



Rapport de recherche

2022

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Étude sur le statut et la rémunération des artistes et acteurs culturels : analyse juridique et pistes de solutions, dont le portage salarial

Benhamou, Yaniv

How to cite

BENHAMOU, Yaniv. Étude sur le statut et la rémunération des artistes et acteurs culturels : analyse juridique et pistes de solutions, dont le portage salarial. 2022

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:158477>

Etude sur le statut et la rémunération des artistes et acteurs culturels

Sous la direction de

Prof. Yaniv Benhamou, avocat

Etude sur le statut et la rémunération des artistes et acteurs culturels : Analyse juridique et pistes de solutions, dont le portage salarial

Sous la direction de

*** Prof. Yaniv Benhamou, avocat**

Avec la collaboration de

Me Emmy Gijs

Genève, le 31 janvier 2022 (version 4 mai 2022)

* **Yaniv Benhamou** est professeur associé en droit d'auteur et du numérique à la Faculté de droit de l'Université de Genève et avocat conseil en l'étude Aegis Partners Sàrl. En matière de culture et de droit d'auteur, il est notamment membre du comité des affaires juridique d'ICOM International et expert international pour les questions de droit d'auteur et musées auprès de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI). Il a également co-fondé lab-of-arts (association de défense de droit des artistes) et dirigé le projet de recherche "Digization of Art Collections" visant à favoriser l'activité des institutions culturelles en matière de numérisation. **Emmy Gijs** est avocate-stagiaire en l'étude Aegis Partners Sàrl, également titulaire d'un LL.M en droit commercial international à l'Université de Maastricht. Ils remercient vivement les personnes suivantes pour leurs précieux commentaires: Prof. Anne-Sylvie Dupont, M. Pierre-Alain Hug, Mme Virginie Keller, Prof. Ariane Morin, Me Zoé Seiler ainsi que Mme Louise Wang pour son aide à la finalisation du manuscrit. Cette étude a été dirigée par Prof. Yaniv Benhamou, sur mandat de collectif d'artistes et soutenue par la Ville de Genève et le Canton de Genève.

TABLE DES MATIÈRES

SYNTHESE (EXECUTIVE SUMMARY)	5
I. CONTEXTE ET OBJECTIFS	7
A. Contexte	7
1. Les statuts des artistes	7
2. La rémunération des artistes	9
3. La protection sociale des artistes	11
4. Les solutions dans la pratique	15
a) Le statut de salarié à travers l'approche associative	15
b) Le statut d'indépendant	16
c) Le chèque emploi	17
B. Objectifs	18
II. ANALYSE	19
A. Cadre légal et réglementaire	19
1. L'artiste salarié	19
a) Qualification du statut	19
b) Le salaire déterminant	24
c) La protection sociale	25
2. L'artiste indépendant	26
a) Qualification du statut	26
b) La rémunération déterminante	27
c) La protection sociale	28
3. L'artiste intermittent	30
a) Qualification du statut	30
b) La protection sociale	31
4. L'artiste cumulant les statuts	32
a) Qualification du statut	32
b) La protection sociale	32
5. L'artiste « sans statut »	33
B. Solution de salarié à travers le portage salarial	35
1. Le portage salarial sous forme contractuelle	36
a) Qualification de la relation tripartite	36

b)	Obligations et responsabilité des parties	40
2.	Le portage salarial sous forme de location de services LSE	41
a)	Qualification de la relation tripartite	41
b)	Obligations et responsabilité des parties	45
3.	Risques de qualification d'indépendant par les assurances sociales	47
4.	Forme et organisation : vers une « coopérative d'accompagnement »	49
a)	Forme juridique	49
b)	Membres responsables de la coopérative	50
c)	Le travail sur appel	52
C.	Autres solutions	53
1.	Formation et sensibilisation	53
2.	Modification de la LSE	54
3.	Améliorer l'indépendance	54
4.	Solution chèque emploi	54
III.	CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES	55
	BIBLIOGRAPHIE	56
	LISTE DES ABRÉVIATIONS	61

SYNTHESE (EXECUTIVE SUMMARY)

[1] Les artistes et les acteurs culturels (ci-après : artistes)¹ n'ont souvent pas de statut légal clair ni de rémunération convenable, ce qui renforce la précarité de certains artistes. Cette situation, accentuée par la pandémie, a conduit les artistes et les autorités à mener une réflexion de fond sur les mesures à prendre afin de la combattre et d'améliorer les conditions de vie et de création. La **présente étude cartographie le cadre légal** applicable au statut et à la rémunération des artistes, avant de s'intéresser à différentes solutions.

[2] Parmi les solutions envisagées, nous considérons en premier lieu le **portage salarial**, qui permet d'accéder au statut de salarié (à travers l'approche associative ou une structure d'accompagnement dédiée) et d'avoir ainsi une couverture sociale. Le portage salarial peut prendre une **forme contractuelle** uniquement ou s'effectuer sous **forme de location de services** au sens de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), le premier étant plus simple administrativement mais sujet à d'importants risques juridiques, le deuxième renforçant la sécurité juridique à travers un contrôle des autorités et une responsabilité limitée de la structure d'accompagnement. Pour ces raisons, nous recommandons de privilégier le portage salarial LSE au portage salarial contractuel qui nous semble trop risqué.

[3] Indépendamment de la forme choisie, le portage salarial fait toutefois l'objet d'importantes incertitudes juridiques, puisqu'un juge ou les assurances sociales pourraient refuser la **qualification de salarié**, au motif qu'il n'y a pas de lien de subordination et/ou de salaire, ni de pouvoir de direction ou de dépendance économique et organisationnelle de l'artiste. Pour limiter ce risque (sans pouvoir l'exclure), les **recommandations suivantes** peuvent être faites, étant précisé que ces recommandations s'appliquent aussi à l'approche associative (*i.e.* associations de petite taille qui engagent leurs membres comme salariés) :

- veiller à ce que la réalité des relations contractuelles corresponde à un rapport de travail, non seulement en concluant un contrat de travail mais aussi en prévoyant différents mécanismes de subordination, en faisant en sorte, par exemple, que la structure prenne en charge certains frais de l'artiste (p. ex. assurance de l'artiste pour dommage causé), négocie les conditions de la prestation de l'artiste (p. ex. avec des contrats-modèles de représentation), voire fournisse d'autres soutiens (p. ex. formations, locaux de répétitions) ;
- en ce qui concerne le portage salarial LSE, nous recommandons de faire une demande d'autorisation au sens de la LSE pour l'ensemble des artistes affiliés à la coopérative (ou, à tout le moins, d'exiger une décision de constatation de non-assujettissement aux autorités compétentes) avant de procéder à toute activité de portage avec des artistes indépendants et établir un cahier des charges de mission entre l'artiste et le client.

¹ « Artiste » s'entend ici de façon large comme les artistes proprement dit ainsi que les personnes collaborant au processus artistique, *i.e.* toute personne exerçant une activité connexe indispensables au processus artistique (p.ex. personnel technique, organisateur d'événement, commissaire d'exposition). Cf. Message culture 2021-2024, p. 33. Par souci de lisibilité, il est fait usage du masculin générique. Les termes employés s'appliquent donc sans distinction de genres. Ce choix résulte de considérations purement rédactionnelles et n'implique aucun jugement de valeur.

[4] La structure de portage peut revêtir **différentes formes juridiques**, la coopérative étant une forme pertinente si le but est de garder une certaine flexibilité, à l'instar d'autres projets existants en matière de gestion collective pour un but commun. Au niveau géographique et/ou matériel, la coopérative pourrait être créée pour une certaine région géographique et discipline artistique ou, à l'inverse, servir les artistes au niveau fédéral et être transversale pour toutes les disciplines artistiques.

[5] Au-delà du portage salarial, l'analyse mentionne aussi **d'autres solutions**, étant précisé qu'une solution n'exclut pas l'autre et qu'elles pourraient toutes être mises en œuvre cumulativement. Il s'agit en particulier d'améliorer la sensibilisation et la **formation des artistes**, d'adapter le **statut d'indépendant**, ainsi que l'utilisation du **chèque emploi** dans le milieu culturel. À propos de l'amélioration de l'indépendance, cette piste semble prometteuse, puisque certains artistes voudront assurément garder une indépendance absolue sans recourir au portage salarial et que l'indépendance semble être un statut encore très présent et prisé de nombreux artistes en Suisse.

[6] Il est enfin précisé que la présente étude est **limitée au domaine artistique**, mais que les questions discutées, dont le portage salarial, peuvent aussi concerner de nombreux **autres secteurs** (p.ex. travail domestique et travail de plateforme), dont les défis sont amplifiés à l'ère numérique². Elle ne traite par ailleurs pas ou peu certaines questions. Il s'agit en particulier du statut des travailleurs **frontaliers**, des modalités de **calcul des assurances sociales** et de **fonctionnement d'une structure de portage** (p. ex. fiscalité de la structure, contrats à émettre, tels que travail sur appel, normal ou CDI) et des questions de **rémunération des droits d'auteur** (p. ex. en cas de diffusion via des plateformes de streaming). Ces questions pourraient faire l'objet d'une analyse complémentaire.

² A ce propos, cf. *Rapport du Conseil fédéral du 27 octobre 2021*, Numérisation – Examen d'une flexibilisation dans le droit des assurances sociales (« Flexi-Test »).

I. CONTEXTE ET OBJECTIFS

A. Contexte

1. Les statuts des artistes

^[7] L'absence de cadre légal clair quant au statut professionnel et de rémunération convenable de nombreux artistes a conduit les artistes et les autorités à mener une réflexion de fond sur les mesures à prendre afin de la combattre et d'améliorer les conditions de vie et de création.

^[8] S'agissant du **statut d'artiste**, peu d'artistes ont un statut professionnel reconnu (salarié fixe, intermittent ou indépendant) et cotisent aux assurances sociales, de sorte que le travail au noir est encore très répandu. Les artistes ne peuvent ainsi pas toucher le chômage ou d'autres aides publiques (p. ex. indemnités en temps de pandémie). Les modalités d'emploi et de rémunération varient toutefois d'un domaine artistique à l'autre.

^[9] Par exemple en **art visuel**, la majorité des artistes complètent leurs revenus par un emploi dit alimentaire dans le domaine de la culture ou dans un autre secteur³ et une partie des artistes ne déclare pas leur revenu issu de la pratique artistique et ne cotisent ainsi pas aux assurances sociales sur ce revenu⁴. En **musique**, les musiciens sont rarement au profit d'un contrat de travail (à l'exception des musiciens titulaires d'orchestre classique au bénéfice de contrats de durée indéterminée et d'une convention collective) et déclarent rarement leurs revenus comme indépendants⁵. Ils vivent principalement de cachets de concert et de quelques revenus annexes (p. ex. bourses, prix et subventions pour la production de disque, soutien à la tournée/diffusion, droits d'auteur, vente de disques), qu'ils cumulent souvent avec d'autres sources de revenus⁶. Ainsi, en art visuel et en musique, les formes hybrides d'activité sont fréquentes⁷.

³ Le revenu artistique annuel médian pour l'année 2019 étant estimé à CHF 3'250, ce qui rend difficile pour ces artistes de vivre uniquement d'une pratique artistique à Genève sans autre source de revenu, cf. ROSA BRUX ET AL., p. 7.

⁴ ROSA BRUX ET AL., p. 8 et 12.

⁵ Ce peu importe les styles, les musiciens classiques non-titulaires d'un orchestre ayant souvent des conditions similaires aux groupes de musique actuelle. Ces observations sont issues de discussions avec les mandants de cet avis et les conseillers culturels de la Ville de Genève.

⁶ Les revenus des musiciens sont généralement complétés par des emplois dits alimentaires via du travail sur appel, dans le milieu musical, culturel (p. ex. programmateur, organisateur, techniciens, barman, enseignant de musique dans une école spécialisée ou obligatoire) ou d'autres secteurs (p. ex. vente, restauration, hôtellerie). Ainsi, les acteurs culturels principalement actifs à titre indépendant tirent régulièrement une partie de leur revenu d'une activité salariée, et inversement (cf. ECOPLAN, Rapport final du 23 juin 2021, p. 16).

⁷ Avec 35% des artistes combinant une activité salariée avec une activité indépendante (cf. ECOPLAN, Rapport final du 23 juin 2021, p. 11-12).

^[10] Il ressort de ce qui précède que les artistes présentent des **profils variés** en fonction de leurs activités professionnelles. À cet égard, il convient de distinguer deux statuts légaux distincts : les **salariés** (« fixes » au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée (CDI) ou « intermittents » au bénéfice de contrats de travail à durée déterminée (CDD) multiples), dont l'employeur est soumis au paiement des cotisations sociales, et les **indépendants**, responsables du versement de leurs propres cotisations⁸. On peut affiner ces deux statuts distincts plus précisément en cinq (5) catégories, étant précisé que les artistes n'ont pas tendance à *choisir* leur statut, le contexte et leur situation personnelle les poussant souvent vers un statut ou un autre :

- (i) **Statut de salarié** : artiste au bénéfice d'un CDI et éventuellement d'une convention collective de travail (CCT), avec un taux d'occupation élevé, tels que les musiciens titulaires d'orchestre classique ou les enseignants de musique.
- (ii) **Statut d'indépendant** : artiste astreint à de multiples formes de contrats qui relèvent, en règle générale, du droit du mandat ou du droit du contrat d'entreprise. Plus répandu en Suisse allemande, ce statut existe néanmoins aussi en Suisse romande.
- (iii) **Statut d'intermittent** : artiste cumulant plusieurs CDD, engagé comme salarié pour la durée de ses engagements (p. ex. en tant que musicien d'orchestre, dans des formations de musique de chambre, en tant que remplaçant ou intervenant dans une école de musique, etc.).
- (iv) **Artiste cumulant les statuts** : artiste dont les sources de revenus proviennent à la fois de sa pratique artistique (souvent en tant qu'intermittent ou artiste indépendant) et d'un emploi alimentaire dans le domaine artistique, tel qu'enseignant de musique à temps partiel, ou dans un domaine autre que celui de la culture.
- (v) **Artiste « sans statut »** : le travail au noir est malheureusement toujours très répandu auprès des artistes, notamment des musiciens pour les cachets de concert et certains revenus annexes. Il n'existe malheureusement pas de chiffre ni d'estimation, mais nous disposons d'indicateurs et de témoignages anonymes.

⁸ Cf. ECOPLAN, Rapport final du 23 juin 2021, p. 9 et 11, concluant à propos des artistes et acteurs culturels de certaines disciplines (musiques, arts visuels, cinéma, danse, théâtre et littérature) que 25% des artistes combineraient à la fois une activité indépendante et salariée, 40% d'entre eux complèteraient leurs revenus avec un emploi dit alimentaire dans un autre secteur que celui de la culture et que la proportion d'indépendants est plus élevée en Suisse alémanique (60%) qu'en Suisse romande (45%).

2. La rémunération des artistes

[11] La question de la **rémunération** des artistes est intimement liée à leur statut et demeure une préoccupation essentielle dans l'amélioration de leurs conditions de vie et de leur protection sociale. Les études menées ces dernières années démontrent que le niveau de revenu dans le secteur culturel est faible, raison pour laquelle de nombreux artistes restent tributaires d'autres sources de revenus (p. ex. emploi alimentaire dans un autre secteur d'activité)⁹.

[12] Des **tarifs** sont recommandés par certaines branches (p. ex. tarifs Visarte pour les arts visuels, tarifs USDAM pour la musique, salaires recommandés par le SSRS et défraiements prévus par une CCT¹⁰ pour les arts de la scène). Ils semblent toutefois rarement appliqués faute d'incitation et de clarté sur les systèmes de rémunération¹¹.

[13] Au niveau **fédéral**, il existe une volonté d'avancer sur ces questions, puisque le message fédéral culture 2021-2024 envisage d'assortir progressivement les conditions d'octroi de subventions fédérales à l'obligation de se conformer « *aux directives des associations faïtières en matière de rémunération* »¹². À noter que le message souhaite soutenir à la fois les artistes de métier (« artistes proprement dit ») et les personnes collaborant au processus artistique, ayant un impact sur la création artistique et sa diffusion¹³.

[14] Au niveau **cantonal et communal**, des réflexions sont en cours pour améliorer l'application des tarifs¹⁴. À Genève par exemple, ces questions se sont récemment intensifiées avec la pandémie ainsi qu'avec le travail des collectivités d'une part, et des artistes d'autre part. En **musique**, certains musiciens réclament l'obligation de respecter des tarifs minimaux USDAM¹⁵ pour toute entité et projet

⁹ Suisseculture Sociale, Enquête 2016, p. 14. Cf. ég. ECOPLAN, Rapport final du 23 juin 2021, p. 3 et 13 s., concluant que 60% des acteurs culturels interrogés vivent avec un revenu annuel (net) inférieur à CHF 40'000, 20% avec CHF 20'000 et que 67% des indépendants avec un revenu annuel (net) inférieur à CHF 40'000. À noter que l'étude s'est intéressée au revenu réalisé durant les trois dernières années avant la pandémie. Cf. ég. ROSA BRUX ET AL., p. 7 et 15, concluant qu'en art visuel 72% des artistes interrogés déclarent avoir gagné moins de CHF 30'000 en 2019, tous revenus confondus. Les questions de rémunération s'inscrivent aussi dans un contexte plus large d'une « économie créative et culturelle ». Pour des études sur le poids économique de cette économie, cf. WECKERLE (Zurich); RAMIREZ / LATINA (Genève) ; HUG (Valais).

¹⁰ La CCT est applicable à tous les rapports de travail qui lient un employeur membre de l'Union des Théâtres Romands (UTR) et un employé membre du Syndicat SSRS. Le salaire mensuel minimal a été fixé à CHF 4'500 bruts depuis 2014 (Convention Collective de Travail, Union des Théâtres Romands, Annexe 4).

¹¹ On notera toutefois l'incitation de certaines collectivités publiques, qui recommandent aux acteurs culturels subventionnés d'intégrer, dans leur budget, les tarifs des associations professionnelles.

¹² À partir de 2021, les subventions de l'OFC et Pro Helvetia seront progressivement assorties « *d'une condition prévoyant que les bénéficiaires d'aide financière doivent se conformer aux directives des associations faïtières respectives en matière de rémunération des acteurs culturels. Des dérogations à ce principe pourront se justifier dans des cas fondés (mini-productions de jeunes artistes, par exemple). Là où il n'y a pas de recommandations des associations faïtières, l'OFC et Pro Helvetia élaboreront un système définissant des rémunérations convenables, ce avec le concours des milieux concernés ainsi que des villes et cantons intéressés* » (cf. Message culture 2021-2024, p. 33).

¹³ L'idée est de tenir compte et soutenir aussi les personnes « *exerçant toute une série d'activités et de fonctions connexes indispensables à la réussite d'un processus artistique (commissariat d'exposition et organisation d'événements, relecture, dramaturgie, mentorat, gestion de diffusion, etc.)* » (cf. Message culture 2021-2024, p. 33).

¹⁴ Selon nos informations, le Valais réfléchirait à conditionner l'octroi de subventions à l'obligation d'appliquer les tarifs recommandés.

¹⁵ L'USDAM travaille sur deux types de tarif : (i) tarif A pour les orchestres professionnels et (ii) tarif B pour musique de chambre. Le tarif B était destiné à s'appliquer principalement aux remplaçants des orchestres et petits ensembles. Il pourrait s'appliquer possiblement aussi aux musiques dites de création (p. ex. pop-rock, jazz).

subventionné, en particulier la FGMC au niveau genevois, tandis que Sonart et USDAM militent au niveau national¹⁶. En **art visuel**, certains collectifs travaillent à préciser les tarifs Visarte et à les faire appliquer plus régulièrement, par exemple via un fonds spécial alimenté par les collectivités et permettant de combler la part de la rémunération des institutions subventionnées pendant une période transitoire¹⁷. Pour les **arts de la scène**, des réflexions sont en cours afin d'adapter des grilles salariales selon différents critères¹⁸.

[15] La question de la rémunération des artistes varie dès lors d'une situation et d'un domaine artistique à l'autre. Elle fait aussi l'objet de nombreux **termes différents**.

[16] Au niveau **cantonal** et **municipal**, plusieurs dispositions se réfèrent aux questions de rémunération dans les règlements, conventions et autres documents, en particulier en lien avec les subventions culturelles, *i.e.* moyens à disposition des autorités afin de soutenir la culture. Ces moyens peuvent prendre la forme d'aides individuelles ou financières (*i.e.* avantages pécuniaires ou monnayables, tels que des prix et des bourses)¹⁹. Les subventions culturelles peuvent aussi prendre la forme de rémunération pour l'artiste, en particulier lorsque cette rémunération est prévue dans les demandes de subvention (p. ex. salaire, honoraire, cachet, indemnité, prévus parfois dans les budgets annexés à une demande de subvention déposée par un artiste)²⁰.

[17] Les termes ainsi utilisés varient souvent et sont traités différemment par le droit du travail ou les assurances sociales selon qu'ils sont issus d'une activité salariée ou indépendante. Cette appréciation se fera au cas par cas selon la manière dont le travail est accompli (p. ex. le revenu d'un musicien engagé par un orchestre symphonique pour plusieurs concerts ou appelé comme remplaçant à jouer ponctuellement correspond à un salaire).

[18] Enfin, la rémunération des artistes peut aussi prendre la forme de redevances de droit d'auteur (p. ex. en cas de diffusion des œuvres via des plateformes de streaming). Cette question de rémunération des droits d'auteur est évoquée dans cette étude mais devrait faire selon nous l'objet d'une étude complémentaire approfondie, ce urgemment compte tenu de l'importance du sujet à l'ère numérique.

¹⁶ Sonart est plus proche des musiques actuelles et des indépendants. USDAM est historiquement plus proche des musiques classiques et connaît bien les enjeux de l'intermittence.

¹⁷ A Genève, Rosa Brux, GARAGE et Lab-of-Arts, en partenariat avec la Ville et le Canton, travaillent actuellement sur des contrats-modèles et des recommandations de rémunération pour une exposition, en complément aux tarifs Visarte.

¹⁸ A Genève, plusieurs critères sont actuellement discutés, tels que l'âge de l'artiste (actuellement prévues selon de nombreux critères, tels que l'attraction de public, expérience, âge), auquel pourraient s'ajouter d'autres critères (p. ex. temps de préparation pour le metteur en scène, semaines d'apprentissage de texte pour les comédiens).

¹⁹ Cf. art. 3 Règlement LC 21 195 ; art. 2 al. 1 LIAF et art. 7 al. 4 LCulture. Au-delà de ces subventions monétaires classiques, les collectivités soutiennent aussi souvent les artistes par le biais de commandes d'œuvres (*i.e.* achats et acquisition d'œuvres), de prix et de bourses, généralement non soumis à un régime de cotisation obligatoire ni au Règlement municipal sur les subventions, mais à des règlements spécifiques (p. ex. pour les prix, cf. Règlement relatif aux Prix Culture et Société de la Ville de Genève (LC 21 661) ; pour les bourses, cf. Règlement Fondation Simon I. Patino (LC 21 665)).

²⁰ Le salaire est la forme typique de revenu découlant d'une activité dépendante faisant l'objet d'un contrat de travail. Le cachet vise généralement la rémunération d'une prestation de travail dépendante ou indépendante. Il n'a toutefois pas de portée juridique propre et doit être analysé au cas par cas. L'indemnité vise généralement la rémunération d'une activité, dépendante ou indépendante, afin de couvrir certains frais (cf. art. 9 al. 1 RAVS).

3. La protection sociale des artistes

[19] La protection sociale des artistes est caractérisée par différentes lacunes, étant précisé qu'elle varie fortement selon les circonstances du cas d'espèce et la situation personnelle de l'artiste.

[20] S'agissant de la protection sociale des artistes salariés, les éléments suivants peuvent notamment être retenus, sans toutefois être exhaustifs²¹ :

- (i) Pour le **1^{er} pilier (AVS/AI)**, il n'existe, en principe, pas de lacune spécifique puisque les cotisations dues sur le salaire déterminant des artistes rémunérés doivent être versées dans tous les cas, c'est-à-dire dès le premier franc de rémunération (et non dès CHF 2'300 par année et par employeur comme pour le reste des activités lucratives) (art. 34d al. 2 RAVS).
- (ii) Pour le **2^e pilier (LPP)**, il existe des lacunes au niveau fédéral puisque les cotisations ne sont pas dues lorsque le salaire annuel réalisé auprès d'un employeur est inférieur à CHF 21'510 (sous réserve d'une cotisation dès le premier franc telle que prévue à Genève)²², lorsque l'engagement est effectué pour une durée déterminée de moins de trois mois consécutifs ou lorsque l'artiste réalise sur l'année des revenus de sources multiples. Cette problématique touche en particulier l'artiste cumulant les CDI à temps partiel (p. ex. professeurs de musique), ainsi que les artistes au bénéfice de CDD, voire effectuant du travail sur appel (p. ex. remplaçants ou intervenants dans une école de musique).
- (iii) Pour l'**assurance-accidents**, un travailleur engagé pour moins de 8 heures par semaine auprès d'un employeur n'est pas assuré contre les accidents non professionnels.

