Chapitre 2. Le risque de requalification du contrat d'agence commerciale en contrat de travail représentant de commerce

Section 1. Le critère juridique de distinction entre l'agent commercial et le représentant de commerce : l'existence d'un lien de subordination

8. **L'identification du critère du lien de subordination dans la loi du 3 juillet 1978 et dans la loi du 13 avril 1995.** L'article 4 alinéa 1er de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail définit le contrat de travail de représentant de commerce comme suit :

« *Le contrat de travail de représentant de commerce est le contrat par lequel un travailleur, le représentant de commerce, s'engage contre rémunération à prospecter et visiter une clientèle en vue de la négociation ou la conclusion d'affaires, hormis les assurances,* sous l'autorité, *pour le compte et au nom d'un ou de plusieurs commettants.* »[15]

L'article 1er de la loi du 13 avril 1995[16] définit le contrat d'agence commerciale comme suit :

« *Le contrat d'agence commerciale est le contrat par lequel l'une des parties, l'agent commercial, est chargée de façon permanente, et moyennant rémunération, par l'autre partie, le commettant,* sans être soumis à l'autorité de ce dernier, *de la négociation et éventuellement de la conclusions d'affaires au nom et pour compte du commettant. L'agent commercial organise ses activités comme il l'entend et dispose librement de son temps.* »[17]

Agent commercial et représentant de commerce ne se distinguent donc que par l'existence ou non d'un lien de subordination.[18] Il s'agit là d'une application

15 Nous soulignons.

16 *M.B.*, 2 juin 1995. Voy. par ailleurs la contribution de C. DELFORGE dans le présent ouvrage.

17 Nous soulignons.

18 A. DE THEUX, *Le statut européen de l'agent commercial. Approche critique de droit comparé* , Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1992, p. 31 ; CHR. JASSOGNE, « L'agent commercial et le représentant de commerce en droit belge », *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, Bruxelles, Larcier, 1996, p.24 ; PH. DE KEYSER et N. BEAUFILS, « Agence commerciale et représentation commerciale », *J.T.T.*, 1996, p. 2 ; C. VERBRAEKEN et A. DE SCHOUTHEETE, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 91 ; D. MATRAY, « Les contrats commerciaux », in *Le point sur le droit commercial*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 29 ; PH. LECLERQ, « Le statut des représentants de commerce », *Ors.*, 2005, n 7, p. 7 ; A. MOTTET HAUGAARD et TH. FAELLI, « Chronique de jurisprudence relative à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale (1995-2004) », *D.A./O.R.*, 2005, n. 75, p. 216 ; PH. LECLERQ, *Le statut des représentants de commerce*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 43 ; L. DU JARDIN, "Qualifier l'agent commercial", *D.A./O.R.*, 2007, p. 148.

19 Projet de loi relative au contrat d'agence commerciale, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. Parl.*, Sén., sess. extr. 1994-1995, n° 355-3, p. 14.

20 *Ibidem*, p. 17.

classique du critère de distinction entre indépendant et salarié. A la différence toutefois d'une collaboration indépendante ordinaire, le lien de subordination est *présumé* en matière de représentation commerciale, comme on va le voir ci-après.

Section 2. La présomption légale de l'article 4 de la loi du 3 juillet 1978

9. **Principe.** L'article 4 alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1978 énonce que « *nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, le contrat conclu entre commettant et intermédiaire, quelle qu'en soit la dénomination, est réputé jusqu'à preuve du contraire un contrat de travail de représentant de commerce.* »

10. **Le maintien controversé de la présomption lors de l'élaboration de la loi du 13 avril 1995.** La singularité de cette disposition n'a pas manqué d'être soulignée lors des discussions qui ont précédé l'adoption de la loi du 13 avril 1995. On peut ainsi lire dans les travaux préparatoires : « *Il est clair que l'on risque d'avoir un chevauchement entre cette disposition de la loi relative aux contrats de travail et le projet qui souligne spécifiquement l'autonomie de l'agent commercial* »[19]. Un membre de la Commission de la Justice soulignera même le risque d'apparition de « situations kafkaïennes » « *si d'une part, l'on adopte une loi à statut spécifique pour les agences commerciales et, d'autre part, si l'on détermine qu'un pareil contrat est présumé être un contrat de travail sauf preuve contraire* »[20].

Il sera rétorqué à cette objection que même si la présomption légale écarte la dénomination donnée par les parties à leur contrat, ladite dénomination devra néanmoins être prise en considération par le juge au titre de premier critère de qualification. Les travaux préparatoires citent sur ce point A. de Theux :

« *Lorsqu'éclate un conflit sur la qualité d'intermédiaire (représentant salarié ou agent autonome), le commettant établira plus facilement, grâce à la preuve préconstituée, l'indépendance de son collaborateur* »[21].

11. **(suite) Solution retenue.** Au terme de vives discussions, la présomption légale (réfragable) de l'article 4 de la loi du 3 juillet 1978 sera finalement maintenue - « *pour éviter que les travailleurs ne soient privés, par des contrats parallèles, de la protection dont ils auraient bénéficié dans le cadre d'un contrat de travail de représentant de commerce* »[22] - ,mais avec cette précision complémentaire (al. 3) que : « *Ne sont pas des représentants de commerce aux termes de la présente loi (...) l'agent commercial lié à son commettant par un contrat d'entreprise (au sens de la loi relative au contrat d'agence commerciale) (...)* ».

Si le législateur opère ainsi une distinction plus nette entre le contrat de représentant de commerce et celui d'agent commercial, il s'en tient, pour le reste, à l'application de la présomption en faveur du contrat de travail. Pour certains commentateurs, il s'agit là d'une décision purement politique qui n'a pas de fondement logique. Les parlementaires n'ont pas osé bouleverser une institution aussi sensible que la loi relative aux contrats de travail[23].

12. **Conséquences pratiques de la présomption sur une éventuelle requalification.** En pratique, la présomption aboutit à qualifier de contrat de travail toute convention de représentation commerciale dès lors que le prestataire prouve, au préalable, qu'il exécute bien, à titre principal, une mission de représentant au sens de la loi[24]. Elle peut être invoquée par celui qui revendique le statut de

21 Projet de loi relatif au contrat d'agence commerciale, Rapport fait au nom de la Commission des problèmes de droit commercial et économique, sess. ord. 1994-1995, n° 1750/2, p.4, citant sur ce point A. DE THEUX, *op. cit.*, p. 55 n. 20.

22 *Ibidem*. Dans le même sens, Projet de loi relatif au contrat d'agence commerciale, Exposé des motifs, Doc. Parl., Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 355/1, p.5.

