié et éventuellement du versement libératoire de l'impôt sur le revenu dans les conditions indiquées plus haut (~~voir p. 7 à 10~~). Lors de votre déclaration d'activité, ou dans les 45 jours suivant la déclaration, vous demandez à bénéficier de l'ACCRE en remplissant un formulaire de demande d'aide auprès du centre de formalités des entreprises.

Si votre demande est acceptée, vous payez vos seules cotisations sociales résiduelles dues au titre de l'ACCRE (CSG/CRDS et RCO) dans les conditions de droit commun pendant la durée de bénéfice de l'exonération (un an avec possibilité de prolongation sur un ou deux ans sous conditions de ressources). A noter que le paiement de ces cotisations résiduelles peut être différé d'un an et échelonné sur cinq ans par demande faite lors de la déclaration d'activité. Ces cotisations seront appelées selon l'échéancier prévu et les modalités de droit commun.

**A l'issue de cette période, le régime de l'auto-entrepreneur prendra le relais et vous acquitterez vos charges sociales personnelles et éventuellement votre impôt sur le revenu libératoire, tous les mois ou les trimestres en fonction de votre choix.**

**Attention : il existe d'autres régimes d'exonération temporaire de charges sociales compatibles avec le régime de l'auto-entrepreneur (salarié créateur ou repreneur d'entreprise / travailleur indépendant implanté en zone franche urbaine) : pour plus d'informations, renseignez-vous auprès de la caisse de base du régime social des indépendants.**

- Ce qui ne change pas : conditions d'exercice de l'activité
- Qualification professionnelle

Pour l'exercice de certaines activités, une qualification est requise par la loi.

C'est ainsi que dans les métiers artisanaux du bâtiment ou de l'alimentaire, la coiffure à domicile, l'esthétique, etc, l'activité doit être exercée ou contrôlée par une personne détenant un diplôme de niveau au moins égal au CAP ou bénéficiant d'une expérience professionnelle préalable d'au moins trois ans dans le métier. ~~La liste des métiers concernés figure en annexe VII.~~ Renseignez-vous préalablement auprès des chambres consulaires, des ordres ou organisations professionnels ou des services de contrôle de l'État sur les règles applicables dans votre futur secteur d'activité.

- Services à la personne

Vous pouvez également exercer en tant qu'auto-entrepreneur, des activités soumises à la réglementation des services à la personne mais vous devrez obtenir un agrément si vous voulez bénéficier des avantages spécifiques offerts par la loi relative au développement des services à la personne du 26 juillet 2005.

#### ⇒ Assurance professionnelle

Vous devez respecter les obligations d'assurance professionnelle en fonction de l'activité exercée.

#### ☞ Quelles sont les assurances obligatoires ?

Elles varient en fonction de l'activité exercée. La loi impose pour certaines activités (comme le bâtiment) l'obligation de souscrire certaines assurances. Il convient également de vous renseigner avant de démarrer votre activité sur vos obligations en termes d'assurances auprès des chambres consulaires, des ordres ou organisations professionnels ou des services de contrôle de l'Etat.

#### ☞ Quelle est l'étendue de la responsabilité de l'entrepreneur ?

L'auto-entrepreneur comme tout entrepreneur, peut voir sa responsabilité civile professionnelle engagée dans le cadre de ses activités professionnelles. La souscription d'une assurance responsabilité civile professionnelle n'est pas obligatoire, sauf pour certaines activités.

**Attention ! la responsabilité civile des particuliers est en général couverte dans le cadre de l'assurance multi-risques- habitation mais ce type d'assurance ne couvre pas la responsabilité civile du souscripteur dans le cadre de ses activités professionnelles, même si elles sont marginales.**

#### ⇒ Obligation de loyauté

Le salarié, comme tout contractant, est tenu à une obligation de loyauté à l'égard de son employeur. Cette obligation de loyauté se poursuit, sous certaines limites fixées par la jurisprudence, après la fin des relations contractuelles du salarié avec son employeur.

Si vous êtes salarié et que vous souhaitez exercer une activité indépendante en complément de votre activité principale salariée, il vous est interdit d'exercer l'activité professionnelle prévue par votre contrat de travail auprès des clients de votre employeur sans l'accord de ce dernier.

Par ailleurs, votre contrat de travail peut prévoir des interdictions ou des restrictions limitant votre droit de créer une autre entreprise, ceci dans un souci de protection de l'employeur ; il faut donc regarder attentivement les clauses de votre contrat de travail si vous êtes salarié et que vous souhaitez exercer une activité indépendante complémentaire.

