

Bruxelles, le 24 mai 2012

Avis n° 2012/07

Rendu à la demande de la Ministre des Indépendants

Article 110, §1 de la loi du 30 décembre 1992 portant des dispositions sociales et diverses

Nature des relations de travail : Avant-projet de loi relative à la distinction entre travailleur salarié et travailleur indépendant

L'avant-projet de loi relative à la distinction entre travailleur salarié et travailleur indépendant :

- *instaure une présomption réfragable basée sur des critères mathématiques pour qualifier une relation de travail dans des secteurs dits à risques et*
- *simplifie le mode d'adoption des critères spécifiques et par conséquent, abroge la section normative de la Commission de règlement de la relation de travail.*

Le CGG estime que de manière générale, l'avant-projet de loi répond à ses préoccupations générales de sécurité juridique et de souplesse.

Il déplore toutefois vivement l'instauration d'une présomption basée sur une application mathématique de critères de subordination économique, mais constate que les effets de cette présomption sont atténués par une série d'éléments, dont le caractère réfragable de la présomption et son application limitée pour l'instant à trois secteurs dits « à risques ».

Compte tenu de ce qui précède, le CGG émet un avis positif sur l'avant-projet de loi mais estime que la présomption d'assujettissement devrait encore faire immédiatement l'objet d'une modalisation sur 4 plans :

- *Limiter l'extension du champ d'application de la présomption aux seuls secteurs « à risques » qui se déclareraient demandeurs d'une telle présomption ;*
- *Donner aux parties la possibilité de renverser la présomption d'assujettissement devant la Commission administrative;*
- *Instaurer la possibilité de faire sortir un secteur du champ d'application de la présomption, lorsque celle-ci n'a plus d'utilité ;*
- *Prévoir la non application de la présomption aux associés actifs parents et alliés jusqu'au 3^{ème} degré d'un mandataire dans les sociétés familiales.*

Le Comité formule quelques remarques techniques.

Enfin, Au regard des multiples interrogations quant à la mise en œuvre effective de la nouvelle législation, le Comité est demandeur d'une évaluation programmée de cette loi.

I. Contexte

L'accord de Gouvernement du 1^{er} décembre 2011 dispose que :

"En matière de lutte contre la fraude aux cotisations sociales, le Gouvernement prendra notamment les mesures suivantes :

- *Le renforcement de la lutte contre les faux-indépendants, notamment en instaurant, après concertation avec les secteurs concernés, une présomption réfragable de l'existence d'un lien de subordination si une majorité de critères, établis dans la loi, relatifs à la dépendance économique sont réunis. Les secteurs auront la possibilité, en fonction de leur spécificité, d'y déroger ;*
- *Le renforcement de la lutte contre les faux travailleurs salariés"* (page 100).

Dans ce cadre, le Conseil des Ministres a approuvé le 29 mars 2012 l'avant-projet de loi relative à la distinction entre travailleur salarié et travailleur indépendant et a demandé au Comité général de gestion de rendre, dans les 2 mois, un avis sur cet avant-projet de loi.

II. Avant-projet de loi relative à la distinction entre travailleur salarié et travailleur indépendant

L'avant-projet de loi relative à la distinction entre travailleur salarié et travailleur indépendant modifie le titre XIII "Nature des relations de travail" de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 (la LRT).

a) Principe général

L'avant-projet de loi maintient le principe de l'autonomie de la volonté : les parties sont libres de choisir la manière dont elles vont exercer leur relation de travail, sachant que la volonté réelle prime sur la volonté déclarée.

La relation de travail doit être requalifiée :

- lorsque son exécution laisse apparaître la réunion de suffisamment d'éléments incompatibles avec la qualification donnée par les parties. Ces éléments sont appréciés à la lumière des critères généraux et spécifiques. Les critères neutres étant un indice de la volonté des parties s'ils sont combinés avec d'autres critères et
- lorsque la qualification donnée ne correspond pas à la nature de la relation de travail présumée et que cette présomption n'est pas renversée (cf. point c "Présomptions concernant la nature de la relation de travail")

L'avant-projet de loi ne remet pas en cause les présomptions légales ou réglementaires existantes d'assujettissement à la sécurité sociale des salariés ou des indépendants.

b) Les critères

L'avant-projet de loi reprend les 3 types de critères qui permettent d'apprécier la nature d'une relation de travail :

- les critères généraux, pouvant servir pour toute relation de travail¹;

¹ A savoir : la volonté des parties telle qu'exprimée dans leur convention, la liberté laissée au travailleur d'organiser son temps de travail, la liberté d'organisation du travail et la possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique

- les critères spécifiques, propres à un secteur, une profession ou une catégorie de professions (déterminés par arrêté royal) et
- les critères neutres², ne pouvant être déterminants en soi pour la qualification d'une relation de travail.

