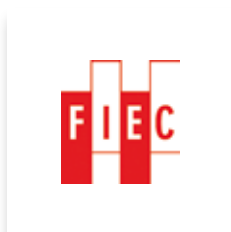
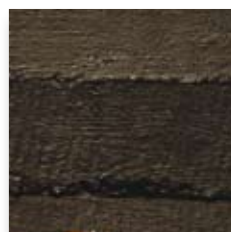
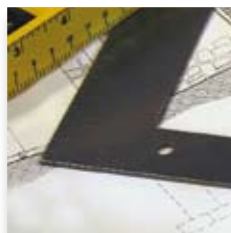
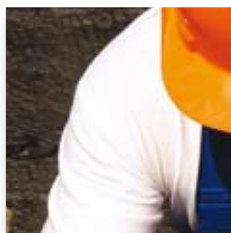


Travail indépendant et faux travail indépendant dans le secteur de la construction

Partie 1 :

Synthèse d'une étude comparative de 11 États membres



Le présent rapport a été rédigé à la demande des partenaires sociaux européens du secteur de la construction (FETBB et FIEC)

European Federation
of Building
and Woodworkers



avec le soutien financier de la DG Emploi, et des Affaires sociales
de la Commission européenne



Tous droits réservés

Aucune partie de cette publication ne peut être reproduite, mise en mémoire dans un système de recherche documentaire ni transmise sous quelque forme ou par quelque procédé que ce soit : électronique, mécanique, par photocopie, enregistrement ou autre, sans autorisation préalable de l'éditeur.

Bien que les informations contenues dans cette publication soient considérées exactes, l'éditeur et les auteurs se dégagent de toute responsabilité légale vis-à-vis des pertes, dommages ou autres préjudices que pourraient subir les utilisateurs ou toute autre personne en raison du contenu ci-inclus.

Auteur: Werner Buelen

Travail indépendant et faux travail indépendant dans le secteur de la construction au sein de l'Union européenne

Une étude comparative de 11 États Membres

Prof. dr. Y. Jorens

Professeur de droit social européen, Université de Gand, Belgique

Table de matières



Avant-propos	3
Introduction	5
Faux travail indépendant : La perspective européenne	9
Définition et description au sein de la législation communautaire primaire.....	9
Principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes pour un même travail ou un travail de même valeur	12
Caractérisation au sein de la législation communautaire secondaire.....	13
Tendances.....	13
Faux travail indépendant : Aperçu comparatif	15
La démarcation entre l'emploi direct/le vrai indépendant et le vrai travail indépendant/le faux travail indépendant	15
L'impact de la régulation et de la dérégulation en la matière	18
Travail et évolutions du marché.....	22
Effets transfrontaliers	24
Évolution de la sécurité sociale et de la fiscalité (l'imposition)	26
Le travail indépendant dans une relation triangulaire	28
Abus du statut de travailleur indépendant (causes, conséquences, formes)	29
Évaluation de la prévention, mesures de lutte et sanctions.....	30
Conclusion	31
Annexe	32
Équipe et groupe d'orientation	32

Avant-propos

Il a toujours existé des travailleurs indépendants dans le secteur de la construction. Les artisans en particulier travaillent souvent à leur propre compte. Selon le rapport « Emploi en Europe 2008 », quelque 16 % des travailleurs sont indépendants à l'heure actuelle. Ce pourcentage est encore plus élevé dans certains pays, dont la Grèce (37 %), la Pologne (27 %), Chypre (25 %), l'Italie (27 %) et la Roumanie (32 %).

La distinction établie entre travailleurs indépendants et salariés a des conséquences fiscales, sociales et économiques importantes :

- *Les travailleurs indépendants n'ont de compte à rendre à personne et ne sont donc pas sous les ordres du principal entrepreneur ;*
- *Les modalités de paiement des impôts et des cotisations sociales diffèrent selon qu'il s'agit d'un travailleur indépendant ou d'un salarié ;*
- *Certaines conditions de travail (salaires, temps de travail, périodes de repos,...) réglementées par des conventions collectives ou des dispositions législatives, administratives et réglementaires spécifiques ne s'appliquent pas aux travailleurs indépendants ;*
- *Par conséquent, la protection sociale relativement étendue (par exemple en cas d'emploi temporaire, d'accident du travail, de retraite anticipée, etc.) est plus restreinte pour les travailleurs indépendants.*

Ces dernières années, les inspecteurs du travail, les inspecteurs fiscaux et les partenaires sociaux ont constaté une augmentation du nombre de travailleurs indépendants dans le secteur de la construction. En réalité, certains pays ont choisi de promouvoir le travail indépendant comme moteur de leur développement économique et octroient par conséquent facilement le statut de travailleur indépendant.

Cette hausse est également partiellement liée à l'évolution organisationnelle et économique du secteur de la construction. L'entreprise principale devient de plus en plus fréquemment un « utilisateur », entouré d'une multitude de sociétés et de travailleurs indépendants avec lesquels il entretient des relations flexibles de nature purement commerciale. Cette évolution a donné lieu à un accroissement du « travail indépendant dépendant » ou du « dependent outsourcing » (au cours duquel l'activité est effectuée par un travailleur indépendant dans des conditions similaires à celles d'un salarié). Cette dépendance économique vis-à-vis d'un employeur estompe la distinction entre le statut d'indépendant et celui de salarié.

Outre les débats menés à ce sujet au niveau national, le phénomène du travail indépendant a également été examiné à l'échelon européen. En 2002, la Commission européenne a commandé une étude sur le travail économiquement dépendant / la parasubordination, qui a été débattue au Parlement européen le 19 juin 2003 dans le cadre d'une audition publique.

En 2003, le Conseil a par ailleurs adopté une recommandation portant sur l'amélioration de la protection de la santé et de la sécurité au travail des travailleurs indépendants (2003/134/CE).

Dans sa résolution du 26 octobre 2006 sur l'application de la directive relative au détachement de travailleurs, le Parlement européen a formulé plusieurs déclarations claires sur la question du travail indépendant et du faux travail indépendant.

Enfin, plusieurs cas de jurisprudence de la Cour de justice européenne constituent des sources d'information très précieuses. Le présent rapport examine comment sont définies les notions de « travail indépendant » et de « faux travail indépendant » dans les États membres, conformément à l'interprétation de la CJCE.

Sur la base de ces éléments, les partenaires sociaux européens du secteur de la construction (la FIEC et la FETBB) ont décidé d'analyser les aspects juridiques, réglementaires, administratifs, organisationnels et pratiques de ces types de travail dans leur secteur. L'étude - cofinancée par la Commission européenne - a analysé l'impact positif du travail réellement indépendant sur le marché du travail et s'est penché sur les mesures mises en place pour prévenir, détecter et sanctionner les faux «travailleurs indépendants», ainsi que sur l'impact de ces mesures. Elle a été menée dans onze pays: la Belgique, les Pays-Bas, la France, l'Espagne, l'Allemagne, la Suède, la Pologne, la Roumanie, la Grande-Bretagne, l'Irlande et l'Italie.

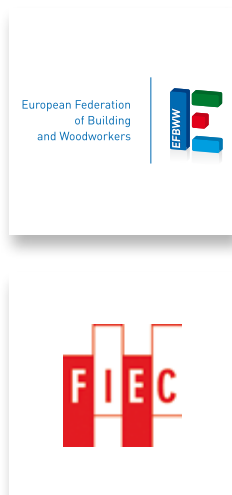
La version intégrale de cette analyse comparative est disponible en allemand, en anglais et en français (Partie 1). Une synthèse des divers rapports nationaux est publiée séparément, uniquement en anglais, en tant qu'annexe à l'analyse comparative (Partie 2). Les rapports nationaux originaux complets sont téléchargeables sur les sites de la FETBB (www.efbww.org) ou de la FIEC (www.fiec.eu).

Cette étude permet aux partenaires sociaux européens du secteur de la construction (la FETBB ou la FIEC) d'aligner leurs débats sur les débats actuellement en cours au niveau européen. L'instauration d'un équilibre entre la promotion du véritable travail indépendant et de la libre circulation des services, d'une part, et la lutte contre le faux travail indépendant et l'exploitation des vides juridiques européens, d'autre part, doit se faire dans le cadre d'un dialogue que la FETBB et la FIEC se sont engagées à mener en vue d'élaborer une approche commune garantissant la viabilité à long terme du secteur de la construction. Les conclusions et recommandations conjointes de la FETBB et de la FIEC sur le travail indépendant et le faux travail indépendant dans le secteur de la construction seront incluses dans une annexe jointe à l'analyse comparative.

Cette vaste étude n'aurait pu être réalisée sans les nombreuses contributions des experts nationaux et des personnes de contact interrogées (fonctionnaires, employeurs, travailleurs,...), qui ont fourni des informations importantes tirées de leur expérience pratique directe «sur le terrain».

Enfin, les membres du groupe d'orientation méritent des remerciements. Sans leur persévérance et leurs précieuses contributions, l'étude n'aurait pas vu le jour.

Werner Buelen
Responsable de programme



Introduction

Voici un exemple type d'un phénomène grandissant sur le marché du travail européen actuel.

Au cours de ces dernières années, le marché du travail européen a connu des changements fondamentaux, et en particulier une flexibilité, une fragmentation et une « occasionnalisation » accrue de l'emploi, avec des employeurs qui s'appuient de plus en plus sur l'externalisation ; la restructuration et surtout sur une main d'œuvre hautement « occasionnalisée ». L'époque où les travailleurs pouvaient créer une relation d'embauche à plein temps et permanente est révolue et a été remplacée par des situations de travail atypiques rendues possibles par le développement d'une grande variété de nouveaux types de travailleurs (et de contrats d'emploi) dont l'ensemble contribue à accroître le marché du travail. Pour des raisons sociales et économiques variées, les employeurs font de plus en plus appel à des employés d'autres sociétés sous contrats de services, en externalisant des tâches dignes souvent de grandes entreprises ou en embauchant du personnel indépendant. Les structures hiérarchiques traditionnelles, où l'employeur contrôle de manière efficace la façon dont le travail est effectué, existent de moins en moins et on accepte maintenant volontiers que de nombreuses questions liées au contrôle qualité soient en fait gérées par des « employés » de sociétés différentes. Par ailleurs, la propriété de l'équipement et l'embauche de personnel sont des tâches confiées de plus en plus à d'autres entités dont le personnel est généralement employé

« Aujourd'hui, trois personnes ont été arrêtées car elles sont soupçonnées de ne pas avoir payé ou totalement payé le montant de l'impôt sur le revenu et des cotisations à la sécurité sociale. Les personnes impliquées dans cette affaire sont les deux propriétaires et le comptable d'une agence d'intérim. Cette agence d'intérim embauchait des travailleurs polonais¹ sous le statut de travailleurs indépendants alors qu'en réalité ils travaillaient comme employés. Les montants de l'impôt sur le revenu et des cotisations à la sécurité sociale versées par l'agence d'intérim sont d'au moins 200 000 € inférieurs aux montants qu'elle aurait dû payer. Les travailleurs polonais croyaient que l'agence d'intérim avait payé tous les impôts sur le revenu et toutes les cotisations à la sécurité sociale. »

Journal, Pays-Bas, 3 octobre 2008

par des sociétés mondiales de recrutement. Le copartage du contrôle est évident comme c'est le cas par exemple avec les agences de travail temporaire. Dans cette relation de travail triangulaire, il arrive bien souvent que les deux parties remplissent certaines fonctions de l'employeur traditionnel au point qu'il est difficile de savoir qui est le véritable employeur. La relation entre la société de l'utilisateur, le prestataire de services et le personnel de ce dernier est complexe. On ne peut en effet ignorer que le changement du marché du travail et l'augmen-

1 Interchangeable avec d'autres nationalités



tation des pratiques telles que l'externalisation et la sous-traitance ont conduit les employeurs à s'intéresser progressivement à embaucher des travailleurs pour une relation de travail non traditionnelle. L'émergence de nouvelles formes de travail a pu, à un certain moment, définitivement contribuer à la flexibilité et à l'« occasionnalisation » croissantes du marché du travail, mais elle a également conduit à une augmentation du nombre de travailleurs avec un statut professionnel flou qui, par conséquent, ne rentre pas dans le cadre de protection normalement associée à une relation de travail traditionnelle². La possibilité d'externaliser et de sous-traiter une partie du processus de production, souvent motivée par des stratégies de réduction des coûts, a permis de jeter les bases d'une grande variété de contrats qui ne sont pas conformes au modèle classique³. La dérégulation a très largement facilité l'obtention d'un contrat en tant qu'indépendant. Quelques minutes suffisent pour remplir les nouveaux formulaires.