⇒ Respect de la réglementation générale et des normes techniques professionnelles

Les dispositions légales et réglementaires, ainsi que les normes techniques professionnelles, notamment en matière d'hygiène et de sécurité, ou de droit du travail applicables aux salariés et de protection du consommateur s'appliquent à l'auto-entrepreneur.

☐ Ce qui change : conséquences liées au choix de ne pas s'immatriculer au RCS ou au RM.

Si vous avez décidé de ne pas vous immatriculer, vous ne pouvez pas bénéficier de certains droits réservés aux entrepreneurs immatriculés à un registre de publicité légale.

⇒ Baux commerciaux

Rappel des principales spécificités du statut des baux commerciaux (articles L. 145-1 à L. 145-60 du code de commerce)

☛ durée minimale du bail fixée à 9 années avec faculté pour le locataire de résilier à la fin de chaque période de 3 ans sauf clause contraire ;

☛ plafonnement du loyer lors de la révision triennale ou du renouvellement du bail ;

☛ droit au renouvellement au profit du locataire qui le demande à l'échéance du bail sauf à ce que le propriétaire qui refuserait le renouvellement verse au locataire une indemnité d'éviction.

**Attention ! Si vous avez opté comme auto-entrepreneur pour la dispense d'immatriculation au RCS ou au RM, vous ne bénéficiez pas du droit au renouvellement du bail commercial si vous n'êtes pas immatriculé lors de son renouvellement, sauf si le bailleur et le locataire ont décidé, d'un commun accord, de se soumettre volontairement au régime des baux commerciaux. Vous devez donc vous immatriculer volontairement pour bénéficier du droit au renouvellement.**

⇒ Elections et éligibilité aux chambres consulaires

En l'absence d'immatriculation au RCS ou au RM, vous ne serez ni électeur à une chambre de métiers et de l'artisanat ni à une chambre de commerce et d'industrie et vous n'aurez pas à payer les taxes annuelles correspondant à cette inscription.



1<sup>ère</sup> épreuve :

Rédaction d'une note de synthèse sur un dossier.



## Note de synthèse.

Après plus d'un siècle d'extension du salariat, les situations de dépendance économique se développent, aujourd'hui, au gré de nouvelles formes d'organisation économiques: externalisation, sous-traitance, que ce soit dans les secteurs d'activité commerciales, artisanales ou libérales.

Une première loi dite "PME" d'août 2005 s'est intéressée au "professionnel libéral collaborateur", mais ce texte manquait d'ambition, et ne créait pas un véritable statut de la collaboration en s'appuyant sur la notion de subordination.

Aujourd'hui, des nouvelles formes de travail se généralisent sur l'ensemble du territoire de l'union européenne: travailleurs indépendants, multiplication des statuts.

Ainsi le contrat à durée indéterminée ne constitue

aujourd'hui qu'une petite majorité des relations  
de travail en Europe.

Un travailleur européen sur six est indépendant  
aujourd'hui.

Nous verrons donc que la relation de travail saignée  
apparaît de plus en plus comme une notion  
ambigüe qui doit être, dès lors, complétée par  
d'autres formes d'organisation de travail.  
Cela se réalisera par le développement et la  
reconnaissance juridique du travailleur indépendant  
ce qui a fait l'objet d'une loi que nous  
présenterons, mais qui génère, néanmoins, certaines  
difficultés pour le travailleur indépendant qui  
demeure, encore, économiquement dépendant.

I) Le travail salarié apparaît, aujourd'hui,  
comme une notion floue et dépassée.

A) La jurisprudence de la cour de cassation  
n'inscrit dans un mouvement ou la présence  
d'indices de toute sorte, favorable la recon-  
-naissance de la qualité de salarié, au  
détriment de toute autre forme de relation  
contradictoire.

La jurisprudence récente de la cour de cassation (arrêt du 17 mai 2006) rappelle, ainsi, que l'existence d'une relation de travail salarié dépend des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle. En d'autres termes, le contrat de travail suppose un lien de subordination ce qui suppose l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements.

A l'opposé, cette relation de travail salarié ne dépend pas de la volonté exprimée par les parties, ou de la dénomination de leur convention.

Le lien de subordination envisagé, ainsi, fait qu'il est, dès lors, difficile d'échapper à cette attraction salariale.

La question qui se pose est donc de savoir si est salarié toute personne qui reçoit un ordre ou exécute une prestation sous le contrôle d'une autre personne. Dès lors, chacun peut être le salarié d'un autre.

