

La fausse indépendance

Notion et risques à éviter

Présentation ADEB-VBA
4 mai 2021

Gaëlle Willems
Avocat - Counsel



HR
BOARD

Table des matières

1. Distinction salarié / indépendant
2. Le lien de subordination
3. La loi-programme du 27 décembre 2006
4. La loi du 25 août 2012 et présomption pour le secteur de la construction (A.R. du 7 juin 2013)
5. Conséquences d'une requalification
6. Exemples de décisions (jurisprudence et commission de la relation de travail)
7. Conseils



1. Distinction salarié / indépendant

Distinction salarié / indépendant

Définition

- ▶ Salarié :
 - Travail
 - Rémunération
 - Autorité de l'employeur : lien de subordination

- ▶ Indépendant :
 - Travail
 - Rémunération
 - **Pas** de lien de subordination

- ▶ Critère de distinction = lien de subordination

Distinction salarié / indépendant

Flexibilité *versus* droit du travail

- ▶ Flexibilité et absence d'application des règles de droit du travail

- ▶ Exemples
 - Règles de rupture / protections contre le licenciement
 - Absence d'application des règles en matière de temps de travail
 - Absence d'application des règles en matière d'emploi des langues
 - Absence d'application des conventions collectives de travail (13ème mois, indexation,...)
 - Absence d'application des règles en matière de vacances annuelles
 - Absence de représentation au sein des organes sociaux (conseil d'entreprise, CPPT, DS)

A blurred photograph of several business professionals in a modern office hallway with large windows. The image is overlaid with a large, semi-transparent white circle containing the title text.

2. Le lien de subordination

Le lien de subordination

Définition

- ▶ Pas de définition légale
- ▶ Cour de cassation : “***L’autorité juridique de l’employeur qui a le droit de donner au travailleur des ordres pour l’organisation et l’exécution du travail convenu***”
 - Instructions concernant la manière d’exécuter le travail
 - Instructions concernant l’organisation du temps de travail
 - Surveillance

Le lien de subordination

Exercice de l'autorité

- ▶ Par une personne physique ou un organe
 - Par ex. le CA, l'administrateur-délégué, le président du CA, un ou plusieurs administrateurs, le comité de direction, un préposé (le directeur général)
- ▶ L'autorité doit être "juridiquement possible"
- ▶ Autorité juridique ≠ dépendance économique

Le lien de subordination

Présomption irréfragable (art. 5bis loi 3/7/1978)

- ▶ « *Des prestations de services complémentaires exécutées en application d'un contrat d'entreprise sont présumées l'être en application d'un contrat de travail sans que la preuve du contraire puisse être apportée lorsque le prestataire des services et le bénéficiaire de ceux-ci sont liés par un contrat de travail pour l'exercice d'activités similaires* ».
- ▶ Passage d'un statut de salarié à celui d'indépendant : risque accru d'un contrôle ONSS

3. La loi- programme du 27 décembre 2006



La loi-programme du 27 décembre 2006

Principes (articles 331 et 332)

- Libre choix des parties de la nature de leur relation de travail
 - Dont l'exécution doit être en concordance avec la nature de la relation

- Requalification lorsque:
 - L'exécution de la relation de travail laisse apparaître la réunion de suffisamment d'éléments incompatibles avec la qualification
 - La qualification ne correspond pas à la nature de la relation de travail présumée et que cette présomption n'est pas renversée

- Les 'éléments' sont appréciés sur base:
 - De critères généraux
 - Le cas échéant, de critères spécifiques
 - Critères neutres

La loi-programme du 27 décembre 2006

Critères généraux (article 333)

- Volonté des parties telle qu'exprimée dans leur convention
 - Pour autant que cette dernière soit exécutée conformément aux dispositions de l'article 331 (concordance avec la nature de la relation)
 - Convention écrite + clauses
 - En l'absence d'écrit : analyse purement factuelle

- Liberté d'organisation du temps de travail
 - Notamment:
 - Horaires imposés et exigence de rendre compte de l'utilisation du temps
 - Rapports de mission/"time-sheet"?
 - Contraintes organisationnelles ou commerciales

La loi-programme du 27 décembre 2006

Critères généraux (article 333)

- ▶ Liberté d'organisation du travail
 - Notamment:
 - Possibilité d'accepter ou de refuser des missions?
 - Directives générales *versus* instructions précises (“quoi, quand, comment?”)
 - Possibilité de se faire remplacer?

- ▶ Possibilité d'un contrôle hiérarchique
 - Notamment:
 - Instruments de contrôle? Nature du ‘rapportage’
 - Contrôle hiérarchique du travail?
 - Pouvoir de sanction disciplinaire?