[21] S'agissant de la protection sociale des artistes indépendants, les lacunes suivantes peuvent notamment être mentionnées²³ :

- (i) Pour le **1^{er} pilier (AVS/AI)**, les indépendants sont responsables de leurs cotisations AVS calculées sur le revenu net de leur activité lucrative. En pratique, l'obligation de cotisation dès le 1^{er} franc prévue pour les artistes est systématiquement « contournée » par la signature d'un formulaire de renonciation aux cotisations AVS, selon le mécanisme prévu par l'art. 34d al. 3 RAVS²⁴. Un défaut de couverture existe donc bel et bien pour le 1^{er} pilier.
- (ii) Pour le **2^e pilier (LPP)**, il existe des lacunes puisque les indépendants ne sont pas soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire ; le salaire réalisé dans une activité accessoire n'est pas non plus assuré selon la LPP, même lorsqu'il franchit le seuil du salaire assuré au sens des art. 2, 7 et 8 LPP. Une affiliation facultative à une caisse de pension est cependant possible (art. 4 LPP).

²¹ SCHNEIDER/MEIER (2015), p. 7-8.

²² Salaire mis à jour au 1^{er} janvier 2021 (art. 7 LPP). Pour Genève, cf. art. 27 al. 1 RCulture.

²³ SCHNEIDER/MEIER (2015), p. 7-8.

²⁴ L'art. 34d al. 3 RAVS prévoit que si l'employé accepte le paiement du salaire sans déduction des cotisations, il ne pourra exiger ultérieurement une perception des cotisations.

(iii) Pour l'**assurance-accidents**, les indépendants domiciliés en Suisse peuvent s'affilier à titre facultatif (art. 4 LAA).

(iv) Pour l'**assurance-chômage**, les indépendants ne peuvent pas s'affilier, même à titre facultatif.

[22] En pratique, tous les artistes ne cotisent pas à l'**AVS/AI** pour les revenus de leur activité lucrative, alors même que la cotisation est obligatoire. Il existe en outre des disparités entre les indépendants et les salariés, ces derniers bénéficiant d'une meilleure couverture sociale à l'égard du 1^{er} pilier²⁵. Ces constats expliquent que l'économie informelle demeure une constante au sein des milieux culturels, avec pour conséquence que les revenus liés à l'activité artistique ne sont pas assurés même pour le minimum vital des rentiers²⁶.

[23] En ce qui concerne le **2e pilier**, seule une minorité d'artistes indépendants sont assurés dans la prévoyance LPP, quel que soit leur niveau de revenu. Les artistes salariés cotisent généralement au 2e pilier, leur couverture étant cependant bien meilleure dès que leur revenu dépasse CHF 40'000²⁷.

[24] Pour les artistes intermittents, beaucoup ne dépassent pas le minimum LPP²⁸ en raison d'employeurs multiples. Si ces derniers ne cotisent pas dès le premier franc gagné, p. ex. grâce à une prévoyance étendue contractée à cet effet, leurs salariés ne cotisent pas, ou seulement partiellement, pour leur prévoyance professionnelle. L'affiliation à une caisse supplétive de prévoyance, comme Fondation institution supplétive LPP, n'est possible que si le salaire annuel (en considération globale²⁹) est supérieur au salaire minimum LPP selon l'art. 7 LPP, soit CHF 21'510, de sorte qu'il demeure une lacune pour les salariés dont les salaires cumulés n'atteignent pas ce seuil³⁰. En outre, la cotisation auprès de la caisse supplétive porte sur le salaire coordonné au sens de l'art. 8 LPP, les salariés qui peuvent s'affilier à la caisse de compensation supplétive ne cotisent donc pas dès le premier franc³¹. Il y a donc un intérêt pour ces artistes intermittents de travailler auprès d'employeurs qui ont contracté avec un assureur qui cotise dès le premier franc (prévoyance étendue), tel que la Fondation Artes & Comoedia³². Pour répondre aux spécificités du secteur,

²⁵ ECOPLAN, Rapport final du 23 juin 2021, p. 4. Dans le 1^{er} pilier, seuls un peu moins de 70% des indépendants cotisent à l'AVS/AI/APG, contre 86% pour les salariés.

²⁶ Cette lacune peut s'expliquer notamment par le fait qu'une partie des clubs ou autres « employeurs » suisses préfèrent engager les musicien.nes et acteurs culturels comme indépendant. Parfois, ils les font signer des « **décharges AVS** », au lieu de leur demander la preuve du statut d'indépendant. A propos des obligations en matière de cotisation, cf. N [71].

²⁷ Seuls 27% des revenus d'une activité indépendante sont assurés dans la prévoyance LPP ; c'est deux fois moins que parmi les acteurs culturels salariés (58%). Pour ce qui est du revenu annuel, l'analyse montre que ce n'est qu'à partir d'un revenu de 40 000 francs qu'une nette majorité de salariés cotisent au 2e pilier.

²⁸ Seul le salarié percevant un **minimum de CHF 21'510 par an du même employeur** est obligatoirement assuré (art. 2 et 7 LPP), les activités auprès d'employeurs multiples n'étant pas cumulées pour atteindre ce seuil.

²⁹ L'affiliation à une caisse supplétive de prévoyance permet d'opérer une **considération globale** des revenus dépendants, de sorte que les salaires auprès d'employeurs multiples sont cumulés.

³⁰ Article 1 du Règlement de prévoyance (MA), 2020.

³¹ Article 3 du Règlement de prévoyance (MA), 2020.

³² D'abord destinée aux professionnels du spectacle, la fondation s'est ouverte à tous les professionnels actifs dans les domaines de la culture, des arts, du spectacle et de l'audio-visuel en 2008. Cf. Site d'Artes & Comoedia, disponible à : <<http://www.fpac.ch/index.php?p=1>> [consulté le 07.09.2021].

l'affiliation à la fondation de prévoyance implique des cotisations sur l'ensemble des salaires réalisés auprès des différents employeurs affiliés, ceci dès le premier franc gagné et dès le premier jour travaillé³³.

[25] Au niveau **cantonal**, à Genève, les prestations soutenues par le Canton sont soumises à une cotisation obligatoire à la caisse de pension (art. 12 LCulture), *i.e.* 12% de la subvention ou un forfait de 20% en cas de calcul au prix d'un effort disproportionné, pour autant qu'elle excède CHF 50 (art. 26-27 RCulture). Au niveau **municipal**, il n'existe pas d'obligation de cotisation LPP dès le premier franc gagné et l'artiste **indépendant** bénéficiaire d'une subvention ou d'une autre aide municipale est responsable du versement de ses cotisations sociales.

[26] Au niveau **fédéral**, les projets soutenus par l'OFC et Pro Helvetia sont soumises à une cotisation obligatoire à la caisse de pension ou à l'institution de prévoyance du 3e pilier des artistes (art. 9 LEC), *i.e.* 12% de la subvention ou un forfait de 20% en cas de calcul au prix d'un effort disproportionné, pour autant qu'elle excède CHF 50 (art. 2a OLEC). Le mécanisme prévu par l'art. 9 LEC ne s'applique qu'aux artistes indépendants et non à ceux qui sont salariés.

[27] L'étude ECOPLAN constate enfin qu'un tiers des acteurs culturels indépendants ne disposent d'aucune prévoyance vieillesse (2e pilier, 3e pilier, pilier 3b, compte d'épargne, placements). De plus, il faut relever qu'en raison du bas niveau de leur revenu, les acteurs culturels qui cotisent au 2e pilier ont peu de chances de pouvoir percevoir un jour une rente décente³⁴.

[28] En ce qui concerne l'**assurance-chômage**, de nombreux **intermittents** n'atteignent pas la période de cotisation requise, du fait que, souvent, les engagements ne se suivent pas sans interruption et que parfois même, il s'agit uniquement d'engagements ponctuels à la journée³⁵. Les artistes indépendants n'ont tout simplement pas la possibilité de s'affilier.

[29] Malgré le régime dérogatoire en faveur des professions caractérisées par des changements fréquents d'employeur (art. 18 al. 3 LACI ; art. 8 et 12a OAC ; *cf.* ci-dessous **N [96] s.**), les caisses de chômage et les offices régionaux de placement (ORP) ont souvent des difficultés à faire face aux particularités des professions d'**intermittence**. Ils interprètent parfois strictement l'obligation d'accepter immédiatement tout travail pour réduire le « dommage » (art. 16 LACI), sans tenir compte de la situation personnelle de l'intermittent, en particulier lorsque l'acceptation du travail compromet le retour de l'assuré dans son métier. De plus, plusieurs situations, typiques du domaine des arts vivants, ne sont pas couvertes par l'assurance-chômage :

- Celui qui travaille pour un seul employeur sous la forme de multiples contrats entrecoupés de périodes sans emploi peut se voir refuser le droit au chômage, car son cas pourrait être assimilé à du **travail sur appel**, et ne pas correspondre aux conditions exigées par l'assurance-chômage.

³³ Cf. Site d'Artes & Comoedia, disponible à : <<http://www.fpac.ch/index.php?p=1>> [consulté le 07.09.2021].

³⁴ ECOPLAN, Rapport final du 23 juin 2021, p. 4.

³⁵ USDAM, Assurances et prévoyance vieillesse pour les musiciens intermittents, p. 1.

- Celui qui fait partie des **organes dirigeants** (p. ex. président, trésorier, membre du comité) de l'entité qui l'emploie (p. ex. association, compagnie), se verra en principe refuser le droit au chômage (art. 31 al. 3 let. c LACI).

[30] En ce qui concerne la **protection sociale à court terme**, les artistes disposent en principe d'une assurance-accidents (obligatoire ou facultative), quelle que soit la forme de travail qu'ils pratiquent³⁶. En revanche, moins de la moitié des indépendants disposent d'une assurance (facultative) d'indemnités journalières en cas de maladie. La proportion est nettement plus élevée (60%) parmi les artistes salariés et ceux qui combinent les deux types d'activité³⁷.

[31] L'artiste salarié est obligatoirement assuré contre les accidents et les maladies liées au travail selon la LAA. Dès qu'il est occupé au moins **8 heures par semaine auprès du même employeur**, les accidents non professionnels sont également couverts. Des lacunes demeurent pour les cas où l'artiste n'a qu'un très faible taux d'occupation. La souscription à une **assurance d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie**, permettant de garantir le versement du salaire en cas d'incapacité³⁸, reste facultative et implique des charges supplémentaires sur le salaire³⁹. À défaut d'une telle couverture, les **échelles de Berne ou de Zurich** continuent de s'appliquer pour déterminer la durée de l'obligation de l'employeur (soit trois semaines seulement la première année, la couverture s'améliorant à mesure des années de service ; art. 324a CO)⁴⁰. Or, la prévalence de l'intermittence dans le milieu artistique signifie que de nombreux artistes n'atteignent jamais plusieurs années de service auprès du même employeur. Si le salarié est occupé auprès d'employeurs multiples, certains d'entre eux peuvent avoir souscrit à une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie, et d'autres non. Les indemnités journalières ne seront donc perçues que sur la base des activités assurées, pour lesquelles les primes ont été versées. Seule la protection du code des obligations demeure pour les autres activités de l'artiste.

[32] Pour les **indépendants**, l'assurance-accidents et l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et/ou d'accident (pour les indépendants qui ne recourent pas à une affiliation facultative à la LAA) sont de leur propre ressort et ne sont pas obligatoires. À noter que les polices d'assurance perte de gain octroient, de manière générale, des indemnités à partir du 30^{ème} jour d'inactivité⁴¹, ce qui signifie que l'artiste, même assuré, doit subvenir à ses besoins durant ce laps de temps.

³⁶ ECOPLAN, Rapport final du 23 juin 2021, p. 21, qui montre que, pour les personnes interrogées, 84% des indépendants sont affiliés à une assurance-accidents (à titre facultatif), ce pourcentage étant encore plus élevé pour les salariés (93%) et les artistes cumulant les statuts (92%).

³⁷ ECOPLAN, Rapport final du 23 juin 2021, p. 4.

³⁸ La plupart des assurances d'indemnités journalières en cas de maladie donnent droit au versement de 80 pour cent du salaire pendant 720 ou 730 jours durant une période de 900 jours.

³⁹ L'assurance indemnités journalières en cas de maladie peut être conclue à titre d'assurance individuelle ou d'assurance collective. Dans le cas d'une assurance individuelle, le preneur d'assurance passe un contrat pour lui-même avec l'assureur. Les assurances collectives sont en revanche conclues par un employeur pour l'ensemble de ses employés.

⁴⁰ Cf. site du SECO, Empêchement de travailler, pour la plupart des échelles utilisées en pratique : https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Arbeitsrecht/FAQ_zum_privaten_Arbeitsrecht/verhinderung-des-arbeitnehmers-an-der-arbeitsleistung.html [consulté le 07.09.2021].

⁴¹ Le délai d'attente peut aller, en principe, de 0 à 60 jours, sachant que plus le délai d'attente est long, plus la prime est basse.

4. Les solutions dans la pratique

a) Le statut de salarié à travers l'approche associative

[33] Les artistes accèdent fréquemment au statut de salarié en créant leur **propre association** ou en devenant membre d'une association « ombrelle », à laquelle de nombreux artistes sont affiliés.

[34] Le responsable d'une association désigne l'artiste qui, pour un projet particulier, bénéficie généralement de subventions⁴². L'association ainsi créée devient **l'employeur** du responsable, seul ou accompagné d'autres artistes aux fins de monter le projet artistique (p. ex. création de spectacle, œuvre sur commande). Ces derniers sont généralement engagés pour une durée déterminée, et sont donc au bénéfice d'un CDD.

[35] La structure est organisée comme toute association, avec son comité. Le rôle de ce dernier est toutefois limité, dès lors que le responsable et fondateur pilote souvent l'association et impose généralement son pouvoir au sein du projet artistique. Au regard des assurances sociales, le responsable est cependant un salarié de l'association, ce qui implique un **lien de subordination** entre la structure et son fondateur, parfois quelque peu artificiel selon les projets.

[36] Il existe également un **deuxième modèle associatif**, consistant en associations en charge de la gestion des aspects administratifs de l'activité lucrative d'un artiste « indépendant » (facturation, encaissement, paiement des charges sociales). Une fois les factures payées par les clients sur le compte de l'association, celle-ci verse le salaire à l'artiste, après déductions des charges et des frais de fonctionnement de l'association elle-même. Comme exemple en musique et en art visuel, on songera aux modèles adoptés par « Kling et Klung », entité basée à Genève qui gère les aspects administratifs relatifs à l'activité lucrative de l'artiste « indépendant » (facturation, encaissement, paiement des charges sociales).

[37] Ce mode de fonctionnement est fort intéressant en tant qu'ils offrent une certaine **flexibilité** aux artistes qui recherchent et négocient souvent eux-mêmes leurs mandats, la facturation et l'encaissement étant en revanche déléguée à l'association⁴³. Il se rapproche du modèle dit du **portage salarial** potentiellement soumis à la LSE, lui-même proche de l'activité des agences de **booking**, courantes dans le milieu de la musique (i.e. structure ou plateforme de promotion de musiciens). Ce mode de fonctionnement se rapproche aussi de modèles de « **coopératives d'entrepreneurs salariés** », telles que Neomania, une coopérative active en Suisse romande. Celle-ci a pour but de soutenir l'entrepreneuriat dans un esprit d'économie sociale et solidaire. Pour devenir « coopérateur entrepreneur salarié », il faut avoir une activité lancée et un chiffre d'affaires annuel de min. CHF 30'000 et consacrer minimum 50% de son temps à son activité, ce qui permet d'adhérer au contrat d'entrepreneur salarié pour une durée d'une année sans qualité de sociétaire (1^{ère} étape) avant de signer un contrat à durée indéterminée pour devenir sociétaire de la coopérative

⁴² L'incitation à la création de telles associations, en plus de faire bénéficier ses membres du statut de salarié et d'une protection sociale, est aussi l'obtention de subventions, puisque certains règlements imposent que l'argent soit versé sur le compte d'une association. Cf. art. 26 al. 1 LCulture, selon lequel l'octroi d'une subvention à un organisme culturel employeur est soumis à la condition que l'organisme assure ses employés en vertu de toutes les dispositions légales applicables.

⁴³ Ce type de modèles sont inspirés notamment de la coopérative SMART basée en Belgique, qui a pour but de décharger les travailleurs autonomes, y compris les artistes, de la gestion administrative, comptable et financière de leur activité (pour plus d'informations, cf. <<https://www.smartfr.fr/smart/>> [consulté le 07.09.2021]).

(2^{ème} étape). En contrepartie, la coopérative offre différentes prestations (conception et montage de projets, recherche et formation et soutien opérationnel), dont la délégation de tâches administratives (comptabilité, assurances sociales)⁴⁴.

[38] Ce mode de fonctionnement, qu'il soit purement associatif ou proche du portage salarial, voire de coopérative d'entrepreneurs salariés, pose plusieurs questions juridiques quant aux rapports contractuels, à la nécessité d'une éventuelle autorisation ou autres aspects à prendre en compte qui seront analysés dans la présente étude.

b) Le statut d'indépendant

[39] Les artistes ont fréquemment le statut d'indépendant⁴⁵. Ce statut est souvent **cumulé** avec une activité salariée à temps partiel (parfois *très partiel*). Il existe deux **types de statuts indépendants** principaux, cette distinction étant essentielle en pratique :

- L'activité indépendante exercée à **titre principal** : la charge administrative qui accompagne ce statut est relativement complexe (p. ex. démontrer un volume suffisant de mandats) ;
- L'activité indépendante exercée à **titre accessoire** : la charge administrative liée à cette activité est plus légère, les cotisations AVS/AI/APG étant facultatives lorsque le revenu accessoire n'excède pas CHF 2'300 (art. 19 RAVS).

[40] Le recours à ce statut s'explique en particulier du fait de sa flexibilité et des avantages fiscaux qui l'accompagnent. De nombreuses charges (p. ex. déplacements, repas, matériel, loyer si processus créatif a lieu en partie à domicile) peuvent être déduites fiscalement, conduisant à réduire, voire supprimer la charge fiscale de l'artiste indépendant. Les nombreuses charges sociales (par ailleurs calculées sur le revenu fiscal...) restent facultatives. En contrepartie de l'avantage fiscal, il existe donc une perte de couverture sociale associée à une diminution du chiffre d'affaires. Par exemple, les allocations pour perte de gain dans le cadre des mesures contre le COVID-19 sont calculées d'après la réduction de l'activité, et donc du chiffre d'affaires. Les cotisations du 1^{er} pilier sont elles aussi calculées sur la base du revenu de l'activité lucrative selon la dernière taxation fiscale pour l'impôt fédéral direct⁴⁶.

⁴⁴ Cf. <<https://neonomia.ch/adhesion/#pret>> (consulté le 11.10.2021).

⁴⁵ En musique, cf. PERRENOUD / BATAILLE, 8-9, qui observent que, en Suisse, il existe trois « façons » d'être musicien : (1) les interprètes, soit ceux qui tirent leurs revenus des prestations en public payées au cachet, en général avec un statut d'indépendant ; (2) les enseignants, dont la source principale de revenu musical est l'enseignement, complétée d'une source secondaire, les cachets (indépendants) ; et (3) les multi-insérés, caractérisés par la nature très composite de leurs revenus. Cf. ég. ECOPLAN, Rapport final du 23 juin 2021, p. 11, qui montre que plus de la moitié des personnes interrogées exercent leur activité à titre d'indépendant. Cette proportion est plus élevée en Suisse alémanique (59%) qu'en Suisse romande (45%).

⁴⁶ Cf. OFAS, Questions et réponses sur l'AVS, disponible à : <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/informations-aux/versicherung/ahv.html>> [consulté le 08.09.2021].

c) Le chèque emploi

[41] Tout comme les artistes, le statut des travailleurs dans l'économie domestique présente des caractéristiques **atypiques**. Le travail domestique⁴⁷, qui a lieu exclusivement dans la sphère privée, échappe traditionnellement au champ d'application des normes protectives des travailleurs, les relations de travail étant au surplus souvent informelles, voire clandestines. En effet, le travail au noir, souvent lié à l'absence de permis de travail, est encore très présent dans cette branche. Ces particularités rendent la réglementation du secteur difficile⁴⁸. Tout comme les artistes, les travailleurs dans l'économie domestique sont en outre confrontés à des revenus faibles, et exercent leur activité auprès d'employeurs multiples, parfois pour des horaires hebdomadaires de quelques heures.

[42] Les difficultés des employés domestiques, certes différentes à maints égards de celles vécues par les artistes, ont toutefois donné lieu à diverses réflexions intéressantes pour améliorer la précarité des personnes concernées. Ainsi, la **solution du chèque emploi** semble s'être démocratisée en Suisse romande, ainsi qu'au Tessin, afin de lutter contre la précarisation du secteur⁴⁹. Le système du chèque emploi a pour but principal de simplifier la gestion des tâches administratives liées aux assurances sociales dans le cadre des travaux de proximité⁵⁰.

[43] À Genève, **Chèque service**, une institution privée mandatée par le Canton, offre un service administratif aux ménages privés afin de faciliter les démarches pour déclarer aux assurances sociales obligatoires les salaires des personnes travaillant à leur domicile. En pratique, l'employeur mandate Chèque service pour les déclarations de salaire auprès des assurances sociales et leur suivi administratif. Pour ce faire, il doit remplir un formulaire d'adhésion, tout en choisissant le type de déclaration approprié (déclaration automatique, chèque papier ou portail web). Cette dernière dépendra avant tout du mode de calcul du salaire (salaire mensuel, versé chaque mois à l'employé quel que soit le nombre de jours ouvrables que compte le mois civil, ou salaire horaire, versé selon le nombre d'heures effectivement travaillées pendant le mois en question). Le salaire net mensuel est versé à l'employé par l'employeur, Chèque service reverse alors les cotisations aux différentes assurances concernées grâce aux informations recueillies lors de la déclaration mensuelle⁵¹. Pour ses services, Chèque service facture des frais administratifs à l'employeur⁵². L'ensemble du processus demeure confidentiel.

[44] Chèque service permet de simplifier les démarches de l'employeur, qui peut s'adresser à **un seul interlocuteur** face à l'ensemble des assurances obligatoires (notamment AVS/AI/APG, AC,

⁴⁷ On se réfère ici aux ménages privés occupant du personnel de maison (p. ex. femmes ou hommes de ménage, employés en charge de la garde d'enfants, de personnes âgées, handicapées ou malades, jardiniers, cuisiniers, ou encore chauffeurs privés).

⁴⁸ LEMPEN/SALEM, p. 79 s.

⁴⁹ Cf. <<https://www.chèques-emploi-suisse.ch/>> [consulté le 01.09.2021].

⁵⁰ CEROTTINI, p. 473 s.

⁵¹ Pour cela, Chèque service fonctionne sur un principe d'acomptes provisionnels et facture chaque trimestre les avances des charges sociales estimées sur la base des informations contenues dans le formulaire d'adhésion. Pour de plus amples informations, cf. <<https://www.chèqueservice.ch/fr/comment-ca-marche>> [consulté le 01.09.2021].

⁵² Ces frais sont de 5.98% pour les contrats de moins de 8 heures de travail par semaine et de 5.48% pour les contrats de 8 heures et plus de travail effectuées par semaine. Les frais peuvent s'élever à CHF 2'200.- par contrat et par an au maximum.

AA et LPP) et s'assurer de la régularisation (du moins du point de vue des assurances sociales) de son employé. Les obstacles « administratifs » sont notamment importants pour les employés à faible taux d'occupation, pour lesquelles les démarches administratives peuvent paraître particulièrement excessives et complexes pour un ménage privé.

[45] L'employé, quant à lui, se voit garantir le **droit aux prestations sociales grâce aux cotisations**, pourvu que les autres conditions d'obtention prévues par la loi soient remplies. À noter que, en cas de travail au noir, l'adhésion à Chèque service reste possible, mais le droit aux prestations s'en trouvera restreint pour certaines assurances⁵³.

B. Objectifs

[46] La présente étude a pour but de **cartographier le cadre légal applicable au statut d'artiste** et ses limites, avant de s'intéresser aux éventuelles solutions. L'analyse portera essentiellement sur la solution du **portage salarial**, qui prévoit la création d'une structure d'accompagnement pour les artistes. Deux autres solutions, soit la flexibilisation du statut d'**indépendant**, ainsi que l'utilisation du **chèque emploi** dans le milieu culturel, sont également mentionnées.

[47] La présente étude ne traitera **pas** du statut des travailleurs **frontaliers** – étrangers, ou travailleurs suisses travaillant à l'étranger – qui pose d'autres questions, en particulier dans les cantons comptant de nombreux artistes frontaliers (p. ex. Genève, Bâle) ou dans les domaines artistiques caractérisés par une forte mobilité (p. ex. arts de la scène). Elle ne traitera pas non plus en détail de la **rémunération des droits d'auteur** (p. ex. en cas de diffusion de streaming ou autres modes de diffusion), ni des **modalités de calcul des assurances sociales** (p. ex. indemnités à verser à un artiste intermittent en raison d'un accident survenu lors d'un déplacement vers un lieu de travail/répétition) ou de création et de fonctionnement de la structure d'accompagnement (p. ex. quant aux contrats à émettre, tels que travail sur appel, normal ou CDI). Ces questions pourraient faire l'objet d'une analyse complémentaire en temps utile.