Cette position se prête à l'essor généralisé de nouvelles formes de travail dont le portage salarial en France.

B) Le fort développement du portage salarial suppose, devant les incertitudes générales, de reconnaître d'autres formes d'organisation du travail

Le portage salarial suppose une relation triangulaire. Un professionnel vend son savoir faire à un client et s'adresse à une société de portage qui lui permet de exercer la prestation dans le cadre d'un contrat de travail.

La jurisprudence de la cour de cassation a eu pour conséquence un rapprochement des travailleurs salariés et indépendants. Le portage salarial a eu dès lors beaucoup de mal à se voir reconnaître la qualification de travail salarié et cela même si le portage salarial apparaît comme une réponse aux besoins sociaux et économiques actuels.



Il faut cependant noter que d'autres obstacles existent à cette reconnaissance de travail salarié.

Ainsi, l'absence de contrat de travail avec la société de portage, ou le fait que le travail soit effectué pour une entreprise autre que celle qui embauche ou rémunère.

De même, le portage salarial peut parfois être assimilé à un prêt de main d'oeuvre illégitime car constituant un prêt de main d'oeuvre à titre onéreux, exécuté, en dehors du cadre du travail temporaire, ou à une opération de marchandage, opération à but lucratif de fourniture de main d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié en éludant les dispositions conventionnelles ou légales.

La solution serait la création d'une forme intermédiaire entre le travail salarié et le travail indépendant classique.

II La Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 va <sup>finalément</sup> permettre de créer, à côté du travail salarié, un véritable statut de P auto entrepreneur qui devra cependant être complété par une meilleure protection juridique de ce dernier qui demeure, en effet, dans une position de dépendance économique.

## A) Présentation du guide de l'autre entrepreneur

### 1) Les facteurs d'explication d'une telle loi.

Les transformations et les restructurations des entreprises (plans sociaux, réorganisation,) en sont la première explication.

La seconde est le développement de la flexibilisation du marché du travail dans nombre de pays dont la France.

### 2) L'autre entrepreneur suppose d'être soumis au régime de la micro entreprise, qui est de droit si les conditions suivantes sont remplies.

L'idée est de créer un statut simple pour ceux qui veulent entreprendre.

La première condition est d'exploiter une entreprise sous une forme individuelle c'est à dire en tant que personne physique, ce qui exclut toutes les sociétés, et ce quel que soit le secteur d'activité.

La seconde condition est liée au chiffre d'affaire.

Le dernier doit être inférieur à 80 000 € pour l'entrepreneur dont l'activité principale est la vente de marchandises, objets, fournitures.

Le plafond est de 32 000 € pour tout ce qui concerne les prestations de service. Les deux plafonds sont revus chaque année.

3) Le régime apporte de nombreux avantages sociaux, déclaratifs, fiscaux.

Ainsi l'auto-entrepreneur est affilié à la sécurité sociale des indépendants et valide des trimestres de retraite. Il s'acquitte forfaitairement de ses charges sociales et paie des impôts uniquement sur ce qu'il encaisse. Il n'est, enfin, pas soumis à la TVA et ne peut donc la récupérer sur ses fournisseurs.

Au niveau déclaratif, l'auto-entrepreneur est dispensé d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers.

L'inscription au titre de l'auto-entrepreneur se fait directement sur internet.

4) Au niveau européen, si l'union ne donne guère de réponse, il existe des réponses nationales comme en Espagne, où il existe depuis 2007 un statut du travail autonome qui apporte des protections communes et spécifiques.

B) La dépendance économique et le déséquilibre contractuel supposent aujourd'hui d'accorder une plus grande protection sociale à l'auto-entrepreneur.

L'objectif d'un rapport du 7 novembre 2008 remis au ministre du travail préconise de rendre plus sûr l'emploi et la situation juridique des travailleurs indépendants, qui sont fortement dépendants économiquement

des entreprises clientes.

Ne bénéficiant pas de contrat de travail, ils ne peuvent, en effet, bénéficier de la législation du travail.

Il s'ensuit, donc, un déséquilibre contractuel. Il conviendrait, par la loi, d'apporter une meilleure protection juridique.

Cette protection s'appliquerait aux travailleurs économiques et à des dépendants qui concernent ceux qui travaillent seuls et sont liés à leur donneur d'ordre par un contrat d'une durée minimale de 2 mois pour une activité correspondant à 50% de leur chiffre d'affaire.

1) Certains droits pourraient leur être accordés sans modification

La loi, en assurant une meilleure protection de l'activité professionnelle, cela concernerait notamment le droit à l'égalité de traitement, à la représentation collective dans l'entreprise.