L'accession des nouveaux États d'Europe centrale et orientale à l'Union européenne et en particulier le fait que la libre circulation des services, à l'inverse de la libre circulation des travailleurs, était déjà applicable à ces pays à partir de la date d'accession initiale du 1er mai 2004, a exacerbé le recours à ces nouvelles formes de travail parfois associées au dumping social (concurrence internationale). L'application de la libre circulation des services a donné lieu à une situation caractérisée par un nombre croissant des personnes qui deviennent ou agissent en tant qu'indépendants non seulement dans le but de contourner les restrictions d'accès aux marchés du travail étrangers mais également pour éviter le respect des normes et

des conditions sociales minima dans le pays hôte. Dans ces situations, les travailleurs indépendants d'aujourd'hui ne sont plus des entrepreneurs individuels ou des travailleurs hautement qualifiés, mais représentent plutôt une partie vulnérable de la main-d'œuvre qui est dépourvue de toute protection sociale indispensable et exploitée par des employeurs qui profitent notamment de ses services pour réduire leurs charges sociales et éviter d'appliquer plusieurs dispositions sociales légales. La tendance qui se dessine est une hausse du recours à des travailleurs au statut d'indépendant et une baisse de l'emploi de personnel subordonné. C'est certainement le cas dans le secteur de la construction, un secteur où la proportion d'indépendants est beaucoup plus élevée que dans n'importe quel autre secteur. Tout comme les indépendants, le nombre de travailleurs détachés à l'étranger et les travailleurs temporaires venant de l'étranger sont en augmentation. Toutes ces nouvelles formes de travail ont donné de l'ampleur au rôle tenu par les donneurs de travail.

Le recours croissant à toutes ces nouvelles formes de travailleurs rend la distinction entre la relation traditionnelle employé-employeur, légalement dénommée « subordination », et le travail indépendant de plus en plus difficile.

Un employeur qui a recours à des travailleurs indépendants plutôt qu'à des employés salariés peut parfois éviter de payer des contributions sociales et fiscales considérables et contourner d'autres obligations sociales. Mais ces soi-disant travailleurs indépendants embauchés par un employeur se révèlent être très souvent des salariés « déguisés ». Ces « faux indépendants » sont des personnes qui se com-

2 ILO, « Employment Relationship », 95e session rapport 2006 V (1), p. 3

3 Cremers, J., Self-employed and the free provision of services, Presentation, CLR-coordinator, AIAS-Amsterdam, Vilnius - 7 Juin 2007, p. 7

portent comme des salariés, alors qu'ils sont enregistrés comme travailleurs indépendants. Le faux travail indépendant est, en tout point et à toutes fins, identique au travail subordonné, mais il est déguisé en travail autonome dans le but de réduire les charges salariales pour des raisons fiscales et d'éviter le paiement d'importantes cotisations à la sécurité sociale. Les « employés déguisés » bénéficient non seulement d'un niveau de protection inférieur à celui des employés subordonnés puisque le montant des cotisations versé est plus faible, mais ils affaiblissent également la stabilité des systèmes de sécurité sociale ainsi que toutes les actions de solidarité.

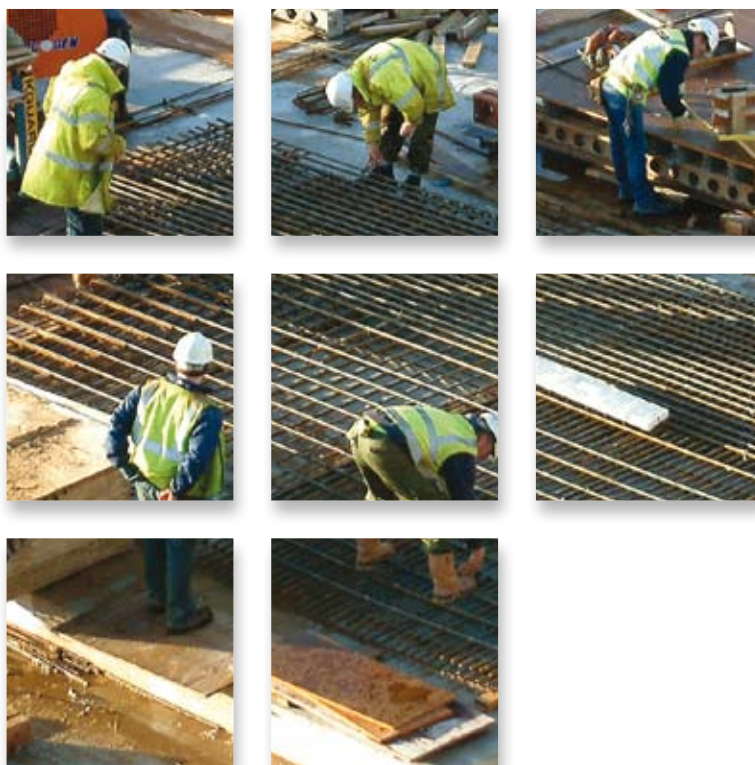
Établir une véritable distinction entre le travail subordonné et le travail indépendant est donc très important. Dans tous les systèmes juridiques de l'Union européenne, il existe une dichotomie entre les concepts de travailleur salarié, d'une part, et de travailleur indépendant, d'autre part. Il y a une division traditionnelle binaire qui régit l'exécution du travail où chaque système légal se base sur la présomption que l'on est soit un salarié soit un indépendant. Cette nette distinction est également importante car elle sert de base pour définir les bénéfices et les avantages et plus généralement, le statut légal des personnes concernées. Par essence, ces deux systèmes nationaux, celui du travail et celui de sécurité sociale sont basés sur ces deux concepts.

L'objectif de cette étude est de comparer la définition donnée par plusieurs États membres de la communauté européenne au statut du travail indépendant et la façon dont ils (tentent d'aborder) abordent le problème du faux travail indépendant. Cet exercice de comparai-

son s'appuie sur des rapports d'experts qui ont répondu à une série de questions sur le travail indépendant et le faux travail indépendant.

Étant donné le nombre d'États membres examinés et l'étendue du sujet traité, notre étude ne peut pas être totalement exhaustive. Toutefois, cette analyse comparative est également l'occasion d'observer comment cette question fondamentale pour la stabilité de nos systèmes de sécurité sociale est actuellement gérée au niveau de l'État membre. Notre analyse se fonde sur les États membres qui nous ont remis un rapport à cet effet, c'est-à-dire : la Belgique, les Pays-Bas, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Royaume-Uni, l'Espagne, l'Irlande, la Roumanie, la Pologne et la Suède qui ont tous pris en compte la situation en 2008.

Avant d'effectuer une analyse comparative des rapports nationaux, nous voulons tout d'abord examiner comment ce problème est géré au niveau européen.





Faux travail indépendant : La perspective européenne

La plupart des États membres admettent qu'il existe une double classification ou une division binaire au sein du concept de « relations de travail » : les salariés d'une part et les indépendants d'autre part⁴. Par essence, les deux systèmes législatifs nationaux concernant le travail et la sécurité sociale s'appuient sur ces deux concepts.

La question est de savoir si la législation (sociale) européenne elle-même est implicitement liée à cette importante division en ce

qui concerne l'application des droits et des libertés telle que stipulée par le Traité. Il est notamment nécessaire d'évaluer si (1) les deux législations communautaires primaire et secondaire fournissent des définitions textuelles ou légales, et (2) comment ces notions, s'il en est, doivent être interprétées. De plus, il pourrait être intéressant d'isoler les tendances concernant la démarcation entre les salariés et les indépendants et le niveau de protection sociale accordé à chaque catégorie.

Définition et description au sein de la législation communautaire primaire

Libre circulation des travailleurs

Les deux articles 39 et 42 CE citent le terme « travailleurs ». Le Traité lui-même exclut tout emploi dans le service public⁵ de ce concept. Hormis cela, la conclusion est que le Traité n'offre pas de définition positive. Quoi qu'il en soit, seules les personnes naturelles peuvent relever du champ d'application de l'article 39 CE (et pas les personnes morales contrairement aux articles en matière de la libre prestation de services).

Dès le début, la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après dénommée : « CJCE »)

a déterminé le champ d'application exact de cette phrase en stipulant que ce concept avait une signification communautaire portant sur tous ceux qui, en tant que tels et de quelque façon que ce soit, sont couverts par les différents systèmes de sécurité sociale nationaux⁶.

En général, un « travailleur » se définit comme une personne qui, pour une certaine durée, fournit des services pour et sous la direction d'une autre personne en contrepartie desquels il perçoit une rémunération⁷. Par conséquent, quatre éléments sont essentiels : (1) la prestation de services, (2) une certaine durée, (3) l'exécution du travail sous la direction

4 Hormis les agents du gouvernement (fonctionnaires).

5 Art. 39, 4° CE.

6 ECJ 75/63, Unger v. Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, 1964.

7 ECJ 53/81, Levin v. Staatsecretaris van Justitie, 1982; ECJ 133/85, Kempf v. Staatsecretaris van Justitie, 1986; ECJ 66/85, Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg, 1986; ECJ 197/86, Brown v. the Secretary of State for Scotland, 1988; ECJ 344/87, Bettray v. Staatsecretaris van Justitie, 1989; ECJ 357/89, Raulin v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen, 1992; ECJ 3/90, Bernini v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen, 1992; ECJ 85/96, Martínez Sala v. Freistat Bayern, 1998; ECJ C-188/00, Kurz v. Land Baden-Württemberg, 2002; ECJ 337/97, Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, 1999; ECJ C-138/02, Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, 2004; ECJ C-456/02, Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles, 2004; ECJ C-109/04, Kranemann v. Land Nordrhein-Westfalen, 2005; ECJ C-228/07, Petersen v. Arbeitsmarktservice Niederösterreich, 2008.

d'une autre personne, et (4) la rémunération comme contrepartie.