[48] Il est enfin précisé que la présente étude est **limitée au domaine artistique**, mais que les questions discutées, dont le portage salarial, peuvent aussi concerner de nombreux **autres secteurs** (p.ex. travail domestique et travail de plateforme), dont les défis sont amplifiés à l'ère numérique⁵⁴.

⁵³ C'est notamment le cas de l'AC, les prestations de l'assurance chômage étant réservées aux personnes aptes au placement, ce qui n'est pas le cas d'une personne sans autorisation de séjour ni permis de travail.

⁵⁴ A ce propos, cf. *Rapport du Conseil fédéral du 27 octobre 2021*, Numérisation – Examen d'une flexibilisation dans le droit des assurances sociales (« Flexi-Test »).

II. ANALYSE

A. Cadre légal et réglementaire

[49] Les questions de statut et de rémunération sont traitées différemment par le droit du travail et les assurances sociales selon qu'il s'agit d'une **activité dépendante ou indépendante**. Il convient de clarifier ces notions juridiques afin d'envisager les pistes de solutions.

[50] Notons que la qualification de travailleur salarié retenue par le droit privé (*cf.* ci-dessous N [51] ss) n'est pas déterminante pour qualifier le statut de l'assuré au sens des assurances sociales (*cf.* ci-dessous N [62] ss)⁵⁵. En d'autres termes, un artiste considéré comme salarié au sens du droit privé ne sera pas nécessairement reconnu comme salarié en droit des assurances sociales. À l'inverse, un artiste cotisant aux assurances sociales n'est pas obligatoirement au bénéfice d'un contrat de travail au sens du droit privé⁵⁶. La qualification du statut de l'artiste au sens du droit privé, puis au sens des assurances sociales, est exposée ci-après.

1. L'artiste salarié

a) Qualification du statut

(1) En droit privé

[51] En droit privé, l'artiste est considéré comme **salarié dépendant** s'il fournit sa prestation sur la base d'un contrat de travail (art. 319 CO), et comme **indépendant** s'il intervient en exécution d'un contrat d'entreprise (art. 363 CO), voire de mandat (art. 394 CO)⁵⁷. Cela a des incidences sur le régime de droit privé de ces contrats, notamment en ce qui concerne la prise des risques économiques et des frais de l'artiste (*cf.* art. 324 CO par rapport à l'art. 376 CO) et la résiliation du contrat (*cf.* art. 334 ss CO par rapport aux art. 375 ss CO et 404 CO). Un contrat est conclu dès que les parties se sont mises d'accord expressément ou par actes concluants sur les éléments essentiels du contrat (art. 1, 2 et 18 CO). Pour qualifier un contrat, on se réfère à son contenu, qui se détermine en principe par référence à la réelle et commune volonté des parties sur les éléments essentiels du contrat (art. 2 al. 1 et 18 al. 1 CO)⁵⁸, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles se sont servies par erreur ou par simulation. Une fois ce contenu identifié, on catégorise le contrat, compte tenu de la prestation caractéristique et de l'éventuelle rémunération due en échange⁵⁹. Pour le contrat de travail et le contrat d'entreprise et de mandat, on compare le contenu

⁵⁵ ATF 110 V 72, consid. 4a ; BILLARANT, Analyse critique, N 179.

⁵⁶ Arrêt du TF 4A_200/2015 du 3 septembre 2015, consid. 4.2.2 ; BILLARANT, Analyse critique, N 177.

⁵⁷ La jurisprudence récente tend à retenir la dualité travail/entreprise (*cf.* le récent arrêt "chef d'orchestre" TF 4A_53/2021 du 21 septembre 2021 consid. 5.1), même si d'autres contrats sont aussi envisageables, p. ex. contrat de mandat (art. 394 CO. *cf.* notamment WEGENER, N 84 ss), contrat innommé de spectacle (*cf.* notamment TERCIER/BIERI/CARRON, N 35559) ou contrat mixte mêlant des activités de directeur artistique relevant du mandat et de soliste/chef relevant du contrat d'entreprise (*cf.* p. ex. TF 4A_129/2017 du 11 juin 2018, consid. 4.1).

⁵⁸ ATF 144 III 43 ; Tribunal cantonal VD, HC/2020/535 du 23 avril 2020, consid. 4.1.3.

⁵⁹ *Cf.* arrêt « chef d'orchestre » TF 4A_53/2021 du 21 septembre 2021, consid. 5.1.

de l'accord des parties avec la définition de chacun de ces contrats qui se dégage de la loi (art. 319, 363 et 394 CO).

[52] Ainsi, lorsqu'un artiste est engagé pour une prestation, la question se pose de savoir s'il est lié à l'organisateur (p. ex. organisateur de concert, établissements de spectacle, hôtels, chef d'orchestre) par un **contrat de travail** ou d'autres types de contrats, en particulier de **mandat** ou d'**entreprise**. En pratique, toute référence à un « travailleur freelance » ou « travailleur indépendant » n'est pas déterminante (art. 18 al. 1 CO) : un artiste est en principe un travailleur, un entrepreneur ou un mandataire⁶⁰. Il convient donc de revenir sur ce qui distingue ces contrats.

[53] Le **contrat de travail** est un contrat par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur, dans un rapport de subordination, moyennant une rémunération (art. 319 CO)⁶¹. **Quatre caractéristiques** doivent être remplies pour que le contrat soit qualifié de contrat de travail avec tous les droits et obligations qui en découlent (notamment les dispositions impératives du CO) : (i) une prestation de travail ou de services (p. ex. jouer d'un instrument) ; (ii) la rémunération : salaire que l'employeur s'engage à payer au travailleur ; (iii) un rapport de subordination juridique : l'activité est déployée par le travailleur sous la direction et selon les instructions de l'employeur, de manière dépendante sous l'angle personnel, organisationnel, économique et temporel⁶² ; (iv) un élément de durée : le travailleur promet ses services à autrui pour une durée déterminée ou indéterminée⁶³.

[54] Le **contrat d'entreprise** est un contrat par lequel l'entrepreneur s'oblige à exécuter un ouvrage (art. 363 al. 1 CO) et donc promet un résultat matériel ou immatériel⁶⁴. Il doit produire par son travail un résultat, lequel doit être susceptible d'être vérifié selon des critères objectifs et d'être qualifié de juste ou d'erroné⁶⁵. L'objet du contrat d'entreprise est ainsi la réalisation d'un ouvrage, alors que l'objet du contrat de travail est la fourniture d'un travail, soit une obligation d'agir, indépendamment de son résultat. De plus, l'entrepreneur exécute son ouvrage **en toute indépendance sans être incorporé** dans l'organisation du maître de l'ouvrage⁶⁶. Les principaux critères pour distinguer le contrat d'entreprise du contrat de travail sont le lien de subordination (critère décisif) ainsi que la durée de l'engagement, l'obligation de résultat, le mode de rémunération, le devoir de diligence et de fidélité, l'intégration dans une tierce organisation de travail, la qualification du contrat par les parties⁶⁷.

⁶⁰ MEIER, 1^{re} partie, p. 1. Cf. aussi tribunal cantonal VD, HC/2020/535 du 23 avril 2020, consid. 4.1.3 et 4.1.4.

⁶¹ WYLER/HEINZER, p. 22.

⁶² WYLER/HEINZER, p. 23. C'est en principe ce critère qui sera fondamental pour déterminer si l'artiste est un travailleur ou un indépendant. Pour un exemple d'application au statut des musiciens, cf. MEIER, 1^{re} partie, p. 2-3.

⁶³ WYLER/HEINZER, p. 23 ; tribunal cantonal VD, HC/2020/535 du 23 avril 2020, consid. 4.1.4.

⁶⁴ ATF 130 III 458 consid. 4.

⁶⁵ ATF 127 III 328, consid. 2c.

⁶⁶ ATF 112 II 41, consid. 1a)aa) ; WYLER/HEINZER, p. 27.

⁶⁷ ATF 126 III 75 ; ATF 112 II 41 ; WYLER/HEINZER, p. 27-28.

[55] Le **contrat de mandat** est un contrat par lequel le mandataire s'oblige à rendre des services dans l'intérêt de son mandat, certes en vue d'un certain résultat, mais sans promettre celui-ci ; il promet une bonne et fidèle exécution du mandat, en d'autres termes le respect de ses obligations de diligence et de fidélité. Les honoraires convenus ou usuels sont en principe indépendants du résultat de l'activité déployée par le mandataire⁶⁸. Selon l'art. 394 CO, le mandat peut s'appliquer à n'importe quel type d'activité, de sorte que ce critère n'est pas celui qui permet la distinction. Par ailleurs, la rémunération n'est pas un élément caractéristique du mandat (art. 394 al. 3 CO). Le critère de distinction essentiel réside donc dans **l'indépendance du mandataire par rapport à son mandant**, qui se traduit par l'absence de lien de subordination⁶⁹. En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat. Un indice essentiel de dépendance réside dans le fait qu'une personne déploie une activité exclusivement pour un seul employeur. Il en va de même lorsque le travailleur est intégré dans une structure de travail tierce et organisée, au sein de laquelle il reçoit ses instructions.

[56] Dans le domaine artistique, le contrat est généralement qualifié de contrat de travail, d'entreprise, de mandat ou éventuellement de contrat mixte⁷⁰. Lorsqu'il s'agit de distinguer entre le contrat de travail et les contrats d'entreprise ou de mandat, les critères de lien de subordination et d'intégration dans une organisation ou un spectacle sont considérés comme déterminants. Par conséquent, il faut commencer par se demander si le service considéré est fourni ou non à titre indépendant. Si la réponse est négative (parce qu'il y a un rapport de subordination), il y a en principe contrat de travail. Si la réponse est positive, il faut alors recourir à la distinction classique entre obligation de résultat et obligation de moyen, pour déterminer si le service à fournir à titre indépendant est dû en vertu d'un contrat d'entreprise ou d'un mandat.

[57] En **musique**, il y a contrat de travail lorsque le musicien est intégré dans une production et/ou a l'obligation d'obéir à des directives musicales (tempo, dynamiques, coups d'archet) ou organisationnelles de l'organisateur (programme, lieu et date du concert, horaire et tenue vestimentaire, choix des autres musiciens)⁷¹. C'est par exemple le cas de musiciens (orchestre, chœur, groupe, big band) engagés par une institution fixe ou un ensemble *ad hoc* réuni pour une occasion précise⁷². En revanche, en l'absence de telles directives musicales ou organisationnelles, le musicien peut être soumis à un contrat d'entreprise, voire de mandat. Tel est le cas du soliste ou du chef d'orchestre vis-à-vis d'une structure ou d'un orchestre qui l'engage ponctuellement⁷³.

⁶⁸ Arrêt du TF 4A_269/2017 du 20 décembre 2017, consid. 3.1.

⁶⁹ Arrêt du TF 4A_592/2016 du 16 mars 2017, consid. 2.1 ; Tribunal cantonal VD, HC/2020/535 du 23 avril 2020, consid. 4.1.4 ; WYLER/HEINZER, p. 26-27.

⁷⁰ Cf. note de bas de page 57.

⁷¹ MEIER, 1^{er} partie, p. 2. Cf. WENGNER, N 86, plus nuancé dans le domaine des groupes de musiques pop, pour qui il y a rarement contrat de travail mais plutôt contrat d'entreprise ou de mandat (p.ex. lorsque des musiciens d'un groupe s'engagent à faire une tournée ou des sessions d'enregistrement studio). Il distingue ensuite entre mandat et entreprise selon le degré d'autonomie des musiciens (p.ex. selon que le musicien joue sur partition ou plus librement).

⁷² MEIER, 1^{er} partie, p. 2. Cf. note de bas de page 71.

⁷³ Arrêt du TF 4A_129/2017 du 11 juin 2018, consid. 4.2.1. Cf. note de bas de page 71.

[58] En **art scénique**, les comédiens et le personnel technique sont souvent associés à un projet et engagés par la structure (p. ex. association, collectif, institution), de sorte qu'ils sont soumis à des contrats de travail, généralement CDD le temps du projet, voire un CDI lorsqu'ils sont intégrés à une institution.⁷⁴

[59] En **art visuel**, les artistes plasticiens réalisent souvent des commandes d'œuvres ou des expositions. Leur contrat peut alors généralement être qualifié de contrat de mandat ou d'entreprise⁷⁵.

[60] Lorsque l'artiste s'oblige à fournir non seulement sa propre activité, mais aussi celle d'autres artistes dont elle est le chef, qu'elle choisit et qu'elle rétribue, sans que leur identité ne soit spécifiée, la jurisprudence admet l'existence de **contrats de travail en cascade** (p. ex. le chef d'orchestre avec ses musiciens interprètes)⁷⁶. Ainsi, dans le cadre de l'exploitation d'un orchestre par exemple, le contrat initial ne serait conclu qu'entre le patron de l'établissement et le chef d'orchestre ; à l'égard du patron de l'établissement, les musiciens sont les auxiliaires du chef d'orchestre et, à l'égard du chef d'orchestre, ils en sont les employés⁷⁷.

[61] Enfin, l'artiste peut être au bénéfice d'un contrat de travail, en créant et en devenant membre de sa **propre association**, à laquelle les artistes de son projet sont affiliés (pour la problématique de l'artiste membre des organes dirigeants de son association, cf. ci-dessous **N [168] ss**).

⁷⁴ Sans aller dans le détail quant aux différentes formes d'organisation et intervenant-es possibles dans le domaine des arts scéniques, référence est faite ici à MOSIMANN, N 119 ss.

⁷⁵ P.ex. le contrat-modèle d'exposition ou production d'œuvre réalisé par un collectif à Genève ne mentionne pas expressément la qualification du contrat mais contient des éléments typiques de contrat d'entreprise (p.ex. résiliation du contrat en cas de non-respect des obligations avec un délai de 30 jours).

⁷⁶ Le contrat de travail « en cascade » ne constitue toutefois pas l'unique forme juridique que peuvent revêtir les rapports contractuels liant un groupe de travailleurs (un orchestre par exemple) à un employeur. Il existe d'autres possibilités. Ainsi, suivant les circonstances, le contrat pourra être conclu par l'employeur avec chaque membre du groupe pris isolément. Il pourra aussi l'être avec le groupe comme tel, en tant que société simple.

⁷⁷ ATF 112 II 41. Cette construction juridique fait l'objet de critiques doctrinales, qui estiment que, dans la mesure où la prestation est fournie directement en faveur de l'employeur principal, le contrat est alors directement conclu avec celui-ci, cf. WYLER/HEINZER, p. 28 et les doctrines citées.

(2) En droit des assurances sociales

[62] En droit des assurances sociales, est considéré comme salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 LPGa)⁷⁸. Selon la jurisprudence, les aspects contractuels sont de simples indices mais pas déterminants à eux seuls⁷⁹. En réalité, il convient d'analyser l'ensemble des circonstances économiques au cas par cas⁸⁰. Une personne exerce une activité salariée (i) lorsqu'elle est dépendante de son employeur d'un point de vue organisationnel (i.e. quant à l'organisation du travail et (ii) du risque économique (i.e. qu'elle ne supporte pas de risque économique)⁸¹.

[63] Le **lien de dépendance organisationnel** suppose que l'employeur a le droit de donner des instructions, la subordination du travailleur à l'égard de celles-ci, l'obligation de ce dernier d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée, la prohibition de faire concurrence et le devoir de présence⁸². Un autre indice de dépendance est l'existence d'une collaboration régulière, autrement dit que lorsque l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur⁸³. La possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante⁸⁴.

[64] Le **risque économique** est le risque de pertes de la substance économique de l'entreprise que courrait l'employeur en cas d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats. Un autre indice de risque économique est le fait que l'employeur opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de ducroire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux⁸⁵.

[65] Enfin, il convient de rappeler qu'un salarié au sens du droit privé n'est pas nécessairement considéré comme salarié au sens du droit des assurances sociales, et que la notion de **dépendance est plus large en droit des assurances sociales qu'en droit des obligations**. Il n'est dès lors pas

⁷⁸ CR LPGa-DUNAND, N 6 ad art. 10 LPGa ; BSK ATSG-JANETT, N 7-8 ad art. 10 LPGa ; d'après l'art. 5 al. 2 LAVS, le salaire déterminant comprend « toute rémunération pour un travail dépendant fourni pour un temps déterminé ou indéterminé ».

⁷⁹ Arrêt du TF 9C_213/2016 du 17 octobre 2016, consid. 3.2.

⁸⁰ Arrêt du TF 9C_213/2016 du 17 octobre 2016, consid. 3.4 ; arrêt du TF 8C_183/2014 du 22 septembre 2014, consid. 7.1 ; ATF 123 V 161, consid. 1 ; ATF 114 V 65, consid. 2a ; Tribunal cantonal ZH, UV.2020.00006 du 20 décembre 2021, consid. 1.1 ; CR LPGa-DUNAND, N 13 ad art. 10 LPGa ; BSK ATSG-JANETT, N 4 ad art. 10 LPGa.

⁸¹ ATF 123 V 16, consid. 1 ; arrêts du TF 9C_213/2016 du 17 octobre 2016, consid. 3.2 et 8C_183/2014 du 22 septembre 2014, consid. 7.1 ; ATF 114 V 65, consid. 2a ; Tribunal cantonal ZH, UV.2020.00006 du 20 décembre 2021, consid. 1.1 et 1.2 ; CR LPGa-DUNAND, N 14 ad art. 10 LPGa ; BSK ATSG-JANETT, N 11 ad art. 10 LPGa.

⁸² Cf. Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD) édictées par l'office fédéral des assurances sociales, ch. 1015 ; Tribunal cantonal ZH, UV.2020.00006 du 20 décembre 2021, consid. 1.2 et 1.3.1 ; CR LPGa-DUNAND, N 15 ad art. 10 LPGa ; BSK ATSG-JANETT, N 12-13 ad art. 10 LPGa.

⁸³ Arrêt du TF 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011, consid. 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 334/03 du 10 janvier 2005, consid. 6.2.1.

⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006, consid. 2.3 ; Tribunal cantonal ZH, UV.2020.00006 du 20 décembre 2021, consid. 4.

⁸⁵ Arrêt du TF 9C_213/2016 du 17 octobre 2016, consid. 3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006, consid. 2.3 ; Tribunal cantonal ZH, UV.2020.00006 du 20 décembre 2021, consid. 1.2 et 1.3.1 ; CR LPGa-DUNAND, N 17-18 ad art. 10 LPGa ; BSK ATSG-JANETT, N 14 ad art. 10 LPGa.

exclu qu'une telle activité soit reconnue, au niveau des assurances sociales, en présence d'autres types de contrats que le contrat de travail, comme par exemple le mandat ou le contrat d'entreprise⁸⁶.

b) Le salaire déterminant

[66] Avant de traiter la question particulière de la protection sociale du salarié, il convient de s'arrêter sur la notion de salaire déterminant au sens de l'AVS. De celui-ci dépendent en effet le montant des cotisations et, *in fine*, des prestations sociales versées à l'assuré.

[67] Tous les revenus provenant d'une activité salariée composent le salaire déterminant, tels que le salaire horaire, journalier, hebdomadaire ou mensuel, y compris les primes, les indemnités pour heures supplémentaires et les gratifications, les pourboires ou taxes de service s'ils représentent une part importante du salaire, ainsi que les prestations en nature ayant un caractère régulier, comme la nourriture ou le logement ou encore l'utilisation à des fins privées de voitures de service (*cf.* art. 5 al. 2 LAVS ; 7 et 8 RAVS)⁸⁷.

[68] On est également en présence d'un salaire déterminant lorsqu'une loi fédérale assimile explicitement un revenu de substitution à un salaire au sens de la LAVS⁸⁸. De telles dispositions se trouvent dans la LACI, la LAPG, la LAI et la LAM.

[69] En raison des besoins particuliers du secteur, l'Office fédéral des assurances sociales a précisé ce qu'il considère comme salaire déterminant pour les **musiciens, artistes et DJ's**⁸⁹ :

- Le **caractère indépendant ou dépendant** d'une activité s'apprécie principalement en fonction de **différents critères**, tels que la fréquence des représentations auprès d'un organisateur, la durée de l'engagement, la notoriété pour la représentation en question ainsi que l'existence ou non d'un lien étroit avec l'organisateur. Si un groupe d'artistes dispose d'une organisation propre (p. ex. association qui gère un orchestre), il y a lieu de considérer que les membres exercent une activité salariée. Peu importe, en revanche, que la représentation s'inscrive dans le cadre d'une manifestation privée (p. ex. fête de famille ou réunion sociale) ou commerciale (p. ex. organisée par un organisateur professionnel).
- **Fait ainsi partie du salaire déterminant** du point de vue des assurances sociales : la rétribution versée par un établissement de spectacles, hôtel, dancing, cabaret à des musiciens qu'ils soient membres d'un orchestre ou musicien isolé (p. ex. pianiste de bar) ainsi que la rétribution versée par les organisateurs de concerts (sociétés d'orchestre, sociétés de musique) aux auxiliaires engagés pour une série de répétitions et d'exécutions, font partie du salaire déterminant.
- **Fait en revanche partie d'une activité indépendante** du point de vue des assurances sociales : la rétribution versée dans le cadre d'un spectacle donné (concerts, récitals de

⁸⁶ Arrêt du TF 8C_183/2014 du 22 septembre 2014, consid. 7.2 ; PERRENOUD/WITZIG, p. 63 s ; CR LPGA-DUNAND, N 16 et 56 ad art. 10 LPGA ; BSK ATSG-JANETT, N 4-5 ad art. 10 LPGA.

⁸⁷ DSD, 2021, n°2089-2090 et 2092.

⁸⁸ DSD, 2021, n°2088.

⁸⁹ DSD, 2021, n°4034 ss.

chant, semaines musicales, soirées de sociétés, noces) à des musiciens (chefs d'orchestre, musiciens d'orchestre, solistes, chanteurs, cantatrices, danseurs, acteurs, animateurs), qu'ils se produisent séparément ou en groupe et même si le spectacle n'est pas organisé par l'artiste lui-même mais par un tiers.

- **Ces règles s'appliquent par analogie aux DJ's.** Ainsi, un DJ qui se produit régulièrement pour un organisateur particulier, par exemple comme « DJ résident », doit en principe être qualifié de salarié. En revanche, celui qui est engagé pour une occasion unique, en raison de sa notoriété, est considéré comme indépendant.

c) La protection sociale

[70] Les personnes exerçant une activité lucrative sont tenues de payer des **cotisations AVS/AI/APG** à partir du 1^{er} janvier de l'année qui suit celle où elles ont atteint l'âge de 17 ans (art. 1a let. b et 3 al. 1 et 2 LAVS ; art. 2 LAI ; art. 27 LAPG). La moitié de la cotisation (5,3% du salaire déterminant) est déduite du salaire par l'employeur, ce dernier verse alors la cotisation de son employé avec sa propre part (également 5,3%), à la caisse de compensation compétente⁹⁰. Lorsque le salarié cesse d'exercer une activité lucrative, celui-ci reste tenu de cotiser en tant que personne sans activité lucrative jusqu'à l'âge légal donnant droit à une rente de vieillesse.

[71] En principe, lorsque le salaire déterminant n'excède pas CHF 2'300 par année civile et par employeur, les cotisations ne sont perçues qu'à la demande de l'assuré (art. 34d al. 1 RAVS). À noter que les salariés rémunérés par des producteurs de danse et de théâtre, des orchestres, des producteurs du domaine phonographique et audiovisuel, des radios et des télévisions, ou encore par des écoles du domaine artistique font l'objet d'une exception et ne sont pas soumis à la règle du salaire de minimum importance, les cotisations devant être versées **à partir du premier franc gagné** (art. 34d al. 2 LAVS).

[72] Les salariés sont obligatoirement affiliés à l'**assurance-chômage** (AC). L'AC couvre le manque à gagner à 70% du gain assuré en cas de perte travail avec des indemnités versées sous forme d'indemnités journalières. La LACI prévoit un délai-cadre général de 24 mois et un minimum d'emploi de 12 mois pour ouvrir le droit à l'indemnisation (ou renouveler ce droit à partir d'un deuxième délai-cadre). Jusqu'à une limite de CHF 148'200, le taux de cotisation à l'AC est de 2,2% du salaire annuel déterminant (= taux de base). Sur la partie du salaire au-delà de CHF 148'200, la cotisation à l'AC s'élève à 1% du salaire annuel déterminant (sans limite). La personne salariée et l'employeur paient chacun la moitié des cotisations.

[73] La **prévoyance professionnelle** (LPP ou 2^e pilier), qui, ajoutée aux prestations du 1^{er} pilier, doit permettre aux retraités de profiter d'une retraite égale à 60% de leur dernier salaire, ainsi que de s'assurer contre les risques d'invalidité et de décès, impose également une cotisation paritaire de l'employeur et du salarié. Les salariés auxquels **un même employeur verse un salaire annuel supérieur à CHF 21'510** (art. 2 et 7 LPP ; salaire mis à jour au 1^{er} janvier 2021) sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1^{er} janvier qui suit la date à

⁹⁰ En l'absence d'un lien avec une caisse de compensation existante, la caisse compétente est celle du domicile de la personne assurée. À défaut d'un domicile en Suisse de la personne assurée, la caisse de compensation compétente est celle où la personne assurée exerce son activité principale.

laquelle ils ont eu 17 ans et, pour la vieillesse, dès le 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 24 ans. Le taux de cotisation varie alors en fonction de l'âge de l'assuré (entre 7% et 18%), et s'applique uniquement au **salaire coordonné** (art. 8 LPP)⁹¹.