2) D'autres droits supposent de modifier la loi

Il s'agit des droits <sup>relatifs à la protection sociale</sup> au repos quotidien, résidentiel, aux congés payés; enfin à de meilleures garanties en cas de "perte de revenus" ou d'accident du travail.

3) Des droits pourraient leur être <sup>enfin</sup> accordés conventionnellement

notamment sur le champ de la formation professionnelle et de l'épargne salariale au sein de l'entreprise.

4) Le rapport préconise, enfin, une mise en place par le biais de la négociation collective interprofessionnelle qui laisserait néanmoins des marges de liberté à la négociation collective professionnelle.

En votant le nouveau régime d'auto-entrepreneur, la loi de modernisation économique du 20 août 2008 a voulu doper la création d'entreprises en France.

Plus globalement ce nouveau régime d'auto-entrepreneur semble vouloir mettre un terme à la rigidité ambiante opposant le travail salarié et le travail indépendant. Car si cette position binaire est toujours légitime, de nouveaux régimes juridiques semblent vouloir la bousculer.

Tout à la réalité économique, il paraît nécessaire de revoir ces deux statuts juridiques et accorder une place prépondérante aux statuts émergents (I). Néanmoins la difficulté d'application de ces statuts hybrides laissent en revanche une apparente victoire du travailleur indépendant sur le travailleur salarié (II).

I) vers la fin du dualisme travail salarié, travail indépendant.

Ce dualisme qui opposait jusqu' alors travail salarié et travail indépendant est, sous l'impulsion de réalités économiques, aujourd'hui contrarié.

En effet, différents types de relations ont vu le jour: le travailleur économiquement dépendant, le statut de professionnel libéral collaborateur ou encore la création du partage salarial. A chaque fois, cette mise en place a rencontré de nombreux obstacles.

## A) Les différentes tentatives de création d'un troisième régime juridique

Parmi ces tentatives, on peut citer la réflexion menée sur la notion de travailleur économiquement dépendant. Cette personne travaille seule mais demeure liée à un donneur d'ordres par un contrat d'une durée minimum de 2 mois pour une activité correspondant à 50% de son chiffre d'affaires. Ces personnes pourraient se voir reconnaître des droits liés à leur dépendance économique comme l'égalité de traitement mais également des droits légaux, sous réserve de modification de la loi, et des droits conventionnels. Ce statut est très complexe car la personne n'est ni salariée, ni indépendant même si dans un souci de la rattacher à un statut, on le considère travailleur indépendant.

Autre reconnaissance, la loi n° 803 du mois d'août 2005 a créé le statut du professionnel libéral collaborateur d'un confrère. Ce statut est caractéristique

par une indépendance technique, une autonomie complète mais une dépendance économique. Ce nouveau statut n'apporte aucune innovation car le législateur a rattaché le professionnel libéral collaborateur au statut de non-salarié. On peut regretter que ce type soit le fruit d'une demande des cabinets de professions libérales pour ne pas supporter les charges sur les revenus de leurs collaborateurs.

Ces tentatives de création d'un troisième statut ou les réflexions menées, ne s'éloignent pas du dualisme posé par les textes. La position reste binaire : ce sont soit des salariés soit des travailleurs indépendants. L'exemple du partage salarial pourrait sortir de ce carcan mais le chemin vers sa reconnaissance juridique est encore long.

### B) L'exemple complexe du partage salarial

Le partage salarial est une pratique juridique reconnue. Elle s'exerce sous la forme d'une relation à trois : travailleurs, sociétés de partage et clients. Cette pratique en réelle expansion connaît de grosses difficultés juridiques d'application. De nombreux obstacles à la qualification de travail salarié ainsi qu'une forte suspicion de prêt de main d'œuvre illicite.

Cette structure qui paraît certes avantageuse ne connaît pas d'encadrement juridique et les personnes travailleurs parties sont considérées travailleurs indépendants et non salariés.

Les obstacles à la qualification professionnelle proviennent du fait qu'il n'existe pas de contrat entre la société de partage et le professionnel. De plus, il existe une difficulté à reconnaître la qualité d'employeur à cette société de partage.

Autre difficulté, l'assimilation du partage salarial au

prêt de main d'œuvre illicite. En effet, hormis le cas où le contrat consiste en une prestation de service, le problème se pose en cas de prêt de main d'œuvre. Le prêt de main d'œuvre illicite consiste en la fourniture de main d'œuvre dont un but lucratif est constitutif d'un délit prévu et réprimé par le Code du Travail.

