



# SÉMINAIRE POLITIQUES DE L'EMPLOI

## INTERACTIONS DE L'ÉCONOMIQUE ET DU JURIDIQUE

# SYNTHÈSE

## DES INTERVENTIONS ET DÉBATS

### - SÉANCE DU 31 MAI 2011 -

Thème de la séance : **Subordination juridique et dépendance économique**

Intervenants :

- **Paul-Henri ANTONMATTÉI**, Professeur à l'université Montpellier 1, Directeur du laboratoire de droit social de l'université Montpellier 1 ;
- **Héloïse PETIT**, Chercheur détachée au Centre d'Etudes de l'Emploi (CEE), Maître de conférences en économie à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne ;
- **Jean-Louis GILLET**, Président de chambre maintenu en activité à la Cour de cassation, Ancien membre de la chambre sociale de la Cour de cassation, Président du Conseil national de l'aide juridique.

Le thème de ce séminaire visait à porter un regard sur la situation d'une catégorie émergente de travailleurs, économiquement dépendants d'un donneur d'ordres auquel ils sont liés par un contrat commercial, mais juridiquement indépendants car non liés par un contrat de travail.

Les activités de ces travailleurs s'organisent autour de différents statuts juridiques (micro-entreprises, auto-entreprises, sous-traitants, portage salarial, franchises...).

Cette « zone grise » interroge à la fois les juristes en droit du travail et de la protection sociale qui souhaitent développer un droit protecteur pour ces travailleurs, et les économistes qui peuvent y voir une forme d'adaptation du marché du travail à un besoin de flexibilité.

Ce paradoxe soulève la question de l'incidence qu'aurait la création d'un droit de la dépendance économique sur l'organisation et le développement de ces activités dépendantes dont le potentiel reste à mesurer.

Il interroge sur le champ qu'il conviendrait de couvrir : travailleurs indépendants, entreprises sous-traitantes, relations interentreprises.

Il pose enfin la question de l'avenir du droit du travail dans ses fonctions de protection et du droit commercial dans ses fonctions de régulation au regard d'un potentiel droit nouveau de l'activité professionnelle et de l'activité économique.

## 1. La première intervention, conduite par le juriste Paul-Henri Antonmattéi, a repris les analyses de son rapport publié en 2008, co-écrit avec Jean-Christophe Sciberras. En se focalisant sur le cas des travailleurs individuels, il a notamment souligné :

- L'importance de l'arrêt Bardou du 6 juillet 1931, qui a conduit à déterminer le périmètre du droit du travail et la qualité de salarié en fonction d'un lien de subordination juridique et non de dépendance économique ;
- Le fait que certaines catégories de travailleurs indépendants en dépendance économique avaient progressivement été intégrées dans le Livre 7 du code du travail consacrée aux « dispositions applicables à certaines professions et activités » (journalistes, professions du spectacle, de la mode, gérants de succursales, etc.), mais

qu'une frange de cette population demeurerait sans protection.

Certains travaux récents en recherche juridique proposeraient de marier les deux concepts (subordination juridique et dépendance économique) pour reconnaître la qualification de salarié.

Dans son rapport, Paul-Henri Antonmattéi propose une solution alternative. Il vise un double objectif : réfléchir à la manière d'offrir des garanties et des protections à certains travailleurs indépendants parmi les 2 millions qui seraient répertoriés en France ; étudier les moyens de rendre plus sûr l'emploi et la situation juridique des travailleurs indépendants lorsqu'ils sont en situation de dépendance économique.

Sur la base des travaux existants, notamment les rapports Perulli et Supiot, et des exemples étrangers (Italie, Espagne, Allemagne, Royaume-Uni), il propose la création d'une nouvelle catégorie juridique sans modifier la frontière entre salariés et travailleurs indépendants : le statut de travailleur économiquement dépendant.