23 C. VERBRAEKEN, A. DE SCHOUTHEETE, *Manuel des contrats de distribution commerciale*, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 95.

24 C.T. Bruxelles, 25 juin 1997, *C.D.S.*, 1999, p. 186 (« *Le dossier produit par un administrateur d'une S.A. ne contient aucune pièce attestant sa qualité de représentant de commerce: ne prouvant pas que son activité principale consistait à visiter et prospecter une clientèle, il ne peut invoquer la présomption de la loi et doit prouver la réalité du lien de subordination à l'égard de la société* »); C.T. Anvers, 13 février 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 361.

représentant, mais également par les tiers qui auraient intérêt à se prévaloir d'un tel statut, tels l'ONSS[25] pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale ou le ministère public dans le cadre de la poursuite des infractions à la législation du travail[26].

Il en résulte que, même lorsque les parties ont choisi de qualifier leur convention de contrat d'agence commerciale, le commettant sera tenu, pour renverser la présomption légale, de fournir des éléments de fait permettant d'exclure l'existence d'un contrat de travail[27]. La seule qualification contractuelle ne suffira donc pas à mettre le commettant à l'abri d'une requalification.

13. **Comparaison avec le mécanisme classique de requalification.** L'article 4 de la loi du 3 juillet 1978 met ainsi en place un régime plus rigoureux que celui qui aurait résulté des règles classiques de requalification. Dans le régime classique, le juge doit tenir compte, en premier lieu, de la qualification que les parties ont donnée à leur contrat. Il ne pourra s'en écarter que si l'examen de la situation d'espèce révèle des éléments de fait inconciliables avec les termes du contrat. La Cour suprême a répété cette position à plusieurs reprises : le juge ne peut substituer une autre qualification lorsque les éléments qui lui sont soumis ne permettent pas de l'exclure formellement (étant entendu que si de tels éléments existent, le juge a le devoir de requalifier selon la récente jurisprudence

25 Cass. 23 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1299 : « *L'O.N.S.S. peut se prévaloir de la présomption légale établie par l'art. 4, al. 2 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, par laquelle nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, le contrat conclu entre commettant et intermédiaire, quelle qu'en soit la dénomination, est réputé jusqu'à preuve du contraire un contrat de travail de représentant de commerce* ».

26 Cass., 21 février 2007, R.G. P061337F, www.juridat.be. Il convient de souligner que le statut de faux indépendant peut être dénoncé sur simple demande écrite auprès de l'Inspection des Lois sociales relevant du Ministère de l'Emploi et du Travail, dont la mission est de veiller au respect de la législation relative à la sécurité sociale (article 1 de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail, *M.B.*, 8 décembre 1972). Les inspecteurs sociaux peuvent donc constater l'existence d'un contrat de travail à la demande de tout travailleur intéressé ou de l'ONSS. Ils bénéficient, à cet égard, de pouvoirs très étendus, à savoir pénétrer librement, à toute heure du jour et de la nuit, sans avertissement préalable, dans tous les lieux de travail ou autres lieux qui sont soumis à leur contrôle ou dans lesquels ils peuvent avoir un motif raisonnable de supposer que travaillent des personnes soumises aux dispositions des législations dont ils exercent la surveillance (article 4/1° de la loi du 16 novembre 1972). Ils peuvent également procéder à tout examen, contrôle et audition et recueillir toute information qu'ils estiment nécessaires pour s'assurer que les dispositions des législations dont ils exercent la surveillance sont effectivement observées (article 4/2°-a de la loi du 16 novembre 1972.) Ils peuvent, enfin, notamment interroger l'employeur, ses préposés ou mandataires, prendre l'identité des personnes qui se trouvent sur le lieu de travail, se faire produire tous les livres, registres et documents contenant des données sociales de l'entreprise, faire des constatations en faisant des photos et des prises de vue (article 4/2°-b de la loi du 16 novembre 1972).

27 Voy. sur ce point *infra* point c.

de la Cour[28]). Un arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 2004 résume parfaitement ce principe précisément en matière de requalification d'un contrat d'entreprise en contrat de travail (traduction libre) : « *Attendu que (...) lorsque les parties ont qualifié leur contrat de contrat de collaboration indépendante, et à défaut de présomption légale contredisant une telle qualification, la preuve d'un lien de subordination n'est pas rapportée lorsque les éléments identifiés par le juge peuvent tout autant avoir trait à l'exécution d'une collaboration indépendante et ne sont pas inconciliables avec elle* »[29]. Ce principe a été repris dans la loi-programme I du 27 décembre 2006, entrée en vigueur le 1er janvier 2007[30], qui sera examinée plus loin.

Le fait de ne pouvoir requalifier le contrat qu'à l'aide de critères inconciliables avec la qualification donnée est un gage de sécurité juridique pour les parties. Cela implique, en effet, concrètement que si le juge n'identifie que des modalités d'exécution du contrat qui peuvent tout aussi bien s'appliquer à une collaboration indépendante qu'à une relation de travail salarié, il devra retenir la qualification donnée par les parties. Le Cour de cassation le confirme dans un arrêt du 5 février 2007 : « *Dans la mesure où ils sont également susceptibles de constituer les éléments d'exécution d'un travail indépendant et, en conséquence, ne sont pas incompatibles avec un tel contrat, les éléments invoqués en justification du lien de subordination n'apportent pas la preuve décisive de l'existence d'un lien de subordination dans le cadre d'un contrat de travail* »[31] . Or, ces critères « neutres » sont légion. Des éléments comme le lieu de travail, les horaires, le mode de rémunération, l'obligation de rapporter à son mandant, peuvent tout autant exister en présence ou en l'absence d'un lien de subordination[32]. D'où l'importance pour les parties de qualifier clairement leur convention.

En matière d'agence commerciale en revanche, l'existence d'une présomption a pour conséquence que la qualification donnée par les parties est indifférente. Elle n'offre donc à elle seule aucune garantie contre un risque de requalification. La Cour de cassation confirme expressément dans son arrêt précité du 3 mai 2004

28 Cass., 14 avril 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 856 ; voy. à ce sujet J-F VAN DROOGHENBROECK, « Le juge et le contrat », *R.G.D.C.* 2007, p. 601.

29 S030108N, www.juridat.be (traduction libre).

30 *M.B.*, 28 décembre 2006. Pour un commentaire des nouvelles dispositions, voy. C. LHOSTE, « Les lois relatives à la nature des relations de travail : vers une plus grande sécurité juridique dans l'exercice de l'activité professionnelle », *Ors.*, 2007, n.2, p. 9 et s.; J. KERREMANS, « De wet betreffende de aard van de arbeidsrelaties : kroniek van een aangekondigde dood ? », *J.T.T.*, 2007, p. 49.