[74] Il convient de noter que les **salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois** ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire (art. 1j al. 1 let. b OPP 2). Cette période minimale pose problème pour les artistes salariés intermittents, qui n'exercent souvent leur activité que pour de très courtes périodes (sur cette question, cf. ci-dessous **N [96] ss**).

[75] Pour les **salariés à temps partiel**, il faut vérifier préalablement, pour chaque revenu, si le seuil d'entrée à la LPP de CHF 21'510 a été atteint chez chaque employeur. Dans ce cas, ce revenu relève obligatoirement de l'obligation d'assurance LPP pour l'employeur en question. En d'autres termes, les revenus d'activités salariées multiples ne sont pas cumulés : si aucun des salaires dans l'activité auprès de plusieurs employeurs ne dépasse le seuil d'entrée à la LPP, le salarié ne sera pas assuré. Si le seuil d'entrée est dépassé en **considération globale**, les collaborateurs peuvent toutefois s'assurer volontairement auprès de l'institution supplétive ou auprès de l'institution de prévoyance de l'un des employeurs dans la mesure où les dispositions réglementaires le permettent (art. 46 al. 1 LPP). Enfin, il sied de préciser que si l'artiste est affilié en raison d'un emploi dans lequel il atteint ce seuil, il est également possible d'assurer un **salaire complémentaire** qui n'atteindrait pas le seuil d'accès (art. 46 al. 2 LPP)⁹².

[76] Enfin, l'**assurance-accidents** (AA) est obligatoire pour tous les salariés qui travaillent en Suisse (art. 1a let. a LAA). Les prestations d'assurance sont allouées en cas d'accident professionnel, d'accident non professionnel et de maladie professionnelle (art. 6 al. 1 LAA). Les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et les maladies professionnelles sont à charge de l'employeur, les primes couvrant les accidents non professionnels étant en principe à charge du salarié et déduites directement de son salaire.

2. L'artiste indépendant

a) Qualification du statut

(1) En droit privé

[77] Lorsqu'un artiste n'est pas au bénéfice d'un contrat de travail, il est un indépendant soumis aux règles du contrat d'**entreprise** ou de **mandat** (art. 363 ss et 394 ss CO). Pour les délimitations avec le contrat individuel de travail, cf. ci-dessus **N [51] ss**.

[78] En **musique**, le musicien est en principe engagé par un contrat d'entreprise pour ses engagements en solo. C'est notamment le cas pour les petits groupes formés préalablement, comme les ensembles de musique de chambre et les groupes de musiques actuelles (p. ex. groupes de rock, de jazz)⁹³.

⁹¹ Seule la partie du salaire annuel comprise entre 25'095 et 86'040 francs doit être assurée (l'employeur peut aller au-delà). Cette partie du salaire est appelée « salaire coordonné ».

⁹² SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, p. 36.

⁹³ MEIER, 1^e partie, p. 2 et 4^e partie, p. 1.

[79] En **art visuel**, l'artiste plasticien est souvent soumis à un contrat d'entreprise, voire de mandat en cas de commande d'œuvres ou d'exposition. Il est en revanche au bénéfice d'un contrat de travail lorsqu'il est engagé par une institution ou une association.

[80] L'artiste indépendant est soumis à diverses obligations, qui divergent de celles de l'artiste salarié. Il existe l'obligation principale d'exécution de la prestation ainsi que des obligations accessoires, dont l'obligation de diligence⁹⁴, ce qui explique qu'il a une responsabilité accrue par rapport au salarié : l'artiste indépendant n'exécute pas sa prestation selon les instructions précises du maître, mais de manière autonome ; de plus, il apparaît souvent comme la partie la plus expérimentée et la mieux informée sur le plan technique par rapport au maître⁹⁵. Pour le **musicien**, cette obligation peut prendre diverses formes : exécuter le programme musical, à l'heure et au lieu convenus, et se préparer de manière adéquate au concert au niveau artistique, technique et/ou organisationnel (p. ex. si nécessaire, se procurer les instruments et le matériel nécessaire)⁹⁶. L'artiste indépendant doit également prendre en charge ses propres cotisations sociales lorsque celles-ci sont obligatoires, telles que les cotisations AVS, AI et APG (cf. ci-dessous **c**). S'il engage d'autres artistes ou acteurs culturels (p. ex. musiciens accompagnateurs, techniciens, etc.), l'artiste indépendant devient lui-même employeur, avec les responsabilités qui en découlent⁹⁷.

(2) En droit des assurances sociales

[81] En droit des assurances sociales est qualifié d'indépendant celui (i) qui **n'est pas soumis à un lien de dépendance** et (ii) qui **supporte le risque économique** (cf. art. 12 LPGa). Les caisses de compensation déterminent au cas par cas si la rémunération de l'activité considérée confère à l'assuré le statut d'indépendant au regard de l'AVS, toujours selon une analyse économique de la situation de l'assuré et indépendamment des rapports contractuels. Au surplus, il peut être renvoyé aux critères de délimitation développés pour les salariés (cf. ci-dessus **1.a)(2)**).

b) La rémunération déterminante

[82] La rémunération déterminante pour une activité indépendante est définie de façon négative comme **tout revenu du travail autre que le salaire** pour un travail accompli dans une situation dépendante (cf. art. 9 al. 1 LAVS). Il s'agit en particulier de tout revenu acquis dans une situation indépendante provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale ou industrielle, ou d'une profession libérale (art. 17 RAVS). Cela inclut aussi généralement les **redevances de droits d'auteur** (p. ex. issues de la vente de disques). Le traitement des redevances de droits d'auteur varie toutefois en pratique et dans la jurisprudence, selon l'apport économique pour le bénéficiaire et leur importance par rapport à l'activité lucrative de ce dernier⁹⁸ ou encore selon que l'auteur continue

⁹⁴ CR CO I-CHAIX, N 1 ad art. 364 CO ; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, N 1 ad art. 363 OR et N 1 ad. art. 364 OR.

⁹⁵ CR CO I-CHAIX, N 3 ad art. 364 CO ; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, N 4 ad art. 364 OR.

⁹⁶ MEIER, 4^e partie, p. 1.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ ATF 114 V 129, consid. 3. ATAS/672/2014 du 2 juin 2014, consid. 10, considérant que le fait que l'assuré perçoive quelques droits d'auteur en lien avec son œuvre n'implique pas qu'il ait déployé une quelconque activité à cette fin et rejetant la qualification d'activité lucrative en raison de leur faible montant et de leur versement sur plusieurs années après l'activité créatrice.

d'exploiter l'œuvre ou récolte uniquement les revenus après sa création⁹⁹. Cette question de redevances de droits d'auteur est uniquement évoquée ici mais devrait être traitée selon nous de façon approfondie dans une étude complémentaire, ce urgemment compte tenu de l'importance du sujet à l'ère numérique (p. ex. diffusion des contenus culturels à travers des plateformes de *streaming*).

[83] Il faut encore noter que la rémunération déterminante pour la fixation des cotisations AVS/AI/APG est arrêtée par les autorités fiscales cantonales sur la base des **déclarations fiscales des contribuables** (ensuite communiquées à la caisse de compensation) (art. 9 al. 3 LAVS). Au revenu net communiqué, il est ajouté les cotisations personnelles AVS/AI/APG qui sont reconstituées à 100% en fonction du taux de cotisation (art. 9 al. 4 LAVS).

c) La protection sociale

[84] Les indépendants qui exercent une activité lucrative doivent s'acquitter du paiement de **cotisations AVS/AI/APG** (art. 1a al. 1 let. b LAVS ; art. 1b LAI ; art. 27 al. 1 LAPG). L'indépendant est tenu de cotiser pour l'AVS/AI/APG à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit son 17^{ème} anniversaire, avec un taux de cotisation s'élevant à 10% du revenu annuel (i.e. revenu effectif gagné durant l'année de cotisation)¹⁰⁰. Lorsque le revenu annuel est inférieur à CHF 57'400, mais au moins de CHF 9'600, l'assuré paie un taux de cotisation AVS/AI/APG plus bas selon un barème dégressif (art. 8 al. 1 LAVS ; art. 3 al. 1 LAI ; art. 27 al. 2 LAPG). Lorsque le revenu annuel est égal ou inférieur à CHF 9'600, l'assuré paie la cotisation minimale de CHF 503 (depuis le 1^{er} janvier 2021), sauf si ce montant a déjà été perçu sur son salaire d'une activité dépendante exercée la même année (art. 8 al. 2 LAVS). Lorsque l'activité lucrative indépendante est exercée à titre principal, l'obligation d'annonce débute à partir du premier franc pour autant que les autres conditions soient remplies. En revanche, les indépendants exerçant leur activité lucrative à titre accessoire et dont le revenu est inférieur à CHF 2'300 par année civile ne cotisent qu'à leur demande (art. 19 RAVS).

[85] L'obligation de cotisation prend fin lorsque l'indépendant cesse d'exercer une activité lucrative. Les personnes assurées à un autre titre (p. ex. personnes domiciliées en Suisse) qui n'exercent aucune activité lucrative sont alors tenues de payer une cotisation selon leur condition sociale (art. 10 LAVS). En l'absence d'autres revenus ou d'une fortune de l'assuré, la cotisation minimale est applicable.

[86] Les annonces dans le domaine de l'AVS, de l'AI et des APG et le prélèvement des cotisations AVS/AI/AP relèvent de la compétence de la caisse de compensation de l'association professionnelle ou de la caisse de compensation cantonale au siège social ou au domicile de l'indépendant.

⁹⁹ Cf. les directives de l'OFAS, DSD, 2021, n°4048, considérant les redevances de droits d'auteur comme une activité indépendante, à l'exception des cas où les circonstances reviennent à qualifier le revenu d'activité dépendante (p. ex. réalisateur au bénéfice d'un contrat de travail, qui tire également des revenus issus des droits d'auteur). Cf. article SUISAblog de Michelle Moser, disponible à : <<https://blog.suisa.ch/fr/les-redevances-de-droits-dauteur-sont-elles-soumises-a-lavs/>> [consulté le 27.09.2021], notant que SVA Zurich tend à les traiter comme un revenu professionnel indépendant (sous réserve de cas où l'artiste récolte uniquement les revenus de compositions antérieures), tandis que la caisse de compensation du canton de Vaud distingue selon qu'il s'agit de revenu issu de la création de l'œuvre (comme revenu soumis à l'AVS) ou de l'utilisation ultérieure des gains en capital non soumis à l'AVS.

¹⁰⁰ 8.1% pour l'AVS, 1.4% pour l'AI et 0.5% pour les APG.

[87] Il ressort de ce qui précède que les artistes, salariés ou indépendants, sont **obligés de cotiser à l'AVS/AI/APG, quel que soit leur statut**. Seuls les artistes indépendants peuvent toutefois choisir de ne pas cotiser si leur revenu annuel est inférieur à CHF 2'300 (art. 19 RAVS), alors que l'artiste salarié cotise au 1^{er} pilier dès le premier franc gagné (art. 34d al. 2 RAVS). Le droit de percevoir des prestations de l'AVS/AI/APG est également indépendant de la qualité que revêt celui qui en bénéficie. Le montant des rentes (p. ex. de vieillesse ou de survivants) quant à lui dépendra de la durée de cotisation (années de cotisations) et du revenu annuel moyen de l'assuré.

[88] En revanche, seuls les salariés¹⁰¹ sont obligés de cotiser à **l'assurance-chômage** en Suisse, sous réserve des exceptions prévues dans la LACI¹⁰². Malgré le libellé clair de l'art. 114 al. 2 let. c Cst., les indépendants n'ont, à l'heure actuelle, pas la possibilité de s'affilier à l'assurance-chômage et ce, même à titre facultatif¹⁰³. Seules les personnes salariées ont dès lors la possibilité de percevoir des prestations de l'assurance-chômage, à quelques rares exceptions.

[89] Les indépendants ne peuvent faire valoir un droit à une indemnité que lorsqu'ils ont cotisé à l'assurance-chômage pendant une période minimale de 12 mois dans le cadre d'une activité salariée. Cette période de cotisation doit avoir eu lieu dans les deux ans précédant la période de chômage (délai-cadre ; art. 9 al. 1 LACI). L'art. 9a LACI permet toutefois la **conservation de droits acquis** des ex-salariés devenus indépendants et ayant cessé leur activité indépendante, et ce en prévoyant une prolongation du délai-cadre de deux ans. L'allongement des délais-cadres est exclu lorsque l'assuré a touché des prestations de chômage en parallèle à son activité indépendante (art. 3a al. 2 let. a OACI). Sont visés par cette règle d'exclusion les assurés qui ont exercé une activité indépendante et dont les revenus ont été pris en compte à titre de **gain intermédiaire** (art. 24 LACI), ou qui ont perçu les indemnités prévues aux art. 71a ss LACI (*cf.* ci-dessous **N [90]**). L'application des règles concernant le gain intermédiaire présuppose la conservation du statut de travailleur et donc la volonté d'être placé comme salarié. L'art. 9a LACI bénéficie quant à lui aux assurés qui ont **changé de statut**.

[90] La LACI prévoit également le **soutien aux assurés qui entreprennent une activité indépendante**. Ainsi, les assurés qui cessent l'exercice de leur activité salariée, peuvent, à certaines conditions restrictives, jouir d'une indemnisation de l'assurance-chômage lorsqu'ils projettent d'entreprendre une activité indépendante durable (art. 71a ss LACI)¹⁰⁴. Ces prestations sont limitées au versement de 90 indemnités journalières au plus durant la phase d'élaboration du projet.

[91] À l'inverse des salariés ayant plus de 17 ans et recevant d'un seul et même employeur un salaire annuel supérieur à CHF 21'510, les indépendants ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire de la **LPP**¹⁰⁵. Ils peuvent toutefois se faire assurer à titre facultatif, les dispositions de l'assurance obligatoire, en particulier les limites de revenu fixées à l'art. 8 LPP, leur sont alors

¹⁰¹ Est considéré comme travailleur/salarié au regard de la LACI, toute personne qui est assujettie à l'AVS et qui exerce une activité salariée. Nous parlons à ce sujet de la « Force obligatoire du statut de cotisant AVS » (RUBIN, Commentaire LACI, N 2 s. ad art. 2).

¹⁰² PERRENOUD/WITZIG, p. 64 ; RUBIN, Commentaire LACI, N 1 ad art. 2.

¹⁰³ RUBIN, Commentaire LACI, N 1 ad art. 2.

¹⁰⁴ RUBIN, Commentaire LACI, N 1 ad art. 9a.

¹⁰⁵ PERRENOUD/WITZIG, p. 64.

applicables par analogie (art. 4 LPP). Ainsi, la cotisation de l'artiste indépendant au 2e pilier dépend de sa propre initiative, et nécessite en pratique souvent l'appartenance à une association professionnelle¹⁰⁶.

[92] En ce qui concerne l'**assurance-accidents**, toute personne (a) domiciliée en Suisse¹⁰⁷ et (b) exerçant une activité indépendante peut s'affilier à titre facultatif à l'assurance (art. 4 al. 1 LAA). L'indépendant n'est donc pas obligatoirement affilié¹⁰⁸. Le cas échéant, lorsqu'un indépendant s'affilie à titre facultatif à l'assurance-accidents, les dispositions relatives à l'assurance obligatoire lui sont applicables par analogie (art. 5 al. 1 LAA). La souscription à une **assurance d'indemnités journalière en cas de perte de gain** (polices d'assurance privées) est également facultative et implique des coûts supplémentaires. Encore une fois, la couverture de l'artiste indépendant dépendra en pratique souvent de sa propre initiative.

[93] À l'inverse des salariés où le financement des cotisations sociales s'effectue de manière paritaire, il incombe aux indépendants **d'assumer seuls le financement de leurs cotisations sociales**¹⁰⁹. On constate ainsi, aujourd'hui encore, que les indépendants bénéficient généralement de protections moindres¹¹⁰.

3. L'artiste intermittent

a) Qualification du statut

[94] Les artistes sont fréquemment engagés comme salariés pour une durée déterminée, et au bénéfice de **CDD multiples**. Le droit suisse ne prévoit pas, comme le fait le droit français¹¹¹, un statut d'intermittent reconnu au sens du droit des assurances sociales. En Belgique, une présomption de salariat en faveur de tous les artistes permet également de clarifier le statut de l'intermittent¹¹². En Suisse, la qualification de l'activité elle-même, salariée ou indépendante, reste déterminante.

¹⁰⁶ À titre d'exemple seulement (les possibilités sont nombreuses en pratique), la Caisse de Pension Musique et Formation propose à ses assurés et aux membres des associations partenaires (entre autres SONART, ADM, AdS, etc.) des plans de prévoyance permettant d'assurer le revenu annuel soumis à l'AVS provenant d'une activité lucrative indépendante (affiliation facultative). À noter que la fondation de prévoyance Artes & Comoedia a la particularité de permettre à tous les indépendants, actifs dans le domaine de la culture, des arts, du spectacle ou de l'audio-visuel, quand bien même ils n'appartiennent à aucune association professionnelle, de s'assurer dans le cadre du 2e pilier.

¹⁰⁷ Cette condition n'est pas opposable aux ressortissants UE/AELE indépendants qui travaillent en Suisse, mais sont domiciliés dans l'UE/AELE, et ce en vertu du principe de non-discrimination prévu par l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681).

¹⁰⁸ PERRENOUD/WITZIG, p. 64.

¹⁰⁹ PERRENOUD/WITZIG, p. 65.

¹¹⁰ PERRENOUD/WITZIG, p. 62.

¹¹¹ En France, l'intermittent du spectacle (IDS) est défini comme une personne qui cumule une succession de contrats à durée déterminée (« CDD d'usage » en droit français) pour le compte d'un ou de plusieurs employeurs, ces contrats pouvant être entrecoupés de périodes d'inactivité (chômage). À ce statut sont rattachés des régimes particuliers de droit du travail (réglementation du CDD d'usage et requalification possible en CDI) et de protection sociale (régime d'assurance chômage de l'intermittence, allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE)) (DAHLIA (2017), *Les intermittents du spectacle*). Cf. également Pôle emploi spectacle, Guide Intermittents du spectacle, janvier 2020.

¹¹² En Belgique, le régime dit de l'« article 1bis », en référence à l'art. 1bis de la Loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, octroie une présomption de salariat en faveur de tous les

[95] Les intermittents ne sont, de manière générale, pas assimilés aux indépendants dans le système suisse, leur activité prenant la forme d'une **activité salariée pour la durée de leur engagement** (p. ex. musiciens engagés de manière ponctuelle dans un orchestre ou une plus petite formation, remplacements ou interventions pédagogiques dans une école de musique, etc.)¹¹³. Malgré l'absence de statut « intermittent », certaines particularités prévues par le législateur restent de mise, notamment en ce qui concerne l'AC. Au surplus, le cadre légal applicable aux salariés reste déterminant également pour l'artiste intermittent.

b) La protection sociale

[96] Les **intermittents** qui changent fréquemment d'employeur et obtiennent des engagements à durée déterminée sont exclus du 2e pilier obligatoire en raison de la durée minimale du contrat, en l'occurrence trois mois¹¹⁴, et le revenu minimum exigé par la LPP.

[97] En pratique, les intermittents qui changent souvent d'employeur peuvent **s'assurer à titre facultatif** (art. 4 al. 1 LPP), mais ne le sont pas obligatoirement. Si les différents employeurs sont informés qu'un intermittent est affilié à une caisse LPP à titre facultatif, ils sont tenus de participer aux contributions, même si le rapport de travail dure **moins de 3 mois**¹¹⁵. Il faut toutefois que la personne assurée perçoive un salaire total annuel d'au moins CHF 21'510, tous engagements considérés (art. 7 et 46 al. 1 LPP ; cf. ci-dessous **N [103]**).

[98] Certaines mesures ont également été prises en faveur des professions où les changements d'employeur et les contrats de durée limitée sont usuels. En ce qui concerne l'**assurance-chômage**, c'est le cas pour les musiciens, les acteurs, les artistes, les collaborateurs artistiques de la radio, de la télévision ou de cinéma les techniciens du film et les journalistes (art. 8 al. 1 OACI).

[99] Comme vu précédemment, la loi sur l'assurance-chômage prévoit un délai-cadre général de deux ans et un minimum d'emploi de 12 mois soumis à cotisation pour ouvrir le droit à l'indemnisation (ou renouveler ce droit à partir d'un deuxième délai-cadre). Pour les intermittents, il existe un **régime spécial** car ils sont considérés comme ayant une profession caractérisée par des changements fréquents d'employeur et de multiples CDD (art. 8 OACI et 18 al. 3 LACI). La **période de cotisation est multipliée par deux pour les 60 premiers jours de chaque engagement ou CDD** (art. 12a OACI) – il leur est donc plus aisé d'atteindre le minimum de 12 mois d'emploi pendant le délai-cadre de deux ans et ainsi ouvrir le droit aux prestations¹¹⁶. À noter que le maximum de 400 indemnités journalières ne sera versé qu'aux personnes ayant cotisé pendant **18 mois au moins**. Les

artistes, et ce même si aucun contrat de travail n'est signé (p. ex. même en l'absence de lien de subordination). Ce régime particulier, mis en place par le législateur belge, permet d'appliquer les avantages sociaux liés aux travailleurs salariés à tous les artistes, y compris aux artistes intermittents ou indépendants (Instructions administratives ONSS 2021/2, p. 44 ss). Le système belge permet dès lors une application plus large que le système français.

¹¹³ USDAM, Assurances et prévoyance vieillesse pour les musiciens intermittents, p. 1.

¹¹⁴ Art. 1j al. 1 let. b OPP 2.

¹¹⁵ USDAM, Assurances et prévoyance vieillesse pour les musiciens intermittents, p. 1. À titre d'exemple uniquement, l'USDAM recommande aux musiciens intermittents de s'assurer soit auprès de la Fondation de prévoyance ASEM/SSPM (caisse de pension commune des écoles de musique) ou de la CAST, la Fondation Charles Apothéloz (acteurs culturels).

¹¹⁶ Cf. Suisseculture sociale : <http://www.suisseculture sociale.ch/index.php?id=110&L=2>, donnant l'exemple suivant : un contrat de 1 mois + un contrat de 1 semaine + un contrat de 3 mois, ne seront pas égal à 4 mois et une semaine, mais à 7 mois et 2 semaines (1 mois = 2 mois ; 1 semaine = 2 semaines ; 3 mois = 5 mois).

personnes ayant cotisé pendant 12 mois n'obtiendront que 260 indemnités journalières au maximum (art. 27 al. 2 LACI).

4. L'artiste cumulant les statuts

a) Qualification du statut

[100] Il n'est pas exclu qu'une personne puisse revêtir simultanément la qualité d'indépendant et de salarié, lorsqu'en plus de l'exercice d'une activité indépendante, une personne perçoit un salaire correspondant de son activité dépendante (art. 12 al. 2 LPGa). À noter que lorsqu'une personne exerce plusieurs activités lucratives donnant donc lieu à plusieurs revenus, la nature de chacune de ces activités doit être examinée **indépendamment** de toutes les autres¹¹⁷. Au surplus, les critères de délimitations développés ci-dessus demeurent applicables.

b) La protection sociale

[101] S'agissant des **cotisations AVS/AI/APG**, les artistes **salariés** sont obligatoirement assurés dès le premier franc gagné. Comme précisé ci-avant, les salariés rémunérés par des producteurs de danse et de théâtre, des orchestres, des producteurs du domaine phonographique et audiovisuel, des radios et des télévisions, ou encore par des écoles du domaine artistique ne sont pas soumis à la règle du salaire de minimum importance, les cotisations devant être versées dans tous les cas (art. 34d al. 2 RAVS) (*cf.* ci-dessus **N [71] et [87]**). En revanche, les **indépendants** exerçant leur activité lucrative à titre accessoire (ou les salariés dont l'employeur ne relève pas du domaine de la culture, tel qu'un emploi alimentaire dans un autre secteur) et dont le revenu est inférieur à CHF 2'300 par année civile ne sont pas obligatoirement assurés et ne cotisent qu'à leur demande (art. 19 RAVS et 34d al. 1 LAVS).

[102] En ce qui concerne l'**assurance-chômage**, les artistes **salariés** sont obligatoirement soumis à la cotisation et le délai-cadre général de 24 mois et un minimum d'emploi soumis à cotisation de 12 mois sont applicables, à moins que leur situation professionnelle tombe sous le coup du régime spécial de l'intermittence (art. 8 OACI et 18 al. 3 LACI ; *cf.* ci-dessus **N [96] s.**). Les artistes **indépendants** ne sont affiliés ni de manière obligatoire, ni de manière facultative.