La définition de la dépendance économique répondrait à trois critères :

- Réalisation d'au moins 50% du chiffre d'affaires pour un même donneur d'ordres ;
- Durée minimale de la relation contractuelle de deux mois ;
- Réorganisation de la structure de production par rapport aux exigences du donneur d'ordres.

L'enjeu principal de la création de cette nouvelle catégorie juridique serait de construire un régime protecteur pour les travailleurs économiquement dépendants, afin de leur garantir une protection « à trois étages» :

1. Des droits liés à la dépendance économique sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi (droit de grève, droit à la représentation collective par des syndicats de travailleurs indépendants, etc.) ;
2. Des droits garantis par la loi : droit à la protection de la santé et de la sécurité au travail, droit au repos quotidien et hebdomadaire, droit à des indemnités forfaitaires en cas de rupture du contrat commercial et obligation de motivation de cette rupture ;

3. Des droits qui pourraient être accordés conventionnellement.

Paul-Henri Antonmattéi propose d'emprunter la voie conventionnelle pour élaborer ce régime général du travailleur économiquement dépendant : une négociation collective interprofessionnelle pourrait être relayée par une intervention législative, tout en laissant des marges de liberté à la négociation collective professionnelle. Il souligne qu'il reste toutefois à identifier les organisations syndicales susceptibles de négocier au nom des travailleurs économiquement dépendants.

## 2. La deuxième intervention, conduite par l'économiste Héloïse Petit , a porté un triple regard d'économiste sur la notion de « travailleur économiquement dépendant » (TED):

1/ Du point de vue de l'économie classique, l'opposition entre salarié et entrepreneur trouve sa justification dans le différentiel d'aversion au risque. Le contrat de travail permet au salarié, averse au risque, de mettre à disposition sa force de travail en contrepartie d'une rémunération fixe, alors que l'entrepreneur neutre au risque perçoit le profit. Il y a donc une dualité entre risques et profit.

Le travailleur économiquement dépendant (TED) assumerait, quant à lui, le risque mais n'en aurait pas toutes les contreparties, notamment en termes de profit (par un mécanisme de pression sur les prix par le donneur d'ordres notamment). Le profit apparaît alors comme un élément de qualification. Ainsi, certaines études montrent que les entreprises dépendantes ont, en moyenne, un profit inférieur aux autres.

2/ De manière empirique, même si les travaux économiques sur les formes juridiques sont peu nombreux, il est possible d'estimer le nombre de personnes potentiellement touchées par la création d'un nouveau statut de TED.

- En croisant les données sur les entreprises individuelles de l'ACOSS et celles

du répertoire SIRENE, on peut estimer autour de 1,5 million le nombre de travailleurs indépendants qui travaillent seuls (ce qui représente 57% des entreprises et 5,8% de l'emploi total). Ce chiffre apparaît relativement stable depuis 1998.

Il s'agit surtout d'activités de services où le poids des donneurs d'ordres dans l'organisation productive est difficilement observable (moins d'investissements productifs par rapport au secteur industriel). Ce constat renforce l'idée selon laquelle le différentiel de profit pourrait être un meilleur indicateur de la dépendance économique que celui de la réorganisation productive suggéré par Paul-Henri Antonmattéi.

- En utilisant l'enquête SINE, seule enquête qui permette de suivre les entreprises au cours du temps, on peut évaluer le poids de la sous-traitance parmi les entreprises nouvellement créées. Selon cette enquête, 10% des entreprises suivies déclarent avoir une activité de sous-traitance reçue en activité principale, ce qui peut constituer une approximation de la situation de dépendance économique. Ce phénomène est en outre stable dans le temps, et on observe que les chances de survie sont les mêmes, que l'entreprise nouvellement créée fasse de la sous-traitance ou pas.

- On obtient donc une population cible de TED autour de 150 000 travailleurs économiquement dépendants, soit 0,6% de l'emploi total.