31 S060024N, www.juridat.be;

32 PH. LECLERQ, « Le statut des représentants de commerce », *Ors.*, 2005, n 7, p. 7.

que la primauté de la qualification donnée par les parties ne s'applique qu' « *à défaut de présomption légale* ». En clair, même si le contrat est qualifié d'agence commerciale, il sera présumé être un contrat de travail de représentant de commerce[33]. Les critères neutres identifiés ci- dessus seront donc tous rangés sous l'étiquette de la subordination, avec la difficulté pour le commettant de devoir établir l'absence de lien de subordination en identifiant les éléments inconciliables avec l'existence d'un contrat de travail. Il pourra, à cet égard, toujours se référer à la qualification du contrat d'agence, mais uniquement au titre d'indice, parmi d'autres, révélateur de l'absence de lien de subordination[34]. L'importance d'une correcte rédaction de la convention n'en reste donc pas moins importante.

Section 3. Le renversement de la présomption légale

§1. La preuve contraire à rapporter par le donneur d'ordres

14. **Quelle preuve contraire le commettant doit-il fournir ?** L'article 4 alinéa 3 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que « *ne sont pas des représentants de*

33 En ce sens M. DUMONT, « La preuve de la subordination juridique », in *Le lien de subordination dans le contrat de travail*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 106 ; C. VERBRAEKEN et A. DE SCHOUTHEETE, *op. cit.*, p. 92 ; PH. DE KEYSER et N. BEAUFILS, *J.T.T.*, 1996, p. 3. Le principe est parfaitement résumé par la Cour du travail de Liège dans un arrêt du 16 décembre 2004 : « *L'article 4, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail réputé, jusqu'à preuve du contraire, constituer un contrat de travail de représentant de commerce le contrat conclu entre un commettant et un intermédiaire. Les contrats conclus entre l'intimé et ses employeurs successifs sont donc présumés être des contrats de travail, nonobstant leur qualification. La présomption peut cependant être renversée. Il a été jugé que cette présomption est renversée lors que les parties ont clairement opté pour un statut de représentant autonome et qu'aucun indice révélateur d'un lien de subordination n'est établi. La Cour de cassation a récemment considéré dans divers arrêts que la qualification donnée par les parties à leur convention devait primer sauf s'il est relevé des éléments incompatibles avec sa qualification. Cette jurisprudence ne peut cependant pas s'appliquer en présence d'une présomption réfragable. En effet, il faut nécessairement que la présomption soit renversée par celui qui entend s'en écarter. Dès lors, si en l'absence de présomption, il faut, conformément à l'interprétation donnée par la Cour de cassation, s'en tenir à la convention des parties et ne s'en écarter que s'il existe des éléments inconciliables avec elle, il faut par contre, en présence d'une présomption, ne retenir la convention des parties qu'au titre d'indice, qui comme un autre, peut aboutir au renversement de la preuve.* » (R .G. 7454-03, www.juridat.be).

34 Dans un cas inverse, relatif à une présomption fiscale d'appartenance au statut d'indépendant (article 3§2 de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967), où une partie entendait administrer la preuve contraire en produisant une convention qualifiée de « collaboration indépendante », la Cour du travail de Mons a confirmé cette approche : « *Les conventions s'imposent au juge au même titre qu'un prescrit légal pour autant que la juridiction puisse déterminer la volonté réelle des parties en examinant ladite convention qui, si elle est claire, ne doit faire l'objet d'aucune interprétation. Toutefois une convention ne peut être qualifiée de « claire » que lorsqu'il y adéquation et conformité entre l' « instrumentum » et son exécution concrète effective. En cas de doute à ce sujet, la juridiction est tenue de dégager la nature exacte des relations professionnelles quant à l'existence ou non d'un lien de subordination au sens de la loi du 3 juillet 1978* ». (dans le même sens, C.T. Liège, 16 décembre 2004, RG 7454, www.juridat.be; Bruxelles, 19 octobre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 393).

commerce aux termes de la présente loi (...) l'agent commercial lié à son commettant par un contrat d'entreprise (au sens de la loi relative au contrat d'agence commerciale) (...) ». Le texte légal semble donc, à première vue, exclure le mécanisme de la présomption lorsque les parties établissent que leur volonté commune était de conclure un contrat d'agence commerciale au sens de la loi du 13 avril 1995. Il suffirait alors, pour tenir la présomption en échec, de rapporter la preuve de l'existence d'une telle volonté, et non la preuve de l'absence de lien de subordination (qui est plus difficile à établir dans la mesure où bon nombre d'indices sont neutres).

Dans son arrêt du 22 mai 2000[35], la Cour de cassation a semblé adopter cette interprétation, en cassant un arrêt de la Cour du travail qui avait considéré que la preuve contraire n'était pas rapportée à suffisance par l'établissement de la volonté commune des parties de conclure un contrat d'agence commerciale, mais qu'il fallait également établir l'absence de lien de subordination.

15. **La preuve de l'absence de lien de subordination.** Dans un arrêt du 17 mai 2004[36], la Cour de cassation a cependant durci sa position, en imposant à celui qui veut renverser la présomption légale de rapporter la preuve de l'absence de lien de subordination : « (...) *Attendu que la preuve contraire de la présomption prévue à l'article 4, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne résulte pas de la seule intention commune des parties de conclure un contrat de représentant indépendant ni du fait que les parties n'ont pas considéré qu'elles étaient liées par un contrat de travail pendant la durée de l'engagement ; Que tant qu'il n'est pas constaté que les circonstances de l'exécution effective du contrat excluent le lien de subordination, un contrat peut être considéré comme un contrat de travail de représentant de commerce sur la base de la présomption instaurée par l'article 4, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail même si l'intention des parties était différente ou que leur contrat était autrement qualifié ou qu'elles ne se sont pas considérées comme étant liées par un contrat de travail lors de l'exécution du contrat (...)* »

Selon cette jurisprudence, établir la commune intention des parties de conclure un contrat de représentation commerciale indépendante ne suffit plus, il faut prouver concrètement l'absence de lien de subordination, autrement dit les éléments de fait inconciliables avec un contrat de travail[37].

35 *J.T.T.*, 2000, p. 423.