[103] En ce qui concerne la **prévoyance professionnelle**, pour les **salariés à temps partiel**, il faut vérifier préalablement, pour chaque revenu, si le seuil d'entrée à la LPP de CHF 21'510 a été atteint chez chaque employeur. Comme précisé ci-avant, les revenus d'activités salariées multiples ne sont pas cumulés : si aucun des salaires dans l'activité auprès de plusieurs employeurs ne dépasse le seuil d'entrée à la LPP, le salarié ne sera pas assuré. Si le seuil d'entrée est dépassé en considération globale, les collaborateurs peuvent toutefois s'assurer volontairement auprès de l'institution supplétive ou auprès de l'institution de prévoyance de l'un des employeurs dans la mesure où les dispositions réglementaires le permettent (art. 46 al. 1 LPP). Le salarié qui paie directement des cotisations à l'institution de prévoyance a droit au remboursement par chaque employeur de la moitié des cotisations afférentes au salaire qu'il lui a versé. Une attestation de l'institution de prévoyance indiquera le montant de la contribution due par l'employeur (art. 46 al. 3 LPP). À la demande du salarié, l'institution de prévoyance se chargera de recouvrer les créances

¹¹⁷ BILLARANT, Analyse critique, p. 71.

auprès des employeurs (art. 46 al. 4 LPP). L'artiste **indépendant** peut s'affilier à titre facultatif, mais ne l'est pas obligatoirement (art. 4 LPP).

[104] En ce qui concerne l'**assurance-accidents**, le **salarié** est obligatoirement assuré dès qu'il travaille en Suisse (art. 6 al. 1 LAA). Il incombe à tout employeur d'affilier son personnel. Si la personne travaille au moins 8 heures par semaine pour le même employeur, elle est également assurée contre les accidents non professionnels (art. 13 OLAA). À noter que si le seuil des 8 heures par semaine n'est pas atteint, la couverture ne s'étend qu'à l'activité professionnelle dans le cadre de laquelle la cotisation est effectuée (art. 7 LAA), les accidents non professionnels n'étant pas couverts. L'artiste **indépendant** n'est pas obligatoirement affilié à l'AA, mais peut l'être à titre facultatif (art. 4 al. 1 LAA). Le cas échéant, lorsqu'un indépendant s'affilie à titre facultatif à l'assurance-accidents, les dispositions relatives à l'assurance obligatoire lui sont applicables par analogie (art. 5 al. 1 LAA).

5. L'artiste « sans statut »

[105] Une partie importante des artistes reste « sans statut » dans la mesure où leur activité professionnelle ne tombe sous aucun des statuts susmentionnés ou n'est pas déclarée. Nous ne disposons pas de chiffres précis, et nous basons sur des témoignages anonymes indiquant que le travail au noir reste très répandu, les **artistes indépendants à faibles revenus** étant les plus exposés.

[106] La notion de « **travail au noir** » ne fait pas l'objet d'une définition légale unique¹¹⁸. Selon le DEFR, cette notion se réfère à toute « *activité rémunérée, salariée ou indépendante, légale en elle-même mais dont l'exercice s'accompagne d'une infraction aux prescriptions légales* »¹¹⁹. Cela vise ainsi de multiples situations, telles que l'emploi d'une personne non-déclarée aux assurances sociales obligatoires (AVS, AI, APG), l'exercice d'une activité lucrative par une personne percevant des prestations d'assurances sociales et n'ayant pas annoncé l'exercice de ladite activité aux assurances concernées, ou encore l'indépendance fictive (i.e. exercice d'une activité lucrative dépendante mais annoncée en tant qu'activité indépendante dans le but d'éviter l'assujettissement du travailleur aux assurances sociales obligatoires)¹²⁰.

[107] Lorsqu'une personne travaille au noir, elle n'exerce du point de vue des assurances sociales aucune activité lucrative. S'agissant de la **prévoyance AVS/AI**, elle ne pourra prétendre à aucune rente AVS/AI si elle ne s'est pas annoncée (et n'y a donc jamais cotisé). Si elle s'annonce à la caisse de compensation compétente, une cotisation AVS/AI sera perçue sur la base de sa « condition sociale » (art. 10 al. 1 LAVS ; art. 1b et 3 LAI). S'agissant de la **prévoyance professionnelle**, seuls les salariés âgés de plus de 17 ans et recevant d'un même employeur un salaire annuel supérieur à 21'510 CHF sont soumis à l'assurance obligatoire (art. 2 al. 1 LPP), ce qui exclut les travailleurs exerçant une activité non déclarée. Dès lors que les travailleurs au noir n'ont pas qualité d'indépendants, faute de s'être annoncés en tant que tels, ils n'ont pas la faculté de s'affilier à titre facultatif. Comme pour l'AVS, le travailleur au noir qui n'a jamais cotisé au 2e pilier ne pourra pas

¹¹⁸ CHANSON, p. 312.

¹¹⁹ SECRÉTARIAT GÉNÉRAL SG-DFE, *Documentation de presse : Loi fédérale sur le travail au noir*, 29 novembre 2007, p. 1.

¹²⁰ *Ibidem*.

espérer recevoir des prestations. La situation est similaire eu égard à l'**assurance-chômage**, destinée en priorité aux travailleurs salariés. S'agissant de l'**assurance-accidents**, les travailleurs salariés en Suisse sont automatiquement assurés en LAA quel que soit leur statut légal ou administratif¹²¹.

[108] Dans ce contexte, la Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN)¹²² prévoit la possibilité, pour un employeur, de bénéficier d'une **procédure de décompte simplifiée** (art. 3 LTN), selon laquelle les cotisations aux **assurances sociales** sont dues une fois par an et sans nécessité d'établir un certificat de salaire pour le travailleur (contrairement à la procédure ordinaire exigeant des acomptes mensuels ou trimestriels)¹²³. S'agissant de l'**assurance-accidents**, il est par ailleurs possible de conclure une police auprès d'un assureur privé pour un forfait de 100 francs par an¹²⁴.

[109] À noter que les solutions précitées (procédure de décompte simplifiée et forfait pour l'assurance-accidents) bénéficient aux travailleurs au noir « salariés », les travailleurs au noir « indépendants » étant en toute hypothèse responsables de leur propre protection sociale¹²⁵. Les artistes indépendants étant les plus exposés à ces pratiques, d'autres solutions doivent être recherchées pour améliorer leur situation.

¹²¹ S'il s'agit de travailleurs de secteurs assurés par la SUVA, celle-ci doit prendre le cas en charge. Sinon, la caisse supplétive alimentée par les autres assureurs doit intervenir.

¹²² RS 822.41.

¹²³ Cf. pour de plus amples informations, le site du SECO et sa rubrique « La procédure de décompte simplifiée », disponible à : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/schwarzarbeit/Arbeit_korrekt_melden/vereinfachte_abrechnungsverfahren.html>.

¹²⁴ BRECHBÜHL, p. 10, indiquant que cette solution est souvent utilisée dans l'économie domestique.

¹²⁵ Cf. ECOPLAN, p. 4, indiquant que les artistes indépendants au noir sont pourtant les plus représentés au sein de l'économie grise et que pour le 1^{er} pilier, seuls un peu moins de 70% des indépendants cotisent à l'AVS/AI/APG, contre 86% pour les salariés.

B. Solution de salarié à travers le portage salarial

[110] Une solution pour faciliter l'accès au statut de salarié et simplifier les démarches administratives liées aux assurances sociales pourrait être de développer les services de portage salarial, à travers la solution de portage salarial LSE (que nous recommandons vu les avantages et la sécurité juridique traités ci-dessous, cf. **N [133] ss**), voire la solution de portage sous forme contractuelle (que nous jugeons très hasardeuse pour les raisons traitées ci-dessous, cf. **N [115] ss**).

[111] Le portage salarial peut être défini comme le fait pour un artiste de déléguer à un tiers (p. ex. une association, une structure ou coopérative de portage), moyennant rémunération, l'encaissement de ses revenus et l'acquittement sur ceux-ci de charges sociales, puis le versement du solde en mains de l'artiste¹²⁶. Le portage salarial est donc une relation juridique **tripartite** qui implique : (i) une personne effectuant la mission (l'**artiste** ou le **porté**) ; (ii) une entreprise ou une personne physique pour qui l'artiste effectue la mission (le **client**) ; (iii) le tiers qui gère l'encaissement des revenus ou honoraires et déclare le porté aux assurances sociales (la **coopérative** ou la **structure de portage**).

[112] La solution de portage salarial pourrait intéresser en premier lieu l'**artiste indépendant**, qui ne cotise pas à l'assurance-chômage et ne bénéficie pas du régime de l'art. 34d RAVS ou de l'assurance-accidents obligatoire (dès 8 heures d'occupation par semaine chez le même employeur) (cf. ci-dessus **N [84] ss**). La solution de portage salarial pourrait aussi intéresser l'artiste **cumulant les statuts** (p. ex. artiste indépendant complétant ses revenus avec un emploi alimentaire), l'artiste **sans statut**, l'artiste **intermittent** (cumul de CDD) ainsi que, cas échéant, l'artiste **salaire fixe** souhaitant rejoindre une coopérative de portage. Lorsqu'ils choisissent de s'affilier à une structure de portage, les revenus tirés de leur activité artistique seraient perçus par la structure qui leur verse un « salaire », en un seul versement mensuel (après rétention des charges sociales). Ces artistes pourraient ainsi bénéficier des avantages administratifs liés au portage salarial et s'assurer de la déclaration appropriée de leurs revenus.

[113] Il demeure de nombreuses **incertitudes** quant à la nature juridique du portage salarial¹²⁷, de sorte que les avis divergent et qu'une certaine prudence reste de mise.

[114] Nous discernons deux approches à la qualification de portage ; celles-ci seront traitées successivement ci-dessous :

¹²⁶ Définition tirée de FULD/MICHEL, p. 2. PORTMANN et NEDI proposent la définition suivante : « *Le portage salarial se caractérise par l'implication de trois parties. Les parties concernées sont un travailleur indépendant au sens matériel, un client du travailleur indépendant (souvent une entreprise) et une entreprise de portage. Cette dernière perçoit les honoraires du premier contre rémunération, paie les cotisations de sécurité sociale et lui transfère le reste comme "salaire". Il devient ainsi formellement un employé et un salarié.* » (PORTMANN/NEDI, p. 535).

¹²⁷ BILLARANT, p. 97. Par comparaison en droit français, le portage salarial est défini comme une relation contractuelle tripartite dans laquelle un salarié porté d'une entreprise de portage salarial effectue une prestation pour le compte d'entreprises clientes. Ce dispositif est explicitement prévu par le Code du travail (articles L1254-1 et suivants). La loi précise notamment que le salarié porté justifie d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permettent de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix. La branche dispose également de sa propre convention collective, qui encadre notamment les relations entre le salarié porté et la société de portage salarial en ce qui concerne les conditions d'embauche (contrat de travail, période d'essai, durée et lieu de travail, congés, etc.), les obligations des parties, le droit à la formation ainsi que la rémunération (Convention collective de branche des salariés en portage salarial du 22 mars 2017).

- Une première approche est de qualifier la relation entre le porté et la structure de portage selon les rapports contractuels pertinents au cas d'espèce, tels que le contrat de travail (**portage salarial sous forme contractuelle**)¹²⁸. La relation entre le porté et ses clients est quant à elle régie par les règles contractuelles usuelles (p. ex. contrat d'entreprise ou de mandat selon la mission concernée)¹²⁹. Dans le cadre du contrat de travail entre le porté et la structure, celle-ci s'engage à lui reverser ce qu'elle a reçu du client à titre de salaire, après déduction des parts patronales et, dans le cadre du contrat entre le porté et le client, celui-ci s'engage à verser à la structure la rémunération due à l'artiste¹³⁰.
- Une deuxième approche est de considérer le portage salarial comme une combinaison de deux contrats : un contrat de travail entre le porté et la structure de portage ; et un contrat de location de services entre le client (souvent une entreprise) et la société de portage (**portage salarial sous forme de location de services LSE**)¹³¹. Le portage salarial entre alors dans le cadre légal de la loi sur la location de services, qui conditionne l'activité de la structure de portage à une licence fédérale ou cantonale (délivrée par le SECO respectivement l'OCE)¹³².

1. Le portage salarial sous forme contractuelle

a) Qualification de la relation tripartite

[115] La relation entre la société de portage et le porté peut d'abord être comparée au **contrat de travail**. Parmi les éléments caractéristiques (durée, travail, salaire, lien de subordination)¹³³, les éléments de durée et de travail ne sont pas problématiques au sein du portage salarial, puisque la structure peut prévoir un contrat de durée avec le porté (**durée**), durant lequel l'artiste fournit une prestation de services en faveur de ses clients (**travail**). En revanche, les éléments de **salaire** et de lien de **subordination** amènent plusieurs commentaires.

¹²⁸ FULD et MICHEL rejettent en revanche les qualifications de contrat d'entreprise ou de contrat de location de services (FULD/MICHEL, p. 10).

¹²⁹ FULD/MICHEL, p. 3, 5 ss et 10 (synthèse).

¹³⁰ Il y a alors une clause de stipulation pour autrui (art. 112 al. 1 CO) en faveur de la structure de portage, cas échéant combinée avec une obligation de la structure d'assurer le suivi des paiements, Cf. FULD/MICHEL, p. 7.

¹³¹ Cf. PAYROLL SOLVING, Le portage salarial en Suisse pour tous, Guide pratique, septembre 2019 (disponible à : <https://www.payrollsolving.ch/fr/wp-content/uploads/Livre_Blanc_Portage_Salarial_v0919.pdf>) ; CHERDOUDA YASMINE, Le portage salarial en Suisse, 12 juillet 2021 (disponible à : <<https://www.rsm.global/switzerland/fr/news/le-portage-salarial-en-suisse>> [consulté le 03.09.2021]) ; TALERMAN DAVID, Le portage salarial en Suisse, août 2021 (disponible à : <<https://www.travailler-en-suisse.ch/portage-salarial-suisse.html>> [consulté le 03.09.2021]).

¹³² En Suisse, le moteur de recherche mis à disposition par le SECO donne un résultat de 2'013 sociétés autorisées par les cantons à effectuer de la location de services en 2020 (tous domaines confondus). En outre, 190 sociétés de placement dans le domaine artistique (musiciens, chanteurs et danseurs classiques ; acteurs ; musiciens de variété DJ's ; artistes de variété, p. ex. artistes de cirque, danseuses de cabaret) sont autorisées par les cantons. Seules 3 sociétés sont réputées effectuer du placement d'artistes ainsi que de la location de services (agences mixtes). Cf. <<http://www.avg-seco.admin.ch/WebVerzeichnis/ServletWebVerzeichnis>> [consulté le 01.09.2021].

¹³³ Pour de plus amples détails sur les quatre caractéristiques principales du contrat de travail, cf. WYLER/HEINZER, p. 22 ss. Cf. également arrêts du TF 4A_594/2018 du 6 mai 2019, consid. 4.1.1 ; 4A_500/2018 du 11 avril 2019, consid. 4.1 et 4A_10/2017 du 19 juillet 2017, consid. 3.1.

[116] Le **salaire** est la contre-prestation principale de l'employeur à la prestation de services du travailleur¹³⁴. Il est un élément essentiel du contrat de travail qui est généralement calculé selon le temps de travail, parfois selon le travail fourni (p. ex. salaire à la pièce)¹³⁵. Il ne se distingue pas toujours clairement de la rémunération des autres contrats (p. ex. entreprise ou mandat) qui est souvent calculée aussi selon le temps de travail ou le travail fourni. La différence réside dans le fait que le salaire rétribue la mise à disposition du temps du salarié, tandis que la rémunération rétribue l'activité de l'entrepreneur ou du mandataire¹³⁶.

[117] Le **lien de subordination** implique que l'activité est déployée par le travailleur de manière dépendante, sous la direction et les instructions de l'employeur. Il place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel, économique et temporel¹³⁷. Le critère de subordination est généralement décisif lorsqu'il s'agit de qualifier et de délimiter le contrat de travail par rapport à d'autres contrats envisagés, étant précisé que la subordination est essentiellement organisationnelle pour les professions typiquement libérales, puisque l'indépendance de l'employé est beaucoup plus forte¹³⁸.

[118] À notre avis, avec la solution de portage salarial, il existe un risque qu'un juge considère l'activité du porté comme indépendante et non salariée, en particulier qu'il qualifie le « salaire » en « rémunération », le contrat de portage en contrat de mandat, voire en simulation de contrat.

(1) Risque de qualification du « salaire » en « rémunération »

[119] Un juge pourrait refuser de qualifier le contrat du porté en contrat de travail selon les cas, qu'il existe ou non un **lien de subordination**¹³⁹. À notre sens¹⁴⁰, un lien de subordination sera généralement refusé, en particulier lorsque l'artiste n'a que peu ou pas d'obligations vis-à-vis de la société de portage. Il pourrait être éventuellement admis dans les cas où l'artiste a un certain nombre d'obligations contractuelles vis-à-vis de la structure de portage quant à l'organisation et/ou aux modalités de travail, telles que la rédaction d'un rapport d'activité, l'approbation des contrats, des horaires et/ou un lieu de travail imposés, la fixation d'objectifs par la structure, la possibilité d'un licenciement, notamment pour non-atteinte des objectifs.

[120] L'élément de **salaire** paraît en revanche plus délicat encore en raison de la nature du revenu versé au porté. Pour les artistes **intermittents** et **salariés fixes**, on pourrait considérer que le salaire versé par la structure de portage vise bien à rétribuer la mise à disposition de leur temps (p. ex.

¹³⁴ WYLER/HEINZER, p. 182. Ainsi, l'art. 319 al. 1 CO précise que « [p]ar le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un **salaire fixé d'avance** (salaire aux pièces ou à la tâche) ».

¹³⁵ WYLER/HEINZER, p. 24. À noter que la détermination du **montant** du salaire n'est pas un élément essentiel du contrat de travail.

¹³⁶ CR CO I-MEIER, N 11-12 ad art. 319 CO ; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 11 ad art. 319 CO.

¹³⁷ Arrêt du TF 4A_592/2016 du 16 mars 2017, consid. 2.1 ; WYLER/HEINZER, p. 23.

¹³⁸ Arrêt du TF 4A_592/2016 du 16 mars 2017, consid. 2.1 ; arrêt du TF 4A_200/2015 du 3 septembre 2015, consid. 4.2.3.

¹³⁹ Le lien de subordination est souvent considéré comme un critère décisif quant à la qualification du contrat de travail selon la jurisprudence et la doctrine. Cf. CR CO I-MEIER, N 10 ad art. 319 CO et les réf. cit. ; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, N 14 ad art. 319 CO ; WYLER/HEINZER, p. 23-24.

¹⁴⁰ Dans le même sens, cf. FULD/MICHEL, p. 6-7.

l'intermittent se tient à disposition d'un projet, d'une association qui le rétribue en raison de sa prestation, *in fine* de la mise à disposition de son temps). En revanche, pour les artistes **indépendants** ou **cumulant les statuts** (p. ex. artiste indépendant complétant ses revenus avec un emploi alimentaire), il existe un risque qu'un juge (re)qualifie le « salaire » en « rémunération » au motif que l'artiste n'est pas rétribué pour la mise à disposition de son temps mais pour sa prestation (p. ex. honoraire, cachet, qui rétribue la prestation spécifique de l'artiste). Le « détour » par la structure ne suffirait pas à retenir une qualification du revenu en salaire¹⁴¹. Même en présence d'un lien de subordination, les autorités pourraient considérer que ce seul critère est insuffisant si le revenu n'a pas la qualité de salaire et/ou seule une partie des revenus fait partie du salaire déterminant AVS¹⁴².

[121] Cela étant, comme **contre-arguments**, on pourrait plaider que c'est avant tout l'élément de subordination (surtout organisationnel pour les professions libérales) qui est décisif pour qualifier le contrat de travail et que l'artiste est bien intégré au sein de la structure de portage (cf. ci-dessous **N [126]**). De plus, on pourrait plaider que le versement des revenus par la structure est un indice en faveur de l'intégration du porté au sein de la structure de portage et d'un éventuel lien de subordination¹⁴³. On pourrait enfin inviter les autorités à appliquer une présomption de salariat en faveur des artistes¹⁴⁴.

(2) Risque de qualification du contrat avec le porté en mandat

[122] Il existe un risque qu'un juge qualifie la relation entre la structure de portage et le porté de **contrat de mandat** (art. 394 CO), au motif que la structure (mandataire) s'engagerait à effectuer un service (démarches nécessaires auprès des assurances sociales et à s'acquitter des charges sociales) en faveur du porté (mandant)¹⁴⁵.

[123] Comme **contre-arguments**, on pourrait plaider que le versement des charges sociales correspond aux devoirs de l'employeur envers le porté (pour les motifs évoqués ci-dessus), excluant ainsi le mandat.

¹⁴¹ Cf. FULD et MICHEL, p. 5-6. Arrêt du TF 4A_592/2016 du 16 mars 2016, consid. 2.1.

¹⁴² Cf. arrêt du TF 4A_602/2013 du 27 mars 2014, consid. 3.2, précisant que la perception de cotisations sociales peut constituer un indice pour l'existence d'un contrat de travail mais il ne s'agit pas d'un critère déterminant.

¹⁴³ FULD/MICHEL, p. 5-6.

¹⁴⁴ A l'image de la Belgique, qui a mis en place un régime particulier de présomption de salariat en faveur de tous les artistes, et ce même si aucun contrat de travail n'est signé (p. ex. même en l'absence de lien de subordination), afin d'appliquer les avantages sociaux liés aux travailleurs salariés à tous les artistes, y compris aux artistes intermittents ou indépendants (Instructions administratives ONSS 2021/2, p. 44 ss). En Belgique, cette présomption légale s'appuie sur une intervention législative. En Suisse, on pourrait plaider cette interprétation en vue d'améliorer la précarité de certaines professions (p.ex. artiste) et la limiter aux cas où il existe un doute quant à la qualification de salaire et où les deux interprétations (salaire dépendant ou rémunération d'indépendant) sont possibles.

¹⁴⁵ A propos du contrat de mandat sous l'angle du portage salarial, cf. FULD/MICHEL, p. 8. A propos du contrat de mandat en général, cf. CR CO I-WERRO, N 2 ad art. 394 CO ; BSK OR I-OSER/WEBER, N 1 ad art. 394 CO. Le service rendu par un indépendant est une notion large qui recouvre tout travail fourni de manière indépendante, du moment que la relation contractuelle visée n'a pas pour objet le résultat de ce travail. L'obligation de moyens, centrale dans le contrat de mandat, permet de différencier celui-ci du contrat d'entreprise, dans lequel l'obligation de résultat prévaut. L'obligation de moyens se rencontre lorsque le débiteur de ladite obligation s'engage non à atteindre un résultat mais à fournir un effort de diligence en vue d'atteindre un résultat, lequel n'est pas garanti (CR CO I-WERRO, N 3-9 ad art. 394 CO ; BSK OR I-OSER/WEBER, N 2-3 ad art. 394 CO).

(3) Risque de retenir une simulation du contrat de travail

[124] Il existe également un risque qu'un juge considère le contrat entre l'artiste et la structure comme « **simulé** » et donc nul, au motif que l'intention des parties n'était pas de conclure un contrat de travail, mais de soumettre le porté au régime des assurances sociales des salariés.

[125] Un accord est réputé simulé au sens de l'art. 18 CO lorsque les deux parties ont voulu uniquement **créer l'apparence d'un acte juridique** à l'égard des tiers (l'acte simulé) et faire en sorte que leur volonté véritable ne produise aucun autre effet que celui de l'acte apparent ou conduise à un second acte (l'acte dissimulé)¹⁴⁶. Le contrat simulé est alors nul (*i.e.* juridiquement inefficace d'après la volonté réelle et commune des parties)¹⁴⁷. En matière de contrat de travail par exemple, le TF a retenu la nullité d'un contrat de travail simulé, conclu aux seules fins de permettre à l'employé d'obtenir un permis de travail et de tromper les autorités des migrations¹⁴⁸. Dans certains cas, le contrat dissimulé (*i.e.* cas échéant celui que les parties ont réellement conclu) est valable à la place du contrat simulé, si les dispositions légales auxquelles il est soumis quant à sa forme et à son contenu ont été observées¹⁴⁹. La simulation ne porte par ailleurs pas nécessairement sur l'ensemble du contrat, l'acte simulé pouvant l'être aussi partiellement et porter uniquement sur un ou quelques point(s) du contrat¹⁵⁰. En matière de portage salarial, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice (CPH) a considéré que le contrat de travail conclu entre les parties était fictif, puisqu'il n'avait jamais été envisagé qu'un salaire soit versé au travailleur, ni qu'il serait soumis à un rapport de subordination envers la structure de portage¹⁵¹. La Cour a retenu que la constellation contractuelle portant le nom de portage salarial correspondait précisément au cas envisagé par la doctrine, selon lequel les parties paraphent un contrat de travail, alors qu'aucun rapport de subordination n'existe, dans le seul but de bénéficier du régime propre aux relations de travail¹⁵². Par conséquent, le prétendu contrat de travail était simulé, donc nul¹⁵³. Cette décision a fait l'objet d'un recours au TF, déclaré irrecevable faute de motivation suffisante¹⁵⁴.