La convergence des critères permet de déterminer si la relation de travail est conforme avec la qualification donnée par les parties.

L'avant-projet de loi simplifie la procédure d'adoption des critères spécifiques : Ils sont adoptés par arrêté royal à la demande du Ministre de l'Emploi, du Ministre des Affaires sociales ou du Ministre des classes moyennes. Avant de prendre un tel arrêté royal, le Roi doit consulter³ :

- Le Comité de direction du Bureau fédéral d'orientation du SIRS
- Le CNT. Si une Commission ou sous commission compétente fonctionne, le CNT donne son avis après les avoir consultées et
- Le CSIPME. Celui-ci ne rend son avis qu'après "avoir consulté les secteurs et professions concernés, et s'il existe l'ordre ou l'institut professionnel établi par la loi pour la profession concernée".

Ceux-ci doivent rendre leur avis dans les 2 mois

Si leur avis est unanime et conforme, il sera suivi.

Si aucun avis unanime et conforme n'a été remis dans les 2 mois, le Roi peut établir des critères spécifiques uniquement par un arrêté délibéré en Conseil des ministres.

L'avant-projet de loi abroge ainsi la section normative de la Commission de règlement de la relation de travail.

c) Présomptions concernant la nature de la relation de travail

L'avant-projet de loi instaure une présomption réfragable sur la nature de la relation de travail dans 3 secteurs qualifiés de "secteurs à risque" :

- Les travaux immobiliers. Le commentaire des articles 8, 9 et 10 précisent ce que recouvre cette notion.
- Le gardiennage et la surveillance ainsi que
- Le transport de personnes et de biens (sauf et sous certaines conditions lorsque le transporteur est propriétaire de son camion)

Cette liste de secteurs peut être élargie par arrêté royal selon la même procédure que celle utilisée pour élaborer les critères spécifiques (cf. point b "Les critères").

La présomption réfragable s'apprécie en fonction de 9 critères. Si la moitié de ces critères sont remplis, on présume que l'activité est salariée. Si moins de la moitié de ces critères sont remplis, on présume que l'activité est indépendante.

Ces critères sont les suivants :

- défaut, dans le chef de l'exécutant des travaux, d'un risque financier ou économique (cf. défaut d'investissement personnel et substantiel dans l'entreprise avec du capital propre ou défaut de participation personnelle et substantielle dans les gains et les pertes de l'entreprise);
- défaut de responsabilité et de pouvoir de décision concernant les moyens financiers de l'entreprise dans le chef de l'exécutant des travaux;
- défaut, dans le chef de l'exécutant des travaux, de tout pouvoir de décision concernant la politique d'achat de l'entreprise;

² A savoir : l'intitulé de la Convention, l'inscription auprès d'un organisme de sécurité sociale, l'inscription à la BCE, l'inscription auprès de l'administration de la TVA et la manière dont les revenus sont déclarés à l'administration fiscale.

³ Cette procédure permet d'associer les services d'inspection, les organisations patronales, les organisations syndicales et les organisations interprofessionnelles de travailleurs indépendants

- défaut, dans le chef de l'exécutant des travaux, de pouvoir de décision concernant la politique des prix de l'entreprise, sauf si les prix sont légalement fixés;
- défaut d'une obligation de résultats concernant le travail convenu;
- 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;
- ne pas être soi-même l'employeur de personnel recruté personnellement et librement ou ne pas avoir la possibilité d'engager du personnel ou de se faire remplacer pour l'exécution du travail convenu;
- ne pas apparaître comme une entreprise vis-à-vis d'autres personnes ou de son cocontractant ou travailler principalement ou habituellement pour un seul cocontractant et
- travailler dans des locaux dont on n'est pas le propriétaire ou le locataire et/ou avec du matériel mis à sa disposition, financé ou garanti par le cocontractant;

Ces critères peuvent être remplacés ou complétés par des critères spécifiques propres à un secteur, une profession ou une catégorie de professions suivant la même procédure que celle utilisée pour élaborer les critères spécifiques (cf. point b "Les critères").

Etant donné que cette présomption est réfragable, les intéressés peuvent toujours la renverser. Les commentaires des articles 8, 9 et 10 précisent que "la preuve contraire peut être apportée par tous les moyens de droit possibles sur la base des critères généraux fixés dans la loi-programme".

d) La Commission administrative de règlement de la relation de travail

La section administrative de la commission de règlement de la relation de travail est rebaptisée Commission administrative de règlement de la relation de travail.

