

# **L'activité professionnelle indépendante, quelle protection juridique ?**

France ADINE FLAMAND & Marie-Laure MORIN

Septembre 2001

LIRHE - Unité mixte de recherche CNRS/UT1  
Université des Sciences Sociales, Bat. J, 3ème étage  
Place Anatole France, 31042 TOULOUSE Cedex

Site Internet : <http://www.univ-tlse1.fr/LIRHE/>  
Tél : 05 61.63.38.63 - Fax : 05 61.63.38.60

Dans le cadre de ses recherches et pour une meilleure diffusion de ses travaux, notre laboratoire de recherche a créé en 1982 une collection appelée "Notes", documents de travail ou de pré-publications n'excédant pas quarante pages. Ces notes sont diffusées à nos partenaires au plan national et international. Ces échanges se réalisent dans un souci de réciprocité et de libre circulation de préoccupations scientifiques. Leur contenu n'est pas définitif et peut être sujet à discussion. Ils ne constituent donc qu'une étape dans la démarche scientifique.

## L'activité professionnelle indépendante, quelle protection juridique ?

### Introduction

En contrepoint de l'intervention que nous venons d'entendre sur la création d'entreprise par les chômeurs, il m'appartient d'aborder, maintenant la protection juridique de l'activité professionnelle indépendante.

Ce qui nous intéresse ici, ce n'est pas tant la protection de l'entreprise indépendante comme telle, que celle du travailleur indépendant en tant que travailleur, qui est à la fois chef d'entreprise et crée son propre emploi. La question que nous voudrions donc abordée est celle de la protection juridique de l'activité professionnelle, du travail lui-même, grâce auquel ces travailleurs assurent leur revenu, et leur protection sociale.

Tout travail peut être exercé dans des cadres juridiques divers. Il peut être réalisé en vertu d'un contrat de travail salarié, mais il peut être réalisé aussi dans le cadre de contrats civils ou commerciaux (mandat, contrat d'entreprise, contrat de transport etc..) qui préservent l'indépendance du travailleur. Le principe de la liberté du travail couvre d'ailleurs l'ensemble de ces formes d'activité professionnelle. Ce principe s'entend aussi bien de la liberté de louer ses services par un contrat de travail, que de "contracter pour des services", selon l'expression anglaise, et de créer son entreprise pour travailler à son compte, que l'on soit profession libérale, commerçant, artisan ; consultant etc.. Mais et c'est là tout le problème : peut-on isoler le travail de l'indépendant de l'activité de son entreprise, pour assurer la protection de l'emploi indépendant en tant que tel et lui conférer un statut.

Pendant longtemps la question de la protection juridique du travail indépendant n'a pas été posée. Le problème était plutôt celui de la protection des salariés en raison de la subordination qui caractérise leur situation. Il fallait donc déterminer le critère du contrat de travail. Cette question a occupé une bonne part du vingtième siècle. Et l'on sait, mais je ne m'étendrai pas là-dessus, que non seulement le droit du travail, mais surtout la protection sociale ont d'abord été créés pour les salariés. Le statut social d'une personne dépend, dans notre pays, de la nature du contrat en vertu duquel il travaille. Et c'est pourquoi le droit social, c'est-à-dire le droit du travail et le droit de la protection sociale, a été compris d'abord comme le droit social des salariés, ce qui explique en partie la montée de la société salariale. Cette problématique reste centrale, mais de nombreuses évolutions se sont produites :

- D'abord le statut du salariat s'est étendu effectivement et un certain nombre d'indépendants ont eu accès au statut du salariat, je pense aux dirigeants de sociétés, aux avocats salariés etc... Mais parallèlement des régimes de protection sociale pour les indépendants se sont développés. Depuis la seconde guerre mondiale, même si dans nombre de pays européen, la protection sociale demeure construite sur une base professionnelle, l'idée que tout le monde doit pouvoir avoir accès à la protection sociale, est généralement admise. En France, où les régimes demeurent professionnels, des efforts d'harmonisation et de coordination ont été faits depuis une vingtaine d'année. Je pense en particulier à la couverture maladie.

La loi Madelin du 11 février 1994 a d'ailleurs apporté des éléments sur ce point pour promouvoir le travail indépendant.

- Ensuite, si les frontières entre le travail salarié et le travail indépendant ont toujours été incertaines, elles le sont peut-être encore plus aujourd'hui qu'hier en raison des transformations contemporaines du travail salarié comme du travail indépendant. Dans les faits, sinon en droit, le développement de la logique de compétence, les changements de l'organisation du travail qui font davantage appel à l'autonomie et aux résultats, mettent salariés et indépendants dans des situations parfois très proches. R. Boyer dans le cadre d'une note de la fondation Saint Simon de 1999<sup>1</sup>, mais aussi les études du Lirhe, ont bien montré l'importance de ces phénomènes<sup>2</sup>. Le groupe de Madrid et A. Supiot qui a tenté une prospective pour la commission européenne "Au-delà de l'emploi"<sup>3</sup>, a aussi souligné que le droit du travail ou plus largement le droit social ne pouvait pas rester aujourd'hui le seul droit de l'emploi salarié.
- Enfin nombre de personnes passent aujourd'hui au cours de leur trajectoire professionnelle du salariat à l'indépendance et vice-versa. Et cela risque d'aller en s'accéléralant. Il y a autant besoin de sécurité des trajectoires et donc de coordination des droits, que de sécurité de la situation professionnelle à un moment donné.