La loi-programme du 27 décembre 2006

Critères neutres et neutralisés (article 333)

- Contraintes inhérentes à l'exercice d'une profession (ex: FSMA, loi sur les hôpitaux,...)

- Ne peuvent, à eux seuls, qualifier la relation de travail:
 - Intitulé de la convention
 - Inscription auprès d'un organisme de sécurité sociale
 - Inscription à la BCE
 - Inscription auprès de l'administration de la TVA
 - Manière dont les revenus sont déclarés à l'administration fiscale

La loi-programme du 27 décembre 2006

Critères spécifiques (articles 334 et 335)

➤ Quels critères ?

- Critères **propres à un ou plusieurs secteur(s)** / une ou plusieurs profession(s) / une ou plusieurs catégorie(s) de professions ou activités professionnelles (voir *infra* pour le secteur de la construction)

La loi-programme du 27 décembre 2006

Commission de règlement de la relation de travail

- Création d'une Commission de règlement de la relation de travail
- Demande d'examen de la relation de travail
- <https://commissionrelationstravail.belgium.be> : exemples de décisions prises dans différents secteurs

**4. La loi du 25
août 2012 et
présomption
pour le secteur
de la
construction**



La loi du 25 août 2012

Introduction

- ▶ Lignes de force :
 - Les principes existants sont maintenus
 - Introduction d'une présomption réfragable d'existence d'un contrat de travail **dans des secteurs déterminés** (dont celui de la construction)
 - Simplification de la procédure d'adoption des critères spécifiques

- ▶ Entrée en vigueur:
 - 1^{er} janvier 2013
 - A toutes les relations de travail en cours

- ▶ Secteurs : construction, gardiennage, transport, nettoyage

La loi du 25 août 2012

A.R. du 7 juin 2013

- L'AR est applicable pour toutes les activités immobilières telles que définies dans la législation relative à la T.V.A., pour autant que les activités relèvent du champ d'application :
 - soit de la commission paritaire de l'ameublement et de l'industrie transformatrice du bois (CP n° 126)
 - **soit de la commission paritaire de la construction (CP n° 124)**
 - soit de la commission paritaire de la construction métallique, mécanique et électrique (CP n° 111)
 - soit de la sous-commission paritaire pour les électriciens : installation et distribution (Sous-CP n° 149.1).

- *Entreprise = l'entreprise qui exécute les travaux ou l'entreprise qui exécute les travaux et dans laquelle la personne qui exécute les travaux dispose de parts.*

La loi du 25 août 2012

A.R. du 7 juin 2013

- ▶ Critères spécifiques (remplacent les critères de l'article 337, § 2 loi 27/12/06):

1. Défaut, dans le chef de l'exécutant des travaux, d'un quelconque risque financier ou économique, comme c'est notamment le cas :

- à défaut d'investissement personnel et substantiel dans l'entreprise avec du capital propre, ou
- à défaut de participation personnelle et substantielle dans les gains et les pertes de l'entreprise, ou
- à défaut de responsabilité personnelle, autre que portant sur un dol, une faute lourde ou une faute légère habituelle, appréciée, le cas échéant, notamment en fonction du cahier des charges ou de tout autre engagement, vis-à-vis des travaux réalisés ;

La loi du 25 août 2012

A.R. du 7 juin 2013

2. Défaut, dans le chef de l'exécutant des travaux, de responsabilité et de pouvoir de décision concernant les moyens financiers de l'entreprise, comme c'est notamment le cas en ce qui concerne les dépenses, recettes, investissements ou affectation des moyens, propres ou non, de l'entreprise ;

3. Défaut, dans le chef de l'exécutant des travaux, de pouvoir de décision concernant la politique d'achat et des prix de l'entreprise ou de liberté dans l'identification des clients potentiels, la négociation ou la conclusion de contrats ;

4. La garantie du paiement d'une indemnité fixe quels que soient les résultats de l'entreprise ou le volume des prestations fournies dans le chef de l'exécutant des travaux. Pour l'application de ce critère, il ne doit pas être tenu compte des avances fixes relatives à l'acquisition de matériaux ou de matières premières ;

La loi du 25 août 2012

A.R. du 7 juin 2013

5. Ne pas avoir la possibilité d'engager du personnel ou de se faire remplacer pour l'exécution du travail convenu ;

6. Ne pas apparaître comme une entreprise vis-à-vis d'autres personnes ou de son contractant, comme c'est notamment le cas lorsqu'il n'est pas fait usage de certains éléments visibles caractérisant l'entreprise, tels des logos, lettrages sur véhicules, panneaux d'affichage ou slogans publicitaires ;