36 R.G. S030054N, www.juridat.be.

37 C. PREUMONT, « Appréciation de la nature de la relation de travail : le lien de subordination, les critères d'appréciation », in *Salarié ou indépendant*, séminaire du 15 février 2007, Bruxelles, Van Ham & Van Ham, p. 11.

On pourrait s'étonner de la sévérité de cette interprétation au regard des termes de l'article 4 alinéa 3 de la loi du 3 juillet 1978, lesquels paraissent exclure la qualification de représentant de commerce dès l'instant où l'existence d'un contrat d'agence commerciale est établie. A y regarder de plus près, force est, toutefois, de constater que pour établir l'existence d'un tel contrat, il faut, par référence à l'article 1er de loi du 13 avril 1995, prouver que l'agent n'est pas « soumis à l'autorité du commettant », c'est-à-dire l'absence de lien de subordination[38].

16. **Position des juridictions du fond.** Les décisions rendues après l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 2004 semblent suivre majoritairement cette interprétation[39] alors qu'elles avaient auparavant une approche moins rigoureuse du renversement de la présomption, à l'exemple de la décision de la Cour du travail de Bruxelles du 23 octobre 2003 (« *le juge peut toutefois déduire légalement la preuve contraire de cette présomption légale de l'intention commune réelle des parties de conclure une convention d'agent commercial autonome* »[40]) ou de celle de la Cour du travail de Gand du 28 janvier 2003 qui identifie méthodiquement, malgré le régime de présomption légale, les éléments qui, selon elle, révèlent *l'existence d'un lien de subordination* permettant de disqualifier le contrat d'agence[41].

§ 2. La définition légale de la subordination juridique

A. Les principes

17. **La définition légale du lien de subordination retenue par la loi-programme I du 27 décembre 2006 (I).** Le lien de subordination est désormais défini par les dispositions relatives à la nature des relations de travail

38 Sur les éléments caractéristiques du contrat d'agence commerciale, voy. la contribution de C. DELFORGE dans le présent ouvrage.

39 Voy. les décisions citées par PH. LECLERQ, « Le statut des représentants de commerce », *Ors.*, 2005, n 7, p. 10.

40 RG 1996/AR/948, www.juridat.be.

41 C.T. Gand, 28 janvier 2003, *inédit*, cité par A. MOTTET HAUGAARD et TH. FAELLI, « Chronique de jurisprudence relative à la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale (1995-2004) », *D.A./O.R.*, 2005, n. 75, p. 217.

introduites par le titre XIII (articles 328 à 342) de la loi-programme I du 27 décembre 2006, entrée en vigueur le 1er janvier 2007[42].

Cette loi a pour objectif de lutter contre le phénomène des « faux indépendants »[43] de deux manières :

- en définissant des critères généraux permettant de qualifier une relation de travail en collaboration indépendante ou salariée (article 333) et en autorisant l'adoption de critères spécifiques pour les secteurs ou les professions qui le nécessiteraient (article 334) ;
- en mettant en place une procédure de « *ruling* social » pour clarifier certaines relations au sujet desquelles les parties concernées auraient des doutes[44] ;

Il est actuellement trop tôt pour analyser l'application de cette loi par les cours et tribunaux. Elle n'est, en effet, amenée à régir que les litiges postérieurs au 1er janvier 2007 (article 343)[45].

18. **Une consécration de la jurisprudence.** Comme l'indiquent les travaux préparatoires, la nouvelle loi « *n'a pas pour objectif de révolutionner cette matière fondamentale du droit social, mais bien, comme son nom l'indique, d'encadrer la nature des relations de travail. Seuls des critères généraux sont en conséquence fixés pour apprécier la nature de toute relation de travail : la volonté des parties, la liberté ou non d'organiser la*

42 *M.B.*, 28 décembre 2006. Pour un commentaire des nouvelles dispositions, voy. C. LHOSTE, « Les lois relatives à la nature des relations de travail : vers une plus grande sécurité juridique dans l'exercice de l'activité professionnelle », *Ors.*, 2007, n.2, pp. 9 et s.; J. KERREMANS, « De wet betreffende de aard van de arbeidsrelaties : kroniek van een aangekondigde dood ? », *J.T.T.*, 2007, p. 49.

43 Etant entendu que l'arsenal législatif existant demeure applicable, comme par exemple l'arrêté royal du 25 janvier 1991 (*M.B.* 16 avril 1991) qui instaure une procédure de « clignotant » en faveur de l'ONSS : toute personne qui passe du régime de travailleur salarié à celui de travailleur indépendant tout en continuant à travailler pour le même employeur, doit le signaler dans sa déclaration d'affiliation à l'INASTI, qui le signale à son tour à l'ONSS qui entreprend une enquête. On peut également citer la présomption irréfragable de l'article 5 bis de la loi du 3 juillet 1978, selon laquelle les prestations de services complémentaires accomplies en qualité de travailleur indépendant auprès d'un employeur avec lequel le travailleur est lié par un contrat de travail sont présumées l'être dans le cadre d'un contrat de travail lorsqu'il s'agit d'activités similaires.

44 Projet de loi programme (I), Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2006-2007, n. 2773/025, p. 30.

45 C.T. Liège, 11 juin 2007, RG 33497/05, www.juridat.be. On peut épingler une décision du 3 septembre 2007du tribunal du travail de Liège qui évoque l'article 331 de la loi du 27 décembre 2006 (principe de primauté de la qualification donnée par les parties) (RG 355.516, www.juridat.be).

relation le travail et, enfin, la soumission ou non d'un contrôle hiérarchique. La fixation de ces quatre critères généraux, qui formalise la jurisprudence constante en la matière, dont celle de la Cour de cassation, confirme ainsi la solution suivie dans de nombreux secteurs et professions. »[46]

La nouvelle loi ne bouleverse donc pas les principes dégagés de longue date par la jurisprudence et largement commentés par la doctrine[47].

19. **Une méthode indiciaire.** Le système retenu est celui de la méthode indiciaire. Il consiste à confronter *in concreto* l'exécution donnée au contrat par les parties aux critères généraux et, le cas échéant, aux critères spécifiques (article 331). Si l'on peut identifier suffisamment d'indices inconciliables avec la qualification retenue par les contractants, le contrat sera requalifié (article 332).