Pour aborder la protection juridique de l'activité de travail indépendante, il faut donc partir des situations de travail concrètes. J'essayerai de préciser les principales questions qui sont posées aujourd'hui, tant en ce qui concerne la protection des situations de travail indépendantes, que celle des transitions afin de sécuriser les trajectoires, pour esquisser quelques perspectives d'évolution à partir des réponses qui existent aujourd'hui.

Je vous proposerai de le faire en partant de la façon dont les risques qui traversent toute situation de travail sont pris en charge. La personne qui travaille subit en effet plusieurs risques qui sont répartis différemment selon que l'on est salarié ou indépendant. Qui dit risques dit en effet responsabilité et/ou systèmes de prise en charge. Et précisément les responsabilités, ni la charge financière ne sont pas réparties de la même façon selon que l'on est salarié ou indépendant. De façon très schématique, on peut distinguer :

**- Le risque économique,**

- Pour l'indépendant, ce risque est celui du patrimoine qu'il investit dans l'affaire, mais c'est aussi celui de son revenu professionnel qui n'est en principe pas distinct des bénéfices de son entreprise. Cette absence de distinction entre la personne qui travaille et l'entreprise est une des questions essentielles posées par la protection du travail indépendant.

- Pour le salarié, le risque économique est lié au fait d'avoir un emploi dont il ne sait pas s'il sera durable. Il échange la subordination contre la sécurité du revenu. Il demeure cependant des incertitudes sur la durée de son emploi, (au moins dans le CDI), le droit du licenciement organise le partage de ce risque. Mais le salarié n'est pas responsable de la marche de l'entreprise, (il ne subit pas la faillite) ni d'ailleurs des résultats de son travail dont seul l'employeur est responsable.

**-Les risques sociaux,**

-Ces risques sont liés à la perte de capacité de travail, maladie, accident du travail, vieillesse. Le chômage pour le salarié est un risque social, mais la perte d'emploi est

---

1

2

3

aussi un risque pour l'indépendant, même s'il en est responsable. Ces risques peuvent donc atteindre tous les travailleurs.

- La couverture contre les risques sociaux a été élaborée, initialement, on l'a dit, pour les ouvriers, ceux qui travaillaient exclusivement pour autrui et qui n'avait que leur travail pour vivre. Pour les autres, le patrimoine pouvait servir d'assurance et ils ne dépendaient pas d'autrui. Et c'est d'ailleurs à l'occasion d'un litige sur l'affiliation aux Assurances Sociales que la Cour de cassation a jugé que le critère du contrat de travail était un critère de droit, le lien juridique de subordination. En vertu de la nature même de la relation de travail, l'employeur acquiert à la source les produits du travail du salarié, (car l'objet du contrat de travail, c'est la fourniture de travail, non dissociable de la personne), Il est responsable des résultats du travail. L'employeur doit donc pouvoir diriger le salarié. La subordination juridique, qui peut prendre des formes très diverses, c'est fondamentalement cela. En fondant le critère du contrat de travail sur un critère de droit, la jurisprudence a ainsi écarté les situations de fait de dépendance économique, dans lesquelles le travailleur demeure responsable de son travail, au moins en théorie, même si en fait, il n'a qu'un seul client dont il dépend économiquement. Or ces situations là peuvent aussi appeler protection de la relation économique, mais aussi protection sociale

La notion du subordination juridique n'a en réalité pas cessé d'être discutée, car ses formes se transforment en même temps que les conditions de l'activité économique. La subordination juridique peut laisser place à des marges d'autonomie, qui peuvent être d'autant plus grandes que le salarié dispose d'une compétence professionnelle. Aux marges du salariat, il y a toujours eu aussi toute une catégorie de situation de travail mal qualifiée qui ont tantôt été assimilées par la loi à du travail salarié, tantôt à du travail indépendant, parfois des protections propres au travail salarié ont été étendues partiellement. Mais, aujourd'hui, le problème se pose de façon plus générale : du fait des changements du travail, il y a des salariés très autonomes dans leur travail, payés aux résultats et qui sont dans une situation de fait très voisine de celles des indépendants. Inversement il y a des situations de dépendance économique telle que l'on peut se demander s'il ne s'agit pas de salariés.

De toute façon, et compte tenu de la diversité des relations économiques, et des innovations en matière d'emploi, toute forme de travail appelle protection. D'une certaine façon les relations juridiques sur le travail sont en quelques sortes une convention de partage des risques, tant économiques que sociaux. L'enjeu de la distinction entre le salariat et l'indépendance, ou du choix de l'une ou l'autre forme de travail, n'est pas seulement celui de la protection sociale, il est aussi de savoir qui est responsable de quoi, et comment sont répartis les risques, particulièrement les risques économiques.

C'est pourquoi l'idée d'un droit commun de l'activité professionnelle<sup>4</sup>, comportant une matrice de droit commun à toute forme d'activité de travail, mais qui pourrait se décliner différemment selon que l'on est salarié ou indépendant, et l'instauration de mécanismes de coordination pour assurer la sécurité des trajectoires des personnes sont fortement préconisées aujourd'hui et un certain nombre d'évolution vont dans ce sens.