La CJCE met particulièrement en valeur le critère de « sous la direction d'une autre personne » comme caractéristique fondamentale de la relation de travail. Le lien de subordination ressort comme l'élément essentiel permettant de distinguer le « salarié » du « travailleur indépendant »⁸. La juridiction nationale doit fonder son examen sur des critères objectifs et présenter une évaluation globale de toutes les circonstances du cas liées à la nature à la fois des activités concernées et de la relation de travail en question⁹.

La CJCE a par ailleurs souligné que les activités exercées doivent être « réelles et authentiques, à l'exception des activités entreprises à une échelle si petite qu'elles doivent être considérées comme purement marginales et accessoires »¹⁰. Ceci ne signifie pas pour autant que le travail à court terme en lui-même est automatiquement exclu du champ d'application de l'article 39 CE¹¹.

Le concept de travailleur d'un point de vue communautaire ne correspond pas nécessairement aux descriptions juridiques visées par la législation de nombreux États membres. Par ailleurs, ni la nature sui generis de la relation de travail aux termes de la législation nationale, ni le niveau de productivité de la personne concernée, ni l'origine des fonds servant à la rémunération et ni le montant limité de la rémunération ne peuvent avoir une conséquence quelconque pour déterminer si la personne est ou n'est pas un travailleur aux fins de la législation communautaire¹².

En résumé, il faut noter que l'interprétation de la Cour des termes « salariés » et « activité en tant que personne salariée » dans le cadre de la libre circulation des travailleurs couvre une large gamme de relations de travail et qu'elle est indépendante des définitions nationales. Il est certain qu'elles ne peuvent pas être interprétées d'une manière étroite¹³. La Cour a expliqué que cette interprétation de la Communauté européenne plutôt large était nécessaire pour garantir que les avantages énoncés dans le Traité soient octroyés à certaines catégories de personnes¹⁴.

Droit d'établissement et libre prestation des services

Le champ d'application personnel des articles 43, 44, 2^o et 47 CE est noté comme « indépendant » qui est décrit de manière négative dans la version néerlandaise du Traité, par exemple : « autre qu'un emploi payé/salarié ». Si l'on tient compte de la large définition de « salariés » rectifiée par la jurisprudence, les indépendants sont peut-être considérés comme une catégorie résiduelle. La terminologie du Traité reflète plus ou moins ce constat en utilisant le terme plus générique « activités (en tant qu'indépendant) ».

L'indépendant, à la différence du salarié, peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale ; le Traité y fait référence sous le terme de « ressortissants ». Comme les salariés, les activités liées à l'exercice d'une autorité officielle ne sont pas comprises dans le concept du « travail indépendant »¹⁵.

Comme indiqué ci-dessus, la CJCE a confirmé que « toute activité exercée par une personne

8 ECJ C-107/94, Asscher v. Staatssecretaris van Financiën, 1996; ECJ C-268/99, Jany and Others v. Staatssecretaris van Justitie, 2001; ECJ C-151/04 and C-152/04, Nadin, Nadin-Lux SA v. Durré, 2005.

9 ECJ C-431/01, Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, 2003; ECJ C-456/02, Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles, 2004.

10 ECJ 53/81, Levin v. Staatssecretaris van Justitie, 1982; ECJ 337/97, Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, 1999; ECJ C-431/01, Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, 2003; ECJ C-228/07, Petersen v. Arbeitsmarktservice Niederösterreich, 2008.

11 ECJ C-431/01, Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, 2003.

12 ECJ 53/81, Levin v. Staatssecretaris van Justitie, 1982; ECJ 344/87, Bettray v. Staatssecretaris van Justitie, 1989; ECJ C-188/00, Kurz v. Land Baden-Württemberg, 2002; ECJ C-456/02, Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles, 2004.

13 Voir la jurisprudence mentionnée dans la note en bas de page n° 4.

14 ECJ 53/81, Levin v. Staatssecretaris van Justitie, 1982.

15 Art. 45 EC.

en dehors d'une relation de subordination doit être classée comme activité exercée en tant qu'indépendant aux fins de l'article 43 CE». Ceci implique que pour établir une nette distinction entre les salariés (art. 39 CE), la présence ou l'absence d'une relation de subordination est primordiale. Cependant, si une question préjudicielle doit être posée (art. 234 CE), seuls les tribunaux nationaux sont compétents pour décider si une personne est un salarié ou un indépendant¹⁶. Dans cette perspective, la CJCE a établi des « directives » en vue de guider les tribunaux nationaux. Une activité (économique) exercée par un travailleur indépendant relève du champ d'application du droit d'établissement si elle est menée par la personne qui fournit les services (1) en dehors de toute relation de subordination concernant le choix de cette activité, des conditions de travail et des conditions de rémunération, (2) sous la propre responsabilité de cette personne, et (3) en contrepartie d'une rémunération payée par cette personne directement et en totalité¹⁷.

La Cour a déjà statué, par exemple, que le directeur d'une société dont il est l'unique actionnaire n'exerce pas ses activités dans le contexte d'une relation de subordination, et il ne doit donc pas être considéré comme un « salarié » au sens de l'article 39 CE mais comme exerçant une activité comme travailleur indépendant au sens de l'article 43¹⁸.

D'un autre côté, l'article 49 CE propose une description précise de la prestation de services (fournie par les ressortissants - indépendants - d'un État membre). Une prestation de services comprend n'importe quel service (en particulier des activités de nature industrielle ou commerciale, artisans et professions (libérales))

normalement fourni en contrepartie d'une rémunération. La définition d'un prestataire de services (indépendant) pourrait donc être : « toute personne physique qui est un ressortissant d'un État membre, ou toute personne morale telle que définie par l'article 48 CE et établi dans un État membre, qui offre ou fournit un service »¹⁹.



16 ECJ C-431/01, Ninni-Orasche v. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, 2003; ECJ C-456/02, Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles, 2004; ECJ C-151/04 and C-152/04, Nadin, Nadin-Lux SA v. Durré, 2005.

17 ECJ C-268/99, Aldona Malgorzata Jany and others v. Staatssecretaris voor Justitie, 2001. Noter que ce cas concerne une décision préjudicielle liée à l'interprétation de l'Accord européen qui établit une association entre les Communautés européennes et leurs États Membres, d'une part, et la République de Pologne et la République Tchèque, d'autre part. Ceci n'a cependant pas d'impact sur la pertinence du jugement aux fins de l'interprétation de l'art. 43 CE.

18 ECJ C-107/94, Asscher v. Staatssecretaris van Financiën, 1996.

19 Voir l'art. 4, 2) Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, OJ L 376, 27 décembre 2006, 36.

Principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes pour un même travail ou un travail de même valeur

Le premier paragraphe de l'article 141 CE mentionne également la notion de « travailleurs » masculins et féminins. Cet article fait aussi référence à des concepts communs comme « emploi et profession » et « travail ».

La CJCE a souligné que le terme « salarié » au sens de l'article 141 CE doit être jugé au mérite. Étant donné qu'il n'existe pas de définition unique dans la législation communautaire, elle peut varier en fonction du secteur où elle s'applique²⁰. Dans tous les cas, le terme « salarié » utilisé dans l'article 141 CE ne peut pas être défini en référence à la législation des États membres mais possède un sens spécifique à la Communauté. Elle ne peut pas non plus être interprétée de manière restrictive²¹.

L'interprétation du terme « salarié » dans le cadre légal visé par l'article 141 CE se base néanmoins presque totalement sur la jurisprudence liée à la libre circulation des travailleurs.

Un travailleur est considéré comme une personne qui, pour une certaine durée, fournit des services pour et sous la direction d'une autre personne en contrepartie desquels il perçoit une rémunération²². Cette définition indique clairement que les auteurs du Traité ne prévoyaient pas que le terme « travailleur » au sens de l'article 141 CE inclut les prestataires de services indépendants qui ne sont pas dans une relation de subordination avec la personne qui reçoit les services²³.

La question de savoir si une telle relation existe doit se poser au cas par cas tout en gardant à l'esprit tous les facteurs et circonstances qui déterminent la relation entre les parties. La classification formelle d'un travailleur indépendant aux termes de la législation nationale n'exclut pas la possibilité qu'une personne puisse être classée comme travailleur au sens de l'article 141 CE si son indépendance est purement imaginaire et cache une relation de travail subordonnée au sens du présent article²⁴.

Il est toutefois à remarquer que la Cour, dans le champ d'application de l'article 141 CE, considère de manière explicite les faits comme prioritaires au lieu de la qualification (écrite) formelle entre les parties d'une relation de travail.



20 ECJ 85/96, Martínez Sala v. Freistat Bayern, 1998.

21 ECJ C-256/01, Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College and others, 2004.

22 Ibid. Cf. (dans le contexte de la libre circulation des travailleurs) ECJ 66/85, Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg, 1986; ECJ 85/96, Martínez Sala v. Freistat Bayern, 1998.

23 ECJ C-256/01, Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College and others, 2004. Cf. (dans le contexte de la libre circulation des travailleurs) ECJ 337/97, Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, 1999.

24 ECJ C-256/01, Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College and others, 2004.

Caractérisation au sein de la législation communautaire secondaire

L'article 1 du Règlement 1408/71²⁵ destiné à coordonner les régimes de sécurité sociale pour les travailleurs migrants, définit les concepts de salariés et d'indépendants de manière très large et ne fait pas référence aux définitions nationales d'ordre général. Il fait référence à toute personne qui est assurée au titre d'une assurance obligatoire ou facultative continuée contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches d'un régime de sécurité sociale, s'appliquant aux travailleurs salariés et aux travailleurs indépendants, ou à un régime spécial s'appliquant aux fonctionnaires. De plus, conformément à l'article 2 de la Directive

96/71²⁶ relatif au détachement des travailleurs salariés, la notion de travailleur est celle qui est d'application dans le droit de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché, aux fins de la présente directive.

Un dernier commentaire: quelques dispositions stipulées au chapitre de la Politique sociale du Traité²⁷ font aussi référence à la notion de «travailleur»²⁸. L'interprétation de ce terme s'entrecroise évidemment avec les concepts adoptés par la législation communautaire secondaire (définitions dans plusieurs règlements, directives, etc.)²⁹.

Tendances

Bien que les deux législations communautaires primaire et secondaire reconnaissent la distinction de base entre salariés et indépendants, la réalité économique et sociale a eu tendance d'une manière ou d'une autre à rapprocher les deux statuts³⁰ et à accorder le même niveau de protection (sociale) sans égard à la position légale de la personne.

Cette tendance remonte à plusieurs textes de l'Union européenne.

Notons également que même des normes non contraignantes et des instruments politiques visent l'égalité sociale indépendamment du statut professionnel. Un exemple de ce type de loi souple est la Charte de la Communauté pour les Droits sociaux fondamentaux des

Travailleurs, dont l'introduction stipule: «[...] considérant qu'elle vise, d'autre part, à affirmer de façon solennelle que la mise en œuvre de l'Acte unique doit pleinement prendre en compte la dimension sociale de la Communauté et que, dans ce contexte, il est nécessaire d'assurer aux niveaux appropriés le développement des droits sociaux de travailleurs de la Communauté européenne, en particulier des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants [...]». De plus, la Charte fait mention de «tout travailleur», dans «toute profession ou tout métier»³¹.