Selon l'économiste, créer une nouvelle catégorie pour protéger mieux ces travailleurs comporte plusieurs difficultés : la situation de dépendance peut être ponctuelle, ce qui rend difficile l'arbitrage entre une protection spécifique et la protection des travailleurs indépendants ; ce nouveau champ pourrait constituer un « appel d'air » conduisant à davantage d'externalisation du salariat avec un fort risque de précarisation des travailleurs (Cf. cas de l'Italie, où le nouveau statut de parasubordination a été détourné par des stratégies d'acteurs) ; le critère de spécificité de l'appareil de production est difficilement applicable dans le secteur des services.

Enfin, pourquoi le droit existant ne suffirait pas à faire face aux cas d'abus ? Jusqu'à maintenant, le droit français traitait cette « zone grise » en la rabattant, si nécessaire, vers le salariat, soit par assimilation au salariat, soit par extension des frontières du

salariat (cf. Livre 7 du code du travail). Pourquoi n'est-il pas suffisant de continuer de fonctionner par exceptions ? Cela rejoint une réflexion récente d'Adalberto Perulli, selon lequel, s'il n'existe pas de parasubordination en France, alors qu'elle existe dans de nombreux autres pays européens, c'est que la France « dispose de bons mécanismes d'assimilation des indépendants vulnérables ». Finalement, la pertinence de l'instauration d'une nouvelle catégorie juridique dans le droit français reste discutable.

3/ Sous l'angle des relations interentreprises, la question des travailleurs économiquement dépendants (sous-traitance individuelle) est à rapprocher de celle des autres sous-traitants (sous-traitance collective). Plusieurs arguments sous-tendent l'idée d'associer les profils de sous-traitants individuels et collectifs dans la définition d'un droit compensatoire :

- La notion de dépendance est la même dans les deux cas (mêmes critères de chiffre d'affaires, de durabilité, et du poids du donneur d'ordres sur l'organisation productive) ;
- Cela permet de fonder sur une base plus large l'approfondissement de la notion de dépendance (critère de profitabilité), et, éventuellement, de rendre plus légitime une éventuelle proposition de qualification de la dépendance à travers le niveau de profit et l'hypothèse de contrainte sur les niveaux de profit ;
- Plus largement, les questions soulevées par la dépendance interentreprises sont celles de la déstabilisation des frontières de l'entreprise. Comprendre le problème de façon globale est un moyen de s'assurer d'en comprendre la teneur et la portée dans son ensemble ;
- Une partie des réponses à apporter à ces situations de dépendance sont communes (intégration des seuils de repos obligatoire, mise à contribution du donneur d'ordres à la formation professionnelle, constitution d'unités de négociation collective).

Il s'agit donc davantage de rendre effectifs des dispositifs juridiques existants plutôt que d'en instaurer de nouveaux. La dépendance interentreprises est un enjeu de taille qu'il ne faudrait pas uniquement aborder du point de vue du travailleur individuel. La catégorie de

travailleurs économiquement dépendants est encore trop marginale pour qu'il soit pertinent de créer un statut juridique sur-mesure, intermédiaire entre le salariat et l'entreprise. Sans nier le problème, la question pourrait être traitée plus largement quant à la définition de la qualification de la dépendance, individuelle et collective, et la protection des travailleurs concernés.

### **3. La troisième intervention, conduite par Jean-Louis Gillet, a permis de confronter le sujet à l'expérience du juge, qui, s'il y a subordination avérée, peut requalifier le contrat commercial en contrat de travail salarié.**

Pour le juge, familier de la prise en compte de formes variées d'inégalités, la subordination juridique est une notion de droit, quand la dépendance économique est un pur état de fait. Toutefois, subordination et dépendance sont pour lui des données qui offrent un terrain d'action.

En tant que garant de l'égalité et de l'équilibre, le juge a tenté de définir la notion de dépendance en s'intéressant, notamment, au rapport d'inégalité pour qualifier le lien de subordination. Cette requalification peut s'opérer, par exemple, sur la base de la rupture du contrat (cas des franchisés), qui peut être assimilée à un licenciement de salarié. D'une manière générale, le juge procède par tâtonnement, en ayant recours à des présomptions pour qualifier la dépendance.