Dans la perspective que je viens de tracer, et en tenant compte des risques de nature différente qui traversent les situations de travail, les trois questions principales que j'examinerai successivement seront les suivantes.

---

<sup>4</sup> cf déjà en 1950 P. Durand

La première porte sur la protection contre le risque économique, et plus précisément sur le risque patrimonial, inhérent à la liberté d'entreprendre, cela nous conduira à revenir sur la portée de la distinction entre le salariat et l'indépendant, mais aussi sur les différents montages utilisés pour limiter ce risque qui ont des conséquences sur le statut de la personne

La seconde porte sur la protection de l'activité économique de l'indépendant, et plus précisément sur la question de savoir s'il est possible de distinguer entre le revenu professionnel et celui de l'entreprise, pour distinguer les droits propres du travailleur indépendant en tant que travailleur. Ces droits peuvent porter sur la protection sociale, mais également sur la responsabilité de l'activité économique elle-même, c'est-à-dire sur les relations avec les clients. Et je songe ici aux débats très nombreux qui ont lieu dans certains pays européens sur la para-subordination.

Enfin la troisième question porte évidemment sur la question de la protection des transitions. Il y a déjà des éléments de réponses parcellaires. La question des transitions montre à quel point nous sommes encore tributaires de la dichotomie salariat - indépendance, mais la pratique invente des montages divers pour la surmonter que l'on évoquera.

## **I- LA PROTECTION CONTRE LE RISQUE ÉCONOMIQUE DU PATRIMOINE**

Le risque du patrimoine est caractéristique de la situation de l'entrepreneur qui crée son entreprise. Et c'est bien pourquoi les entrepreneurs peuvent faire l'objet de procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, alors qu'un salarié n'en n'est pas justiciable.

### **1-1 la technique sociétaire de limitation du risque patrimonial.**

La création de sociétés commerciales, ou d'ailleurs civiles pour les professions libérales est la principale technique pour limiter le risque patrimonial à l'apport en capital.

Ce rappel tient de l'évidence. Mais il faut le faire, car précisément lorsqu'on a cherché à sécuriser la situation des travailleurs indépendants, et à promouvoir la création d'entreprise, qu'il s'agisse de petites entreprises traditionnelles, ou d'entreprises innovantes, c'est en utilisant les techniques sociétaires pour des sociétés unipersonnelles qu'on l'a fait, qu'il s'agisse de l'EURL, ou plus récemment des SAS et des SASU. L'adoption de la forme sociétaire a des conséquences très importantes sur le statut personnel du chef d'entreprise. On y reviendra.

L'intérêt de ces techniques sociétaires est bien d'isoler le patrimoine professionnel. Mais, la création d'une société établit aussi s'il en était besoin, la volonté de se mettre à son compte. Or le travail à son propre compte, c'est-à-dire le fait de prendre le risque est un des critères fondamentaux de la distinction entre les salariés et les indépendants.

Il reste que ces techniques ne sont pas exemptes de critiques s'agissant des sociétés unipersonnelles. La technique sociétaire est faite pour des personnes morales collectives, avec un contrôle collectif. La transposition des techniques sociétaires à des entreprises unipersonnelles est assez souvent artificielle et lourde. Cette critique a été faite souvent<sup>5</sup>. Le montant du capital à libérer peut être un obstacle. De nombreuses personnes continuent donc à choisir l'exercice personnel, surtout lorsqu'il s'agit de toutes petites entreprises.

### **1-2 le patrimoine d'affectation**

---

<sup>5</sup> Barthélémy, rapport au CES sur le patrimoine d'affectation

En l'absence de société, le droit fiscal et le droit civil, (au moins celui des successions) font la différence entre le patrimoine professionnel et le patrimoine privé. Mais le principe d'unicité du patrimoine implique que le travailleur indépendant soit responsable sur la totalité de son patrimoine, vis-à-vis des créanciers. C'est pourquoi des auteurs, en particulier J.L. Barthélémy, plaident, pour l'instauration d'un patrimoine d'affectation. Une telle réforme, permettrait de limiter le risque patrimonial, sans avoir à recourir à la technique sociétaire. Elle permettrait également d'apporter la preuve de l'installation à son compte.

En effet dans un certain nombre d'auto emploi, on peut se demander si la personne qui vend ses services sous forme de louage d'ouvrage, pour reprendre la terminologie ancienne du code civil, veut réellement créer une entreprise, et assumer un risque patrimonial, ou si elle cherche seulement à vendre ses compétences à des clients divers, au terme de contrats de mission ou de contrats temporaires pour un chantier déterminé. Je songe ici à un certain nombre de pratiques, plus ou moins licites, à la marge du travail temporaire ou des CDD où une personne est invitée à s'inscrire comme indépendant pour réaliser ces missions. La loi Madelin, aujourd'hui abolie sur ce point avait décidé que la seule inscription au registre du commerce constituait une présomption de travail indépendant, mais évidemment cette présomption était fragile<sup>6</sup>. La création d'un patrimoine d'affectation serait une preuve plus sûre qui pourrait aussi apporter une certaine sécurité à l'indépendant.

L'autre intérêt du patrimoine d'affectation est qu'il permettrait, comme dans les sociétés de distinguer les revenus du travail des revenus de l'entreprise, et de donner accès à une protection sociale et fiscale semblable à celle du travail salarié.