Même les textes juridiques positifs tendent nettement à abolir la distinction entre les travailleurs salariés et les travailleurs indépendants,

25 Règlement 1408/71/CEE du Conseil relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, OJ L 149, 5 juillet 1971, 2 (ci-après dénommé en abrégé «Règlement 1408/71/CEE»).

26 Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 relatif au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services, OJ L 18, 21 janvier 1997, 1-6.

27 Titre XI CE.

28 Voir en particulier l'art. 137, 1., a), c), d), e) et f) CE.

29 Supra, sous-titre «3. Caractérisation au sein de la législation communautaire secondaire».

30 Voir aussi: COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Communication de la Commission du Conseil, le Parlement européen, le Comité européen économique et social et le Comité des Régions (COM (2007) 627 final), Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 2007, 7, eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0627:FIN:EN:PDF.

31 Art. 2 Charte communautaire des Droits sociaux fondamentaux des travailleurs.

et se réfèrent simplement à une large catégorie (« personnes qui effectuent un travail »)³².

La législation européenne en matière de traitement égal offre un exemple qui englobe « la population active, y compris les travailleurs indépendants »³³.

Les règles qui régissent l'aménagement du temps de travail des personnes exécutant des activités mobiles de transport routier³⁴ en sont une autre illustration. La Directive 2002/15/CE désigne la catégorie (large) des « personnes exécutant des activités mobiles de transport routier » qui couvre les travailleurs mobiles ainsi que les conducteurs indépendants³⁵. Cette Directive qui a pour objectif d'établir des dispositions minimums en matière d'aménagement du temps de travail en vue d'améliorer la protection de la santé et de la sécurité des personnes qui exécutent des ac-

tivités mobiles de transport routier, de renforcer la sécurité routière et d'éviter de fausser les conditions de la concurrence ne dépend pas nécessairement de la question de savoir si un travailleur mobile est un salarié ou un indépendant. Néanmoins, la CJCE a rappelé que les conducteurs indépendants et les conducteurs salariés ne sont pas dans la même situation concernant l'aménagement de leur temps de travail. En plus des activités directement liées au transport routier, le premier est tenu, généralement, d'accomplir des tâches administratives que le second n'a pas à exécuter³⁶.

Lorsque la coordination des régimes nationaux de la sécurité sociale est concernée, le Règlement 1408/71/CEE³⁷ couvre de nos jours à la fois les travailleurs salariés et les travailleurs indépendants en conséquence d'un processus historique.



32 A. PERULLI, Travail économiquement dépendant / quasi-subordonné (para subordination) : les aspects juridiques, sociaux (sic) et économiques, Brussels, Commission des Communautés européennes, 2003, 28, ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/parasubordination_report_en.pdf.

33 Art. 6 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitements entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, JO L 204, 26 juillet 2006, 23.

34 Voir la Directive 2002/15/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 relative à l'aménagement du temps de travail des personnes exécutant des activités mobiles de transport routier, JO L 80, 23 mars 2002, 35 (ci-après dénommée en abrégé « Directive 2002/15/CE »).

35 Voir l'art. 3, d), e) et f) de la Directive 2002/15/CE.

36 CJCE C-184/02 et C-223/02, Royaume d'Espagne et République de Finlande contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 2004, considération n°. 65.

37 Supra, sous-titre « 3. Caractérisation au sein de la législation communautaire secondaire ».

Faux travail indépendant : Aperçu comparatif

La démarcation entre l'emploi direct/le vrai indépendant et le vrai travail indépendant/le faux travail indépendant

La double classification qui existe dans les relations de travail entre les travailleurs subordonnés et les travailleurs indépendants dans les États membres de l'Union européenne est la pierre angulaire du droit du travail et de la sécurité sociale. Nous devons maintenant traiter la question essentielle de savoir comment le travail subordonné et le travail indépendant sont définis aujourd'hui et quelles sont les techniques et les méthodes employées pour les distinguer.

Différentes tendances sont à relever à cet égard. Alors que dans certains pays, aucune définition statutaire de ces concepts n'est envisagée, d'autres États membres prévoient une définition statutaire qui ne couvre que l'emploi direct tandis que les pays qui proposent une définition statutaire pour les deux concepts sont minoritaires.

Même une définition claire fournie par la législation ou par la jurisprudence ne doit cependant pas être surestimée car cela ne signifie pas que les pays offrant une telle définition fassent pour autant une distinction précise entre le travail salarié et le travail indépendant.

Il est très probable que les pays qui dépendent du droit coutumier ne disposent pas de définition spécifique. Et même dans ce cas, le manque d'une définition statutaire n'implique pas automatiquement l'absence de dispositions statutaires quelconques y afférentes. En Irlande, par exemple, tous les salariés sont protégés par la loi sur les Conditions de travail (Terms of Employment (Information) Act) qui stipule l'obligation de fournir une déclaration écrite des conditions de travail ainsi qu'une

notification obligatoire de toutes modifications des détails de ladite déclaration.

La France occupe une position intermédiaire. D'une part, l'emploi direct est défini de manière assez concise par la jurisprudence, mais d'autre part, il figure également dans le Code du Travail qui définit la relation de subordination employeur-employé, l'un des éléments essentiels qui détermine le statut d'emploi direct, et décrit aussi le concept du travail indépendant.

Certains pays donnent uniquement une définition du concept d'emploi direct. Aux Pays-Bas, le Code Civil définit le contrat de travail comme : « *le contrat par lequel l'une des parties, l'employé, s'engage envers l'autre partie, l'employeur, à travailler pour lui en contrepartie d'une rémunération pour une durée spécifique* ».

Il n'existe pas de définition statutaire du concept du travail indépendant puisque l'indépendant est décrit comme une personne qui n'est pas un employé.

Au Royaume-Uni, la distinction binaire entre les deux statuts est fondée de par son histoire sur la distinction entre le « contrat de services » et le « contrat d'entreprise ». Cette distinction a été consolidée par la Loi sur l'Assurance Nationale (National Insurance Act) de 1946 qui a aligné les définitions fiscales et légales de l'emploi.

D'autres pays ont cependant défini les deux concepts. Par exemple, le Code Civil italien³⁸ définit un *employé* comme un individu, servant sous le contrôle et les instructions d'un employeur, qui reçoit un salaire pour accomplir ses fonctions. L'*indépendant* est un individu qui

exerce ses activités sans être sous le contrôle et les instructions d'un employeur.

Le rapport suédois décrit les critères fondamentaux qui régissent une relation de travail dans la législation, les règlements ou la jurisprudence de la manière suivante : salaire, subordination à l'employeur, horaires fixes, utilisation des outils de l'employeur, avantages sociaux partiellement payés par l'employeur, avoir droit à un certain nombre de droits stipulés dans la convention (congrés annuels, congrés maladie,...), représentation syndicale et support pour les périodes de licenciement économique. Le critère essentiel pour être considéré comme un travailleur *indépendant* est d'être enregistré auprès de l'administration fiscale. Si la personne n'est pas enregistrée, elle est considérée comme un travailleur illégal. Les autres critères importants sont les suivants : planifier son propre travail, équipements et outils propres, moins de subordination intensive, prise de risque, travailler pour plusieurs clients³⁹.

Pour terminer, en Belgique, la Loi-programme du 27 décembre 2006 définit le concept d'employé comme « *une personne qui s'engage dans un contrat de travail, en échange d'un salaire, sous l'autorité d'une autre partie, l'employeur, à accomplir un travail* ». Le travailleur indépendant est « *une personne qui pratique une activité professionnelle en dehors de l'autorité d'un employeur et n'est pas engagée dans un statut* ». Selon cette loi, la différence entre les travailleurs indépendants et les travailleurs salariés s'appuie sur quatre critères fondamentaux :

- 1) La volonté des parties telle qu'exprimée dans le contrat lorsqu'elle correspond à la réalité ou en d'autres termes,

lorsqu'elle correspond à l'exécution concrète du contrat de travail ;

- 2) La liberté d'aménagement du temps de travail ;
- 3) La liberté d'aménager le travail ;
- 4) La possibilité d'établir un contrôle hiérarchique.

Dans plusieurs pays, une définition indirecte peut être établie. En Espagne, une définition peut être tirée du champ d'application du Statut des Travailleurs espagnols selon lequel un contrat de travail sera mis en place « *si une personne (le travailleur) rend un service, librement et individuellement, à une autre partie (une société, un employeur ou un entrepreneur) pour lequel cette personne est payée. Cette personne travaillera en tant qu'employé, sous la direction et la gestion de l'employeur* ». Le travail indépendant se définit comme une activité professionnelle économique exercée sur une base régulière, individuellement et directement par une personne, sans être affectée par la gestion ou la direction d'une autre personne.

En Roumanie, le contrat de travail individuel est : « *un contrat selon lequel une entité naturelle, appelée employé, accepte d'accomplir un travail pour et sous l'autorité d'un employeur, qui est une entité naturelle ou légale, en échange d'un paiement, désigne comme salaire* ».

En ce qui concerne le vrai travail indépendant, la Loi polonaise sur la Liberté de l'activité commerciale (Polish Freedom of Business Activity Act) et la Loi relative à l'impôt sur le revenu personnel (Personal Income Tax Act) définissent la notion « d'activité commerciale » qui stipule que le travailleur indépendant est entièrement responsable des services four-

38 Art. 2094 du Code Civil italien.

39 Il faut noter que le rapport suédois fait mention de ces différents critères que la législation, les règlements et la jurisprudence sont en train de développer sans en identifier clairement les sources.

40 En Irlande, comme il n'existe aucune définition légale des deux statuts, la jurisprudence a mis au point un ensemble de caractéristiques de la relation d'emploi direct (contrôlé dans un unique travail, salaire fixe, sans équipement, sans risque financier, heures fixes, logement et déplacement payés, offre de travail uniquement, etc.) mais également des facteurs qui définissent le travail indépendant (travail à son compte, risques financiers, responsabilité de la gestion, maîtrise du travail, fourniture de matériaux, accord sur le prix pour le travail, etc.).

nis, l'activité commerciale n'est pas exercée sous la gestion ou dans un lieu et à une heure indiqués par le client, et le travailleur indépendant accepte les risques économiques liés à ses services.

Dans la mesure où une définition statutaire est rarement fournie, la définition et la démarcation des deux concepts ont été développées par la jurisprudence au moyen de tests visant à distinguer l'emploi direct et le travail indépendant en se fondant sur des critères objectifs. À cet égard, la jurisprudence élargit souvent le concept d'emploi subordonné pour y inclure des personnes qui ne remplissent pas traditionnellement les critères judiciaires de subordination, mais qui sont d'une manière ou d'une autre dépendantes de l'activité d'une autre personne.