7. Travailler principalement ou habituellement pour un seul cocontractant ;

La loi du 25 août 2012

A.R. du 7 juin 2013

8. Travailler dans les locaux situés hors chantier ou avec du matériel dont on n'est pas le propriétaire ou le locataire, comme c'est notamment le cas lorsqu'il est travaillé dans les locaux affectés à des fins d'entreposage ou d'atelier ou avec des véhicules, matériel ou outillage dont l'exécutant des travaux n'est pas le propriétaire, qu'il n'a pas pris en leasing ou qui ont été mis à sa disposition par le cocontractant ;


9. Ne pas travailler de manière autonome vis-à-vis des équipes de travail du cocontractant ou de l'entreprise au sein de laquelle l'exécutant des travaux a la qualité d'associé actif.

La loi du 25 août 2012

A.R. du 7 juin 2013



Si plus de la moitié de ces critères ne sont **pas** remplis, une relation de travail en tant qu'**indépendant** est présumée. Dans le cas **inverse**, une relation de travail en tant que **salarié** est présumée.



5. Conséquences d'une requalification

Conséquences d'une requalification

Risques vis-à-vis du travailleur

- Arriérés de rémunération:
 - Rémunération minimale garantie (+ indexation)
 - Primes de fin d'année
 - Pécules de vacances
 - Heures supplémentaires

- Indemnité compensatoire de préavis

- Dommages et intérêts pour non-respect de la législation en matière de sécurité sociale

Conséquences d'une requalification

Risques vis-à-vis de l'ONSS

- Cotisations de sécurité sociale
 - Patronales et personnelles !

- Sanctions civiles
 - Majoration de 10% des cotisations non payées dans le délai légal
 - Intérêts de retard : 7%
 - Indemnités forfaitaires pour défaut de remise de déclaration trimestrielle

- Nullité de toute clause mettant une part du risque à charge du prestataire

Conséquences d'une requalification

Risques vis-à-vis de l'ONSS

- Question de la prescription :
 - Principe: 3 ans à partir de la date d'exigibilité de la créance
 - Exception: 7 ans en cas de manœuvres frauduleuses ou déclarations fausses/sciemment incomplètes

Conséquences d'une requalification

Autres risques

- ▶ Loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail

- ▶ Sanctions pénales
 - 6 mois – 3 ans d'emprisonnement et/ou amende de 600 à 6.000 EUR
 - Amende administrative de 300 à 3.000 EUR
 - À multiplier par les décimes additionnels
 - Condamnation d'office: sanction de niveau 4 pour la non-déclaration des prestations d'un travailleur à l'ONSS et sanction de niveau 2 pour le non-paiement des cotisations à l'ONSS

6. Exemples



Exemples

Arrêt du 23/11/2016 de la Cour du travail de Bruxelles

➤ Faits:

- Société est active dans le secteur de la construction.
- 18 associés actifs.
- Suite à un contrôle de l'Inspection sociale, une décision d'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés est adoptée

➤ Arrêt:

- Le lien de subordination, qui caractérise le contrat de travail, existe dès qu'une personne a la possibilité d'exercer une autorité sur une autre personne, et ce même si cette autorité n'est pas effective ;
- Le juge doit s'en tenir à la qualification donnée par les parties à leur relation de travail lorsque les éléments qui lui sont soumis ne permettent pas d'exclure une telle qualification.
- ONSS a la charge de la preuve (!! cet arrêt n'analyse pas la présomption légale dans le secteur de la construction)

Exemples

Arrêt du 23/11/2016 de la Cour du travail de Bruxelles

▶ Arrêt:

- Les parties ont qualifié leurs relations de travail de relations indépendantes.
- Les faits suivants ne sont pas suffisants pour remettre en cause cette qualification :
 - Certains associés ont opté pour ce statut afin d'accéder à un emploi et non par réel choix ;
 - Certains associés ne sont pas fondateurs de la société ;
 - Certains associés n'ont jamais effectué le versement de leurs parts sociales ;
 - Certains associés avaient une faible connaissance des implications juridiques de leur statut
 - Une balise de géolocalisation a été posée sur les véhicules (utilisation sur durée très brève et possibilité de se déconnecter)

Exemples

Arrêt du 23/11/2016 de la Cour du travail de Bruxelles

➤ Arrêt:

- La manière dont le travail est exécuté. La Cour constate que les associés disposent d'une autonomie dans la mesure où seules des directives générales, nécessaires à la bonne exécution des chantiers, sont données. De même, le temps de travail ne fait pas l'objet d'un contrôle accru ;
- Le sentiment de certains associés que les premières semaines de collaboration constituaient un "test" ;
- Le fait que la société aurait envisagé de revoir le statut de ses collaborateurs.