[126] **Recommandation** : afin d'éviter le risque que le juge ne rejette l'activité du porté comme activité salariée, il sera nécessaire d'intégrer autant que possible l'artiste à la structure et de prévoir un contrat de travail entre la structure de portage et le porté comportant les différents éléments caractéristiques du contrat de travail. Il s'agira en particulier du versement d'un salaire, ainsi que prévoir des mécanismes de subordination spécifiques quant à l'organisation et/ou les modalités de travail, telles que la rédaction d'un rapport d'activité, l'approbation des contrats, des horaires et/ou un

¹⁴⁶ ATF 123 IV 61 consid. 5c)cc; ATF 112 II 337 consid. 4a.

¹⁴⁷ ATF 123 IV 61, consid. 5c)cc; ATF 97 II 201, consid. 5. En effet, est nul (art. 19-20 CO) tout contrat qui contrevient à une norme de droit fédéral public ou privé (impérative ou semi-impérative). FULD/MICHEL, p. 7; CR CO I-WINIGER, N 85 ad art. 18 CO ; BSK OR I-WIEGAND, N 126 ad art. 18 CO.

¹⁴⁸ Arrêt du TF 6B_72/2015 du 27 mai 2015, consid. 1.1 ss.

¹⁴⁹ ATF 117 II 382, consid. 2a ; arrêt du TF 4A_429/2012 du 2 novembre 2012, consid. 4.2.

¹⁵⁰ Arrêt du TF 4A_376/2018 du 7 août 2019, consid. 5.3 ; arrêt du TF 4A_90/2016 du 25 août 2016, consid. 3.3.2.

¹⁵¹ CAPH/49/2017 du 28 mars 2017, consid. 3.3.1.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Arrêt du TF 4A_195/2017 du 20 avril 2017.

lieu de travail imposés, la fixation d'objectifs par la structure, la possibilité d'un licenciement, notamment pour non-atteinte des objectifs (*cf.* également ci-dessous **N [156] s.**). Les risques liés à une (re)qualification en indépendant par les assurances sociales sont réservés (*cf.* ci-dessous **N [150] ss**). Il est enfin précisé qu'il ne suffit pas de prévoir ces éléments dans le contrat. En effet, le principe est la qualification selon la réalité des relations contractuelles et non selon le type de contrat que les parties ont voulu conclure (*cf.* art. 18 al. 1 CO)¹⁵⁵. En somme, la solution de portage sous forme contractuelle nous semble risquée, en particulier puisqu'elle pourrait être considérée comme servant à contourner les limites posées dans les règles sur les assurances sociales, d'une part, et les règles LSE, d'autre part. Cela entraînera non seulement la nullité des contrats en cause (art. 2 al. 2 CC et 20 CO), mais exposera en outre la structure et le client aux sanctions pénales de l'art. 39 LSE. Pour ces raisons, nous recommandons de privilégier le portage salarial sous forme de location de services LSE (*cf.* ci-dessous **N [133] ss**).

b) Obligations et responsabilité des parties

[127] Les obligations des parties et leur responsabilité diffèrent selon la relation contractuelle retenue. Dans l'hypothèse d'un contrat de travail entre le porté et la structure¹⁵⁶, les **obligations de la structure vis-à-vis de l'artiste** correspondent à celles de tout employeur, y compris la déclaration de son employé auprès des organismes d'assurances sociales compétents (sur la particularité du versement paritaire des prestations, *cf.* ci-dessus **N [70] et [93]**). Cela peut être délicat pour la structure, lorsque le porté est indépendant, puisqu'avec le portage il n'y a pas de versement paritaire association/artiste (l'artiste supporte en principe seul l'ensemble de ses charges sociales) et cela peut conduire la structure à ne pas respecter ses obligations d'employeur.

[128] Les **obligations de l'artiste vis-à-vis de la structure** consistent au minimum à accepter que les "clients" de l'artiste paient en mains de la structure, cas échéant complétées avec d'autres obligations, telles que faire valider par la structure chaque contrat passé avec les clients, rédiger un rapport mensuel, voire réaliser un chiffre d'affaires minimum. Les obligations de l'artiste et la qualification de son contrat avec la structure (p. ex. contrat de travail) dépendront des circonstances concrètes du cas d'espèce (artiste indépendant avec simple délégation des tâches administratives, ou artiste employé d'une structure contraignante)¹⁵⁷.

[129] Les **obligations des clients vis-à-vis de l'artiste** consistent en l'obligation de payer la prestation aux mains de la structure, outre les obligations qui découlent du contrat conclu avec l'artiste¹⁵⁸.

[130] Les **obligations de la structure vis-à-vis des clients**, notamment sa responsabilité, correspondent à celles de tout employeur. En particulier, la structure de portage sera alors responsable de tout dommage résultant de l'exécution du contrat par ses auxiliaires vis-à-vis des

¹⁵⁵ Cf. le récent Rapport du Conseil fédéral du 27 octobre 2021, Numérisation – Examen d'une flexibilisation dans le droit des assurances sociales (« Flexi-Test »), 31.

¹⁵⁶ En l'absence d'une qualification de contrat de travail, les obligations de la structure sont déterminées par le contrat innomé qui la lie à l'artiste, ou par les dispositions relatives à la stipulation pour autrui ou le mandat (art. 112 et 394 ss CO). C'est alors l'artiste qui est le cocontractant de son client, responsable en cas de dommage découlant de l'exécution du contrat.

¹⁵⁷ FULD/MICHEL, p. 3 et 5 ss.

¹⁵⁸ Pour la question du paiement au porté, *cf.* FULD/MICHEL, p. 4.

clients (art. 101 CO, responsabilité pour auxiliaires)¹⁵⁹. En d'autres termes, la structure est responsable envers les clients de tout dommage causé par l'artiste dans l'accomplissement de son travail (p. ex. retard ou mauvaise exécution de l'artiste vis-à-vis d'un organisateur de concert).

[131] Dans une telle construction, la structure de portage supporte ce risque, alors même qu'elle n'est qu'un employeur « administratif » pour permettre au porté d'être considéré comme « salarié » du point de vue des assurances sociales. Il existe donc un conflit entre deux intérêts majeurs : celui de l'artiste à rester le principal interlocuteur de ses clients tout en étant considéré comme employé pour les assurances sociales, et celui de la structure de portage à ne pas assumer une responsabilité pour une activité sur laquelle elle n'a pas d'influence. Ce conflit peut expliquer le choix des parties de soumettre leur relation à un lien de subordination très développé, ou de se tourner vers la location de services, au sein duquel le bailleur n'est pas responsable des activités du travailleur loué.

[132] **Recommandation** : vu le **conflit précité entre les deux intérêts** (celui de l'artiste à rester le principal interlocuteur de ses clients et celui de la structure à ne pas assumer une responsabilité étendue), il est recommandé de prévoir un lien de subordination développé avec des obligations contractuelles étendues, cas échéant combinées avec une assurance couvrant les risques assumés par la structure (cas échéant, l'État pourrait participer à la prise en charge de l'assurance). Alternativement, il serait intéressant de se tourner vers la location de services LSE, au sein duquel le bailleur n'est pas responsable des activités du travailleur loué (cf. ci-dessous **N [147]**).

2. Le portage salarial sous forme de location de services LSE

a) Qualification de la relation tripartite

[133] Il faut également analyser le portage sous forme de location de services, car l'activité de la société de portage pourrait être qualifiée d'activité soumise à autorisation selon la LSE. La LSE recouvre deux types de prestations (art. 1 let. a LSE) : (i) le placement privé et (ii) la location de services. Il convient donc de définir préalablement ces deux activités, étant précisé que le cumul des deux activités au sein d'une même structure est aussi possible (agence mixte) :

- Le **placement privé** au sens de l'art. 2 LSE consiste pour un « placeur » à mettre en contact employeurs et demandeurs d'emploi aux fins de conclure un contrat de travail ou en vue de représentations artistiques ou de manifestations semblables¹⁶⁰.
- La **location de services** au sens de l'art. 12 LSE consiste pour un « bailleur » à louer les services d'un travailleur à un tiers (entreprise locataire) en abandonnant à celle-ci l'essentiel

¹⁵⁹ Cf. CR CO I-THÉVENOZ, N 8 ad art. 101 CO ; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, N 5 ad art. 101 CO. Précisons que, en cas de responsabilité de la structure, celle-ci pourra ensuite se retourner contre le porté pour tenter de prouver une violation de son obligation de diligence (art. 321e CO).

¹⁶⁰ SECO, FAQ's LSE, Question n°1. Constitue déjà un **acte de mise en contact** soumis à autorisation le fait d'offrir à un demandeur d'emploi ou à un employeur la possibilité de diffuser une offre de services ou une offre d'emploi au moyen d'un moteur de recherche Internet et de permettre ainsi à l'un d'apprendre l'existence de l'autre. Ainsi, un contact purement électronique via un site internet constitue déjà une mise en contact au sens de la LSE (SECO, Directives LSE, p. 14-15). A noter que les activités de *management* ou *booking* d'artistes sont ainsi souvent qualifiées d'activités de placement privé au sens de l'art. 2 LSE, avec la conclusion d'un contrat de placement au sens de l'art. 8 LSE, cf. WENGENDER, N 57 et 111.

de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur. La location de services implique en tous les cas l'existence d'un rapport de travail¹⁶¹.

[134] En l'espèce, la solution de portage envisagée est la création d'une entité qui puisse agir comme organe d'encaissement et employeur d'artistes pour toutes les prestations où ils ne sont pas déjà directement engagés en tant que salariés. Dès lors, elle se rapproche d'une **agence de location de services**, seule hypothèse qui sera analysée ci-dessous (à l'exclusion du placement privé)¹⁶².

[135] Comme pour le portage sous forme contractuelle, le portage sous forme de location de services LSE implique trois parties : (i) le **bailleur** de services (la structure ou coopérative de portage) met à la disposition (ii) d'un **locataire de services** (l'entreprise tierce) les services (iii) de ses **travailleurs** (l'artiste), moyennant rémunération (art. 12 al. 1 LSE)¹⁶³. Il existe plusieurs formes de location de services, soit la mise à disposition du travailleur à titre temporaire (*i.e.* travail limité à une seule mission dans l'entreprise tierce), à titre principal ou occasionnel (art. 27 OSE).

[136] La location de services LSE implique alors l'existence d'un rapport de travail entre la structure de portage et l'artiste, dont l'exécution est cédée à un tiers ainsi qu'un contrat de location de services entre la structure et le tiers¹⁶⁴. Pour qu'il y ait cession des services du travailleur à un tiers, il faut (i) que la structure abandonne une part importante de son pouvoir de diriger ses propres travailleurs à une autre entreprise, (ii) tout en maintenant ses rapports de travail avec les travailleurs en question¹⁶⁵.

[137] Le critère essentiel est l'existence d'un **rapport de subordination** entre le travailleur loué et l'entreprise tierce (lien qui est cédé par le bailleur à l'entreprise tierce pour le temps durant lequel les services du travailleur sont loués)¹⁶⁶. Un tel lien de subordination suppose que l'entreprise tierce ait un **pouvoir de direction et de contrôle** sur le travailleur loué¹⁶⁷, soit un pouvoir de donner des instructions sur les modalités d'exécution du travail et l'intégration travailleur dans son organisation et selon ses horaires¹⁶⁸. L'entreprise tierce doit par ailleurs supporter le **risque commercial** de la

¹⁶¹ SECO, FAQ's LSE, Question n°1.

¹⁶² À noter que si la coopérative pratique également la mise en contact entre artistes et responsables de manifestation (organisateur, direction, etc.), ce qui est juridiquement possible, elle aura également l'obligation d'être au bénéfice d'une autorisation visée à l'art. 2 al. 2 LSE (les conditions d'octroi de cette autorisation sont similaires à celles de l'autorisation relative à la location de services). Le type de contrat (contrat d'entreprise, mandat, contrat de travail) en vertu duquel l'artiste est tenu à une prestation ne joue à cet égard aucun rôle (art. 4 OSE). Au sujet des activités de *management* ou *booking* d'artistes musiciens, cf. WENGNER, N 57 et 111.

¹⁶³ CACJ, ATA/740/2021 du 13 juillet 2021, consid. 5.

¹⁶⁴ SECO, Directives LSE, p. 61. Pour le contrat de location de services, cf. art. 12 LSE et 26 OSE.

¹⁶⁵ SECO, Directives LSE, p. 61 ; CACJ, ATA/535/2020 du 29 mai 2020, consid. 5d.

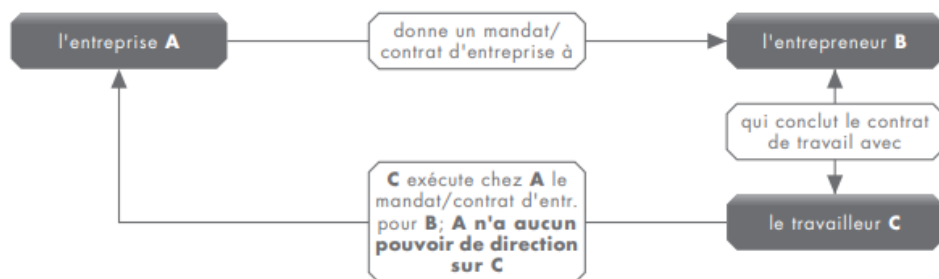
¹⁶⁶ Pour trancher cette question, une analyse des contrats de travail des travailleurs loués, ainsi que des contrats conclus avec les clients est nécessaires. Il convient à cet égard de ne pas se fonder sur les seules déclarations de l'entreprise ou du travailleur, mais bien des éléments déterminants au sein des contrats précités (SECO, Directives LSE, p. 62).

¹⁶⁷ Ce pouvoir peut être partagé avec le bailleur de services. Cf. SECO, Directives LSE, p. 65 ; CACJ, ATA/535/2020 du 29 mai 2020, consid. 5d.

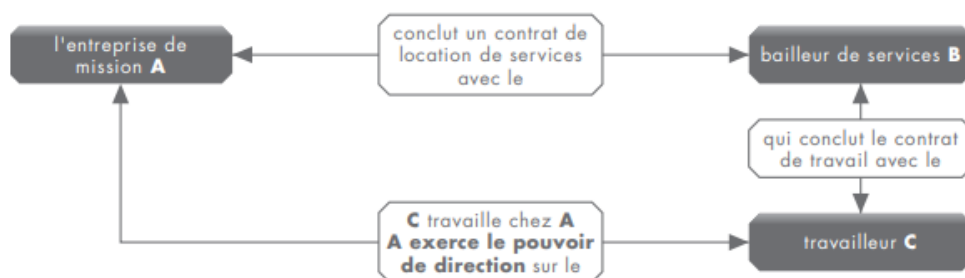
¹⁶⁸ Cf. Arrêt du TF 4A_500/2018 du 11 avril 2019, consid. 4.1 ; CACJ, ATA/535/2020 du 29 mai 2020, consid. 5d. Cf. SECO, Directives LSE, p. 63, précisant que, contrairement au mandataire ou l'entrepreneur, le travailleur ne dispose pas d'une large autonomie dans l'exécution des travaux.

prestation de travailleur, le bailleur de services assumant le seul risque du bon choix du travailleur¹⁶⁹. Enfin, il faut préciser que la durée de la mission et la nature du travail ne jouent aucun rôle dans l'identification du rapport de location de services¹⁷⁰.

[138] Ainsi, selon le SECO, il n'y a **pas de location de services** lorsque l'entreprise tierce **n'a pas de pouvoir de direction** sur le travailleur, par exemple lorsqu'il exécute un contrat de mandat ou d'entreprise. Le rapport juridique qui en résulte ne relève pas de la LSE, mais du seul droit des contrats¹⁷¹. Cette situation peut être schématisée de la manière suivante¹⁷² :



[139] En revanche, il y a **location de services** lorsque l'entreprise de mission à un **pouvoir de direction** sur le travailleur loué. Cette situation peut être schématisée de la manière suivante¹⁷³ :



[140] Avec le portage d'artistes, il peut s'agir de location de services LSE, lorsque l'entreprise tierce exerce un pouvoir de direction et de contrôle sur l'artiste loué, par exemple avec les **artistes intermittents** (cf. ci-dessus N [94] ss). Ceux-ci sont en effet au bénéfice de CDD et intégrés au sein de leur employeur qui détient un pouvoir de direction sur l'artiste (p. ex. théâtre, groupe ou salle de spectacle qui fournit les instructions sur l'exécution du travail, le matériel, fixe les horaires de travail et de représentation). Il en va de même de l'**artiste au bénéfice d'un contrat de travail**, tel que le musicien intégré dans une production, ou celui qui a l'obligation d'obéir aux directives d'ordre musical (tempo, dynamiques, coups d'archet, etc.) ou organisationnel de l'organisateur (programme, lieu et date du concert, horaire et tenue vestimentaire, choix des autres musiciens) (cf. ci-dessus N [51]

¹⁶⁹ SECO, Directives LSE, p. 65 ; CACJ, ATA/535/2020 du 29 mai 2020, consid. 5d.

¹⁷⁰ SECO, Directives LSE, p. 66 ; CACJ, ATA/535/2020 du 29 mai 2020, consid. 5d.

¹⁷¹ SECO, Directives LSE, p. 64 ; CACJ, ATA/535/2020 du 29 mai 2020, consid. 5d.

¹⁷² Schéma tiré des Directives LSE du SECO, p. 62.

¹⁷³ *Ibidem*.

ss). Cela est vrai indépendamment de l'existence d'un véritable « contrat de travail » signé et intitulé comme tel. En revanche, il ne peut y avoir en principe de portage LSE avec l'artiste **indépendant** ou **cumulant les statuts** puisqu'il reste en principe maître de sa clientèle et de son activité (p. ex. le soliste engagé pour un concerto, cf. ci-dessus **N [77] ss** et **[100] ss**). Pour tenter d'inclure ces artistes (indépendants et intermittents) dans le portage, les recommandations suivantes peuvent être faites.

[141] **Recommandation** : le portage est soumis à la LSE uniquement lorsque la structure de portage agit comme employeur d'artistes sur lesquels l'entreprise tierce a un pouvoir de direction, ce qui semble exclure tous les artistes indépendants, voire intermittents. Paradoxalement, en pratique, nous constatons que les autorités tendent à reconnaître le portage salarial LSE indépendamment de la qualification de la prestation de travail. De nombreuses autorisations LSE sont en effet délivrées à des entreprises qui mettent en avant l'indépendance du travailleur loué (appelé parfois « entrepreneur »), par exemple dans le domaine IT, marketing, conseiller/consultant en comptabilité ou en finance¹⁷⁴. La raison de cette pratique (qui nous semble toutefois *contra legem*) est certainement d'éviter l'insécurité juridique du portage salarial sous forme contractuelle et de recourir au régime LSE pour contrôler le portage et éviter les abus.

[142] Cette pratique des autorités pose la question de savoir si les prestations d'artistes sont comparables à celles d'un consultant marketing ou IT. À cet égard, nous rappelons que la loi exige l'existence d'un pouvoir de direction de l'entreprise tierce sur le travailleur loué (la durée de la mission et la nature du travail ne jouant aucun rôle dans l'identification du rapport de location de services, cf. **N [137]**). Dès lors, nous recommandons :

- **Recommandation 1** : de procéder à une **demande d'autorisation LSE** pour la location de services, et ce pour l'ensemble des artistes affiliés à la coopérative¹⁷⁵.
- **Recommandation 2** : de présenter une demande de **constatation de non-assujettissement** aux autorités compétentes avant de procéder à toute activité de portage avec des artistes indépendants¹⁷⁶.
- **Recommandation 3** : d'établir un **cahier des charges de mission entre l'artiste et le client**, tel qu'il est usuel en matière de portage salarial dans d'autres domaines, afin de renforcer le pouvoir de direction de l'entreprise sur l'artiste (p. ex. indépendants), tout en

¹⁷⁴ Sans mentionner d'entreprises en particulier, nous relevons que plusieurs entreprises de portage au bénéfice d'une autorisation LSE (OCE ou SECO) proposent leurs services de portage à des entrepreneurs (p. ex. consultant, freelance) afin de leur faire bénéficier d'un statut et de la sécurité d'un salarié, tout en leur laissant la possibilité d'exercer et de développer leur activité en toute indépendance. Autrement dit, ils proposent des services permettant de combiner liberté d'entreprendre et statut de salarié. Cf. p. ex. CHERDOUDA YASMINE, Le portage salarial en Suisse, 12 juillet 2021 (disponible à : <<https://www.rsm.global/switzerland/fr/news/le-portage-salarial-en-suisse>> [consulté le 03.09.2021]) ; TALERMAN DAVID, Le portage salarial en Suisse, août 2021 (disponible à : <<https://www.travailler-en-suisse.ch/portage-salarial-suisse.html>> [consulté le 03.09.2021]). Cf. également CACJ, ATA/535/2020 du 29 mai 2020.

¹⁷⁵ Il est rappelé qu'une autorisation pour le placement privé d'artistes (agence mixte) doit également être obtenue si la mise en contact entre artistes et organisateurs est pratiquée.

¹⁷⁶ L'autorité est tenue d'édicter une décision de constatation lorsque le bailleur de services potentiel présente une demande en lien avec un cas concret et que les implications de cette décision sont importantes pour lui, l'appréciation de questions juridiques abstraites étant exclues. En d'autres termes, la constatation de l'autorité ne peut se référer qu'à une situation juridique concrète (p. ex. avant de conclure le contrat, l'entreprise de mission réclame du bailleur de services qu'il prouve son non-assujettissement à l'autorisation).

maintenant une grande flexibilité de l'artiste dès lors que ce cahier des charges peut résulter des négociations bilatérales entre artiste et entreprise de mission.

b) Obligations et responsabilité des parties

[143] La location de services est soumise à autorisation lorsqu'elle est exercée de **manière régulière** et dans l'intention de réaliser un **profit** (*i.e.* au moins onze contrats par année et un prix facturé dépassant le coût effectif de la prestation ou un chiffre d'affaires de CHF 100'000) (art. 12 al. 1 *in fine* LSE ; art. 29 OSE)¹⁷⁷.

[144] Parmi les **conditions** à remplir pour l'autorisation¹⁷⁸, le bailleur de services doit notamment : (i) être inscrit au registre du commerce ; (ii) disposer d'un local approprié ; (iii) ne pas exercer d'autres activités professionnelles pouvant nuire aux intérêts des travailleurs ou des entreprises tierces (art. 13 al. 1 LSE)¹⁷⁹. C'est le cas lorsque le bailleur de services pourrait établir un lien avec d'autres affaires commerciales de nature à entraver la liberté de décision de ses clients ou à accroître leur dépendance à son égard en leur imposant des obligations supplémentaires (p. ex. lorsque le bailleur dirige aussi une salle de spectacle ou y travaille) (art. 32 OSE). Un **émolument** est perçu pour l'octroi de l'autorisation (entre CHF 750-1'650) (art. 15 al. 4 LSE ; art. 7 al. 1 OEml-LSE)¹⁸⁰ et des **sûretés** doivent être fournies en garantie des prétentions de salaire découlant de son activité de location de services (d'un montant CHF 50'000 et de CHF 100'000 si l'agence de location de services a mis à disposition d'entreprises locataires plus de 60'000 heures de travail durant l'année civile écoulée) (art. 14 al. 2 LSE ; art. 37 OSE ; art. 6 OEml-LSE)¹⁸¹.

[145] Le **bailleur** doit conclure un contrat de travail écrit avec le travailleur ainsi qu'un contrat de location de services avec l'entreprise tierce, dont le contenu est précisé dans la loi (art. 19 et 22 LSE ; art. 48 ss OSE)¹⁸². En pratique, le contrat avec le travailleur se noue généralement en deux temps : un contrat-cadre fixe les conditions générales de la collaboration future des parties ainsi qu'un contrat de travail (ou contrat de mission) pour une ou plusieurs missions spécifiques¹⁸³. Les effets du contrat-

¹⁷⁷ Outre l'autorisation cantonale, une autorisation du SECO est nécessaire pour louer les services de travailleurs vers l'étranger (art. 12 al. 2 LSE).

¹⁷⁸ L'autorisation est délivrée pour une durée illimitée et donne droit d'exercer la location de services dans l'ensemble de la Suisse (art. 15 al. 1 LSE). La location de services vers l'étranger est soumise à des conditions supplémentaires qui ne sont pas exposées ici.

¹⁷⁹ Les personnes responsables de la gestion doivent en outre être de nationalité suisse ou posséder un permis d'établissement, assurer une location de services satisfaisant aux règles de la profession et jouir d'une bonne réputation (art. 13 al. 2 LSE), en particulier posséder les compétences professionnelles nécessaires au moyen notamment d'un certificat de fin d'apprentissage ou d'une formation équivalente et pouvant se prévaloir d'une expérience professionnelle de plusieurs années (art. 26 OSE).

¹⁸⁰ L'émolument perçu pour l'octroi d'une autorisation de placement privé est d'un montant identique (entre 750 et 1650 francs, en fonction du travail occasionné aux autorités ; art. 1 al. 1 OEml-LSE).