C'est naturellement le cas des pays du droit coutumier tels que l'Irlande⁴⁰ ou le Royaume-Uni. L'exemple du Royaume-Uni est particulièrement significatif puisque quatre tests superposés peuvent être pris en compte sans que l'un d'eux prime sur l'autre :

- 1) **Le test de contrôle** (c'est-à-dire devoir d'obéissance aux ordres, discrétion sur les heures de travail, supervision du mode de travail) ;
- 2) **Le test de l'intégration** (c'est-à-dire le fait que la personne fasse partie ou non d'une organisation, qu'elle soit soumise à des procédures disciplinaires ou de règlement des griefs, et incluse dans un régime de retraite professionnel) ;
- 3) **Le test de la réalité économique** (c'est-à-dire le mode de paiement, la liberté d'embaucher des personnes, fourniture de son propre équipement, investisse-

ment dans sa propre entreprise, mode de versement de l'impôt, couverture des prestations maladie et des indemnités de congé annuel, prise de risques financiers soit pour faire des profits ou pour subir des pertes) ;

- 4) **La réciprocité de l'obligation** (c'est-à-dire la durée de l'emploi, la régularité de l'emploi/réengagement, le droit de refuser de travailler, la familiarisation au commerce).

A cause de l'existence de ces différents tests, effectuer une classification légale est devenu une tâche difficile.

Alors que les trois premiers tests tendent plutôt vers le statut du travailleur salarié, le dernier test tend vers le statut du travailleur indépendant. Les observateurs remarquent que l'application réelle de ces quatre tests entraîne une complexité et une incertitude grandissantes. De plus, la démarcation entre les deux statuts doit toujours se baser sur une approche au cas par cas, ce qui empêche par conséquent d'édicter une règle générale.

Mais ces tests sont également bien mis en place dans des États membres qui ne suivent pas le système de droit coutumier tels que l'Italie⁴¹, l'Espagne⁴², la France⁴³, la Belgique ou les Pays-Bas dont la législation propose une définition de ces concepts. Le caractère évasif et le manque de précision de la législation obligent souvent les tribunaux à compléter les définitions statutaires existantes. Il faut noter que ces types de test sont également utilisés en Roumanie et en Suède⁴⁴.

41 En Italie, les tribunaux appliquent différentes formes de tests avec des facteurs liés à (i) l'intégration dans l'activité de l'employeur et le contrôle pertinent de l'employeur, (ii) la durée de la relation, (iii) les horaires de travail et le contrôle pertinent de l'employeur, (iv) le lieu de travail, (v) le niveau des compétences et l'autodétermination, (vi) la liberté de travailler pour d'autres employeurs, (vii) l'investissement et l'activité commerciale, (viii) si le travailleur a des employés.

42 En Espagne, les facteurs de l'emploi direct sont liés à l'acceptation volontaire du travail, le respect des heures de travail convenues sur le contrat, les risques supportés par l'employeur, les outils fournis par l'employeur, les congés convenus par les deux parties conformément à la convention.

43 En France, la relation de travail implique trois critères : l'accomplissement du travail pour une tierce personne, le paiement d'un salaire, la relation de subordination. Concernant le travail indépendant : le critère le plus important est l'absence de subordination. Les juges examineront en général si les critères du contrat de travail sont satisfaits afin de distinguer le contrat de travail du contrat de travail indépendant.

44 Mais il faut préciser que ces critères ne se basent pas sur la jurisprudence en Suède mais sur les observations des responsables syndicaux lorsqu'ils utilisent leur droit d'information sur les sous-traitants.

L'impact de la régulation et de la dérégulation en la matière

Le faux travail indépendant est un travail déguisé. Le phénomène du faux travail indépendant n'est pas décrit tel quel dans la législation nationale.

Mais l'on peut toutefois trouver des références indirectes à ce statut. Par exemple, le système juridique italien prévoit une variété de règles concernant le faux travail indépendant. La loi italienne définit également « le travail semi-indépendant » comme un « travail déguisé »⁴⁵. Ce manque de clarté a conduit certains commentateurs à en conclure que le faux travail indépendant renvoie à un statut qui pourrait être ambigu, à savoir que même si le travailleur est indépendant, le travail effectué semble le classer dans une catégorie intermédiaire située entre le travailleur salarié et le travailleur indépendant. En Irlande, par exemple, la loi nationale ne mentionne pas le « faux travail indépendant » alors que le système fiscal et la convention en l'évoquent indirectement en stipulant qu'il s'agit d'un abus de la relation typique travail indépendant/services.

Depuis 1997, la loi française emploie la catégorie « travail dissimulé » qui englobe deux types de situations :

- ◆ **La dissimulation d'activité** c'est-à-dire des activités à but lucratif sont exercées d'une telle manière qu'elles conduisent à une violation intentionnelle de la législation fiscale et sociale ;
- ◆ **La dissimulation d'une relation de travail** qui inclut le faux travail indépendant.

En France, le faux travail indépendant est considéré comme un vrai travail indépendant jusqu'à ce que le contrat soit redéfini comme un contrat de travail. Par conséquent, si le travailleur indépendant est dans une relation de subordination, l'instigateur du contrat peut être poursuivi pour travail dissimulé et il deviendra nécessaire de conclure un nouveau contrat qui soit un contrat de travail.

Le principal problème qui conduit au faux travail indépendant est que les formalités à remplir pour s'établir en tant que travailleur indépendant sont presque inexistantes dans la plupart des pays, il est donc facile de démarrer des activités indépendantes. De plus, les formes de faux travail indépendant deviennent progressivement de plus en plus sophistiquées. En Espagne, le faux travail indépendant peut prendre la forme de sociétés civiles ou de coopératives de travailleurs qui, sous le couvert du travail indépendant, impliquent en réalité des contrats de travail. En Italie, l'exemple type est un travailleur « indépendant à un seul client » ayant un numéro de TVA, qui travaille exclusivement pour un seul partenaire commercial. Dans d'autres pays, le faux travail indépendant prend également la forme d'une entreprise individuelle. Aux Pays-Bas, le débat se focalise principalement sur les situations de travailleurs indépendants sans personnel subordonné qui présentent les caractéristiques suivantes : ils n'ont pas de personnel, ils ont une ou plusieurs personnes dont ils sont responsables, le travail effectué est normalement accompli par des employés, le travail est ef-

45 En France, on parle d'une « zone d'ombre ».

fectué sur mission uniquement, ils disposent rarement voire pas du tout de leurs propres bureaux de travail, ils sont responsables de leurs propres activités, le paiement s'effectue à la tâche et il n'y a pas de rémunération régulière. Lorsque ces personnes dépendent très étroitement d'une ou plusieurs personnes, elles peuvent être considérées comme des faux travailleurs indépendants.

En Suède, dans le secteur de la construction, le faux travail indépendant prend la forme de personnes physiques titulaire d'un certificat F-tax qui est le moyen le plus simple d'être un indépendant.

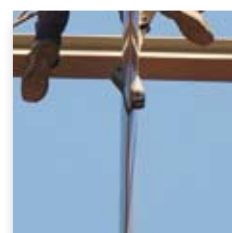
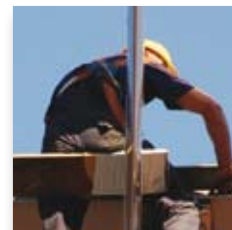
En Allemagne, une autre sorte d'abus dans le statut d'indépendant est devenue apparente ces dernières années (les ainsi-nommées Wir-AG, Ich-AG chez certaines personnes). Il existe de plus en plus de cas dans lesquels un « chef » et de nombreux travailleurs non- ou peu qualifiés, venant de pays nouvellement membres, se présentent comme une GbR (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) ou un type similaire de société étrangère sans que les conditions nécessaires à la création d'une telle société ne soient réunies. Dans de tels cas, il faudrait vérifier si les employés agissent effectivement en tant que partenaires ou bien s'il existe de facto une relation employé-employeur entre la-dite personne et l'allemand ou le « chef » étranger de la société. Lors de l'enregistrement d'une GbR, il n'existe aucune vérification permettant de savoir s'il s'agit d'une vraie GbR avec partenaires ou bien d'une société avec des employés.

En Belgique, il existe deux principales formes de faux travail indépendant dans l'industrie de la construction : comme salarié avec une activité

de faux indépendant en plus (le salarié exerce les mêmes activités pour la même personne à la fois en tant que travailleur salarié et que travailleur indépendant qui compte comme activité additionnelle) et au sein de la structure d'une entreprise coopérative à responsabilité limitée. En Irlande, on rencontre quatre types différents de (faux) travail indépendant : le travail indépendant en partenariat, le travail indépendant individuel, dans des entreprises à responsabilité limitée et dans des sociétés à participation. Une des formes de faux travail indépendant récente et très sophistiquée constatée dans plusieurs pays est le travail fourni par des intermédiaires (voir ci-dessous).

La lutte contre le faux travail indépendant traite la question de savoir comment correctement évaluer et classer de manière légale le travail en utilisant les outils mis à disposition par la législation ou prescrits par la jurisprudence. Comment le juge expose-t-il le faux travail indépendant et le classe-t-il sous la dénomination de travail ? La question préalable à résoudre est dans quelle mesure les parties peuvent qualifier leur propre relation et est-ce que le juge peut reconsidérer cette qualification et dans ce cas, quelles sont les limites à cette action ?

Bien qu'en général, les parties soient totalement libres d'aménager leurs relations contractuelles dans les limites imposées par la loi, la question est en réalité de savoir ce qui détermine essentiellement la relation de travail entre l'intention des parties et la situation concrète. En Pologne, la volonté des deux parties est décisive, et la Cour doit la respecter. Ceci implique que si les deux parties souhaitent s'engager dans une relation de travail indépendant, alors le cas présenté par le repré-



sentant de l'Inspection du travail sera rejeté. En France, en revanche, la reconnaissance d'une situation d'emploi direct ne dépend ni « de la volonté exprimée par les deux parties » ni du « nom donné au contrat » mais uniquement des « conditions concrètes dans lesquelles le service est fourni par le travailleur ». La même conclusion peut être tirée pour l'Allemagne, où la manière dont une relation est conclue par un contrat n'a aucune influence sur la manière dont la distinction est faite. Il s'agit plutôt d'une question quant à la nature exacte du travail et comment il est réellement effectué.

La situation concrète apparaît également comme un élément prédominant aux Pays-Bas même si les tribunaux nationaux en donnent une interprétation légèrement différente. Du point de vue de la Cour Suprême, la situation concrète est prédominante mais s'il existe un doute sur l'identité des parties qui concluent un contrat, la Cour se permettra d'observer l'exécution factuelle, ce qui n'aura pas lieu si le contrat de travail établi est clair dès le départ. Les Cours d'Appel accordent cependant plus d'attention à la situation concrète du contrat de travail qu'aux accords ou intentions des parties.

En Belgique, la pratique se situe quelque part au milieu et considère que la volonté des parties est décisive tant que les services fournis correspondent à l'objet du contrat.

Quels sont les éléments et les critères actuellement pris en compte de façon concluante pour établir la nature d'une situation de travail ? Dans la majorité des pays, la jurisprudence est très révélatrice à cet égard.