L'arrêt Labanne de la Cour de cassation, du 19 décembre 2000<sup>7</sup>, incite à aller dans cette direction. A la suite de la loi Madelin, la jurisprudence a tenté de définir le lien juridique de subordination de façon assez stricte, en fondant essentiellement sur le pouvoir hiérarchique de donner des ordres et d'exercer le pouvoir disciplinaire. Contrairement à la jurisprudence extensive antérieure, la Cour a estimé que la seule participation à un service organisé, et des sous traitants peuvent participer à un service organisé, ne suffit pas à établir le contrat de travail. Or l'arrêt Labanne ne se fonde pas sur ce critère hiérarchique. Il analyse le contrat lui-même, qui était en apparence un contrat de louage d'un véhicule liant un chauffeur de taxi à une compagnie. Sans nier que le chauffeur de taxi était libre de son activité, l'arrêt relève l'existence de certaines contraintes et surtout l'existence d'une redevance si élevée, que les bénéfices étaient minimes et contraignait de fait l'activité du chauffeur, alors qu'il n'était pas propriétaire du véhicule. Le contrat a donc été considéré comme un contrat de travail. Le fond du raisonnement repose sur l'exercice du pouvoir économique.

D'une part, le chauffeur de taxi n'était pas propriétaire du patrimoine professionnel, il n'avait donc pas à assumer le risque de l'activité économique. On voit bien ici l'intérêt du patrimoine d'affectation sur le plan de la preuve de l'activité indépendante. Mais il faut également s'assurer que le travailleur contrôle lui-même son patrimoine professionnel. Dans des affaires voisines à celles des chauffeurs de taxi, qui ont concerné dans les années soixante dix les pompistes de stations services, les compagnies pétrolières avaient invité les gérants à créer des SARL, pour éviter la requalification en salariat en leur fournissant le capital nécessaire. Le contrôle du capital est donc aussi un élément très important. Il est d'ailleurs

---

<sup>6</sup> art. L. 121.3 C Trav abolie par la loi Aubry du 18 janvier 2000

<sup>7</sup> note Jeammaud

utilisé par la jurisprudence, en cas d'essaimage, pour l'attribution de l'aide à la création d'entreprise.

Mais un autre enseignement peut être tiré de l'arrêt Labanne, probablement plus important encore qui concerne cette fois le risque de l'activité économique elle-même, et pas seulement le risque patrimonial. Le chauffeur de taxi devait être considéré comme salarié, en réalité parce que l'économie de la relation contractuelle ne lui laissait aucune liberté réelle de son activité. La deuxième question est donc la protection de l'activité économique de l'indépendant, et c'est probablement là que les problèmes sont les plus difficiles

## **II- PROTECTION DE L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE INDÉPENDANTE : LA PROTECTION CONTRE LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE, ET LA PROTECTION DU TRAVAIL**

La protection de l'activité économique pose deux questions assez différentes.

- La première est celle de la protection de l'activité de l'entreprise elle-même, par rapport à des situations de dépendance économique. On songe en particulier à toutes les situations dans lesquelles une entreprise travaille exclusivement pour une autre dont elle tire l'essentiel de ses revenus professionnels : réseau de distribution exclusive, concession, intégration en agriculture<sup>8</sup>, situations dans lesquelles une personne qui travaille en indépendant n'a qu'un seul client.
- La seconde qui est différente, mais souvent confondue avec la première est celle de la protection du travail de l'indépendant, qui nécessite une distinction entre le revenu de l'entreprise et le revenu du travail de l'indépendant, de façon à pouvoir donner au travail un statut propre, distinct de l'activité de l'entreprise.

### **2-1-La protection de l'activité économique dans les relations inter-entreprises**

Cette question est difficile, elle donne lieu du point de vue du droit comparé à des solutions assez variables.

Dans l'optique de cette contribution, nous n'examinerons pas toutes les relations interentreprises, mais bien les relations entre un travailleur indépendant qui travaille lui-même, éventuellement avec des membres de sa famille, au profit d'une autre entreprise, car c'est bien la protection des travailleurs qui nous intéresse ici.

Certains droits européens, le droit allemand et le droit italien en particulier, ont institué une catégorie particulière de travailleurs, les travailleurs para-subordonnés. Il s'agit de personnes qui travaillent de façon régulière pour une autre entreprise tout en ayant une certaine liberté dans leur travail. Ces droits qui les traitent comme des indépendants, leur accordent certaines des protections des salariés, en matière sociale, mais aussi en ce qui concerne la rupture du contrat.

Le droit français procède différemment. Le livre VII du Code du travail assimile d'un côté le contrat de certains travailleurs à un contrat de travail, sans qu'il y ait lieu de faire la preuve de la subordination, il s'agit des travailleurs à domicile, des journalistes pigistes des mannequins, etc<sup>9</sup>. La liste peut être allongée si la loi en décide ainsi. Au fond il s'agit de

---

<sup>8</sup> référence de la loi créant les conventions collectives en agriculture

<sup>9</sup> art. du Code du travail

travailleurs à la mission, de louage d'ouvrage considéré comme contrat de travail par détermination de la loi.

