

FREE-LANCES

Entre avantages et pièges

1. Qu'entend-on par activité indépendante?

Est considéré comme travailleur indépendant tout collaborateur externe qui travaille pour le mandant sur la base d'un mandat et, par conséquent, à son propre compte. Les free-lances ne sont donc pas des collaborateurs mais des mandataires tenus de fournir une prestation déterminée moyennant un mandat.

Le droit suisse, qui ne connaît pas l'anglicisme «free-lance», fait une distinction entre les personnes exerçant une activité indépendante et les personnes exerçant une activité salariée.

2. Différences essentielles entre indépendant et salarié

Contrairement au salarié, l'indépendant se trouve non pas dans une relation de travail, mais dans une relation de mandat. En lieu et place d'un salaire, il perçoit des honoraires. Par ailleurs, les dispositions du droit du travail ne s'appliquent pas à sa condition. Autrement dit, pas de délais de préavis, de protection contre le licenciement, de maintien du versement du salaire en cas de maladie, d'accident, etc. ni de jours fériés ou de congés payés. Recourir à des travailleurs indépendants constitue une opportunité intéressante pour l'employeur d'augmenter ses capacités en personnel ponctuellement et uniquement pour la durée strictement nécessaire. Il lui sera ainsi possible d'exécuter des mandats à court terme sans avoir à engager de nouveaux collaborateurs.

Un autre avantage pour l'employeur, et non des moindres, est que le travailleur indépendant est personnellement responsable du versement de ses cotisations sociales.

3. Danger de l'indépendance fictive

Le principal danger de l'engagement de free-lances réside dans leur possible situation d'indépendant fictif ou de salarié de fait, avec le risque concomitant pour le mandant de voir les autorités sévir. Ces dernières décident en effet au cas par cas si l'activité du free-lance doit être considérée comme indépendante ou salariée. La directive «Marche à suivre pour vérifier le statut d'indépendant de prestataires de services étrangers» publiée par le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) en date du 1^{er} juillet 2015 sert d'aide décisionnelle. Prévalent à cet égard les critères suivants:

a) Critères d'organisation du travail

Les critères mis en évidence sont pondérés davantage.

Activité indépendante	Activité salariée
L'entrepreneur/mandataire doit au maître d'ouvrage/mandant le résultat d'un travail ou un ouvrage.	Le travailleur met sa force de travail à la disposition de l'employeur.
Il peut déterminer dans une large mesure librement quand, comment et où il doit travailler.	Le partenaire contractuel détermine le moment et le lieu de l'activité de la personne active pour sa prestation de travail (obligation de se rendre régulièrement sur le lieu de travail, plans de service, contenu de l'activité); obligation de disponibilité permanente.
Aucune intégration dans une organisation tierce.	Intégration dans l'organisation du partenaire contractuel en dépit d'une liberté assez importante dans l'aménagement du travail (utilisation d'installations et d'appareils de travail du partenaire contractuel, collaboration étroite et permanente avec des collaborateurs du partenaire contractuel).
Aucun rapport de subordination et, en général, aucune obligation de rendre des comptes à un chef.	Obligation de rendre des comptes au partenaire contractuel sur l'activité ainsi que sur l'utilisation du temps et des moyens.
Aucune interdiction de concurrence.	Interdiction de concurrence.

b) Critères de dépendance économique

Les critères mis en évidence sont pondérés davantage.

Activité indépendante	Activité salariée
Exécution régulière de mandats/contrats d'entreprise en son propre nom et pour son propre compte pour des clients choisis librement.	Exécution de mandats/contrats d'entreprise au nom du partenaire contractuel, transmission de clients et de partenaires par le partenaire contractuel.
Mandats de plusieurs partenaires contractuels.	Activité durable et pour l'essentiel (grande part des revenus de l'activité lucrative) pour un seul partenaire contractuel. L'activité correspond majoritairement à une activité que le salarié a déjà effectuée pour le même partenaire contractuel dans le cadre d'une activité salariée.
Assumption de l'ensemble du risque économique.	Aucun risque entrepreneurial, d'engagement de capital ou d'investissements importants.
Responsabilité contractuelle des dégâts avec toutes les conséquences juridiques.	En général, aucune responsabilité contractuelle face aux clients pour d'éventuels dégâts pendant l'exercice de l'activité.
Conclusion en son nom propre d'une assurance responsabilité civile, d'une assurance-accidents et éventuellement d'une assurance automobile pour les véhicules utilitaires.	Assurance obligatoire, droit à un salaire en cas de maladie, vacances payées, indemnisation séparée des frais.
Représentation de sa propre entreprise en son nom propre, adresse professionnelle propre, relation bancaire, logo de sa propre entreprise et inscription au registre du commerce.	Représentation du nom de l'entreprise et de l'adresse professionnelle du partenaire contractuel.
Opérations publicitaires conduites sous son propre nom et à ses propres frais.	Opérations publicitaires conduites sous le nom et aux frais du partenaire contractuel.
Affiliation auprès d'une association professionnelle ou d'une association spécialisée.	Aucune affiliation auprès d'une association professionnelle ou d'une association spécialisée.

Si un tribunal ou une autorité (en l'occurrence, l'assurance-vieillesse et survivants, AVS) devait parvenir à la conclusion que les critères parlant en faveur d'une activité dépendante sont remplis, le prétendu free-lance sera considéré comme indépendant fictif et, partant, comme employé de l'entreprise qui l'occupe.

4. Conséquences de l'indépendance fictive

Les conséquences de l'indépendance fictive relèvent en particulier du droit du travail et de l'assurance sociale. Comme évoqué ci-avant, le constat avéré par un tribunal ou une autorité de la situation d'indépendant fictif entraîne une requalification du statut d'indépendant en salarié. Au regard du droit du travail, le prétendu free-lance peut alors faire valoir des créances à l'égard de son mandant ou, plus précisément, de son employeur – notamment en ce qui concerne le paiement d'arriérés relatifs aux vacances.

Les conséquences en matière de droit de l'assurance sociale sont toutefois plus graves encore: dans l'éventualité d'une requalification par l'AVS du statut d'indépendant en salarié, l'infraction sera généralement imputée à l'entreprise employeuse, dans la mesure où cette dernière n'a pas respecté son devoir de diligence quant à la clarification de l'assujettissement aux assurances sociales. Dans ce cas, l'employeur sera tenu de payer les cotisations manquantes des cinq dernières années. L'on parle ici des cotisations dues tant par l'employeur que par l'employé. Si le prétendu free-lance s'est acquitté de ses cotisations en qualité de travailleur indépendant, seule la différence sera généralement due. Or il n'est pas exclu que celui-ci n'ait pas du tout cotisé à l'AVS et que l'employeur se retrouve dans la situation inattendue d'avoir engagé à son insu un travailleur au noir.

L'employeur devra en outre également rembourser les cotisations à l'assurance-accidents pour une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans. Plus lourd de conséquence encore, le risque d'un accident entraînant l'invalidité du prétendu free-lance pendant la période d'emploi: en l'absence d'assurance, l'employeur sera obligé d'assumer de sa propre poche l'ensemble des suites financières liées à l'accident – ce qui peut se chiffrer en millions.

5. Conclusion

L'engagement d'un indépendant fictif peut, on le voit, avoir d'importantes conséquences juridiques et financières pour une entreprise. Avant de faire appel à un free-lance, il y a dès lors toujours intérêt à vérifier avec soin que la collaboration envisagée constitue effectivement un mandat de travail et non une relation de travail.