➤ Pas de requalification de la relation de travail indépendante

Exemples

Commission de la relation de travail : dossier n° 170 – 19 décembre 2019

➤ Faits:

- Société relevant du secteur de la construction
- Personne en charge de la facturation et comptabilité
- Souhait de travailler comme indépendante : demande conjointe des parties

➤ Décision

- Critères spécifiques ne s'appliquent pas à ce type de fonction
- Analyse au regard des critères généraux de la loi du 27/12/06
- Relation indépendante : ok

A blurred, high-angle photograph of a modern office hallway. Several people in business attire are walking away from the camera, their figures rendered as dark silhouettes against the bright, overexposed background. The ceiling features a grid of recessed lighting, and the floor is a light-colored, reflective material. A large, semi-transparent white circle is overlaid on the left side of the image, containing the text.

7. Conseils

Conseils pour une “vraie-indépendance”

“A FAIRE”	“A NE PAS FAIRE”
Volonté des parties	
Signer une convention de service contenant des clauses cohérentes avec le choix de l’indépendance	Ne pas signer de convention ou signer une convention contenant des indices de subordination
Organisation du temps de travail	
Ne pas imposer un horaire de travail (mais impératifs liés à l’activité) ni d’heures de travail minimum	Imposer un horaire de travail
Ne pas exiger une justification des absences (si nécessaire en termes d’organisation : solliciter une information)	Exiger une justification en cas d’empêchement (certificat médical)
Ne pas imposer un accord préalable pour prendre des ‘congés’ (solliciter une information)	Imposer un accord préalable pour prendre des congés
Organisation du travail	
Donner la possibilité d’accepter ou de refuser des missions	Imposer d’accepter le travail, avec sanction le cas échéant
Se limiter à des directives générales	Donner des instructions précises (“quoi, quand, comment?”)
Autoriser le remplacement et/ou le recours à des sous-traitants, personnel propre	Interdire le remplacement et/ou le recours à des sous-traitants, personnel propre

Conseils pour une “vraie-indépendance”

“A FAIRE”	“A NE PAS FAIRE”
Organisation du travail	
Ne pas exiger l'exclusivité mais la bonne exécution des prestations	Exiger l'exclusivité
Rémunérer des prestations, sur base de factures (pas de prestations = pas de rémunération)	Rémunérer de manière fixe y compris en cas d'absence de prestations
Laisser le travailleur supporter ses frais professionnels (à défaut, appliquer des règles différentes de celles applicables aux salariés)	Prendre en charge les frais professionnels du travailleur
Laisser le travailleur la charge de disposer de son matériel propre	Fournir au travailleur le matériel nécessaire pour exécuter ses prestations
Laisser le travailleur effectuer ses prestations à l'endroit qu'il souhaite	Exiger que l'exécution du travail ait lieu dans les bâtiments de l'entreprise (mais impératifs liés à l'activité)
Possibilité de contrôle hiérarchique	
Solliciter une information quant à l'état d'avancement des prestations	Exiger un “reporting” strict, avec pouvoir de surveillance
Absence de possibilité de contrôle hiérarchique et de sanction	Possibilité de contrôle hiérarchique et de sanction

Conseils pour une “vraie-indépendance”

“A FAIRE”	“A NE PAS FAIRE”
Quelques autres conseils pratiques	
Ne pas mentionner le travailleur dans les organigrammes de l’entreprise	Mentionner le travailleur dans les organigrammes de l’entreprise
Ne pas mentionner le travailleur dans la liste de téléphone des salariés, mais dans une liste séparée	Mentionner le travailleur dans la liste de téléphone des salariés, parmi les salariés
Attribuer une adresse e-mail séparée (“EXT”?)	Attribuer une adresse e-mail identique à celle des salariés, donner une carte de visite de l’entreprise
Ne pas imposer les règles internes / ‘policies’ applicables aux salariés (règles différentes?)	Imposer les règles internes / ‘policies’ applicables aux salariés
Présenter le travailleur comme un (‘consultant’) indépendant	Présenter le travailleur comme faisant partie intégrante / salarié de l’entreprise
Eviter d’intégrer le travailleur comme s’il était salarié de l’entreprise (fêtes du personnel?)	Faire participer le travailleur aux événements réservés au personnel

Gaëlle Willems

Avocat - Counsel

T +32 2 761 47 42

gaelle.willems@claeysengels.be

www.claeysengels.be

Partners with you ●