D'un autre côté le livre VII, dans des situations d'intégration à un réseau, particulier aux pompistes, aux gérants de gare etc... :

- les gérants salariés<sup>10</sup>, pour lequel il y a réellement subordination et intégration à un service organisé. Ici le statut est assimilé à un statut de salariat en raison du contrôle exercé par l'intégrateur,
- et le gérant non salarié<sup>11</sup>, qui bénéficie de certains droits des salariés, l'exemple type est ici celui du gérant des maisons d'alimentation à succursale multiples, qui bénéficie d'une convention collective, rémunération au moins égale au SMIC, même si le gérant est responsable des pertes d'inventaire etc... Ici on est en présence de commerçants qui ont une responsabilité économique, mais qui bénéficient pour une part de la protection du salariat

Pour tenter de dégager des solutions plus générales, il est particulièrement utile de se tourner ici vers le droit européen, qui a édicté récemment deux directives concernant les réseaux de distribution<sup>12</sup>, et une qui concerne les agents commerciaux qui sont partout considérés comme des indépendants<sup>13</sup>.

Le droit européen rejoint le droit français sur un point essentiel : le travailleur indépendant doit avoir la liberté de fixer son prix. Le fait d'imposer un prix inéquitable est en droit européen un abus de position dominante. Il y a là assurément l'un des critères de distinction essentiels avec les salariés, en même temps qu'une règle de protection.

Ensuite, dans les réseaux de distribution, les règlements fixant les conditions de validité au regard du droit des ententes, qu'il s'agisse des accords de distributions verticaux ou des accords de spécialisation, limitent les effets d'une clause d'exclusivité sur la liberté du franchiseur, concessionnaire etc... Tout accord revenant à fixer les prix est nul et un certain nombre de clauses limitant la liberté du travailleur sont également nulles. Il s'agit donc de protection d'ordre public contre la dépendance économique assez voisines de ce que l'on trouve en droit du travail.

Enfin et si l'on étudie la directive relative à la situation de l'agent commercial qu'il travaille sous forme individuelle ou sous forme sociétaire, bénéficie d'une protection contre la rupture du contrat (préavis et indemnité de rupture). En réalité, il s'agit là de règles de droit commun en droit civil, et pas de règles propres au droit du travail. De plus l'agent commercial peut céder son contrat, sans que son mandat ne puisse s'y opposer. Il y a là une protection du patrimoine professionnel, la clientèle que l'indépendant s'est constitué

Protection du patrimoine et contrôle personnel du patrimoine  
Protection de l'activité économique par la liberté de fixation des prix  
Protection de la rupture du contrat

Il y a là autant d'éléments qui caractérisent l'activité indépendante mais qui permettent aussi d'en assurer une certaine protection.

---

10

11

12

13

En définitive, et si l'on se place du côté du client, l'entreprise qui veut faire réaliser un travail, pour déterminer la meilleure forme s'interroge sur deux choses : le plus ou moins grand contrôle nécessaire à l'accomplissement du travail et le coût. Les solutions envisageables peuvent être très diverses, dans le domaine commerciale, on peut choisir de faire appel à un commercial salarié, à un VRP assimilé salarié, à un agent commercial etc. Mais dans tous les cas, la liberté de fixation des prix est un élément essentiel de l'indépendance,( l'arrêt Labanne va dans ce sens), et au moins dans les situations de dépendance économique, il peut y avoir une protection contre la rupture du contrat.

## **2-2- Le second élément de la protection de l'indépendant,est la protection de son travail**

Cette protection suppose de distinguer le revenu professionnel du revenu de l'entreprise. Or ici notre droit au moins dans son état actuel n'est pas d'une logique absolue.

Lorsque l'exercice professionnel est fait sous forme sociétaire, tout dépend de la nature de la société. S'il s'agit d'une SA, et donc à fortiori du SAS ou d'une SASU, le revenu du dirigeant de société est traité comme un revenu du travail, tant fiscalement que socialement. Le revenu est déductible y compris les cotisations sociales du bénéfice de l'entreprise, le dirigeant est assimilé à un salarié pour la sécurité sociale et pour la retraite. La seule différence concerne l'assurance perte d'emploi, mais le MEDEF a conclu avec les compagnies d'assurances un accord particulier perte d'emploi.

S'agissant des SARL, le gérant minoritaire, s'il a un contrat de travail par ailleurs, peut être traité comme un salarié. Quand au gérant majoritaire son revenu est déductible fiscalement, mais sans prise en compte des cotisations sociales. Sur le plan social il est considéré comme un indépendant, ce qui on l'avouera n'est pas forcément très logique. Pour lui aussi un régime spécial d'assurance perte d'emploi a été créé.

Les associés d'une société civile, dans les professions libérales, peuvent être responsables de la société comme associés, mais bénéficiers pour leur activité professionnelle propre du statut de salarié, et je songe en particulier ici aux experts comptables

Enfin et s'agissant des indépendants, ceux qui a priori sont dans la situation la plus fragile, leur revenu est fiscalement un bénéfice non commercial. Socialement, ils cotisent sur la totalité du bénéfice de l'entreprise aux régimes des indépendants, et si les cotisations obligatoires sont déductibles, les cotisations à des régimes facultatifs ( prévoyance sociale complémentaire retraite complémentaire, perte d'emploi) ne l'était pas en principe. Mais la loi Madelin a apporté ici des améliorations.