La méthode ainsi définie est identique à celle rappelée par la Cour de cassation peu de temps avant l'adoption de la loi (« *lorsque les éléments soumis à son appréciation permettent d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond peut y substituer une qualification différente.* »[48]) et confirmée, ensuite, dans ses arrêts du 29 octobre 2007[49] (« *L'arrêt qui, après avoir constaté que le juge ne peut dénommer contrat de travail un contrat originairement qualifié de contrat d'exécution d'une activité indépendante par les parties à ce contrat que si la preuve d'éléments révélant un exercice d'autorité incompatible avec un contrat d'exécution d'une activité indépendante est apportée, n'indique pas comment et dans quelles mesures les éléments relevés dans l'arrêt, considérés séparément ou globalement, sont incompatibles avec l'exécution d'une activité indépendante, ne justifie pas légalement la décision que les contrats litigieux n'ont pas pour objet l'exercice d'une activité indépendante mais constituent des contrats de travail* ») et du 17 décembre 2007[50] (« *Lorsque les parties ont qualifié leur convention, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification qui avait été donnée par les parties* »).

46 Projet de loi programme (I), Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2006-2007, n. 2773/001, p. 205.

47 Voy. not. parmi les études récentes : J. CLESSE et V. VANNES, *Le lien de subordination. Actes du colloque organisé le 19 mars 2004 par l'Ordre des Avocats du Barreau de Tournai et le Jeune Barreau de Tournai*, Bruxelles, Kluwer, 2004 ; *Le lien de subordination dans le contrat de travail* (sous la coord. de V. VANNES), Bruxelles, Bruylant, 2005.

48 Cass., 22 mai 2006, RG S050014F, www.juridat.be; Voy. également le commentaire de cet arrêt par J-F NEVEN, « Le lien de subordination mieux cerné ? », in *Contrats de travail. Actualités*, n. 366, Bruxelles, Kluwer, 2007, pp. 3 et s.

49 RG S.05.0123.N, www.juridat.be.

50 RG S.06.0109.F, www.juridat.be.

Les critères définis par la loi ne sont pas cumulatifs.

20. **L'incidence de la nouvelle loi sur la présomption applicable en matière de représentation commerciale.** Les travaux préparatoires soulignent que le principe légal de primauté accordée à la qualification donnée par les parties ne remet pas en question les régimes de présomption existants. Il est fait référence, à titre d'illustration, aux présomptions légales déterminant le statut de salarié ou d'indépendant pour l'application du régime de sécurité sociale[51]. Il nous paraît que le même raisonnement doit s'appliquer pour la présomption applicable en matière de représentation commerciale.

B. Les critères généraux retenus par la loi

21. **Premier critère général : la volonté des parties telle qu'exprimée dans leur convention.** L'article 333 de la loi retient, en premier lieu, le critère de la volonté exprimée par les parties dans leur convention – tout en ajoutant que ceci ne vaut que *« pour autant que cette dernière soit exécutée conformément aux dispositions de l'article 331 »* -.

Cette volonté ne doit pas résulter du seul intitulé du contrat, mais bien de l'ensemble des clauses qu'il contient. Il faut, en outre, que cette volonté corresponde à l'exécution réellement donnée par les parties à leur convention.

Comme expliqué au point précédent, ce critère ne peut s'appliquer tel quel lorsqu'il existe une présomption. Dans ce cas, la qualification donnée par les parties ne peut, à elle seule, faire échec à la présomption ; elle ne constitue qu'un indice parmi les autres éléments devant permettre au juge de décider si la nature réelle de la relation de travail est (in)conciliable avec celle résultant de la présomption.

22. **Deuxième critère général : la liberté d'organisation du temps de travail.** Ce critère est reproduit en miroir à l'article 1er de la loi du 13 avril 1995 : *« l'agent (…) dispose librement de son temps »*.

Sera donc révélatrice d'indépendance la possibilité de gérer et d'organiser librement son temps. L'obligation de se tenir à un schéma horaire strict, de

[51] Projet de loi programme (I), Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2006-2007, n. 2773/001, p. 213.

mentionner et de justifier ses présences et ses absences, de prester un certain nombre d'heures, sont, en revanche, des éléments qui font présumer une relation de subordination.

Le critère de la liberté d'organisation du temps de travail est appliqué de longue date en jurisprudence. Cette liberté résulte elle-même d'un processus indiciaire, qui tient compte des circonstances de chaque espèce. Si l'on peut ainsi admettre, dans certains cas, que l'obligation de respecter un horaire soit révélateur de l'absence de liberté d'organiser le temps de travail, on peut, en revanche, considérer, dans d'autres circonstances, que le respect d'une grille horaire ou de permanences est naturellement inhérent à la coordination et à l'organisation des activités concernées et n'est en rien révélateur d'un lien de subordination[52].

En matière de représentation commerciale, on considère en général que le respect d'horaires stricts – ou, à tout le moins, l'obligation de rendre compte d'un horaire – est révélateur du lien de subordination[53]. A l'inverse, l'absence de justification de l'horaire ou l'inexistence de rendez-vous imposés peut révéler une liberté d'organisation du temps de travail inconciliable avec un statut de salarié[54].

23. **Troisième critère général : la liberté d'organisation du travail.** Ce critère est également reproduit en miroir à l'article 1er de la loi du 13 avril 1995 : *« l'agent organise ses activités comme il l'entend »*.

Dans le cadre d'une relation de travail indépendante, les parties disposent en principe d'une grande liberté d'organiser l'exécution pratique du travail.

Une fois encore, certains indices peuvent s'avérer neutres pour caractériser la liberté d'organisation. Il est ainsi de jurisprudence constante que le lieu d'exécution des prestations ainsi que le matériel à l'aide duquel elles sont exécutées ne constituent pas un critère permettant de révéler l'existence ou l'absence d'un lien de subordination dans le chef du prestataire[55]. De même, les juridictions du travail n'assortissent pas d'une requalification automatique l'existence de contraintes organisationnelles et directives techniques ou commer-

[52] C.T. Liège, 13 janv. 1994, *J.T.T.*, 1994, p. 267 ; C.T. Bruxelles, 10 déc. 1985, *J.T.T.*, 1986, p. 378.

[53] A. DE THEUX, *Le droit de la représentation commerciale*, Bruxelles, Bruylant, I, 1975, p. 378 ; C. VERBRAEKEN et A. DE SCHOUTHEETE, *op. cit.*, p. 93 ; C.T. Bruxelles, 7 janvier 1986, *C.D.S.*, 1987, p. 126.

[54] C.T. Liège, 22 décembre 1983, *C.D.S.*, p. 224.

[55] Voy. not. C.T. Liège, 13 janvier 1994, *J.T.T.*, 1994, 266.

ciales inhérentes à la mission exécutée[56]. On soulignera d'ailleurs qu'en matière d'agence commerciale, l'article 6 de la loi du 13 avril 1995 dispose elle-même que l'agent doit « *se conformer aux directives raisonnables données par le commettant* ».