¹⁸¹ Le montant des sûretés est augmenté de CHF 50'000 pour les agences qui pratiquent en sus la location de services à l'étranger (art. 6 al. 3 OEml-LSE).

¹⁸² Parmi les termes prévus on mentionnera que le contrat de travail de durée indéterminée peut être **résilié** par les deux parties moyennant un délai de congé de deux jours au moins durant les trois premiers mois, puis de sept jours au moins entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu (art. 19 al. 4 LSE). A propos des différences entre un contrat de location de services LSE et le contrat de travail (ou d'entreprise) conclu hors LSE, cf. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 319 N 28-33.

¹⁸³ Le contrat-cadre n'est pas un contrat de travail et n'a pas grande portée juridique, puisqu'il n'oblige pas le travailleur à accepter les missions qui lui sont proposées. Les deux parties conservent toute leur liberté tant qu'elles n'ont pas conclu le

cadre sont soumis à la condition suspensive qu'un contrat de mission soit conclu. Ce n'est qu'à ce moment que naissent les obligations essentielles du contrat individuel de travail. Avec la fin de la mission, les prestations ne sont plus dues ; les rapports entre les parties reviennent au *statu quo ante*¹⁸⁴. Le bailleur doit par ailleurs respecter les conventions collectives de travail étendues (CCT étendue), lorsque l'entreprise tierce y est soumise (art. 20 al. 1 LSE)¹⁸⁵ ainsi que la CCT étendue applicable à toute structure au bénéfice d'une autorisation LSE pour une activité principale de location de services¹⁸⁶.

[146] Le **travailleur vis-à-vis de l'entreprise tierce** a un devoir de diligence et d'observation des instructions, étant précisé qu'il n'est lié par un contrat de travail qu'avec le bailleur de services¹⁸⁷. Il répond du dommage qu'il cause dans l'accomplissement de son travail (art. 321e CO), ce en raison d'une relation quasi-contractuelle, qui comporte des éléments analogues à des rapports de travail, du fait de la subordination du travailleur aux directives du locataire de services¹⁸⁸.

[147] Le **bailleur de services vis-à-vis de l'entreprise tierce** a par contre une responsabilité moindre (par comparaison au portage salarial contractuel). Il ne répond pas de l'exécution du travail ou d'éventuels actes illicites du travailleur prêté, puisque ce dernier n'est pas auxiliaire du bailleur de services dans l'exécution des tâches (art. 101 CO), mais locataire de services (art. 321d CO)¹⁸⁹.

[148] Le **bailleur de services s'expose à certaines sanctions** et conséquences en cas de non-respect de ses obligations. Lorsqu'il exerce son activité sans autorisation LSE, le contrat de travail entre le bailleur et le travailleur est considéré comme nul, étant précisé que les deux parties doivent quand même s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail,

second contrat relatif à la mission particulière auprès de l'entreprise tierce « utilisatrice ». En d'autres termes, le travailleur ne peut pas en déduire de droit à un salaire ni à une mission. Cf. Tribunal des prud'hommes du district de La Chaux-de-Fond, arrêt du 29.06.1989, JAR 1991 332, reproduit dans MATILE/ZILLA/STREIT, Commentaire LSE, p. 85.

¹⁸⁴ Tribunal des prud'hommes du district de La Chaux-de-Fond, arrêt du 29.06.1989, JAR 1991 332, reproduit dans MATILE/ZILLA/STREIT, Commentaire LSE, p. 85, précisant que le contrat-cadre reste valable, mais il ne sortira ses effets que lorsqu'une nouvelle mission sera convenue.

¹⁸⁵ Cela concerne en particulier les dispositions de la CCT concernant le salaire, la durée du travail ainsi que, s'ils sont prévus, les frais de formation continue et d'exécution (au prorata de la durée de l'engagement). À Genève, la liste des CCT étendues est disponible à l'adresse suivante : <<https://www.ge.ch/document/conventions-collectives-travail-force-obligatoire>> [consulté le 28.09.2021].

¹⁸⁶ Arrêté du Conseil fédéral étendant le champ d'application de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire, FF 2011 8459. La durée de validité de la CCT, modifiée à plusieurs reprises depuis 2011, a été prorogée en dernière date par l'Arrêté du Conseil fédéral du 25 mai 2021 (FF 2021 1337). Cf. WYLER/HEINZER, p. 187. De nombreuses obligations du bailleur de services sont au sein de cette CTT ; celles-ci ne seront toutefois pas détaillées ici, dès lors que cela dépasserait les limites de la présente étude.

¹⁸⁷ MATILE/ZILLA/STREIT, Commentaire LSE, p. 86, précisant que le travailleur temporaire est à traiter comme un travailleur régulier.

¹⁸⁸ Arrêt du TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006, consid. 7.3.1 ; CACJ, ATA/740/2021 du 13 juillet 2021, consid. 5 ; MATILE/ZILLA/STREIT, Commentaire LSE, p. 86. Cf. aussi TF, 2C.356/2012, consid. 5.3 ; STÖCKLI, recht 2010, p. 140 s. ; BACHMANN, ArBR 2010, p. 74, selon qui la relation « quasi contractuelle » entre le travailleur et l'entreprise tierce repose sur une créance autonome de cette entreprise envers ce travailleur fondée sur l'art. 112 al. 2 CO, de sorte que si l'artiste exécute mal sa prestation, il en répondra sur la base de l'art. 97 CO aussi bien envers le bailleur de service qu'envers l'entreprise tierce.

¹⁸⁹ CACJ, ATA/740/2021 du 13 juillet 2021, consid. 5 ; ATF 91 II 291 consid. 2b ; ACJC/50/2007 du 19 janvier 2007 consid. 3.4. Il est précisé que, si le bailleur de service n'engage pas sa responsabilité du fait d'autrui envers l'entreprise tierce (art. 101 CO), il pourrait néanmoins engager sa responsabilité pour son fait personnel (art. 97 CO), notamment quant aux choix du travailleur et aux instructions qu'il lui donne, cf. JAR 2008, 370 consid. 4.

comme s'il s'agissait d'un contrat valable (art. 16 al. 6 LSE ; art. 320 al. 3 CO). Lorsqu'il procure intentionnellement du travail ou loue des services sans posséder l'autorisation nécessaire, le bailleur s'expose par ailleurs à des sanctions pénales, en particulier à un risque d'amende de CHF 100'000 au maximum (art. 39 al. 1 let. a LSE). L'entreprise tierce s'expose aussi à des sanctions pénales, en particulier un risque d'amende de CHF 40'000 au maximum, lorsqu'il recourt aux services d'un placeur ou d'un bailleur de services qu'il savait ne pas posséder l'autorisation requise.

[149] **Recommandation** : le régime LSE permet une répartition des responsabilités entre l'artiste et la structure de portage qui serait un avantage pour la solution recherchée. De plus, la pratique développée au sein de la location de services (CCT étendue) permet d'accroître la sécurité juridique quant au statut des artistes concernés, et augmentent leur protection au niveau des assurances sociales. Dès lors, il semble intéressant de se tourner vers cette solution. Comme préalable, une demande d'autorisation (ou une décision constatant le non-assujettissement de la structure à la LSE) est toutefois indispensable aux fins de supprimer les risques de sanctions pénales.

3. Risques de qualification d'indépendant par les assurances sociales

[150] Avec la solution de portage (qu'elle soit contractuelle ou LSE), le risque principal est que les autorités des assurances sociales refusent de reconnaître l'activité du porté comme activité dépendante et la qualifient d'activité indépendante. Cet enjeu est important puisque le refus de reconnaître l'activité du porté comme dépendante de salarié peut affecter son droit aux prestations, telles que des allocations de chômage réservées en principe aux salariés au sens de la LACI et des prestations complémentaires familiales réservées à une activité dépendante au sens de la loi sur les prestations complémentaires cantonales (LPCC)¹⁹⁰.

[151] Il est rappelé que la qualification d'activité indépendante ou salariée par les autorités des assurances sociales n'est pas déterminée selon la nature juridique du rapport contractuel entre les parties mais selon les circonstances économiques (*cf.* ci-dessus **N [62] ss**). Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui ne supporte pas de risque économique analogue à celui encouru par l'entrepreneur et dépend de son employeur du point de vue économique ou organisationnel¹⁹¹.

[152] Dans un arrêt du 16 décembre 2019, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice (CJCAS) a considéré que le fait pour une artiste musicienne de déléguer à une association, moyennant rémunération, l'encaissement de ses cachets d'artiste et l'acquittement sur ceux-ci de

¹⁹⁰ rs/GE J 4 25. Selon l'art. 36A al. 1 LPCC, ont droit aux prestations complémentaires familiales les personnes qui, notamment, exercent une activité lucrative salariée. Aux termes de l'art. 36A al. 4 LPCC pour bénéficier des prestations, le taux de l'activité lucrative mentionnée doit être, par année, au minimum de : 40% lorsque le groupe familial comprend une personne adulte et de 90% lorsque le groupe familial comprend deux personnes adultes.

¹⁹¹ Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité ; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006, consid. 2.2; ATF 123 V 162, consid. 1). À noter que le critère de dépendance organisationnelle est plus pertinent que le risque économique pour les activités économiques qui n'exigent pas d'investissements importants ou de faire appel à du personnel (arrêt du TF 9C_364/2013 du 23 septembre 2013, consid. 2.2). TFA, H 231/01 du 24 avril 2002, TFA, H. 188/02 du 14 novembre 2002 ; TFA, H 19/06 du 14 février 2007. Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG Etat : 1^{er} janvier 2012 n°1013.

charges sociales, puis le versement du solde en mains de l'artiste, **ne correspondait pas à une activité salariée**¹⁹².

[153] À l'appui de sa décision, la Cour rappelle qu'il y a activité dépendante lorsque l'assuré fournit un travail dans un délai donné, est économiquement dépendant de l'employeur et intégré dans l'entreprise de celui-ci pendant la durée du travail et ne peut ainsi pratiquement pas exercer d'autre activité lucrative¹⁹³. Tel est le cas lorsqu'un musicien intègre un orchestre, dont la direction donne les instructions artistiques et détermine le revenu en fonction de la durée des répétitions et pendant le concert. En revanche, il y a plutôt une activité indépendante lorsque l'artiste exerce plusieurs activités pour plusieurs sociétés sous son propre nom sans qu'il y ait dépendance à l'égard de celles-ci, qu'il fait une apparition unique lors d'une soirée de gala au bénéfice d'un engagement de courte durée ou que sa personnalité est à ce point mise en avant lors d'une de ses apparitions (quand bien même le musicien s'en tient à une certaine programmation musicale)¹⁹⁴.

[154] En l'espèce, la Cour retient une activité indépendante au motif que l'artiste recherche les mandats et agit en son propre nom et pour son propre compte lors de la réalisation de la prestation. Elle est indépendante d'un point de vue **économique**, puisque sa rémunération est proportionnelle au nombre de contrats. Elle est aussi indépendante d'un point de vue **organisationnel**, puisqu'elle recherche elle-même la clientèle, négocie les conditions de sa prestation, exécute la prestation et exerce son activité professionnelle dans ses propres locaux, son domicile ou les locaux du client.

[155] Pour sa part, la société de portage ne supporte que des frais généraux limités (généralement limités à sa propre organisation administrative) et n'a pas besoin d'opérer des investissements importants permettant la réalisation de la prestation par le porté. Ainsi, même en étant employé de l'association en charge d'encaisser les cachets d'artiste et l'acquittement sur ceux-ci de charges sociales, le porté assumait un risque économique analogue à celui encouru de l'entrepreneur et ne dépendait pas de l'association du point de vue économique ou organisationnel. Partant, à défaut d'activité dépendante du musicien en faveur de l'association, cette dernière n'est ni l'employeur au sens de la LAVS, ni le titulaire de l'obligation de cotiser.

[156] **Recommandation** : vu la notion de salaire (*cf.* ci-dessus **N [116] et [119] ss**), on ne peut exclure que, dans certains cas, les assurances sociales refusent la qualification de salaire, en particulier pour les artistes qui sont engagés pour une représentation unique via un engagement de courte durée et dont la personnalité joue un rôle déterminant dans l'engagement.

[157] Afin de réduire ce risque, il y a certes la possibilité de renforcer le lien de subordination avec les éléments caractéristiques du contrat de travail (p. ex. obligations de rédiger d'un rapport d'activité, de soumettre l'approbation des contrats, de viser certains objectifs, ainsi que la possibilité d'un licenciement, notamment pour non-atteinte des objectifs) (*cf.* recommandation en lien avec la

¹⁹² ATAS/1161/2019 du 16 décembre 2019, consid. 10.

¹⁹³ Les indices en ce sens sont l'existence d'un plan de travail déterminé, la nécessité de faire rapport sur l'état des travaux, ainsi que la dépendance de l'infrastructure sur le lieu de travail ou, en cas d'activité régulière, dans le fait qu'en cas de cessation de ce rapport de travail, il se retrouve dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi (ATAS/1161/2019 du 16 décembre 2019, consid. 9d et les réf. cit.).

¹⁹⁴ ATAS/1161/2019 du 16 décembre 2019, consid. 9d et les réf. cit., telles que l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 28 février 1994, publié in SVR 1994, AHV Nr. 10, consid. 3b ; FREY/MOSIMMAN/BOLLINGER, AHVG/IVG-Kommentar, N 4 ad art. 9 LAVS.

qualification du contrat au sens du droit privé, **N [126]**). Au-delà du renforcement du lien de subordination, il faudrait en outre renforcer la dépendance économique et organisationnelle. La structure pourrait ainsi prendre en charge certains frais (p. ex. assurance de l'artiste pour dommage causé) (**dépendance économique**) et négocier les conditions de la prestation de l'artiste (p. ex. avec des contrats-modèles de représentation), voire fournir d'autres soutiens (p. ex. formations, locaux de répétitions) (**dépendance organisationnelle**).

4. Forme et organisation : vers une « coopérative d'accompagnement »

a) Forme juridique

[158] Une société de portage (ou coopérative d'accompagnement) semble pouvoir revêtir tous types de forme juridique (association, SA, Sàrl, coopératives) qui peuvent être inscrites au registre du commerce (art. 3 al. 1 let. a LSE), étant précisé que les organisations professionnelles et les institutions d'utilité publique ne doivent pas être obligatoirement inscrites au RC (art. 3 al. 4 LSE).

[159] Si le but de la structure de portage est de garder une certaine flexibilité et sur la base de projets existants en matière de gestion collective pour un but commun, la coopérative (ou l'association) semble être une forme juridique pertinente¹⁹⁵.

[160] Avec la coopérative, tout membre (« coopérateur ») doit en principe payer une part sociale, *i.e.* un titre de propriété portant sur le capital de la coopérative et une cotisation annuelle destinée à financer la gestion de la coopérative. Il a droit de vote aux assemblées générales selon le principe « 1 membre = 1 voix ». L'assemblée générale garde la main sur la coopérative, en particulier par l'élection du conseil d'administration.

[161] Comme exemple de modèles de gouvernance, on pourrait s'inspirer des sociétés de gestion de droit d'auteur en raison de leur longue expérience de gestion des droits d'auteur des artistes de toutes disciplines¹⁹⁶. Les sociétés de gestion des droits d'auteur sont des sociétés privées créées par les ayants droit, dont l'objectif est de gérer collectivement les droits d'auteur, soit de faire valoir leurs prérogatives auprès des utilisateurs (art. 40 LDA), en percevant les redevances dues selon le droit d'auteur (art. 46 LDA)¹⁹⁷. Comme structures juridiques, elles sont organisées sous la forme de coopératives (Pro Litteris, SSA, SUISA, Suissimage) ou d'association (Swissperform)¹⁹⁸. Ces structures permettent de remplir les exigences légales, en particulier l'égalité de traitement entre tous les membres, l'accessibilité à tous les titulaires de droits d'auteur (avec le principe de la porte ouverte

¹⁹⁵ Les coopératives sont un exemple de gestion collective pour un but commun partagé entre tous ses membres, inspirées de la théorie des biens communs, selon laquelle la gestion communautaire des ressources communes basée sur une capacité d'auto-organisation est préférable en ce qu'elle conduit à une meilleure production et à un maintien des ressources. Pour des références, cf. BENHAMOU/TRAN (n. 4), 575, et les nombreuses références.

¹⁹⁶ Autre aspect notable des sociétés de gestion, elles ont les caractéristiques recommandées pour la gestion collective, selon la théorie des biens communs : une forme juridique, un objectif clair quant aux biens mis sous gestion, certains droits et obligations sur les biens sous gestion, une ouverture quant à l'adhésion de nouveaux et un processus décisionnel inclusif, une description du mode de répartition des bénéfices, un financement durable. Cf. ODI ; BENHAMOU, RSDA, 2.

¹⁹⁷ CR PI-FEHLBAUM (n. 24), N 3 ad art. 40 LDA ; CR PI-SALVADÉ (n. 24), N 1 ad Intro. art. 40-60 LDA ; URG Kommentar-REHBINDER/VIGANÒ, N 1 ad art. 40 LDA ; MEIER, N 7 ; JEAN CAVALLI, La gestion collective des droits d'auteur exploités sur Internet, in : Internet 2005, 181 ss, rappelant que, historiquement, il s'agissait de syndicats chargés de soutenir leurs membres, d'abord dans leurs tractations avec les théâtres, puis dans le domaine des droits musicaux et la littérature.

¹⁹⁸ Cf. <<http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/repartition/reglements.html>> (29.06.2021).

à tout nouveau membre) et une participation appropriée aux décisions de la société (avec le principe d'un droit de vote d'un membre égal à celui des autres, soit indépendamment de son poids économique)¹⁹⁹.

[162] Au-delà du versement des salaires, la coopérative pourrait émettre des recommandations de tarifs ou entreprendre d'autres actions politiques.

[163] Au niveau géographique et/ou matériel, la coopérative pourrait aussi être créée pour une certaine région et servir principalement les artistes d'une région et/ou pour une certaine discipline artistique. À l'inverse, elle pourrait être globale et servir les artistes au niveau fédéral et/ou être transversale et servir les artistes de toutes les disciplines artistiques. Enfin, cela pourrait se faire de façon séquencée, en créant ou renforçant une ou des structures de portage au niveau local (1^{er} temps), avant de créer une institution faîtière au niveau global, fédéral. L'analyse juridique d'un tel montage n'est pas effectuée ici et devrait faire l'objet d'une analyse complémentaire.

b) Membres responsables de la coopérative

(1) Conditions LSE

[164] S'agissant des responsables de la coopérative, il faudra être attentif à certains points. Parmi les **conditions d'autorisation LSE**, la structure de portage ne doit **pas exercer d'autres activités** pouvant nuire aux intérêts des demandeurs d'emploi ou des employeurs (p. ex. elle ne peut obtenir d'autorisation pour les services de divertissement, si elle dirige un établissement de ce genre ou y travaille). Ainsi, les responsables de la coopérative ne devraient idéalement pas exercer **eux-mêmes d'activités artistiques régulières ou, si tel est le cas**, en répartissant la responsabilité entre de nombreux membres de la coopérative, ce qui permettrait de réduire le risque de « nuire aux intérêts de demandeurs d'emploi ». À ce propos, il est rappelé que les conditions de direction LSE sont assez strictes et devront être remplies (cf. ci-dessus **N [144] ss**).

(2) Le voile de l'association (*Durchgriff*)

[165] Lorsque la structure de portage (ou l'association) est de petite taille (p. ex. l'artiste fondateur et sa structure ne font qu'un) et a été créée dans le (seul) but de toucher des prestations (p. ex. assurances sociales et/ou subventions), se pose la question de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), ou de l'applicabilité de la théorie de la transparence (*Durchgriff*).

[166] La structure de portage organisée sous forme de coopérative ou d'association est une personne morale avec la personnalité juridique, distincte de son fondateur et de ses membres. Or, selon la théorie de la transparence (*Durchgriff*), on ne peut pas s'en tenir dans tous les cas à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société appartient à une même personne. Dans ces cas, on doit admettre que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes et que les rapports de droit lient l'un lient également l'autre. Ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la dualité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes. L'application de la théorie de la transparence suppose donc, tout d'abord, qu'il y ait **identité des personnes conformément à**

¹⁹⁹ Cf. art. 885 CO respectivement art. 67 al. 1 CC, étant précisé que l'association peut déroger au principe d'égalité des votes, en conférant à certains votes plus de poids qu'à d'autres.

la réalité économique, puis que la **dualité soit invoquée de manière abusive**, *i.e.* pour en tirer un avantage injustifié²⁰⁰. En matière associative, cette théorie pourrait notamment être admise lorsque l'association est valablement créée, mais dans le seul but de servir d'intermédiaire afin d'éviter un engagement direct entre le travailleur et l'entreprise locataire de services et d'éluder ainsi les conséquences juridiques en matière d'assurances sociales. En ce cas, il est envisageable de ne pas tenir compte de la structure mise en place et directement imputer une relation contractuelle entre le travailleur (employé) et le locataire de services (employeur) (*Durchgriff*)²⁰¹.

[167] Avec la solution de portage (ou l'approche associative), le seuil pour appliquer la théorie de la transparence ne semble pas atteint. Même avec des structures de petite taille, à supposer qu'il y ait identité de personnes conformément à la réalité économique, on admettra difficilement l'abus de droit, dès lors que l'artiste qui crée sa structure l'utilise à des fins appropriées, par exemple pour employer d'autres artistes ou acquérir du matériel. On peut éventuellement se poser la question de la théorie de la transparence, et donc de l'abus de droit, dans les cas extrêmes où la structure est créée dans le seul but de soustraire l'entreprise locataire de services de ses obligations en tant qu'employeur.

(3) L'artiste organe dirigeant de l'association

[168] Lorsque la structure de portage (ou l'association) est de petite taille (p. ex. l'artiste fondateur et son association ne font qu'un) et/ou que les salariés de la structure dirigent aussi celle-ci se pose aussi la problématique du bénéficiaire également organe dirigeant du point de vue des assurances sociales.

[169] Celui qui fait partie des organes dirigeants (p. ex. président, trésorier, membre du comité) de l'entité qui l'emploie (p. ex. association, fondation, compagnie), se verra en principe refuser le droit au chômage. En effet, n'ont pas droit à l'indemnité chômage « *les personnes qui **fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement** – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise* » (art. 31 al. 3 let. c LACI). Cela **exclut ainsi du droit au chômage toute personne ayant une position assimilable à celle de l'employeur**, *i.e.* exerçant une influence considérable sur les décisions d'une personne morale (p. ex. en raison de son statut d'organe dirigeant au sein d'un comité, de participation financière exerçant une influence sur les décisions de la personne morale). La raison : l'assurance-chômage est une assurance destinée aux travailleurs qui ne peuvent ni déterminer ni influencer la perte de leur emploi²⁰². La caisse de chômage examinera si une personne assurée occupe une position dirigeante ou son pouvoir de décision effectif au sein de la personne morale.

²⁰⁰ ATAS/235/2021 du 17 mars 2021, consid. 3.2.

²⁰¹ GEISER THOMAS, p. 159 considérant que celui faisant partie des organes dirigeants d'une société de petite taille ou unipersonnelle ne peut pas être lié par un contrat de travail avec cette dernière faute de rapport de subordination. Le principe de transparence (*Durchgriff*) est alors une manière de qualifier contractuellement la relation tripartite entre le bailleur de services, le travailleur et le locataire de services (p. 158 ss). Cf. arrêt du TF 9C_459/2011 du 26 janvier 2012, consid. 5.2.

²⁰² Bulletin LACI IC/B12, citant la décision de principe ATF 123 V 234 : « *la jurisprudence relative aux personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur vise non seulement à contrer les abus avérés, mais également à couvrir le risque de versement de l'IC à ces personnes. Un travailleur siégeant au conseil d'administration possède, en vertu de la loi, un pouvoir de décision significatif.* »

[170] **Recommandation** : pour les structures de petite taille, il existe un risque important que les assurances sociales refusent le droit au chômage lorsque l'artiste salarié est également organe dirigeant (p. ex. président, trésorier, membre du comité). Comme pistes de solution, il est envisageable de nommer d'autres personnes au comité de la structure que l'artiste salarié. Comme autre piste de solution, on pourrait plaider une interprétation restrictive de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, en considérant que cet article n'exclut le droit au chômage qu'aux deux conditions cumulatives suivantes : (i) l'artiste influence considérablement les décisions de l'association et (ii) a la qualité de membre d'un organe dirigeant ou de détenteur d'une participation financière. Cela permettrait d'exclure la plupart des cas où un artiste n'est ni au comité d'une association, ni détenteur de participation financière suffisamment significative pour l'influencer. Il s'agit là d'une piste envisagée, sans avoir analysé toute la jurisprudence qui semble pour l'instant très stricte sur cette question et qu'il conviendrait de discuter préalablement avec les caisses pour s'assurer qu'elles adhèrent à cette interprétation restrictive.

c) Le travail sur appel

[171] Les artistes travaillent parfois sous forme de travail sur appel, soit une succession de CDD pour une activité irrégulière (p. ex. dans les arts de la scène, les comédiens ou le personnel technique participant à des spectacles de façon ponctuelle mais répétée)²⁰³. Le travail sur appel est en principe autorisé, à l'exception de cas d'abus de droit, soit lorsque les périodes d'activités se succèdent à intervalles toujours plus courts et que la conclusion de « contrats en chaîne » a pour but d'éluder l'application des dispositions protectrices du travailleur²⁰⁴. Dans ces cas, le juge peut imposer une qualification des contrats successifs en un seul contrat²⁰⁵.