La jurisprudence, tout en exigeant que les juges recherchent des éléments constitutifs de la subordination, est très hésitante quant à savoir si cette recherche peut ou non se faire par des constatations souveraines. Toutefois, il apparaît que la reconnaissance ou le rejet de la subordination devient extrêmement perméable à l'influence souterraine d'une dépendance économique qui ne s'avoue pas.

Se pose alors la question de l'opportunité de mettre en place une protection juridique spécifique, dont il reste à définir les modalités et les contours. Si certaines situations sont claires et montrent que la subordination juridique est soutenue par une dépendance économique manifeste, certaines situations posent problème : subordination apparente sans dépendance (érection en employeur de quelqu'un qui ne doit pas l'être car il ne peut pas socialement en assumer les conséquences, ou déguisement en salarié de quelqu'un qui en réalité dirige tout en profitant d'avantages destinés à ceux qui obéissent), et surtout la dépendance sans la subordination, qui livre sur un marché parfois très dur un travailleur non protégé par le droit.

Cette refonte des rapports individuels de l'activité productrice devra s'accompagner d'une ébauche de nouveaux rapports collectifs, avec ce qu'ils impliquent en termes de négociations et de représentativité et, pour les juges, de nouveaux principes et schémas procéduraux.

#### 4. Synthèse – Partie « Débats et échanges avec la salle ».

Les échanges avec la salle ont principalement commenté les différences de points de vue ressortant des interventions, en particulier :

Sur les critères permettant de cerner la population des travailleurs indépendants économiquement dépendants, outre les éléments relatifs à la part du chiffre d'affaires réalisé pour un seul donneur d'ordres, la faible marge de manœuvre dont disposeraient ces travailleurs dans la négociation du prix de leur prestation pourrait être l'élément le plus pertinent pour les caractériser. Il semblerait, en effet, que ces travailleurs réalisent moins de profits que les autres.

Sur les formes d'emploi à prendre en compte, le débat a porté sur certaines formes particulières, notamment les relations triangulaires de travail (cas du portage salarial, pour lequel le choix a été celui du contrat de travail, sans réflexion autour de la pertinence de ce choix), ou les dirigeants de filiales qui s'avèrent être de fait des quasi salariés. A l'inverse, certains dirigeants sociaux bénéficient

de la protection du salarié alors que leur autonomie est forte et leur mission orientée vers le service des actionnaires. De ce point de vue, la solution serait d'interdire le cumul du mandat et du contrat, car du fait de la tendance extensive du salariat, la protection du droit du travail profite de fait à des salariés en situation de pouvoir.

Sur l'idée d'un statut nouveau, la question des exemples étrangers et des enseignements que l'on peut en tirer a été posée. L'idée de codifier les « zones grises » dont l'économie semble avoir besoin pourrait conduire à ce qu'elles se recréent ailleurs. Dans ce cas, certains considèrent que les outils existants sont suffisants. Une autre piste serait de s'orienter non pas vers un nouveau statut, mais vers la qualification de l'activité, d'où l'idée d'un « droit de l'activité professionnelle » qui dépasserait les clivages statutaires des agents. Dans une telle perspective, la pertinence du maintien d'un droit de la fonction publique distinct du droit du travail a également été posée puisque le concept d'activité professionnelle primerait sur celui du statut. Le « droit de l'activité professionnelle » offrirait une réponse à la fois à ces travailleurs jugés insuffisamment protégés, et aux besoins de l'économie en matière de flexibilité. L'impulsion de la démarche pourrait s'envisager au niveau national, en y associant les partenaires sociaux, ou venir de l'échelon européen, dans une perspective d'harmonisation des politiques de l'emploi et de fluidité du marché du travail.

Pour toute information complémentaire, rendez-vous sur le site Internet de la DG Trésor : <http://www.tresor.bercy.gouv.fr/evenements/0910emploi.htm>