En Espagne, les critères suivants sont pris en compte : heures de travail fixes, jours fériés,

congés et autre jour non travaillé, utilisation des moyens techniques de l'entreprise par le travailleur, directive et contrôle du travail du salarié par l'entreprise. Des indicateurs similaires existent également en Italie (par exemple, subordination, propriété ou non des outils utilisés pour effectuer les activités) et en Suède⁴⁶. Mais en Italie, le type de travail effectué est aussi pris en compte puisque l'exécution d'un "travail à faible qualification" risque d'impliquer la présence du faux travail indépendant alors que le travail indépendant est lié de manière générale à certains types de travail et plus particulièrement les plus spécialisés ou les plus qualifiés (poseur de revêtements, timonier, etc.).

L'Irlande tente de répondre aux questions suivantes : le travailleur est-il le gérant de son activité ; est-il exposé à des risques financiers ; est-il financièrement responsable en cas de travail défectueux ou inférieur aux normes en vertu des termes du contrat ; est-il responsable pour les investissements et la gestion de l'entreprise ; a-t-il l'opportunité de bénéficier d'une gestion saine dans la planification et l'exécution des activités et des tâches ; maîtrise-t-il ce qui est fait, la façon dont cela est fait et personnellement fait ; est-il libre d'engager d'autres personnes, selon ses propres conditions, pour exécuter les tâches stipulées ; peut-il fournir les mêmes services à une ou plusieurs personnes ou entreprises en même temps ; qui fournit les matériaux pour le travail ; qui fournit l'équipement et les machines nécessaires pour le travail, autres que les petits outils ou l'équipement qui, dans un contexte général, n'est pas un indicateur que la personne travaille à son compte.

Selon la jurisprudence allemande, le critère de distinction entre une activité indépendante et

46 Il faut noter que ces critères ne sont pas basés sur la jurisprudence en Suède.

une activité subordonnée est le degré de dépendance de l'indépendant. Certains critères peuvent, à cet égard, indiquer un employé subordonné au lieu d'un indépendant, c'est à dire si aucun indicateur caractéristique d'un comportement entrepreneurial n'est reconnaissable ; par exemple : pas de risque entrepreneurial, pas d'initiative entrepreneuriale et pas de volonté pour prendre des décisions entrepreneuriales ; pas d'activité sur le marché avec rendement entrepreneurial ; pas d'établissement permanent en propre ; pas de force de travail propre ; pas d'obligation à produire, pas de capitaux investis et pas de prise de décision autonome pour les acquisitions, le recrutement de personnel, les investissements et l'équipement.

Aux Pays-Bas, les tribunaux considèrent que les éléments suivants sont des indicateurs du travail indépendant : les personnes ne sont pas payées pendant leurs jours de maladie, elles apportent les produits/matériaux elles-mêmes, elles travaillent également à l'aide de leur propre équipement et protection et elles travaillent pour différents clients.

La Belgique est un cas plutôt à part car après plusieurs années de discussion devant les tribunaux, la Loi du 26 décembre 2006 définit quatre critères spécifiques qui doivent servir de base pour distinguer le statut d'indépendant du statut de salarié : la volonté des parties telle qu'exprimée dans le contrat tant qu'elle correspond à la réalité, la liberté d'aménagement du temps de travail et du travail, et le contrôle hiérarchique.

Dans les divers textes décrits ci-dessus, nous pouvons relever certains critères qui font foi :

subordination, indépendance par rapport au temps de travail et à la planification du travail, responsabilité et risques assumés par le travailleur, utilisation de ses propres outils, et le fait qu'il travaille pour plusieurs clients.

L'adoption législative de la Déclaration de la relation de travail (Employment Relationship Declaration - VAR) aux Pays-Bas a facilité de manière considérable la question portant sur la distinction entre un travailleur indépendant et un travailleur salarié. Cette déclaration décrit l'aspect fiscal du statut du travailleur indépendant qui doit être délivré à la demande aux services fiscaux. La remise d'une déclaration de relation de travail (VAR) est considérée par l'Administration fiscale ainsi que par les institutions compétentes de la sécurité sociale pour la couverture d'assurance professionnelle (UWV) comme la confirmation que les activités sont accomplies par un travailleur indépendant exerçant son commerce ou sa profession. L'évaluation dans les faits de la relation de travail n'a dès lors plus d'importance. Les critères d'application pour la remise de cette Déclaration de relation de travail (VAR) sont établis par la loi et développés par la suite par la jurisprudence. Les critères suivants sont essentiels au statut d'entrepreneur indépendant : la responsabilité de l'organisation des activités impliquées ; la durée des activités ; le capital investi dans les activités ; les risques du débiteur ; travail effectué pour un ou plusieurs clients ; dans quelle mesure le travail dépend d'un client ; dans quelle mesure la personne peut prendre des initiatives en termes d'achat, d'augmentation des bénéfices, de publicité etc. et le fait que la personne concernée n'est pas tenue d'accomplir le travail personnellement.

Travail et évolutions du marché

En observant le nombre de salariés et d'indépendants qui travaillent dans le secteur de la construction, nous pouvons faire apparaître deux tendances opposées.

Dans certains pays, les travailleurs indépendants sont beaucoup plus nombreux que les travailleurs salariés :

- ◆ C'est le cas pour les Pays-Bas où le nombre de travailleurs indépendants du secteur de la construction est très élevé. Sur 170 000 travailleurs dans la construction, 12 000 sont salariés, 50 000 sont des actifs indépendants officiels et 80 000 travaillent comme indépendants sans personnel.
- ◆ C'est également le cas pour l'Espagne qui comptait, en 2007, 46,5 % de ses entreprises de bâtiment sans salariés, et 25,8% entre un et deux salariés.

En revanche, le nombre de salariés dans certains États membres est largement plus important :

- ◆ C'est le cas de la Belgique qui comptait 208 754 salariés et 56 312 travailleurs indépendants en 2007. Le nombre de salariés est donc 4 fois plus important.
- ◆ Au Royaume-Uni : 50 % des travailleurs dans le secteur de la construction sont des salariés et 50 % sont des indépendants en 2007.

- ◆ En Italie : 1 915 000 travailleurs dont 1 191 000 salariés et 723 000 indépendants (1^{er} trimestre 2008).

- ◆ En France, le secteur de la construction comptait 364 324 indépendants et 1 766 800 salariés directs en décembre 2007. Les indépendants représentent donc 20,6 % du nombre total.

Entre ces deux tendances opposées, le Royaume-Uni présente un nombre presque parfaitement équilibré d'indépendants et de salariés directs dans le secteur de la construction. En effet, les indépendants étaient à peine plus de 700 000 et les salariés directs à peine moins de 700 000 dans le secteur de la construction.

En 2006, la Pologne comptait 994 000 travailleurs dans le secteur de la construction dont 189 000 indépendants et 101 000 travailleurs à leur compte. Selon les syndicats, environ 50 % de ces salariés sont des indépendants et travaillent sur la base d'un contrat d'exécution de missions spécifiques/mandat.

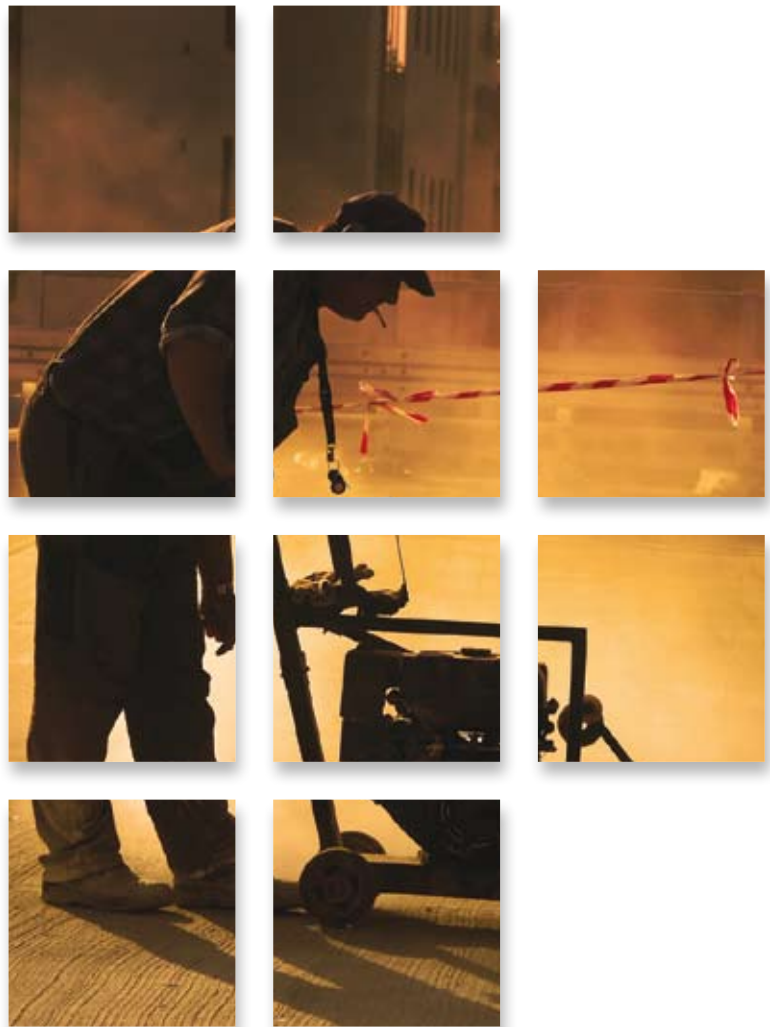
Les chiffres officiels précis et les statistiques sur le taux de faux travail indépendant dans le bâtiment sont rares. Certaines moyennes chiffrées se dégagent cependant :

En France, en 2007, 9,7 % des entreprises du secteur de la construction soumises à une inspection ont été accusées de violation de la loi et 4 % de ces infractions étaient liées à un abus de statut. Au Royaume-Uni, les études indiquent un chiffre rond de 400 000 faux tra-

vailleurs indépendants, devenant un des pays le plus confronté au faux travail indépendant. En Suède, selon les représentants des syndicats, 25% du nombre total de travailleurs indépendants du secteur de la construction pourraient être des faux indépendants. Il y a 10 ans, l'Irlande comptait 70 000 travailleurs indépendants dans le secteur de la construction dont 12 000 étaient des faux indépendants. En Allemagne, on compte, pour un travail régulier dans le secteur de la construction, un autre travail sur le marché noir. Aux Pays-Bas, 10% du nombre total des personnes qui travaillent dans l'industrie du bâtiment sont considérés comme des faux travailleurs indépendants néerlandais. Pour ce qui concerne le nombre de faux travailleurs indépendants étrangers, les statistiques fournies par les partenaires sociaux varient considérablement. L'organisation « Bouwend Nederland » (Association des employeurs de la construction) estime que 98% des travailleurs indépendants étrangers sans personnel exercent comme faux indépendants. La FNV (Confédération syndicale des Pays-Bas) estime que sur les 80% de travailleurs indépendants provenant des pays d'Europe centrale, 37% peuvent être considérés comme des faux indépendants.