Cet examen très rapide montre l'existence d'inégalités très importantes : au fond ceux qui en ont peut-être le moins besoin, et je songe aux dirigeants de grandes sociétés, sont ceux qui ont le plus de protection. Ceux qui sont les plus fragiles en ont le moins, surtout lorsqu'il s'agit de tout petits indépendants, anciennement salariés et qui ont été conduits à créer leur entreprise. Ceux- là sont aussi ceux qui risquent le plus de faire l'objet de sous traitance illicite. Je pense ici par exemple aux transporteurs routiers, ou à ce qui se passe dans le bâtiment. Dans ces situations l'entreprise mère externalise aussi bien le risque économique que le risque social.

Si l'on veut protéger l'activité professionnelle indépendante dans l'esprit que nous avons indiqué, il importe certainement de distinguer le revenu de l'entreprise et celui du travail de l'indépendant pour protéger celui-ci au moins sur le plan social pour lui même

### **2-3- Vers un droit commun de l'activité professionnelle**

C'est dans cette perspective que la constitution d'un droit commun de l'activité professionnelle pourrait permettre de façon beaucoup plus clair qu'aujourd'hui définir des droits auxquels tous les travailleurs pourraient avoir accès, même s'ils se déclinent différemment pour les salariés et les indépendants puisque la répartition du risque économique n'est pas la même.

Ceci pourrait se faire en faisant la synthèse de ces droits aussi bien sur le plan individuel que collectif. Les linéaments en apparaissent déjà aujourd'hui.

Sur le plan individuel, pour protéger les indépendants contre la dépendance économique on peut utiliser des techniques proche de celles du travail salarié. Le statut européens des agents commerciaux montre que l'on peut dégager des règles communes en matière de rupture, Le droit à l'emploi, le droit à la formation professionnelle reconnu constitutionnellement peut aussi nourrir des droits dont pourrait bénéficier toutes les catégories de travailleur, même si ces droits se déclinent différemment. On a déjà noté l'existence d'assurance perte d'emploi pour les indépendants. Le projet d'accord en discussion dans la " Refondation sociale sur la formation professionnelle, avance sur le droit à la formation des indépendants.

D'autre part et si le travail de l'indépendant était traité pour lui même, un certain nombre de droits sociaux pourraient être étendus à tous les travailleurs. Il y a déjà des avancées dans ce sens.

En matière de sécurité sociale, aujourd'hui les différences dans les ouvertures de droits soit aujourd'hui moins grande qu'hier

En matière de retraite, la coordination est presque assurée, mais il demeure des problèmes liés à aux durées d'affiliation qui viennent des bases professionnelles des régimes , on y reviendra s'agissant de la protection des trajectoires.

Plus généralement d'ailleurs et s'agissant des droits liés à l'accomplissement du travail, on peut constater en droit européen la progression de l'idée d'égalité de traitement. Ainsi la directive sur la prestation de service qui permet un accès à certains éléments de la convention collective de l'entreprise d'accueil, la directive sur la prestation de service<sup>14</sup>, en droit communautaire ne distingue pas entre les travailleurs salariés et les travailleurs indépendants, de même les directives sur la sécurité du travail<sup>15</sup>, ou les règles sur l'égalité professionnelle qui concernent tous les travailleurs

Et sur le plan collectif, le droit syndical bénéficie à tous les travailleurs, le droit à la négociation collective est aussi utilisé par les indépendants, que l'on songe aux conventions collectives en agriculture, ou à la convention collective des agents commerciaux conclue il y a quelques années.

---

14

15

Au demeurant on peut trouver la racine de l'ensemble de ces droits dans le préambule de notre constitution qui affirme le droit syndical le droit à la participation de tout travailleur, le droit à l'emploi et à la sécurité du revenu, le droit à la formation le droit à la santé etc...

Probablement faut-il donc admettre la diversité des formes de travail contemporaines et assurer un accès égal à ces droits fondamentaux , même si leur déclinaison sont différentes selon que l'on est indépendant ou salarié. La principale question est alors d'assurer la coordination dans la déclinaison de ces droits, et des droits propres à la transition, afin de d'assurer la sécurité des trajectoires des personnes qui passent d'un statut à un autre.

### **III- PROTECTION DES TRANSITIONS ET DES TRAJECTOIRES PROFESSIONNELLES**

On évoquera ici trois points différents. Tout d'abord on recensera dispositions qui permettent de maintenir le statut social du créateur, ou tout au moins d'assurer une certaines coordinations des droits pendant la période de création. De ce point de vue, il est intéressant d'examiner l'évolution légale et réglementaires concernant les conditions d'ouverture de droits propres à la période de transition, et d'autre part l'apparition sous des formes diverses de structures particulière qui jouent le rôle d'employeur de transition.

Pour conclure je voudrai enfin évoquer la perspective beaucoup plus large ouverte par A. Supiot, concernant les droits de tirage sociaux, qui complète celle concernant la création d'un droit de l'activité professionnelle.

#### **3-1 Des dispositifs pour assurer une certaine continuité des droits et faciliter la transition.**

Sur ce plan, on peut relever, aujourd'hui, trois types de dispositions encore très éparses.

Les premières figurent dans le droit du travail, mais aussi aujourd'hui dans la loi sur l'innovation de juillet 1999 ..