La chambre compétente de la Commission administrative peut être saisie:

- à l'initiative conjointe des parties à la relation de travail durant cette relation. Cette possibilité existe pendant 1 an à compter de l'entrée en vigueur :
 - o de la loi;
 - o de l'arrêté royal établissant des critères spécifiques propres à des secteurs, professions et catégories de professions, pour autant que cet arrêté s'applique à la relation de travail concernée;
 - o de l'arrêté royal complétant la liste des professions soumises à la présomption, pour autant que cet arrêté s'applique à la relation de travail concernée et
 - o de l'arrêté royal prévoyant des critères propres à des secteurs, professions et catégories de professions qui complètent ou remplacent ceux cités par l'avant-projet de loi dans le cadre de l'établissement de la présomption, pour autant que cet arrêté s'applique à la relation de travail concernée.
- à l'initiative du travailleur indépendants qui commence une activité professionnelle et
- à l'initiative de toute partie envisageant d'avoir une relation de travail avec une autre dont le statut de salariés ou d'indépendant est incertain.

L'arrêté royal du 14 décembre 2010 relatif à la composition et au fonctionnement des chambres de la section administrative de la Commission de règlement de la relation de travail reste d'application.

e) Transferts financiers entre régimes

Comme la LRT, l'avant-projet de loi prévoit que les cotisations payées dans le régime auquel le travailleur était assujéti avant la requalification ne sont pas remboursées. Des transferts financiers sont prévus entre les organismes. Dans ce cadre, l'ONSS et l'INASTI doivent établir annuellement un décompte global : le montant résultant de ce décompte est transféré d'une gestion globale à l'autre avant la fin de l'année où le décompte est établi.

III. Avis du Comité général de gestion

Le Comité général de gestion s'est prononcé à plusieurs reprises sur la nature des relations de travail⁴.

Lors de ses différents avis et rapports, le Comité a toujours insisté sur :

- Le principe de **l'autonomie de la volonté** en rappelant que ce principe est consacré par l'article 1134 du Code civil et conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation.
- La mise sur **pied d'égalité** des statuts de salarié et d'indépendant; aucun statut ne doit être privilégié par rapport à l'autre.
- La nécessité d'une **souplesse** dans l'appréciation d'une relation de travail : les relations de travail doivent être appréciées au cas par cas, sans utiliser des critères mathématiques fermés. En outre, les Cours et Tribunaux doivent conserver leur pouvoir souverain d'appréciation.
- La **sécurité juridique**, notamment via un véritable ruling social et le maintien des présomptions légales ou réglementaires existantes d'assujettissement à la sécurité sociale des salariés ou des indépendants.
- Le fait que **critères neutres sont un indice de la volonté des parties s'ils sont combinés avec d'autres critères**.

Le Comité estime que, de manière générale, l'avant-projet de loi répond à ses préoccupations. Il salue la simplification de la procédure d'adoption des critères spécifiques.

Il émet cependant des réserves quant à la présomption et formule des remarques techniques.

a) La présomption

Le Comité rappelle qu'il a toujours été opposé à l'instauration d'une présomption d'assujettissement basée sur des critères mathématiques fermés : cette manière de qualifier une relation de travail est en effet incompatible avec la souplesse exigée.

Il ne peut dès lors que déplorer vivement l'instauration d'une telle présomption dans la proposition de loi.

⁴ Avis 2000/3 du 27/04/2000 – "Les faux indépendants. Davantage de sécurité juridique pour les entreprises par une prévention au préalable d'un choix erroné de statut"

Avis 2002/3 du 10/07/2002 – "Pour éviter les erreurs de qualification en matière de cotisations et prestations de sécurité sociale"

Rapport 2004/1 du 30/11/2004 – "Avant-projet de loi-cadre relative à la nature des relations de travail"

Avis 2005/1 du 17/03/2005, "Création d'une Commission de règlement de la relation de travail"

Avis 2006/6 du 07/09/2006 – "Projet de loi-cadre relative à la nature des relations de travail"

Avis 2012/01 du 26/01/2012 – "Nature des relations de travail"

Il est toutefois d'avis que l'avant-projet de loi atténue ce manque de souplesse en prévoyant que :

- ces présomptions ne s'appliquent qu'aux secteurs qui sont demandeurs. En outre, les partenaires sociaux sont associés à l'extension des secteurs et professions concernés par la présomption.
- Les 3 secteurs actuellement visés sont ceux dans lesquels le risque de fraude sociale est important.
- En concertation avec les partenaires sociaux, il est possible de remplacer ou de compléter, en fonction des secteurs et des professions, les critères sur lesquels la présomption se base et
- La présomption est réfragable : les intéressés peuvent la renverser par tous les moyens de droit possibles.

