

**L'AUTO ENTREPRENEUR /  
PRESTATAIRE DE L'ASSOCIATION**  
*Régime et limites*

**Note juridique/RH**

Novembre 2015

# L'AUTO ENTREPRENEUR / PRESTATAIRE DE L'ASSOCIATION

## Régime et limites

La loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008 a créé le dispositif « d'auto entrepreneur » pour permettre à toute personne physique, étudiant, salarié, profession libérale, demandeur d'emploi, retraité, entrepreneur quel que soit son domaine d'activité, d'exercer très simplement et dans des conditions avantageuses une activité (dispense d'immatriculation au RCS ou RM, calcul simplifié des cotisations sociales et fiscales selon un taux forfaitaire sur le seul chiffre d'affaire encaissé et déclaré), sous forme d'entreprise individuelle, que ce soit à titre principal ou accessoire, dès lors que l'auto entrepreneur ne dépasse pas certains seuils en terme de chiffre d'affaire annuel (80.000 € pour le commerce, 32.000 € pour les services) et est soumis au régime fiscal de la micro entreprise.

Le travailleur indépendant s'occupe lui-même des obligations sociales et fiscales relatives à son activité, il agit en qualité de prestataire de service pour ses clients. Le recours à des travailleurs indépendants est tentant pour l'association qui évite ainsi les formalités liées à l'embauche de collaborateurs salariés. Pour autant, les contentieux sont fréquents en la matière car les frontières avec le salariat sont perméables.

**La vie associative et son fonctionnement particulier obligent à se pencher sur le cas du salarié de l'association, devenu prestataire de service indépendant à l'issue de son contrat de travail, et collaborant donc avec son ancien employeur devenu « client ».**

**Il s'agit ici de préciser les frontières entre salariat et travail indépendant, d'identifier les limites de cette articulation, pratique, mais qui peut aussi être source d'insécurité juridique pour notre organisation.**

## 1/ PRINCIPES :

- Définition du salariat au regard de la sécurité sociale : notion du « lien de subordination » comme clé de voute, le salariat est exclusif du travail indépendant pour lequel un régime de sécurité sociale propre s'applique.

Est ainsi considéré comme **travailleur salarié** celui qui accomplit un travail pour un employeur dans un lien de subordination juridique permanente, défini comme « ***l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné*** » (Cour de cassation, Chambre sociale, arrêt n° 94-13187 du 13 novembre 1996, Société générale).

- **Article L311-2 du Code de la sécurité sociale :**

« ***Sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général***, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes quelle que soit leur nationalité, de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou ***travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat*** ».

- Présomption de non salariat posée par l'article L 8221-6 CT : l'indépendance prime et une absence de lien de subordination permanent est nécessaire/supposée. La requalification en salariat est également envisagée par les textes (II).

- **Article L8221-6 du Code du travail:**

***I. – « Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription :***

- 1° Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ;
- 2° Les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes, qui exercent une activité de transport scolaire prévu par l'article L. 213-11 du code de l'éducation ou de transport à la demande conformément à l'article 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;
- 3° Les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés ;

**II. - L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci.**

Dans ce cas, la dissimulation d'emploi salarié est établie si le donneur d'ordre s'est soustrait intentionnellement par ce moyen à l'accomplissement des obligations incombant à l'employeur mentionnées à l'article L. 8221-5.

Le donneur d'ordre qui a fait l'objet d'une condamnation pénale pour travail dissimulé en application du présent II est tenu au paiement des cotisations et contributions sociales à la charge des employeurs, calculées sur les sommes versées aux personnes mentionnées au I au titre de la période pour laquelle la dissimulation d'emploi salarié a été établie ».

## 2/ DIFFICULTES CONCRETES :

**L'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté des parties ni de la qualification donnée à la prestation effectuée, mais bien des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur.**

Ici, **le principe de réalité** joue complètement son rôle, la présomption établie par les textes peut être renversée selon :

- **La personne dans l'intérêt de laquelle l'activité est exercée,**
- **L'existence ou non d'un lien de subordination,**
- **Le versement ou non d'une rémunération.**

En la matière, les contentieux sont nombreux, qu'il s'agisse, **pour la personne employée, de prétendre au bénéfice des dispositions du Code du travail** (heures supplémentaires, congés payés, indemnités de rupture...) ou **pour l'Urssaf, de remettre en cause l'affiliation à un régime** de travailleurs indépendants et ainsi requalifier en salaires les sommes versées à titre d'honoraires.

La démonstration de l'existence effective d'un contrat de travail conditionne l'issue du litige.

- Les réponses ministérielles (N° 29025 du 30 sept 2008 ; N°7103 du 6/08/2013)<sup>1</sup> et la Jurisprudence éclairent sur le sujet :

**Parmi les indices d'une relation salariée,** peuvent être cités, sans que cela ne soit exhaustif :

- l'initiative même de la déclaration en travailleur indépendant (démarche non spontanée, a priori incompatible avec le travail indépendant) ;
- l'existence d'une relation salariale antérieure avec le même employeur, pour des fonctions identiques ou proches ;
- un donneur d'ordre unique ;
- le respect d'horaires ;
- le respect de consignes autres que celles strictement nécessaires aux exigences de sécurité sur le lieu d'exercice, pour les personnes intervenantes, ou bien pour le client, ou encore pour la bonne livraison d'un produit ;
- une facturation au nombre d'heures ou en jours ;

<sup>1</sup> <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-29025QE.htm>  
<http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-7103QE.htm>

- une absence ou une limitation forte d'initiatives dans le déroulement du travail ;
- l'intégration à une équipe de travail salariée ;
- la fourniture de matériels ou équipements (sauf équipements importants ou de sécurité).

