

## **Salarié ou indépendant ?**

Dans les circonstances économiques actuelles, certaines entreprises songent à collaborer avec des indépendants plutôt que des salariés. Lassées parfois par les complications administratives que génère la gestion de personnel, les entreprises ignorent cependant trop rapidement que la qualification d'indépendant ne dépend pas de la dénomination qu'elles donnent à une collaboration, mais bien de l'aménagement objectif de la relation contractuelle. Une erreur de qualification pouvant être lourde de conséquence pour l'entreprise, il y a lieu de donner dans cet article quelques éléments pour les aider.

### **La reconnaissance de l'activité indépendante**

L'existence d'une activité indépendante ne se décide pas librement, même par accord entre les parties. La reconnaissance de cette activité indépendante incombe aux caisses de compensation AVS, décision prise sur la base des critères établis par la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales<sup>1</sup> et la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants<sup>2</sup>. Il faut toutefois rester vigilant puisqu'il ne suffit pas d'obtenir de son cocontractant la délivrance d'une « attestation d'indépendant » émise par sa caisse de compensation pour être dans son bon droit, dès lors qu'il est parfaitement possible d'exercer à la fois une activité indépendante et une activité salariée. La détermination du statut du futur indépendant se fait au cas par cas en fonction de la situation particulière de chacun.

### **Les critères principaux**

Est réputé indépendant au sens du droit des assurances sociales celui qui fournit un travail dans une situation indépendante et supporte les risques spécifiques de l'entreprise. Juridiquement, ce sont donc les règles du contrat de mandat<sup>3</sup> qui s'appliquent à l'indépendant, ce qui n'est pas le cas du salarié, lié à son employeur par un contrat de travail<sup>4</sup>. Plusieurs éléments se retrouvent toutefois dans la dénomination des deux contrats, rendant la distinction entre activité indépendante ou salariée parfois difficile.

En vertu de l'article 319 alinéa 1 du Code des obligations (CO), « par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche) ». Le lien de subordination est l'élément caractéristique du contrat de travail. Il suppose que le travailleur exerce son activité sous la direction et selon les instructions de l'employeur, qu'il soit dans la dépendance de ce dernier sous l'angle personnel, organisationnel et temporel ou encore sous l'angle spatial, hiérarchique et dans une certaine mesure économique<sup>5</sup>.

Voici les principaux critères permettant de déterminer un statut d'indépendant :

---

<sup>1</sup> Art. 5 LPGA

<sup>2</sup> Art. 5 LAVS

<sup>3</sup> Art. 394 et suivants du CO

<sup>4</sup> Art. 319 et suivants CO

<sup>5</sup> ATF 4C.177/2002 ; ATF 2A.658/2005 ; ATF 4A\_200/2015.

➤ L'absence de rapport de subordination

Le contrat de mandat se caractérise par son absence de lien de subordination. Ainsi, contrairement au travailleur qui doit se conformer à la lettre aux directives et instructions que lui donne son employeur, l'indépendant garde une certaine autonomie dans la manière dont il mène son activité. Il doit certes suivre les instructions que lui donne son mandat, mais ce dernier se limite à lui donner le cadre général dans lequel il est censé exécuter les tâches qui lui sont confiées.

➤ Le risque économique

L'indépendant prend également en charge le risque de l'entreprise. Les profits lui appartiennent, de même que les salaires de son personnel, les investissements les divers frais et les pertes éventuelles sont à sa charge.

➤ L'organisation du travail et accomplissement du travail

Le contrat de mandat se différencie aussi du contrat de travail par une autonomie accrue dans l'organisation du travail. Ce dernier est en effet libre de déterminer l'horaire et l'organisation de son travail et généralement en utilisant ses propres instruments de travail. Il a également le pouvoir d'engager du personnel et de lui déléguer l'exécution de tout ou partie des tâches.

➤ Liberté d'accepter un mandat

Enfin, l'indépendant est libre de pouvoir travailler pour plusieurs entreprises. Le fait d'avoir un seul et unique mandat laissant plutôt transparaître une situation de dépendance économique tombant dans la définition du contrat de travail.

## **Les conséquences d'une erreur de qualification**

Si les parties qualifient à tort une activité d'indépendante, les conséquences pour l'entreprise peuvent être considérables, puisque ce dernier pourra être amené à s'acquitter avec effet rétroactif sur cinq ans, des cotisations aux assurances sociales évidemment, mais également de toutes les prestations liées au contrat de travail, tel que le versement d'un 13<sup>ème</sup> salaire ou la différence avec les salaires obligatoire prévus dans une convention collective de travail, le salaire afférent aux vacances, le paiement des heures supplémentaires le remboursement des frais professionnels, le salaire en cas d'incapacité de travail, le salaire du délai de congé et d'une éventuelle indemnité pour licenciement immédiat injustifié.

## **Conclusions**

Il est facile d'imaginer les montants astronomiques que certaines entreprises ont dû payer à titre de salaire à un mandataire devenu employé après un jugement du Tribunal fédéral. Afin de se prémunir de ce genre de situation, nous ne saurions trop vous recommander de demander au futur mandataire des pièces justificatives, telles que la carte AVS, le permis de séjour, les patentes ou licences, une copie d'un bail commercial, l'original de l'attestation délivrée par la SUVA, l'inscription au Registre du commerce, une copie des différents contrats, mandats et factures correspondantes, une copie de l'assurance responsabilité civile professionnelle.