Le Comité estime cependant que la présomption doit immédiatement être atténuée par les 4 éléments suivants :

- la présomption ne peut en aucun cas être imposée aux secteurs ou professions particulières. Elle ne peut dès lors être étendue **qu'aux seuls secteurs "à risque" qui se déclareraient demandeurs;**
- La personne qui souhaite renverser la présomption d'assujettissement ou contester la décision de l'inspection sociale qui se base sur cette présomption devrait pouvoir s'adresser à la Commission administrative de règlement de la relation de travail⁵. Une telle mesure permettrait aux personnes concernées de ne pas devoir s'adresser directement au tribunal du travail (où la procédure est plus lourde).
- lorsqu'un secteur ou une profession a demandé d'entrer dans le champ d'application de la présomption, il devrait par la suite avoir la possibilité de demander de sortir du champ d'application de cette présomption (par exemple, parce que les problèmes propres à ce secteur ou à cette profession ont été résolus et que dès lors la présomption n'a plus d'utilité) et
- La présomption d'assujettissement est problématique dans les petites entreprises familiales. Elle pourrait aboutir à assujettir à la sécurité sociale des salariés un proche (enfant, parent, frère, oncle, ...) qui apporte occasionnellement son aide dans l'entreprise. Afin d'y remédier, le Comité estime que dans les sociétés familiales, les associés actifs parents et alliés au 1^{er}, 2^{ème} et 3^{ème} degré d'un mandataire devraient être exclus du champ d'application de la présomption.

b) Remarques techniques

Le CGG souhaite formuler les remarques techniques suivantes sur l'avant-projet de loi⁶:

Une trop grande diversité de critères spécifiques par secteur ou profession pourrait impliquer qu'une même relation de travail puisse être considérée comme une activité salariée dans un secteur et comme une activité indépendante dans un autre. Il faudra être attentif à cela lors de l'adoption des critères spécifiques. La même remarque vaut en ce qui concerne les critères relatifs à la présomption.

Le 2^{ème} alinéa de l'article 332 doit faire référence aux paragraphes 1 et 2 de l'article 3 de l'AR n°38.

En ce qui concerne le ruling social :

⁵ Il s'agirait d'une exception à l'article 338, §3 de la loi

⁶ La plupart de ces remarques ont déjà été formulées dans ses précédents avis

- La possibilité de saisine de la Commission administrative devrait être élargie aux institutions de sécurité sociale (ONSS, INASTI et caisses d'assurances sociales), aux salariés qui s'interrogent sur leur éventuel statut de "faux salariés" et à l'indépendant qui souhaite élargir ou modifier ses activités. Il faudrait également prévoir cette possibilité pour les parties à la relation de travail lorsque des changements importants à cette relation sont intervenus ;
- En cas de saisine unilatérale de la Commission administrative, la partie qui prend l'initiative de la saisine devrait être obligée d'en informer les autres parties à la relation de travail ;
- En cas de requalification suite à la consultation de Commission administrative, il conviendrait de prévoir un allègement plus large des sanctions en matière de droit du travail et de droit fiscal (seul un allègement des sanctions pénales et civiles est prévu). Il faudrait également prévoir explicitement la non application des amendes administratives prévues dans l'AR n°38.
- Il conviendra de veiller à ce que la Commission administrative et la Commission "Artistes" ne se prononcent pas sur les mêmes dossiers.

Il faudrait déterminer rapidement sur base de quels éléments le décompte global va se faire et prendre dans les meilleurs délais un arrêté royal en la matière⁷. Pour des raisons pratiques, il serait préférable de prévoir le transfert du montant du décompte entre les gestions financières globales avant le 31 mars de l'année qui suit celle où le décompte est établi.

Le Comité souhaite insister sur le nécessaire devoir d'information des caisses d'assurances sociales auprès de leurs affiliés, spécialement en ce qui concerne les secteurs soumis à la présomption d'assujettissement.

Au vu des multiples interrogations quant à la mise en œuvre effective de la nouvelle législation, le Comité est demandeur d'une évaluation programmée de cette loi

Il convient enfin de modifier l'arrêté royal du 14 décembre 2010 pour le rendre conforme à la loi (cf. numérotation, dénomination de la Commission administrative).

⁷ Article 340, § 4 de la LRT : "Le Roi arrête le mode de calcul et les modalités de détermination de ce décompte global."

IV. Conclusion

Le Comité estime que l'avant-projet de loi est relativement équilibré et tient compte des spécificités des secteurs.

Il déplore toutefois vivement l'instauration d'une présomption basée sur des critères mathématiques fermés mais constate que cette présomption est atténuée par une série d'éléments.

Compte tenu de ces éléments, le Comité émet un avis positif mais souhaite que la présomption soit encore atténuée⁸ et que la loi soit évaluée..

Au nom du Comité général de gestion pour le statut social des travailleurs indépendants, le 24 mai 2012 :



**Muriel GALERIN,
Secrétaire**



**Anne VANDERSTAPPEN,
Présidente**

⁸ Cf :extension uniquement aux secteurs demandeurs, possibilité de renverser la présomption devant la Commission administrative, possibilité de sortir du champ d'application de la présomption et non application de la présomption aux associés actifs parents et alliés d'un mandataire jusqu'au 3^{ème} degré.