[172] Le travail sur appel peut être de deux types. Le **travail sur appel au sens étroit** permet à l'employeur de faire appel unilatéralement au travailleur, lequel est tenu de répondre aux instructions de l'employeur. Le temps durant lequel l'employé se tient à disposition de l'employeur (temps d'attente) doit être rémunéré à un taux différent que celui de l'activité principale (art. 322 al. 1 CO)²⁰⁶. Le **travail sur appel au sens large** permet au travailleur d'accepter ou refuser librement l'appel de l'employeur, de sorte que l'activité déployée intervient sur la base d'un accord réciproque, dont les conditions sont fréquemment réglées dans un accord-cadre et d'un CDD à chaque fois que le travailleur accepte l'appel de l'employeur²⁰⁷.

²⁰³ Le caractère irrégulier du travail sur appel le différencie du travail à temps partiel, qui se définit comme une activité déployée régulièrement par le travailleur selon un horaire (défini dans le contrat de travail) inférieur à la durée usuelle de travail dans l'entreprise (p. ex. 20, 40 ou 80%).

²⁰⁴ Parmi les dispositions protectrices, on mentionnera le droit au salaire en cas d'empêchement non fautif de travailler (art. 324a et 324b CO), au salaire afférent aux vacances (art. 329d CO), la protection contre les congés, dont les délais de résiliation (art. 335c CO) et l'interdiction pour l'employeur de résilier en temps inopportun (art. 336c CO) et le droit à une indemnité de licenciement à raison de longs rapports de travail (art. 339b CO). Cf. ATF 129 III 618, consid. 6.2 : arrêt du TF 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, consid. 1.3 ; ATF 119 V 46, consid. 1c.

²⁰⁵ Arrêt du TF 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, consid. 1.3 ; ATF 119 V 46, consid. 1c.

²⁰⁶ La rémunération du temps d'attente dépend de l'intensité de la limitation du travailleur dans l'organisation de son temps libre. Elle peut même donner lieu à une suppression totale de l'obligation de rémunération. Arrêt du TF 4A_334/2017 du 4 octobre 2017, consid. 2.2 et 2.3 ; ATF 124 III 249, consid. 3c.

²⁰⁷ Arrêt du TF 4A_334/2017 du 4 octobre 2017, consid. 2.2.

[173] En matière de portage, les missions du porté semblent correspondre au travail sur appel au sens large, puisque le porté peut librement accepter ou refuser les missions. Toutefois, le travail sur appel (par opposition au travail normal) peut être défavorable à l'intermittence. Le gain sur la base duquel se calculent les indemnités chômage (« gain assuré ») est étalé sur une période plus longue qu'une prestation ponctuelle. Par exemple, si deux concerts payés CHF 300 chacun et joués à deux semaines d'intervalle sont considérés comme du travail sur appel, le gain assuré sera calculé comme CHF 600 sur deux semaines. D'un autre côté, le travail sur appel présente certains avantages. Il correspond à une certaine réalité (p. ex. un concert ponctuel nécessite des heures de répétition, déplacements et autres activités les jours précédents le concert) et permet d'ouvrir le droit au chômage plus facilement puisqu'il permet de cotiser sur de longues périodes (p. ex. déclarer les heures de répétition comme revenus). Il s'agit dès lors d'un compromis entre « étaler » son temps de travail sur plusieurs jours et réduire la rémunération, *i.e.* quelle partie d'un concert déclarer comme heures effectives de travail.

[174] Il est enfin précisé que certains domaines artistiques (en particulier les arts de la scène) semblent recourir davantage au **travail sur appel** au sens étroit, puisqu'il permet de mieux protéger les travailleurs en indemnisant le temps d'attente, voire au **CDI à temps partiel**, avec des taux d'occupation certes très faibles (p. ex. 5%), mais correspondant à la régularité des engagements. Comme pour tous les artistes et acteurs culturels, les solutions choisies dépendent fortement des situations personnelles des artistes et de leurs employeurs.

[175] Si la piste du portage salariale était retenue, il s'agira alors de décider entre le compromis du travail sur appel, le travail normal ou des CDI à temps partiel, et ainsi de prévoir des rapports contractuels et effectifs entre le porté et la structure correspondant. Ce point devrait faire l'objet d'une analyse complémentaire si la piste du portage salarial devait être retenue.

C. Autres solutions

[176] Au-delà du portage salarial, d'autres pistes de solutions sont aussi envisageables, étant précisé que l'une n'exclut pas l'autre et qu'elles pourraient être mises en œuvre cumulativement. Il est aussi précisé que la présente analyse propose quelques pistes exploratoires sans prétendre à une analyse approfondie de tous les éléments, de sorte que ces pistes devraient faire l'objet d'une analyse complémentaire si elles devaient être retenues.

1. Formation et sensibilisation

[177] Comme autres pistes de solutions, il serait intéressant de renforcer la formation et la sensibilisation des artistes de différents statuts, par exemple avec des formations sur leurs droits et obligations en matière de protection sociale, sur la comptabilité, l'optimisation des processus administratif, les solutions existantes dans la loi, telles que la prolongation des délais-cadres pour anciens salariés ou les aides aux indépendants LACI.

2. Modification de la LSE

[178] Comme autres pistes de solutions et pour limiter le risque que les autorités ne rejettent la location de service LSE au motif que l'artiste indépendant n'a pas le statut de salarié, il serait intéressant de proposer une modification législative de la LSE, par exemple en intégrant une exception similaire à l'art. 4 OSE. Celle-ci crée une sorte de fiction légale, selon laquelle l'engagement d'un artiste par le biais d'un contrat de travail ou un autre type de contrat est considéré comme un placement privé (il n'existe pas d'exception similaire pour la location de services des artistes). L'idée avec le portage serait d'inclure une exception similaire dans l'OSE, consistant à étendre les contrats d'artistes indépendants comme soumis à la location de services LSE.

3. Améliorer l'indépendance

[179] Comme autres pistes de solutions, il serait intéressant d'améliorer l'indépendance, en particulier la protection sociale, par exemple : (i) flexibiliser l'indépendance, en supprimant l'activité à titre accessoire pour les acteurs culturels, avec un système similaire à l'art. 34d al. 2 LAVS existant pour les salariés, (ii) insister sur le libellé de l'art. 114 al. 2 let. c Cst. (« *les personnes exerçant une activité indépendante peuvent s'assurer à titre facultatif* ») afin qu'il soit davantage concrétisé par les autorités. Si cette piste est pour l'instant hypothétique en tant qu'elle suppose des modifications substantielles, elle correspond en tout état à un besoin puisque certains artistes indépendants voudront certainement garder une indépendance absolue sans devenir des salariés et recourir à des solutions du type portage, étant rappelé qu'en Suisse alémanique le statut d'artistes indépendants semble très présent²⁰⁸.

4. Solution chèque emploi

[180] Comme autres pistes de solutions, il serait intéressant de développer le chèque emploi, en l'adaptant spécifiquement pour les artistes, comme en France par exemple²⁰⁹. En Suisse romande, la solution Chèque service permet aux employeurs de s'inscrire auprès de l'organisme Chèque service. Ce dernier calcule les charges sociales, les facture à l'employeur et les verse aux assurances sociales concernées.

[181] La différence avec le portage salarial est qu'avec Chèque service l'employeur délègue la gestion des assurances sociales à Chèque service, lequel les refacture ensuite à l'employeur, tandis qu'avec le portage salarial l'employeur gère les assurances sociales (et le porté délègue à l'employeur la gestion des assurances sociales). Relevons encore que, dans le formulaire par lequel l'employeur adhère à la solution de Chèque service, l'employeur doit détailler le type de travail effectué, les horaires ainsi que le salaire net qu'il verse à l'employé. Il s'agit donc d'un mandat émanant de l'employeur donné à Chèque service²¹⁰.

²⁰⁸ Cf. note de bas de page 48.

²⁰⁹ P.ex. en France, www.cheque-emploi-spectacle.com/; www.cheque-emploi-spectacle.com/atriste/ (10.10.2021).

²¹⁰ Cf. formulaire art. 4 (« *En adhérent à Chèque service, l'employeur donne une procuration à Chèque service pour remplir et signer, à titre fiduciaire et en son nom, tout document relatif aux assurances sociales découlant de la relation de travail, y compris en ce qui concerne la prévoyance professionnelle* »). Cf. https://www.chequeservice.ch/sites/default/files/form_doc/FORMULAIRE_ADHESION-08_2020_FR.pdf (consulté le 11.10.2021).

III. CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

[182] Les artistes n'ont souvent pas de statut légal clair ni de rémunération convenable, ce qui renforce la précarité de certains artistes. Si plusieurs initiatives visent à renforcer la rémunération des artistes, la question du statut semble encore incertaine, en particulier puisque les initiatives en matière de portage salarial ou l'approche associative très fréquente font l'objet d'une incertitude juridique. Si la solution de portage salarial doit être développée, une mise à jour s'impose.

[183] La **solution de portage salarial** (à travers l'approche associative ou une structure dédiée à ce type de service) semble intéressante en tant qu'elle pourrait faciliter l'accès au statut de salarié et simplifier les démarches administratives liées aux assurances sociales.

[184] Il existe toutefois un **risque** qu'un juge refuse la qualification de salarié, au motif qu'il n'y a pas de lien de subordination et/ou de salaire, voire que la structure a été « simulée » (pour le portage salarial contractuel) et au motif que l'artiste reste maître de sa clientèle sans qu'il n'existe de pouvoir de direction de la structure vis-à-vis de l'artiste (pour le portage salarial LSE). Il existe également un risque que les assurances sociales refusent la qualification de salarié en raison de l'indépendance économique et organisationnelle de l'artiste. Pour **limiter ce risque (sans pouvoir l'exclure)**, il est recommandé de renforcer le lien de subordination entre la structure et l'artiste, en particulier en mettant en place un contrat de travail détaillé comportant différents mécanismes de subordination (cf. ci-dessus **N [117]**). Il est aussi recommandé de renforcer la dépendance économique et organisationnelle de l'artiste vis-à-vis de la structure, en prévoyant que la structure prenne en charge certains frais de l'artiste (p. ex. assurance de l'artiste pour dommage causé) et négocie les conditions de la prestation de l'artiste (p. ex. avec des contrats-modèles de représentation), voire fournisse d'autres soutiens (p. ex. formations, locaux de répétitions).

[185] Le choix entre le portage salarial contractuel et LSE dépendra de différents éléments : le portage salarial contractuel a l'avantage de se passer des formalités administratives LSE et de refléter une certaine pratique du terrain (l'approche associative). Il comporte toutefois d'importants risques juridiques, en particulier il pourrait être considéré comme servant à contourner les limites posées dans les règles sur les assurances sociales d'une part et les règles LSE d'autre part, ce qui entraînerait non seulement la nullité des contrats en cause mais aussi de possibles sanctions LSE. Pour ces raisons, nous recommandons de privilégier le portage salarial LSE. Celui-ci a l'avantage de la sécurité juridique, en particulier grâce à un certain contrôle et un accord préalable des autorités quant à l'activité à travers l'autorisation LSE ainsi qu'une responsabilité limitée de la structure vis-à-vis des activités des artistes.

[186] Au-delà du portage salarial, **d'autres pistes** de solutions sont envisageables, étant précisé que l'une n'exclut pas l'autre et qu'elles pourraient être mises en œuvre cumulativement. En particulier, il s'agirait d'améliorer la sensibilisation et la formation des artistes (p. ex. dans les écoles d'art et la formation continue) ainsi que l'indépendance, en particulier puisque certains artistes voudront assurément garder une indépendance absolue sans recourir au portage et que l'indépendance semble être un statut encore très présent et prisé de nombreux artistes en Suisse.

Genève, le 4 mai 2022

BIBLIOGRAPHIE

ARFI-ELKAÏM DAHLIA, *Les intermittents du spectacle : nouveautés et régime*, publication JDB Avocats, 5 juin 2017. Disponible à : <<https://jdbavocats.com/droit-du-travail/intermittents-spectacle-nouveautes-regime/>> [consulté le 30.08.2021].

BENHAMOU YANIV/TRAN LAURENT, Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité, in : *sic!* 2016, 572 ss.

BENHAMOU YANIV, Intelligence artificielle : Licences libres et gouvernance collective des données à travers l'altruisme des données et les data trusts, *RSDA* 4/2021, 2 ss.

BILLARANT JULIEN, *Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail, Contrat de travail ordinaire, contrats de travail spéciaux, télétravail, location de services, plateformes de travail*, Genève - Zurich - Bâle 2020 (= CERT 14).

BILLARANT JULIEN, *Analyse critique du rapport de subordination au sens large*, in : DUNAND/MAHON (éd.), *Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail*, Centre d'étude des relations du travail, Genève - Zurich - Bâle 2020, p. 53-83 (cité : BILLARANT, *Analyse critique*).

BRECHBÜHL JÜRIG, *Travail au noir et assurances sociales*, in : *Revue de politique économique*, 2-2002.

CEROTTINI ERIC, Collaboration et communications au sens des articles 11 et 12 LTN, in : WYLER RÉMY (éd.), *Panorama en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens*, Berne 2009 (= IDAT 35), p. 455 ss.

CHANSON ESTELLE, *Compatibilité des dispositions de la LTN avec la LPD*, in : WYLER RÉMY (éd.), *Panorama II en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens*, Berne 2012 (= IDAT 38), p. 311 ss.

CHERDOUDA YASMINE, Le portage salarial en Suisse, 12 juillet 2021. Disponible à : <<https://www.rsm.global/switzerland/fr/news/le-portage-salarial-en-suisse>> [consulté le 03.09.2021].

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'encouragement de la culture pour la période 2021 à 2024 (Message culture 2021–2024) du 26 février 2020, FF 2020 3037.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'encouragement de la culture pour la période de 2021 à 2024 (message culture), Rapport explicatif destiné à la consultation du 29 mai 2019.

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 27 octobre 2021, Numérisation – Examen d'une flexibilisation dans le droit des assurances sociales (« Flexi-Test »).

DE WERRA JACQUES/GILLIÉRON PHILIPPE (éd.), *Commentaire Romand – Propriété intellectuelle*, Bâle 2013 (cité : "CR PI-AUTEUR").

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE, SECRÉTARIAT GÉNÉRAL SG-DFE, *Documentation de presse : Loi fédérale sur le travail au noir*, 29 novembre 2007.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APD (DSD), valables dès le 1^{er} janvier 2019, état au 1^{er} janvier 2021 (cité : DSD, 2021).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, Message concernant l'encouragement de la culture pour la période 2021 à 2024 (message culture), Rapport sur les résultats de la consultation.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (éd.), *Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12-39 LSE)*, Genève - Zurich - Bâle 2010.

DUPONT ANNE-SYLVE/MOSER-SZELESS MARGIT (éd.), *Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales*, Bâle 2018 (cité : CR LPGA-AUTEUR).

ECOPLAN, *Protection sociale des acteurs culturels : Sur mandat de Suisse Culture Sociale et de la Fondation suisse pour la culture Pro Helvetia*, Rapport final du 23 juin 2021.

FONDATION INSTITUTION SUPPLÉTIVE LPP, *Règlement de prévoyance, Disposition générales*, valable à partir du 10.01.2021 (cité : Règlement de prévoyance (DG), 2021).

FONDATION INSTITUTION SUPPLÉTIVE LPP, *Règlement de prévoyance, Plan de prévoyance salarié avec plusieurs employeurs*, valable à partir du 10.01.2020 (cité : Règlement de prévoyance (MA), 2020).

FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/KLETT BARBARA/LEUZINGER-NAEF SUSANNE (éd.), *Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts*, Bâle 2020 (cité : BSK ATSG-AUTEUR).

FREY FÉLIX/MOSIMANN HANS-JAKOB/BOLLINGER SUSANNE, *AHVG/IVG Kommentar, Bundesgesetze über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, die Invalidenversicherung und den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) mit weiteren Erlassen*, Zurich 2018.

FULD STÉPHANIE/MICHEL JEAN-TRISTAN, *Le portage salarial : analyse de droit du travail et des assurances sociales suisses*, in : Jusletter du 22 octobre 2012.

GEISER THOMAS, *Arbeitsverhältnisse bei Ein-Mann-juristischen-Personen*, in : Regards croisés sur le droit du travail, Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genève 2015, p. 149 ss.

GEISSBÜHLER GRÉGOIRE, *L'association insolvable : quelles responsabilités ?*, in : HECKENDORN URSCHULER LUKAS/TOPAZ DRUCKMAN KAREN (éd.), *Les difficultés économiques en droit*, Genève - Zurich - Bâle 2015, p. 309 ss.

GRISEL GUILLAUME, *Le trust en Suisse*, Zurich 2020, 3.

HUG PIERRE-ALAIN et al., *Le poids de la culture dans l'économie valaisanne*, Vège 2017.

LEMPEN KARINE/SALEM RACHEL, *Travail domestique en Suisse*, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, DTA 2017 p. 79 ss.

MATILE PIERRE/ZILLA JOSÉ/STREIT DAN, Commentaire de l'art. 19 LSE, in : Dunand/Mahon (éd.), *Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services* (art. 12-39 LSE), Genève - Zurich - Bâle 2010.

MEIER ANNE, *Panorama du droit suisse des contrats de concerts (1^e partie)*, Schweizer Musikzeitung/Revue Musicale Suisse, 4 octobre 2013.

MEIER ANNE, *Panorama du droit suisse des contrats de concerts (4^e partie)*, Schweizer Musikzeitung/Revue Musicale Suisse, 9 janvier 2014.

MEIER DIETER, Vorbemerkungen zu Art. 40–60, in BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI (éd.), *Das neue Urheberrecht: Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 4^{ème} éd., Berne 2020, p. 339 ss.

MOSIMANN PETER, *Der Werk- und Wirkungsbereich im Theaterschaffen*, in : MOSIMANN PETER/RENOLD MARC-ANDRÉ/RASCHÈR ANDREA F.G. (éd.), *Kultur, Kunst, Recht : schweizerisches und internationales Recht*, Bâle 2019.

OFFICE NATIONAL DE SÉCURITÉ SOCIALE/INSTITUTION PUBLIQUE DE SÉCURITÉ SOCIALE, *Instructions administratives aux employeurs ONSS*, Trimestre 2021/2, 27 mai 2021 (cité : *Instructions administratives ONSS 2021/2*).

OPEN DATA INSTITUTE, *Data trusts: lessons from three pilots*, Rapport publié le 15 Avril 2019 <<https://theodi.org/article/odi-data-trusts-report/>> (29.06.2021).

PAYROLL SOLVING, *Le portage salarial en Suisse pour tous*, Guide pratique, septembre 2019. Disponible à : <https://www.payrollsolving.ch/fr/wp-content/uploads/Livre_Blanc_Portage_Salarial_v0919.pdf>.

PERRENOUD MARC/BATAILLE PIERRE, *Comment être musicien ?*, *Figures professionnelles des musiciens ordinaires en France et en Suisse*, SociologieS [En ligne], Dossiers, Identité au travail, identités professionnelles, mis en ligne le 15 novembre 2018 [consulté le 08.09.2021].

PERRENOUD STÉPHANIE/WITZIG AURÉLIEN, *Les indépendants face à la prévoyance professionnelle*, dans : KAHIL-WOLFF HUMMER/WYLER (éd.), *Piliers du droit social, Mélanges en l'honneur de Jacques-André Schneider*, Berne 2019, p. 61 s.

PÔLE EMPLOI SPECTACLE, *Guide : Intermittents du spectacle*, janvier 2020.

PORTMANN WOLFGANG/NEDI RAHEL, *Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing*, in : *Tatsachen - Verfahren - Vollstreckung Festschrift für Isaak Meier*, Zurich 2015, p. 525 ss.

RAMIREZ JOSÉ V. / LATINA JOELLE, *Le poids de l'économie créative et culturelle à Genève*, Genève 2017.

REHBINDER MANFRED/VIGANÒ ADRIANO (éd.), *URG Kommentar*, 3^{ème} éd., Zurich 2008 (cité : URG Kommentar-AUTEUR).

ROSA BRUX, GARAGE, HÉLÈNE MARIÉTHOZ, LAB-OF-ARTS, *Enquête sur les conditions de travail des artistes à Genève*, Genève, juillet 2020.

RUBIN BORIS, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, Genève - Zurich - Bâle 2014.

SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/MEIER ANNE, *La protection sociale des artistes et acteurs culturels en Suisse : Vue globale de la situation actuelle et analyse des possibilités d'action des cantons et des communes*, Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP), 30 novembre 2015.

SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, Les acteurs culturels en droit social : Intermittence, prévoyance professionnelle et assurance-chômage, in : KAHIL-WOLFF BETTINA/PERRENOUD STÉPHANIE (éd.), *Les acteurs culturels en droit social*, Berne 2012 (= IDAT 37), p. 29 ss.

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, Directives et commentaires relatifs à la LSE, l'OSE et la TE-LSE, publiées le 31 octobre 2017 (cité : Directives LSE). Disponible à : <<https://www.arbeit.swiss/se-coalv/fr/home/menue/arbeitsvermittler/private-arbeitsvermittlung-und-personalverleih.html>>.

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, FAQ's LSE, 1 mars 2012.

SUISSECULTURE SOCIALE, *Enquête sur le revenu et la protection sociale des artistes 2016*, 16 Novembre 2016, Zurich.

TALERMAN DAVID, Le portage salarial en Suisse, août 2021. Disponible à : <<https://www.travailler-en-suisse.ch/portage-salarial-suisse.html>> [consulté le 03.09.2021].

TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, *Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Zurich 2016.

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 3^{ème} éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR).

USDAM, Assurances et prévoyance vieillesse pour les musiciens intermittents, 2012. Disponible à <<https://smv.ch/fr/service/assurances-et-prevoyance-vieillesse-pour-les-musiciens-intermittents/>> [consulté le 25.07.2021].

WECKERLE CHRISTOPH / GERIG MANFRED / SÖNDERMANN MICHAËL, *Kreativwirtschaft Schweiz, Daten – Modelle – Szene*, Zurich 2008.

WECKERLE CHRISTOPH / THELER HUBERT, *Dritter Kreativwirtschaftsbericht Zürich*, Zürcher Hochschule der Künste, Zurich 2010.

WENGENER POTO, *Der Werk- und Wirkungsbereich in der Produktion von Popmusik*, in : MOSIMANN PETER/RENOLD MARC-ANDRÉ/RASCHÈR ANDREA F.G. (éd.). *Kultur, Kunst, Recht : schweizerisches und internationales Recht*, Bâle 2019.

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (éd.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 7^{ème} éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-AUTEUR).

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, *Droit du travail*, Berne 2019.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ADEM	Ateliers d'ethnomusicologie
AA	assurance-accidents
AC	assurance-chômage
AFC	autorités fiscales cantonales
AI	assurance-invalidité
APG	allocations pour perte de gain
ARE	allocation d'aide au retour à l'emploi
AVS	assurance-vieillesse et survivants
CCT	convention collective de travail
CDD	contrat de travail de durée déterminée
CDI	contrat de travail de durée indéterminée
CACJ	Chambre administrative de la Cour de justice
CJCAS	Chambre des assurances sociales de la Cour de justice
CIT	Contrat individuel de travail
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
DSD	Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG
FGMC	Fédération Genevoise des Musiques de Création
FRACG	Fédération du Réseau artistique et culturel - Genève
IDS	intermittent du spectacle
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.0)

LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (RS 831.20)
LAM	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (RS 833.1)
LAPG	Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (RS 834.1)
LCulture	Loi genevoise du 16 mai 2013 sur la culture (rs/GE C 3 05)
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1)
LEC	Loi fédérale du 11 décembre 2009 sur l'encouragement de la culture (RS 442.1)
LIAF	Loi genevoise du 15 décembre 2005 sur les indemnités et les aides financières (rs/GE D 1 11)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LSE	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LTN	Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (RS 822.41)
ndbp	note de bas de page
OACI	Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.02)
OEmol-LSE	Ordonnance sur les émoluments, commissions et sûretés prévus par la loi sur le service de l'emploi (RS 823.113)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFC	Office fédéral de la culture
OLEC	Ordonnance du 23 novembre 2011 sur l'encouragement de la culture (RS 442.11)
ORP	Offices régionaux de placement

OSE	Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.111)
RAVS	Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.101)
RCulture	Règlement d'application de la loi sur la culture du 13 mai 2015 (rs/GE C 3 05.01)
RS	Recueil systématique
rs/GE	Recueil systématique genevois
s(s)	et suivant(s)
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
Sonart	Association Suisse de Musique
SUISA	Société suisse pour les droits des auteurs d'œuvres musicales
SSA	Société Suisse des Auteurs
SSRS	Syndicat Suisse Romand du Spectacle
SVA Zurich	<i>Sozialversicherungsanstalt</i> Zurich
TF	Tribunal fédéral
USDAM	Union Suisse des Artistes Musiciens
UTR	Union des Théâtres Romands
Ville	Ville de Genève