En revanche, le fait que l'agent travaille avec plusieurs commettants[57] ou qu'il dispose d'une organisation commerciale propre dont il supporte les frais[58], tout particulièrement en cas d'engagement de personnel[59], a été jugé inconciliable avec un statut de salarié. Il en va de même lorsque l'agent ne doit pas justifier de ses absences ou solliciter une autorisation pour prendre ses congés[60], ou encore lorsqu'il n'est pas tenu d'établir des rapports d'activité[61]. La possibilité de se faire remplacer est également très souvent considérée comme un élément inconciliable avec un statut de salarié[62]. L'article 7 de la loi du 13 avril 1995 le prévoit d'ailleurs spécifiquement en disposant que « *sauf stipulation contraire, l'agent commercial peut, pour l'exécution de sa mission, recourir à des sous-agents rémunérés par lui et agissant sous sa responsabilité, et dont il devient le commettant.* ».

L'article 334 de la Loi-programme reconnaît lui-même la pertinence que peuvent présenter de tels éléments, lorsqu'il énonce, en son § 3, notamment que « *Cette liste de critères spécifiques {ndlr la liste établie par le Roi} peut comporter notamment des éléments d'ordres socio-économique et juridique suivant :*
(...)
- *la possibilité d'engager du personnel ou se faire remplacer;*
- *se présenter comme une entreprise à l'égard du cocontractant et des tiers;*
- *travailler dans ses propres locaux et/ou avec du matériel propre* ».

56 C.T. Liège, 13 janvier 1994, *J.T.T.*, 1994, 266 ; C.T. Bruxelles, 24 novembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 98 ; C.T. Mons, 8 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 240.
57 Gand, 9 juin 1990, *Droit de la distribution*, 1990, p. 268.
58 Comm. Courtrai, 4 mai 1990, *Droit de la distribution*, 1990, p. 255.
59 T.T., Liège, 9 septembre 1991, *J.T.T.*, 1992, p. 287 ; C.T. Mons, 8 fév. 1988, *Pas.*, II, 1988, p. 12.
60 PH. LECLERQ, « Le contrat d'agence commerciale », *Ors.*, 2006, n.6, p. 4 ; C.T. Bruxelles, 7 janvier 1986, *C.D.S.*, 1987, p. 122.
61 T.T. Liège, 22 décembre 1983, *C.D.S.*, 1984, p. 224, note A. DE THEUX.
62 C.T. Liège, 27 octobre 2004, RG 31352/03, www.juridat.be .

24. Quatrième critère général : la possibilité d'un contrôle hiérarchique. La possibilité d'exercer un contrôle ou une surveillance hiérarchique sur les prestations de l'agent - même si ce contrôle ou cette surveillance ne sont pas effectivement exercés[63] - est assurément un élément révélateur du lien de subordination[64].

La définition du contrôle hiérarchique peut être rapprochée de celle de « l'autorité juridique de l'employeur » donnée par la Cour du travail de Bruxelles dans un arrêt récent : « *L'autorité juridique de l'employeur vise le droit de donner des ordres au travailleur concernant la façon dont le travail doit être exécuté (modalités d'exécution, contrôle, sanctions) et implique -versant subordination- l'obligation pour le travailleur de suivre ces ordres dans l'exécution du travail. Le fait d'avoir donné une mission, le droit de donner une mission, le droit de donner des ordres ou des instructions ne suffit pas. L'employeur doit disposer en outre de l'autorité pour permettre de déterminer à tout moment comment la tâche doit être exécutée et pour conserver un contrôle suffisant sur son exécution* »[65].

Ce sera, par exemple, le cas si le commettant surveille constamment la manière dont l'agent organise ses activités en se faisant délivrer des rapports réguliers ou en fixant et en contrôlant ses déplacements en dehors de l'entreprise[66]. Il est peu vraisemblable que l'agent puisse renverser la présomption d'appartenance au statut de salarié dans de telles circonstances. Ce sera d'autant moins le cas si le pouvoir de contrôle est assorti d'un régime de sanctions disciplinaires[67].

63 C.T. Bruxelles, 19 avril 2007, RG 46.024, www.juridat.be. : « *(...) la subordination, caractéristique du contrat de travail, existe dès qu'une personne peut, en fait, exercer son autorité sur les actes d'une autre personne (art. 2 et 3 Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; voy. notamment Cass. RG S.96.0140.F, 23 juin 1997, J.T.T. 1997, 335, note; Bull. 1997, 731; Arr. Cass. 1997, 694), même si elle n'exerce pas effectivement cette autorité (voy. Cass. 10 septembre 2001, Pas. 2001, I, 364).* »
64 Projet de loi programme (I), Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2006-2007, n. 2773/001, p. 218.
65 C.T. Bruxelles, 19 avril 2007, RG 46.024, www.juridat.be.
66 En ce sens, C.T. Liège, 3 février 2004, RG 6623/200 et en matière de contrat de gérance; C.T. Liège, 23 mars 2004, 6577/200 (cités par M. DUMONT, *op. cit.*, p. 103).
67 *Ibidem.*

C. *Les critères exclus par la loi*

25. L'article 333 § 3 de la loi programme du 27 décembre 2006 énumère cinq éléments qui ne sont pas déterminants à eux seuls pour décider de l'existence ou non d'un lien de subordination.

Il s'agit :
- de l'intitulé de la convention;
- de l'inscription auprès d'un organisme de sécurité sociale;
- de l'inscription à la banque carrefour des entreprises ;
- de l'inscription auprès de l'administration de la TVA ;
- de la manière dont les revenus sont déclarés à l'administration fiscale.

D. *La possibilité de critères spécifiques complémentaires prévue par la loi*

26. La Loi-programme prévoit que des critères spécifiques peuvent également être définis par arrêté royal pour un secteur déterminé, une certaine profession ou une ou plusieurs catégories de professions (article 334 § 1). Ces critères spécifiques ne peuvent déroger aux critères généraux (article 334 § 4) et doivent porter uniquement sur la question de l'existence ou de l'absence de lien de subordination (article 334 § 3).

A ce jour, aucun arrêté royal n'a été adopté en exécution de ces articles.

E. *Le ruling social*

27. **Principes.** La Loi-programme met en place une *Commission de règlement de la relation de travail*, dont la section administrative a notamment pour mission de rendre des décisions relatives à la qualification d'une relation de travail (articles 338 et suivants). Les articles concernés devaient normalement entrer en vigueur à une date déterminée par arrêté royal et au plus tard pour le 1er janvier 2008 (article 343), mais aucun arrêté royal n'a été adopté à ce jour.