La limite entre partage salarial et prêt illicite de main d'œuvre est donc très fine. Pourtant le partage salarial présente de précieux avantages notamment en terme d'insertion professionnelle. Un encadrement juridique précis semble nécessaire à l'instar du statut de troisième type en Italie.

La différence marquée entre travail salarié dont le seul fait que l'employeur détermine unilatéralement les conditions de travail suffit à constituer et le travail indépendant est toujours d'actualité. A chaque réflexion au créateur de statut, on le rattache un moment ou l'autre au travail salarié ou indépendant. Une évolution paraît donc nécessaire pour reconnaître les statuts de "troisième voie". Dans l'attente, on voit émerger une offensive marquée du statut de travailleur indépendant.

## II) Vers la victoire du statut de travailleur indépendant

La prise en considération de l'émergence du statut de travailleur indépendant s'est réalisée tout en France que dans d'autres pays d'Europe. En Europe, l'exemple le plus probant reste l'Espagne mais la France a récemment su en créant le statut d'auto-entrepreneur symbole de la liberté de l'économie.

## 1) Les fortunes diverses des différents pays d'Europe

Alors qu'en Allemagne, il n'existe pas de définition légale du travailleur salarié et du travailleur indépendant, le Royaume-Uni dispose d'un droit fondé sur la différence entre travail salarié et travail indépendant.

Un des exemples les plus frappants de l'accroissement du travail indépendant en Europe reste l'Espagne. Depuis juillet 2007, l'Espagne a voté une loi sur le statut du travail autonome pour des raisons à la fois juridiques et techniques, sociologiques, économiques. Ce statut du travail autonome comporte trois garanties : garantie contre les discriminations, protection contre les risques professionnels, garantie économique mais également des protections spécifiques comme les congés payés, le repos hebdomadaire et un concept de représentativité.

En Pologne, le bilan est plus nuancé. Il existe trois millions de travailleurs indépendants qui ont ainsi opté pour un système social et fiscal plus favorable. Face à l'engorgement pour ce statut, le gouvernement a voté en 2001 une loi limitant ce statut pour essayer ainsi de limiter le phénomène.

Au Royaume-Uni, il existait une différence entre le statut de travailleur et le statut de salarié. Le travailleur est une personne qui prête des services pour une entité tierce qui n'est ni un client ni un consommateur. Il n'a aucune protection légale. Ce système a été aboli en 1999.

Ces tentatives favorisant le travail indépendant en Europe ont obtenu des résultats divers et variés. Pour développer le travail indépendant, la France a choisi la création du statut d'auto-entrepreneur.

### B) l'exemple français de l'auto-entrepreneur

La loi du 4 août 2008 a créé le régime d'auto-entrepreneur pour favoriser la liberté économique et développer la création d'entreprises. Ce régime est destiné aux personnes qui veulent donc créer leur entreprise en offrant des avantages en terme de création, gestion et cessation d'activité.

Ce dispositif en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009 exige diverses conditions. La personne doit exercer une activité sous forme d'entreprise individuelle. C'est une personne physique qui exerce quelque soit le domaine et à titre principal ou complémentaire.

Le chiffre d'affaires doit être inférieur à 80 000 € pour les entreprises dont l'activité est la vente et 32 000 € pour les fournisseurs de prestations de service commerciales ou artisanales et les prestations de service entrant dans les bénéfices non commerciaux.

Les personnes peuvent bénéficier de la franchise de la TVA : si leur chiffre d'affaires n'excède pas les limites mentionnées ci-dessus et si l'exploitant n'opte pas pour le paiement de la TVA. La conséquence est que la TVA n'est pas facturée aux clients.

L'auto-entrepreneur bénéficie donc des avantages des régimes sociaux, fiscaux et déclaratifs. Il est affilié à la sécurité sociale des travailleurs indépendants et cotise pour la retraite. Il ne paie les charges et impôts que sur ce qu'il encaisse et est dispensé d'inscription au registre du commerce et des sociétés. Une simple déclaration

au centre de formalités des entreprises est obligatoire.

Même si les différents législateurs français insistent pour qualifier tout nouveau statut de travailleur indépendant ou travailleur salarié, force est de constater que des statuts hybrides tentent d'émerger.

Face à cette difficile émergence, le statut de travailleur indépendant semble prendre l'ascendant tant en France qu'en Europe où un travailleur sur site est un travailleur indépendant. En France, les secteurs clés demeurent les professions libérales, les professions commerciales et les gérants de société.