Mais combien de ces personnes sont devenues des travailleurs migrants ? Dans la plupart des pays, comme en Belgique, en Espagne, en Italie, en Roumanie, en Pologne et en France, il n'existe aucun chiffre disponible à cet égard. D'autres pays proposent des estimations. Au Royaume-Uni, les non ressortissants étaient seulement de 100 000 dans le secteur de la construction en 2006, un nombre en augmentation au cours des dernières années (pour

2008, le nombre serait de 300 000). Aux Pays-Bas, on estime que 80% des indépendants sont des travailleurs migrants principalement à cause de leurs tarifs bas. En Suède, la quasi-totalité des travailleurs indépendants sont des migrants et en Irlande, une étude a révélé qu'un travailleur sur six qui occupe un poste de main-d'œuvre est de nationalité étrangère.



Effets transfrontaliers

La libre circulation des services a déjà été mentionnée ci-dessus comme l'une des causes de l'augmentation du faux travail indépendant. En raison de la division binaire entre les personnes salariées et les personnes indépendantes dans un contexte international, le problème qui peut se poser est de savoir si les autorités nationales compétentes ont le droit de contester la classification donnée par la législation et par les autorités compétentes des autres États membres. En ce qui concerne la sécurité sociale, la Cour de Justice a statué sur le régime d'assurance d'un individu et décidé que celui-ci devrait être défini conformément à la législation sur la sécurité sociale de l'État membre sur le territoire duquel l'assuré effectue actuellement son travail, et les critères relatifs aux lois sur le travail ne devraient pas être pris en compte⁴⁷.



Résultant de ce qui précède et même à la suite des décisions de la CJCE dans l'affaire *Hervein* et *De Jaeck*, les autorités nationales compétentes ont souvent ignoré le formulaire E 101 délivré par les autorités d'autres États membres, plus particulièrement lorsque ce formulaire classe l'assuré comme travailleur indépendant, alors que la nature de ses activités pourrait ou aurait pu le soumettre au régime national de la sécurité sociale des salariés si la législation nationale de son pays avait été appliquée. Après les décisions de la Cour de Justice dans les affaires *Fitzwilliam*⁴⁸, *Banks*⁴⁹ et *Herbosch Kiere*⁵⁰, il est évident que cette opinion n'est pas correcte. Le juge du travail d'un État membre n'est pas autorisé à déter-

miner la validité et l'authenticité d'un certificat délivré par l'institution compétente de l'État membre du détachement conformément à l'Article 11(1)(a) du Règlement 574/72.

À la suite des décisions de la Cour de Justice dans les affaires *Fitzwilliam* et *De Banks*, les autorités ont exprimé leur inquiétude concernant les difficultés liées la révision et à la supervision des contenus des formulaires E101 délivrés par d'autres États membres.

La Cour de Justice a statué que tant qu'un certificat E 101 n'a pas été supprimé ou déclaré invalide par les autorités de l'État membre qui l'a délivré, ledit certificat s'impose aux institutions compétentes et aux tribunaux de l'État membre dans lequel les travailleurs sont détachés. En conséquence, le tribunal d'un État membre où ces travailleurs sont reçus n'est pas en droit d'évaluer la validité d'un certificat E 101 concernant les bases sur lesquelles ledit certificat a été délivré, notamment l'existence d'une relation directe entre une entreprise établie dans l'État membre et les travailleurs qu'elle a détaché vers un autre État membre, pendant la durée de leur détachement.

Cette décision a déclenché de nombreuses critiques. On affirme que la CJCE a rendu le certificat E 101 virtuellement inviolable et qu'elle a privé les autorités nationales de la quasi-totalité de leurs pouvoirs pour lutter contre les détachements frauduleux vers leur pays. En effet, les autorités de l'État destinataire, que ce soit les institutions de la sécurité sociale

47 Affaire C-221/95 *Hervein* and *Hervillier* v *INASTI* [1997] ECR I-609;

48 Affaire C-202/97 *Fitzwilliam Executive Search* v *Bestuur van het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen* [2000] ECR I-883

49 Affaire C-178/97 *Banks* v. *Théâtre royal de la Monnaie* [2000] ECR I-205; voir également l'affaire C-3/98 *Schacht and others*.

50 Affaire C-2/05 (*Herbosch Kiere*).

ou les institutions judiciaires, ne sont plus en position de contrôler si les conditions de détachement substantives sont remplies.

Les institutions nationales et les services de l'inspection terminent leur journée par un sentiment d'irritation et de frustration. Le manque de confiance et la suspicion parmi les États membres sont des conditions permanentes.

Ceci est exacerbé par le fait que la qualité des formulaires E101 que reçoivent les autorités nationales pose encore des problèmes. Un bon nombre de formulaires sont incomplets ou comportent des ratures y compris pour les informations indispensables telles que l'identification de la personne concernée, l'article en question du Règlement, la durée etc.).

Ceci indique presque de manière absolue que la législation derrière le formulaire E-101 telle qu'appliquée est correcte ainsi que la clause de sauvegarde inapplicable - en cas de doute concernant l'application correcte de la disposition relative au détachement, le litige doit être débattu devant la Commission administrative des travailleurs migrants et, en dernier ressort, devant la Cour de Justice - a conduit à une situation, où les moyens de contrôle au nom de l'État destinataire sont ébranlés. Les États membres doivent totalement s'appuyer sur la coopération positive avec les services de l'inspection de l'État expéditeur. Le formulaire E-101 perd donc son rôle d'instrument permettant de vérifier l'application des dispositions relatives au détachement. L'État membre destinataire est donc soumis à l'opinion de l'État expéditeur. Néanmoins la situation est également aussi en phase avec la jurisprudence de la Cour de Justice en ce qui concerne la

libre circulation des services selon laquelle un travailleur détaché est sujet aux conditions de travail de l'État expéditeur⁵¹. Puisqu'ils n'envisagent pas de rejoindre le marché du travail national de l'État destinataire, ils ne peuvent pas être considérés et associés au statut des travailleurs locaux et en conséquence, ni les conditions de travail ni la législation sur le travail de l'État dans lequel ils travaillent ne s'appliquent à eux. On applique le principe de l'origine. À cet égard, les travailleurs détachés pourraient être traités différemment des travailleurs dans l'État destinataire. La législation sur le travail de l'État destinataire sera la seule applicable, et en cas d'empêchement de la libre circulation des services, si elle est justifiée par intérêt général et, plus particulièrement, si le principe de proportionnalité est respecté. Pour toutes ces raisons, il est recommandé que les États établissent une plus ample coopération entre eux en développant un instrument européen destiné à lutter contre la fraude sociale.

51 Voir clairement l'Affaire 49/98 (Finalarte), 21 octobre 2001, 2001, 7831 et l'Affaire 164/99 (Portuguesa), 24 janvier 2001, Jur. 2002, 787

Évolution de la sécurité sociale et de la fiscalité (l'imposition)

La division binaire entre les indépendants et les salariés forme la pierre angulaire des systèmes de travail national et de sécurité sociale et elle définit les bénéfices et avantages pour la personne concernée. Globalement, les personnes salariées jouissent de plus de droits que les indépendants. Les droits du travail comprennent les règles relatives à la protection salariale (temps de travail, rémunération minimum, mode et lieu de paiement), les conditions générales de travail, la planification du travail (heures de travail limitées, périodes de repos, repos dominical, pauses), les règles en matière d'archives sociales, retraites supplémentaires, travail intérimaire, prestations sociales additionnelles, maintien du paiement de la rémunération par l'employeur pendant un congé maladie, la protection contre le licenciement, le congé annuel et spécial (congé pour raisons médicales, congé maternité, etc.) payé par l'employeur, ainsi que la représentation dans les comités de travail, etc.

Dans certains pays, nous observons que les indépendants sont protégés par les lois en matière de santé et de sécurité. En Belgique par exemple, les indépendants sont protégés dans la même mesure que les salariés par la Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs au travail lors de l'exécution de leur travail sur des sites de construction temporaires ou mobiles. Aux Pays-Bas, une Mesure générale du gouvernement qui stipule l'obligation de respecter les dispositions légales en matière de santé et de sécurité a été prorogée aux travailleurs indépendants dans les cas où le tra-

vail effectué est susceptible d'impliquer de très grands risques pour la sécurité et la protection des personnes concernées.

L'autre problème est que la voix de ces travailleurs indépendants peut ne pas être entendue et ne joue pas un rôle important, contrairement aux salariés qui sont en position de négocier les conditions de travail à travers les comités de travailleurs de l'entreprise. Les employeurs ne sont donc pas tenus de négocier avec les syndicats pour les indépendants.

Traditionnellement, les cotisations des travailleurs indépendants sont inférieures à celles des salariés mais ils sont moins bien protégés par les mesures de la sécurité sociale. La différence en termes de protection sociale varie d'un État à un autre et conduit à un soi-disant « écart social » comme en Pologne, en Espagne, en Roumanie, en Italie et aux Pays-Bas. Aux Pays-Bas par exemple, les travailleurs indépendants ne touchent aucune prestation en cas de maladie et d'incapacité de travail ou en cas de chômage. De plus, en 2004, l'assurance qui couvraient l'incapacité de travail des indépendants a été supprimée. Ce qui signifie qu'ils doivent prévoir leur propre couverture d'assurance. Même si les travailleurs indépendants jouissent des mêmes droits que les salariés concernant la pension de vieillesse (car la loi relative aux pensions de vieillesse s'applique à toutes les personnes qui vivent aux Pays-Bas), leur protection peut être plus limitée car ils ne sont pas autorisés à contribuer aux fonds de pension collectifs et dépendent donc com-

plètement de leur fonds d'assurance. Ils ont la possibilité de compléter l'assurance fournie par le secteur industriel dans lequel ils exercent leur activité. Cette poursuite volontaire vient d'être prorogée jusqu'à dix ans, donc après ce délai, ils devront trouver d'autres solutions. La pratique indique cependant que les indépendants sans personnel qui profitent de cette opportunité sont très peu (2%).

En Roumanie, les indemnités perçues sont souvent faibles car les travailleurs indépendants ont tendance à ne pas déclarer le montant total réel reçu.

Les cotisations à la sécurité sociale étant limitées à un minimum en Pologne, les indépendants n'ont le droit qu'à une pension de retraite et à une prestation maladie minimums. Au Royaume-Uni, la protection sociale des travailleurs indépendants est également moins complète, étant donné qu'ils n'ont droit ni aux congés maladie payés, ni aux congés parentaux ou pour enfant malade ou à d'autres prestations de retraite d'état proportionnelles au salaires.

Mais il faut remarquer que plusieurs États membres sont parvenus à améliorer la couverture sociale des travailleurs indépendants comme c'est le cas en Belgique, en Irlande et en France. Le cas de la France est à souligner puisque les deux statuts se sont rejoints de manière considérable au cours des années.

En 2006, le RSI (Régime Social des Indépendants) est créé. Ce régime garantit des prestations de retraite (l'affiliation à une retraite complémentaire étant obligatoire) des prestations maladie et maternité et collecte les cotisations sociales de l'indépendant. De plus, ce

régime est obligatoire pour les indépendants du secteur de la construction⁵². Les travailleurs indépendants doivent obligatoirement payer leurs propres cotisations sociales par rapport à leur revenu professionnel. Si le revenu professionnel ne dépasse pas un certain montant (4 534 EUR pour 2008), l'indépendant est exonéré des cotisations sociales.