La Commission examine la demande :

- introduite conjointement par les parties à une relation de travail dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de l'article 338 de la loi ou de l'arrêté royal fixant les critères spécifiques relatifs à la profession ou au secteur concerné (pour rappel l'article 338 n'est pas encore entré en vigueur) ;

- introduite par une partie seule lorsqu'elle commence une activité indépendante et fait une demande d'affiliation à une caisse d'assurance sociales ;

- introduite par toute personne qui envisage de s'engager dans une relation de travail avec une partie dont le statut d'indépendant ou de salarié est incertain ;

Dans le cas du premier type de demande, le législateur a prévu un régime de sanctions très favorable en cas de requalification de la relation de travail, pour autant que les parties se conforment à la décision rendue par la Commission dans les six mois (article 340 § 6). Il en va de même pour l'employeur qui s'affilie volontairement à l'ONSS dans les six mois de l'entrée en vigueur de la loi ou de l'arrêté royal fixant les critères spécifiques propres au secteur ou à la profession qui le concerne. Cette procédure, sorte de « DLU pour faux indépendants », a pour but de permettre aux parties qui le souhaitent de « régulariser » leur situation en bénéficiant d'un régime favorable. Elles ne seront, en effet, redevables en cas de requalification que des cotisations sociales dues depuis l'entrée en vigueur de la loi et à concurrence des montants principaux à l'exclusion des intérêts, majorations, frais et autres sanctions (articles 340 § 1 et § 2). De même, l'employeur ne fera l'objet d'aucune sanction pénale.

Les décisions de la Commission lient les parties et les tiers (ONSS, INASTI et caisses d'assurance sociales). Elles peuvent faire l'objet d'un recours devant les juridictions du travail dans le mois de leur notification (article 338 § 4).

§ 3. Une question particulière : l'exercice de l'activité d'agent en société, un moyen d'éviter la requalification ?

28. **Position de la question.** A la différence du représentant de commerce[68], l'agent peut exercer sa mission en société[69]. Est-il pour autant à l'abri de tout risque de requalification ?

[68] « L'essence même du contrat de travail et plus particulièrement le lien de subordination supposent que le travailleur soit toujours une personne physique. Les personnes morales ne peuvent être liées par un contrat de travail en qualité de travailleurs » (W. VAN EECKHOUTTE, V. NEUPREZ, *Droit du travail*, t.1, Compendium social 2007-2008, Bruxelles, Kluwer, 2008, n. 1072.)

[69] Il est fait référence au contrat d'agence commerciale signé avec une personne morale à l'article 18 § 4 de la loi du 13 avril 1995.

29. **Non application du régime de présomption.** La constitution d'une société tient, selon nous, en échec l'application de la présomption de l'article 4 de la loi du 3 juillet 1978, qui vise clairement les personnes physiques et non les personnes morales[70]. Le lien de subordination n'étant susceptible d'être exercé qu'à l'égard d'une personne physique, il en va *a fortiori* de même de la présomption d'existence d'un tel lien.

30. **Maintien du régime classique de requalification.** Le recours à la société n'élude, toutefois, pas toute possibilité de requalification de la collaboration indépendante en une relation de travail salarié. Certes, la société constitue un « *écran* » de protection supplémentaire, mais la jurisprudence a admis que cette construction juridique n'empêche aucunement la requalification. Dans un célèbre arrêt « Leekens » du 26 mars 1998[71], la Cour du travail de Gand a ainsi, par exemple, confirmé une décision de requalification de la relation de travail entre l'entraîneur d'équipe de football Georges Leekens et l'a.s.b.l. Club de Bruges alors même que le premier exerçait ses activités par le truchement d'une société anonyme. Certains passages de cet arrêt sont particulièrement éloquents sur la motivation qui sous-tend une telle position. La Cour y décide, en effet, que « *Le recours à une société de management n'exclut pas l'existence d'un contrat de travail entre l'administrateur de cette société et le bénéficiaire des prestations de cette société. Les circonstances de fait et les clauses du contrat d'entreprise sont à cet égard déterminantes (...) Un contrat de management formellement constaté par écrit, conclu entre deux personnes morales, n'exclut pas qu'un contrat de travail soit intervenu entre une des personnes morales et la personne physique qui effectue le travail convenu* »

S'agissant du contrat d'agence commerciale conclu entre un commettant et un agent-société, il semble donc opportun, à la lumière de cette jurisprudence, de limiter les risques de requalification en précisant très clairement qu'en aucun cas, la convention ne pourra créer un lien de subordination entre la société gérée et les représentants ou agents de la société délégués pour effectuer la mission convenue. Il conviendra également d'exclure toute clause faisant nommément référence aux personnes physiques qui seront chargées d'exécuter la mission confiée à la société.

70 En ce sens également C. VERBRAEKEN et A. DE SCHOUTHEETE, *op. cit*, p. 95.

71 *J.D.S.C.*, 2000, p. 13.

Section 4. Les conséquences d'une requalification de la relation de travail

31. **Conséquences inchangées.** La Loi-programme du 27 décembre 2006 ne change rien aux conséquences, particulièrement lourdes pour le commettant, d'une requalification de la convention d'agence commerciale en un contrat de travail de représentant de commerce[72].

Ces conséquences sont brièvement rappelées ci-après:

32. **Les conséquences au niveau du droit de travail.** En cas de requalification du contrat d'agence, celui- ci est assimilé à un contrat de travail de représentant de commerce depuis sa conclusion. Cette requalification peut donc donner lieu à des demandes d'arriérés de salaires, d'indemnités de préavis, de pécules de vacances, etc. En principe ces demandes sont assujetties à un délai de prescription d'un an après la fin du contrat[73]. Si le travailleur arrive, toutefois, à démontrer une infraction pénale dans le chef de l'employeur, il bénéficiera du délai de cinq ans prévu à l'article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle[74] (ce qui sera, en pratique, toujours le cas dans la matière étudiée, puisque le non paiement de la rémunération ou des pécules de vacances constitue une infraction).

33. **Les conséquences au niveau du droit social.** L'O.N.S.S. peut revendiquer rétroactivement le paiement des contributions patronales et salariales de l'employeur, qui peuvent en outre être grevées de majorations (10%) et d'intérêts (7%). La demande de l'O.N.S.S. est soumise à un délai de prescription de 5 ans[75].

34. **Les conséquences au niveau du droit fiscal.** La requalification de l'agent en représentant de commerce salarié a pour conséquence que les revenus perçus par l'agent doivent être considérés comme de la rémunération, sur laquelle l'employeur devra payer le précompte professionnel[76].