En droit du travail différents dispositifs permettent de disposer de temps pour créer une entreprise. Le premier est le congé création d'entreprise qui permet , à l'issue du congé et si la création a échoué de revenir dans l'entreprise. Les autres sont des droits en cours de développement comme le compte épargne temps, des droits à formation, qui sont en discussion dans le cadre de la création d'un droit individuel à la formation tout au long de la vie. La caractéristique de ces droits estdouble : il s'agit de droit portant sur des réserves de temps qui peuvent être utilisé pour rémunérer une période de transition, ou suivre une formation, et il s'agit de droit individuel, transférable et qui pourrait être garanti collectivement. Dans le droit du licenciement aussi on voit apparaître des droits un peu du même genre, comme le congé conversion.

La loi sur l'innovation qui concerne les chercheurs fonctionnaires pour lesquels le cumul d'activité est en principe impossible, ouvre aussi de nouvelles portes. La loi permet à un chercheur de prendre des parts dans une société en création et de participer à la création de l'entreprise, en prenant des parts sociales, tout en conservant son statut de chercheur. Mais au bout d'un certain délai de 5 ans, il doit ensuite opter pour le retour à son statut de chercheur, ou la direction de l'entreprise. Pendant ce délai, il conserve son statut et sa rémunération.

S'agissant des chômeurs, aussi bien la loi contre les exclusions<sup>16</sup> que la nouvelle convention d'assurance- chômage<sup>17</sup> ont aussi cherché à faciliter les transitions.

La loi contre les exclusions permet le cumul de revenu d'activité et des minima sociaux, jusqu'à un certain seuil. Cette activité peut être une activité indépendante. Ceci est aussi possible pour les chômeurs relevant du régime assurantiel. Par ailleurs les droits au chômage qui n'ont pas été épuisés lors de la création d'une entreprise peuvent être retrouvés lorsque la création a échoué, dans un certain délai. Ces évolutions sont évidemment très importantes puisqu'elles permettent de maintenir un revenu et une protection sociale, même minime pendant la création.

Ces dispositions qui garantissent la transitions elle-même, ne résolvent cependant pas toutes les questions de sécurité des trajectoires. La coordination d'un certain nombre de droits sociaux, particulièrement en matière de retraite complémentaire n'est pas encore totalement assuré.

Ainsi et s'agissant des cadres, l'âge auquel on peut prétendre à la liquidation de sa retraite complémentaire n'est pas le même selon que l'on termine sa carrière en indépendant ou en salarié (60 ou 65 ans), il peut donc y avoir des abattements liés à la façon dont s'est déroulée la carrière. De même le régime de retraite complémentaire des artisans commerçants et des avocats exigent dix ans d'affiliation pour que les droits correspondant soient ouverts, même s'il y a ouverture de la retraite de base. IL est clair qu'il y a encore des efforts de coordination à faire, pour coordonner des régimes construits sur une base professionnelle, et où les considérations liées à l'équilibre démographique des régimes construits pour des carrières linéaires, priment sur la volonté de faciliter la mobilité. Ces situations, comme les inégalités de régime de couverture que l'on a pu constater pour les gérants de SARL ne répondent pas à des considérations de principes juridiques, mais seulement à des conditions d'équilibre financier.

### **3-2 Les employeurs de transition**

Pour faciliter ces transitions et jouer le rôle de accompagner la création d'entreprise, ces dernières années différentes structures d'accueil du créateur se sont créées et qui ont aussi pour objet de faciliter les transitions et la conservation des droits.

Je songe ici en particulier à trois types de structures très voisines les unes des autres bien qu'elles s'adressent à des publics très différents : les incubateurs pour la création d'entreprise innovantes, les coopératives d'activité pour les chômeurs créateurs d'entreprise, et les sociétés de portage qui s'adressent le plus souvent à des professionnels de haut niveau victime d'un licenciement et qui souhaite ou non créer une entreprise.

Il n'est pas sans intérêt de constater que ces fonctionnent selon des principes assez voisins en particulier s'agissant des coopératives d'activité et des sociétés de portage. Mais on peut également constater que selon que l'on envisage la création de start up, ou la création d'entreprise par les chômeurs l'aide des pouvoirs publics, ou la façon dont ces structures sont promues par eux n'est pas du tout de même nature.

Les incubateurs prévus par la loi sur l'innovation se mettent en place aujourd'hui. IL s'agit essentiellement de structure d'accompagnement de la création, qui financent la formation, les études et la constitution du business plan, avant la création. IL permettent au chercheur de finaliser son projet et avec l'aide du laboratoire de faire les mises au point de

---

16

17

recherche développement nécessaire. Le statut de l'incubé est encore aujourd'hui assez incertain. S'il s'agit d'un chercheur, il bénéficie des dispositions de la loi sur l'innovation dont j'ai parlé tout à l'heure, s'il s'agit d'un chômeur, normalement il devrait pouvoir bénéficier de l'assurance chômage sous réserve que celle-ci admettent qu'il est toujours en recherche d'emploi. La question de savoir si un contrat de travail peut être passé avec l'incubateur n'est pas encore réglée à ce jour.

S'agissant des coopératives d'activités qui se sont développés rapidement ces dernières années, il y en a quarante, aujourd'hui, il s'agit de structures qui entrent dans le champ de l'économie solidaire et accueillent des chômeurs ou des RMIste selon un montage original. Ces structures bénéficient d'un dispositif expérimental d'appui dans le cadre de la circulaire du du Ministère du travail<sup>18</sup>.