Toutes ces données ont conduit les commentateurs à conclure que les travailleurs indépendants ne disposaient pas d'avantages spécifiques par rapport aux salariés en matière de coûts et de prestations sociales.

Dernier point, notons qu'en Suède et en Irlande, les travailleurs indépendants ont droit à des allocations de chômage, des prestations qui sont d'ordinaire réservées aux salariés.

Mais ces protections supplémentaires sont également envisagées dans certains cas liés aux régimes fiscaux applicables. Bien que les indépendants soient tenus de payer une TVA, qu'ils peuvent déduire, ils profitent de certains avantages qui leur permettent de verser moins d'impôts sur le revenu, comme par exemple des déductions, des allocations de frais de mariage, etc.

52 De façon plus générale, la couverture de l'indépendant est obligatoire en France.

Le travail indépendant dans une relation triangulaire

L'augmentation du nombre d'intermédiaires « de mauvaise foi » - ces agences d'emplois qui sont largement impliquées dans la préparation de missions de travail pour les indépendants - forme un point d'inquiétude grandissant et un élément considéré comme responsable de la création d'un important faux travail indépendant.

L'utilisation accrue de l'externalisation et de la sous-traitance pose la difficile question du contrôle de l'employeur dans les situations où il existe des relations de travail triangulaires. En l'occurrence, nous traitons des travailleurs, employés par une entreprise en tant que prestataire qui effectue un travail pour une tierce partie, l'utilisateur. La principale difficulté à laquelle sont confrontées ces personnes est de trouver qui est leur employeur et comme tel, quels sont leurs droits et qui est responsable d'eux⁵³. Dans les relations de travail triangulaires, il arrive souvent que les deux interlocuteurs remplissent certaines des fonctions de l'employeur traditionnel ce qui rend difficile de savoir qui est le véritable employeur.

Établir la différence entre l'externalisation, la sous-traitance, le personnel temporaire et la fourniture de personnel à des tierces parties, souvent interdite par la législation nationale, est un problème complexe. Dans les relations internationales, ce problème est encore plus compliqué car bien souvent des agences d'intérim étrangères sont impliquées dans le détachement d'employés qui sont embauchés par ces agences pour être à la disposition d'un utilisateur à l'étranger.

Étant donné que ces agences étrangères ne sont tenues de respecter que les règles de leur pays d'origine et peuvent exercer des activités dans un État hôte sans complications administratives majeures, le nombre de recours à des agences « de mauvaise foi » a augmenté. D'après la loi suédoise, les intermédiaires étrangers n'étant pas des sujets juridiques, il est difficile d'intenter une action contre eux. Un rapport néerlandais indique qu'environ la moitié des entreprises les plus importantes embauchent du personnel via les agences d'emplois (de bonne foi ou de mauvaise foi), que 10% ont recours à des sous-traitants et 3% à des travailleurs détachés. La collaboration avec des intermédiaires de mauvaise foi a conduit à différentes formes de fraude. Les agences situées dans d'autres pays européens ont mis sur pied de vastes systèmes de fraude qui utilisent à la fois des travailleurs indépendants et des travailleurs détachés temporairement à l'étranger.

Aujourd'hui, le rôle de marchandeur d'autrefois existe toujours et est aussi remplacé par ces intermédiaires ou agences illégales de mauvaise foi qui occupent une place significative dans l'emploi de travailleurs dans les nouveaux pays de l'Union européenne. Certains pays ont entrepris des actions visant à empêcher les sociétés de construction à se transformer en intermédiaires. Les entreprises de construction polonaises qui délèguent leurs salariés pour des missions à l'étranger doivent également embaucher des travailleurs en Pologne et seulement 50% maximum des effectifs employés peuvent être simultanément envoyés à l'étranger.

53 ILO, "Employment Relationship", 95e session rapport 2006 V (1), p. 11

Abus du statut de travailleur indépendant (causes, conséquences, formes)

Les causes du faux travail indépendant sont multiples.

En Belgique, la nouvelle législation sur les relations de travail est perçue comme un exemple de législation discutable car les critères qui déterminent s'il existe une relation de travail sont considérés comme trop vagues. Aux Pays-Bas ainsi qu'en Belgique, la libre circulation des services est citée comme l'une des causes de cette augmentation du faux travail indépendant. Les autres facteurs sont : 1) pour les employés: le besoin d'être un individu, le désir de travail selon ses propres perspectives et attentes, les avantages fiscaux, etc. ; 2) pour les employeurs: faire usage des facteurs de production d'une manière plus efficace, le besoin de flexibilité et des coûts salariaux plus faibles. Les Pays-Bas mentionnent que le gouvernement a introduit des dispositions qui motivent les personnes qui obtiennent des prestations de sécurité sociale à choisir l'entrepreneuriat indépendant car elles souhaitent réduire le nombre de personnes qui profitent des prestations sociales. En Suède et aux Pays-Bas, les mesures de motivation fiscale sont également perçues comme des motifs.

Les réductions/coûts inférieurs (charges salariales, sécurité sociale et taxes) sont très souvent considérés comme l'une des principales raisons (Roumanie, Espagne, Irlande, Royaume-Uni, Pologne...). Excepté pour la Suède, où il n'existe aucun coût ou prestation supplémentaire pour une entreprise en termes de versements d'impôts et de sécurité sociale à

l'embauche d'un indépendant contrairement à un salarié direct, embaucher un travailleur indépendant dans les autres États membres coûte moins cher à l'entreprise/l'employeur qu'embaucher un salarié. En Irlande, les entreprises économisent 10,75 % à l'embauche d'un travailleur indépendant au lieu d'un salarié. Au Royaume-Uni, l'employeur d'un indépendant ne paie pas d'assurances sociales, quand l'employeur de salariés directs paie 12%. Il a été néanmoins estimé que le coût réel différentiel se situe entre 35 et 50 %.

De plus, aux Pays-Bas, si la personne indépendante n'est pas en mesure de travailler, l'employeur ne court aucun risque financier. En fait, selon le Code Civil, un employeur est obligé de continuer à payer le salaire jusqu'à un maximum de 2 ans pour les employés en congé maladie. Toutefois aux Pays-Bas, certaines organisations prétendent que les coûts plus bas ne sont pas responsables de l'augmentation du nombre d'indépendants avec du personnel (qui sont souvent des faux travailleurs indépendants) et pensent que l'indépendant sans personnel est payé par le mandant, le même voire un tarif horaire supérieur.



Évaluation de la prévention, mesures de lutte et sanctions

En premier lieu, plusieurs mécanismes ont été introduits qui devraient prévenir plusieurs formes de faux travail indépendant. En Belgique, le système LIMOSA (obligation générale de notifier toute forme d'emploi aux autorités) est un moyen de prévention spécifique pour réduire le faux travail indépendant résultant de l'application de la libre circulation des services.

Aux Pays-Bas, en 2004, l'Agence de Travail Temporaire et les syndicats ont créé la SNCU (Fondation pour la conformité aux conventions collectives pour les travailleurs temporaires) qui enquête sur les infractions potentielles de la convention de travail collective sur le travail temporaire et, si nécessaires, saisit les tribunaux.

Les syndicats ont établi un point de contact où il est possible de signaler tout abus et toute infraction au travail temporaire (l'Association des agences de travail internationales).

En Italie, une plus grande coordination entre l'administration de la sécurité sociale, l'administration fiscale et la police a été encouragée. Grâce au « libro unico », les procédures d'inspection ont été facilitées et le DURC a permis de réduire le phénomène de faux travail indépendant (en exigeant un document certifiant la régularité des cotisations d'une entreprise).

En Espagne, l'outil le plus efficace a été l'adoption d'une Loi en 2007 qui réglemente le statut de travailleur indépendant.

Afin de lutter contre le phénomène de faux travail indépendant, plusieurs pays (la Belgi-

que, les Pays-Bas, la France, l'Italie, l'Espagne, la Suède,...) ont introduit des mesures imposant plusieurs sanctions en cas de faux travail indépendant dont des sanctions pénales.

En Belgique, le travailleur est requalifié comme employé, ce qui implique une conformité totale de la législation du travail en cours: revendications salariales, indemnité de congé annuel et rémunération de démission, etc. De plus, les cotisations de la sécurité sociale (de la part de l'employeur et de l'employé) sont augmentées d'une surtaxe de 10% et d'intérêts 7% qui seront réclamés rétroactivement. L'employeur peut recevoir une peine d'emprisonnement allant de 8 jours à 3 mois.

En France, une personne risque 3 ans d'emprisonnement. Des sanctions supplémentaires sont également possibles: interdiction d'activité, réquisition des outils, machines, marchandises, stocks; publication d'un avis annonçant le jugement, etc.

En Espagne, les infractions à la réglementation relative à la gestion des risques peuvent être poursuivies et passibles d'une sanction économique entre 1 052,54 EUR et 30 050,61 EUR pour un délit grave et entre 30 052,62 EUR et 601 012,10 EUR pour un délit très grave. Cependant, ces sanctions sont très rarement appliquées.

Les sanctions peuvent aller loin mais pour être appliquées, les cas doivent être présentés, prouvés et gagnés devant la Cour. C'est bien souvent le problème. En Irlande, il est indiqué

que peu de cas sont couronnés de succès. En Pologne, le faux travail indépendant ne peut être présenté devant un tribunal que par une personne indépendante qui prétend avoir été contraint d'endosser ce statut. Les inspecteurs du Comité du travail national ne peuvent mener de vérifications et seules les institutions d'assurance sociale et l'administration fiscale

peuvent évaluer l'indépendant sur les cotisations de sécurité sociales ou les taxes. Et si par exemple une entité légale étrangère est condamnée devant la Cour, le problème qui se pose est que les mesures nationales de lutte contre la fraude sont adaptées au niveau national et deviennent difficiles à appliquer dans un contexte international.

Conclusion

Le phénomène des différentes formes de faux travail indépendant se répand à un niveau européen et pourrait mettre en danger les systèmes sociaux actuels, y compris la formation professionnelle. Il est évident que d'autres mesures doivent être prises aux ni-

veaux national et européen pour lutter contre les conséquences du faux travail indépendant comme le dumping social etc. Il est particulièrement nécessaire de mettre au point un cadre bien développé et un outil européen pour combattre la fraude sociale.



Annexe

Équipe et groupe d'orientation



Experts nationaux :

Pays-Bas

Yves JORENS
Saskia KLOSSE

Belgique

Yves JORENS
Tineke VAN BUYNDER

Roumanie

Cristina M. ANA

Espagne

Miguel Gutiérrez PEREZ

Allemagne

Edith GROSS

France

Sandrine GINESTE

Suède

Cristina M. ANA

Pologne

Anna KWIATKIEWICZ

Italie

Edoardo ALES
Michele FAIOLI

Royaume-Uni

Mark HARVEY
Felix BEHLING

Irlande

Cristina M. ANA

Groupe d'orientation :

FIEC

Domenico CAMPOGRANDE
Liz BRIDGE
Vincent DETEMMERMAN
Karine DUFOUR

FETBB

Wemer BUELEN/responsable de programme
Dörthe WEIMANN
John KERSTENS

Coordinateurs :

Yves JORENS
Harald HAUBEN
Cristina M. ANA