72 Voy. aussi ce qui a été dit *supra* n° 2 et s.

73 Article 15 de la loi du 3 juillet 1978.

74 Cass., 24 octobre 2005, *R.G. n° S.99.0190.F*, publié sur http://www.juridat.be; Cass., 23 octobre 2006, *R.G. n° S.05.0010.F*, publié sur http://www.juridat.be.

75 Article 42 al. 1 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs (*M.B.*, 25 juillet 1969). Ce délai sera réduit à trois ans à partir du 1er janvier 2009 (article 33 de la loi du 3 juillet 2005, *M.B.*, 19 juillet 2005).

76 Article 270/2° CIR 92.

35. **Les conséquences au niveau du droit pénal.** En cas de requalification, l'employeur peut être poursuivi devant le tribunal correctionnel pour non-respect des obligations légales en matière de déclaration et de paiement des cotisations sociales. Cette infraction fait l'objet de peines d'emprisonnement et/ou d'amendes[77]. Le juge qui prononce la peine condamne, en outre, d'office l'employeur au paiement en faveur de l'O.N.S.S. d'une indemnité égale au triple des cotisations éludées[78].

[77] Article 35 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs (*M.B.*, 25 juillet 1969).

[78] *Ibidem*.

Conclusion

36. La loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale n'a pas supprimé la présomption instaurée par l'article 4 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail selon laquelle toute relation de travail entre un donneur d'ordres et un intermédiaire chargé de la prospection et de la visite de la clientèle en vue de la négociation et/ou la conclusion d'affaires en son nom et pour son compte est réputée, jusqu'à preuve du contraire, être un contrat de travail de représentant de commerce.

Selon la Cour de cassation, l'existence d'une telle présomption impose à celui qui veut la renverser de rapporter la preuve de l'absence de lien de subordination. Il ne suffit donc pas de prouver que la commune volonté des parties, déduite de la dénomination donnée à leur contrat et de l'exécution qu'elles y ont réservée, était de conclure un contrat d'agence commerciale.

Si l'agent ou un tiers intéressé sollicite la requalification du contrat d'agence commerciale en un contrat de représentant de commerce, il lui suffira d'invoquer la présomption légale, l'employeur putatif supportant alors la charge de la preuve de l'inexistence d'un lien de subordination. La tâche n'est pas aisée dès lors que de nombreux éléments sont neutres et, donc, non déterminants en soi lorsqu'il s'agit d'exclure pareil lien.

Le commettant devra, à cet égard, se référer aux critères généraux définis par la loi programme du 27 décembre 2006, à l'exclusion, toutefois, de celui de la primauté de la qualification donnée par les parties à leur contrat, qui est selon nous inopérant dans un régime de présomption légale. Il devra donc fournir la preuve, selon la méthode indiciaire, des différents éléments qui tendent à établir la liberté d'organisation du temps de travail, la liberté d'organisation du travail et l'impossibilité d'exercer un contrôle hiérarchique.

S'il échoue dans sa démonstration, le commettant subira, en particulier, les conséquences financièrement très lourdes d'une requalification en un contrat de travail. Il sera tenu de régulariser la rémunération de son « faux agent commercial » suivant les barèmes applicables aux salariés dans le secteur d'activité concerné et de verser à l'ONSS et au fisc l'ensemble des charges patronales dont il aurait normalement dû s'acquitter dans le cadre d'une relation de travail salariée. En outre, l'employeur, en qualité de personne physique ou morale, pourra être personnellement attrait devant le tribunal correctionnel, le non-paiement de la

rémunération ou des pécules de vacances constituant une infraction pénale susceptible d'entraîner une peine d'emprisonnement et/ou d'amende.

On conseillera donc vivement au commettant qui envisage de recourir à un contrat d'agence commerciale de ne contracter avec l'agent que si celui-ci présente toutes les caractéristiques d'un indépendant en termes de liberté d'organisation du travail, de libre disposition du temps de travail et d'indépendance par rapport à l'autorité hiérarchique. Cela implique, en premier lieu, que la convention d'agence soit correctement rédigée pour refléter tant par son libellé que par les clauses qu'elle contient, une adéquation parfaite avec le statut d'agent tel que défini par la loi du 13 avril 1995. Certes la convention n'est qu'un indice de l'absence de lien de subordination, mais elle permet, à tout moins, de préciser la volonté des parties lors de la conclusion de la convention et de définir des modalités d'exécution qui, si elles sont respectées dans les faits, favoriseront l'adoption de comportements inconciliables avec un lien de subordination. Dans le même ordre d'idée, on recommandera au commettant de traduire très clairement dans les clauses du contrat d'agence la volonté des parties de collaborer dans les termes d'une relation indépendante où l'autonomie de l'agent est privilégiée[79].

Enfin, on attirera l'attention des commettants qui auraient des doutes quant à la nature de la relation de travail qui les lie à leurs agents, sur l'opportunité de saisir la section administrative de la Commission de règlement de la relation de travail créée par la loi programme du 27 décembre 2006. La procédure mise en place leur permettra, en effet, de bénéficier d'un système de régularisation particulièrement clément.

[79] On peut ainsi imaginer des clauses spécifiant que le contrat ne pourra en aucun cas créer un lien de subordination entre, d'une part, le commettant et, d'autre part, l'agent et/ou la ou les personnes déléguées par ce dernier ; que l'agent jouit d'une totale indépendance dans l'exercice de ses fonctions et organise son travail et son emploi du temps comme il l'entend (sous la réserve éventuelle de directives raisonnables qui lui seraient adressées par le commettant); que l'agent pourra, en cas d'indisponibilité, choisir de faire exécuter, sous sa responsabilité, tout ou partie des devoirs découlant du contrat par un remplaçant ; que l'agent a le droit d'exploiter, par ailleurs, sa propre clientèle (même si ce droit est éventuellement limité, pendant la durée du contrat, à un domaine d'activité autre que celui faisant l'objet dudit contrat) ; que les rapports, courriers, notes de service, réunions, etc. répondent à des contraintes techniques et commerciales propres à l'activité exercée et ne pourront en aucun cas être considérés comme des instruments de contrôle révélateurs d'un lien de subordination, quels que soient leur forme ou leur style ; etc.

Le contrat d'agence commerciale et l'intermédiation en assurances

Christophe Verdure[1]

Avocat au barreau de Bruxelles
Chercheur associé au Centre de droit de la consommation (CDC), U.C.L.

[1] La présente contribution est arrêtée au 15 juillet 2008.