▪ **Article L8221-5 CT :**

« **Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié** le fait pour tout employeur :

1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;

2° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie;

3° Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légale ».

### 3/ RISQUES ET INCIDENCE:

**En cas de requalification de la relation en salariat**, le principal risque financier tient au paiement des cotisations salariales dues pour la période « d'emploi » constatée (les honoraires deviennent « salaires »), à l'application du code du travail et de la convention collective en vigueur à la relation nouée, ainsi qu'au paiement d'une indemnité forfaitaire au travailleur équivalente à 6 mois de salaire (Art. L8223-1 CT), mais le risque s'exprime également sur le terrain pénal et sous différents dispositifs de sanction.

La loi Madelin 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 a abrogé l'alinéa prévoyant la rétroactivité à l'article 8221-6 II CT précité pour autant que le non salariat ne révèle pas une « volonté de dissimulation de travail salarié » ; dans un tel cas, l'employeur identifié est tenu au paiement rétroactif des cotisations et contributions sociales sur les sommes versées ou à verser sur toute la période constatée – stipulation du droit du travail, minimum légal, etc. - et ce, sous réserve du délai de prescription sur les salaires prévu à l'article L3245-1 CT.

Aussi, les conséquences financières d'une requalification peuvent être très lourdes, **en sus du rattrapage des cotisations sociales dues**, les articles L [8272-2](#) / [D 8272-1 et suivants CT/ R 8272-10 et suivants](#), prévoient:

- **Le remboursement des aides d'Etat perçues sur les 12 derniers mois ;**
- **La possible suppression de toutes les aides à l'emploi ou à la formation professionnelle perçues, pour une durée pouvant aller jusqu'à 5 ans;**
- **La possible exclusion des contrats administratifs.**

**Et ce, sans préjudice des poursuites judiciaires qui peuvent être engagées par ailleurs.**

En effet, le fait de maquiller sciemment une relation salariale en contrat d'entreprise pour échapper à ses obligations d'employeur caractérise une fraude constitutive du **délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié**, dans les conditions de l'article L. 8221-5 CT précité.

Cette fraude constitue en outre un risque pénal lourd qui peut entraîner pour l'association (personne morale) une amende pouvant aller jusqu'à 225.000 €, le cas échéant les peines prévues à l'article [131-39 1° à 5°, 8°, 9° du Code pénal](#) (sanction de la personne moral pour délit) ; ainsi que pour son représentant légal (personne physique) qui pourrait être visé personnellement par une condamnation pouvant aller jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 45.000€ d'amende (plus en cas de circonstances aggravantes), ainsi qu'une peine complémentaire possible au titre de l'article L8224-3 CT.

#### ▪ **Article L 8224-3 CT:**

« Les personnes physiques coupables des infractions prévues aux articles L. 8224-1 et L. 8224-2 encourent les peines complémentaires suivantes :

1° **L'interdiction**, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, soit **d'exercer** une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. **Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement ;**

2° **L'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus ;**

3° La confiscation des objets ayant servi directement ou indirectement à commettre l'infraction ou qui ont été utilisés à cette occasion, ainsi que de ceux qui en sont le produit et qui appartiennent au condamné ;

4° **L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée**, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal. Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que cette diffusion soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ;

5° L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 du code pénal, des droits civiques, civils et de famille.

ATTENTION : Le plan national de lutte contre le travail illégal 2013-2015 a retenu en l'occurrence la lutte contre le recours aux faux travailleurs indépendants, et notamment aux faux auto-entrepreneurs, comme l'un des objectifs prioritaires.

## **4/ PRECONISATIONS :**

- **Ne pas encourager le recours aux travailleurs indépendants d'anciens salariés ;**
- **Le cas échéant, vérifier que l'activité exercée par le travailleur indépendant est celle effectivement déclarée lors de son enregistrement** (pour ne pas coller aux missions de la Ligue mais bien à son objet social d'auto-entrepreneur) ;
- **Demander des justificatifs de déclarations sociales et fiscales antérieures pour avoir une idée de l'activité réelle du prestataire sollicité et contrôler que nous ne sommes pas « client exclusif » alors ;**
- **Diversifier les intervenants pour un même champ de compétence afin d'éviter d'installer un « monopole » pour le prestataire en question ;**
- **Faire établir en amont un devis détaillé de la prestation proposée (nature, moyens, délais coûts) ;**
- **Contractualiser la relation sous la forme d'un « contrat de prestation de service » et prévoir un paiement global et forfaitaire (indice utile de non- salariat) ;**
- **Laisser la plus large autonomie matérielle et organisationnelle possible au prestataire dans sa mission ;**
- **Limiter les prestations dans le temps - éviter la récurrence et/ou la continuité des prestations** (et ainsi le caractère « permanent » du lien qui pourrait être reconnu).

Autres pistes, trouver d'autres cadres pour permettre des prestations ponctuelles dédiées:

- Volontariat
- Bénévolat
- Le CDD à objet défini (sous réserve qu'un accord de branche ou d'entreprise le prévoit)  
Le portage salarial :

Il présente l'originalité de concilier les avantages du salariat (charges sociales moindres pour une protection sociale optimale, droit à l'assurance-chômage) et du travail indépendant (liberté de choisir ses missions...) : il permet à un actif qui trouve une ou plusieurs missions à accomplir pour le compte d'entreprises clientes de devenir le porté salarié d'une entreprise de portage faisant

office d'intermédiaire. Cette dernière encaisse les honoraires versés par les clients et en reverse une partie à son salarié sous forme de salaire, après retenue des frais de gestion et des cotisations sociales. En pratique, le salarié organise librement son travail, cherche lui-même ses clients, ce qui crée peu de contraintes et d'obligations pour l'entreprise de portage salarial.