Le montage peut être le suivant : après une période d'observation ou le chômeur conserve son statut de chômeurs, si le projet est validé, un contrat de travail à durée déterminé est conclu pour la période où le créateur monte son entreprise et constitue sa clientèle. Le salaire est constitué des revenus professionnels liés à l'activité, moins les frais de gestion de la coopérative, qui assure la logistique. Pendant cette période le chômeur peut aussi être rémunéré dans le cadre de la formation professionnelle. A l'issue du contrat, soit l'entreprise est créée et le créateur sort de la coopérative, soit il apporte son activité à une coopérative d'emploi. L'équilibre du système repose sur la mutualisation de la création dans la coopérative, et dans le caractère temporaire du contrat lié à la période de création. Mais évidemment il y a de nombreux problèmes liés à la propriété de la clientèle notamment, et à l'interférence du droit des sociétés et du droit du travail.

Les sociétés de portage sont dans une situation voisine encore qu'il s'agisse là de structures purement privées. Les sociétés de portage permettent d'établir une relation triangulaire, entre un client, un consultant, et la société de portage. Le consultant au chômage trouve le client et passe le marché, ce marché fait l'objet d'un contrat d'entreprise avec la société de portage et d'un contrat de travail entre le consultant et la société de portage pour la durée de la mission. Le consultant est responsable du travail, il est payé en salarie au fur et à mesure de l'encaissement des factures dont il est responsable, et la société de portage prélève des frais de gestion. Initialement ce système devait permettre de porter des créateurs comme dans les coopératives d'activité. Dans les faits un certain nombre de personnes restent dans la société de portage car cela permet de conserver un statut salarial, tout en ayant une activité d'indépendant. La licéité de cette opération, même si tout le monde y trouve son compte est en réalité très douteuse. Ce mécanisme permet assurément aux clients d'externaliser à bon compte le risque de l'emploi, sans qu'il y ait toujours une création d'entreprise en perspective. Le délit de marchandage n'est pas loin, ni le recours illicite au contrat à durée déterminée. Mais indépendamment de la licéité douteuse de l'opération le développement du portage souligne deux évolutions importantes, d'une part la recherche de formule de contrat de travail pour des professionnels de haut niveau qui ressemble à des contrats de chantiers, sans qu'il y ait forcément volonté de créer une entreprise, d'autre part la volonté de travailler de façon beaucoup plus libre tout en conservant, par des raisons de protection sociale et de maintien du droit au chômage, un statut salarial. Finalement ici l'assurance chômage assure la continuité des droits selon un modèle assez proche de celui des intermittents du spectacle. Mais peut-on admettre cette externalisation du risque de l'emploi, ou ne faut-il pas faire de l'assurance chômage un droit plus général que celui qui existe aujourd'hui ?

Le développement de ces employeurs de transitions montre en tout cas la nécessité d'assurer à la fois la continuité et la coordination des droits, et de donner à la personne qui change d'emploi les sécurité et l'accompagnement nécessaires.

### **3-3 Continuité des trajectoires et droits de tirage sociaux.**

Si la protection de l'activité professionnelle indépendante suppose la constitution d'un droit commun de l'activité professionnelle qui ouvre des droits communs à tous les travailleurs qui se déclinent différemment selon la situation, elle appelle donc aussi la constitution de mécanismes qui puissent assurer la sécurité des transitions, et plus globalement des trajectoires des personnes. Dans cet esprit les développement qui précèdent peuvent permettre de tracer deux perspectives plus générales.

D'abord, le développement de structures de transition, facilitant la création d'entreprise est assurément utile. Encore faut-il qu'il existe les garde-fous nécessaires pour éviter les dérives. De ce point de vue, la création de structure publique ou para publique, mutualisé sur le modèle des incubateurs ou des coopératives d'activité peut être nécessaire. Mais il importe que ces structures soient des lieux d'accueil provisoires, et que le statut et la rémunération des personnes présentes dans la structure d'accompagnement soient clarifiés.

Sur ce point, la perspective des droits de tirage sociaux évoquée par A. Supiot pour permettre de passer d'une situation à une autre en constituant des réserves de temps rémunérés et bénéficiant d'une couverture sociale est riche de potentialité. IL peut s'agir des congés créations d'entreprise, des mises à disposition des chercheurs, ou de compte épargne formation. Ces droits de tirage peuvent fonctionner sur le modèle de l'assurance. Mais en l'occurrence ce n'est pas la réalisation d'un risque qui déclenche la prise en charge, mais la volonté de la personne d'utiliser librement les droits de tirage qu'elle a pu se constituer.

Cette perspective est évidemment très séduisante, mais elles suppose de transgresser les frontières, de généraliser les réserves de temps, l'assurance-chômage ou le droit à la formation, en apportant à ces droits individuels des garanties collectives. Il y a là assurément de nouveaux enjeux pour la protection sociale. Mais cette perspective nécessite que le statut social de la personne en transition soit défini avec soin.

Pour autant, et si l'on peut réaliser une unité de droits ou plutôt d'accès au droit, si l'on peut protéger pour lui-même le travail indépendant, il reste que le travailleur indépendant assume le risque de son entreprise, il y a là une donnée irréductible, qui explique que les règles de responsabilité et de prises en charges des risques ne puissent être en tout point les mêmes.