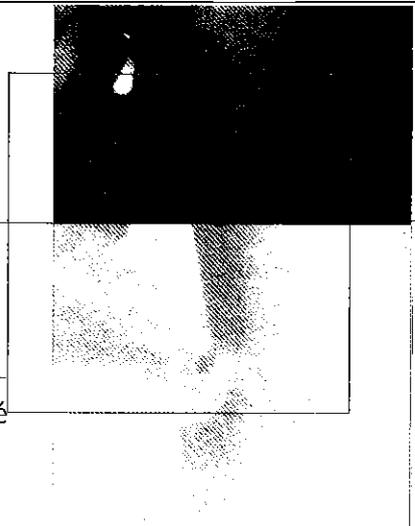


Jacques Barthélémy explique pourquoi il faut on finir avec la culture des maîtres de forges et comment le droit de l'activité professionnelle, intimement lié au droit de l'activité économique, peut dépasser en le magnifiant le droit du travail.



## Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle

### *Mutations du travail*

Les mutations du travail, à la fois inspirées et rendues possibles par les progrès des nouvelles technologies de l'information et de la communication, font que, malgré une définition jurisprudentielle nouvelle de la notion de subordination juridique, la frontière entre salarié et indépendant devient de plus en plus floue. Pour les mêmes raisons transparait de manière de plus en plus nette que le bloc des salariés n'est pas homogène, pas davantage que celui des indépendants. De ceci, le contenu des apartés de avril porte témoignage.

### *Parasubordination*

Le concept de parasubordination peut, du fait de ce qui précède, quitter les rives de la seule préoccupation abstraite, théorique. Il peut servir à identifier une catégorie de travailleurs, celle du professionnel parasubordonné, conçue comme intermédiaire entre celle des salariés et celle des indépendants. Si une telle catégorie est mise en évidence, elle mord inévitablement sur celle des indépendants. C'est ainsi qu'elle a pris corps dans la législation de certains Etats, tels l'Italie. Ce concept de parasubordination peut

aussi – telle est notre ambition pour lui – conduire à séparer du corps des travailleurs soumis au Code du travail ceux des salariés en état d'indépendance technique et/ou bénéficiant statutairement ou contractuellement d'un degré très élevé d'autonomie au plan des conditions de travail. Les développements des apartés de mai tournaient autour des idées exprimées dans ce paragraphe.

Identifier le professionnel parasubordonné par une catégorie intermédiaire entre salariés et indépendants est certes séduisant, ne serait-ce qu'eu égard à la possibilité de loger dans cette catégorie les travailleurs entrant dans le champ de la partie VII du Code du travail. Ceci est d'autant plus séduisant que s'ils ont été intégrés dans le Code du travail, c'est en considération d'une culture visant à favoriser une tendance expansive du salariat, elle-même se justifiant à une époque où les travailleurs indépendants ne bénéficiaient pas d'un niveau suffisant de protection sociale. D'où du reste l'article L. 311-3 du Code de la sécurité sociale, en quelque sorte pendant de la partie VII du Code du travail, lequel fait ainsi entrer dans la catégorie des salariés des travailleurs ne se trouvant pas ■ ■ ■



**Par Jacques Barthélémy**  
Avocat conseil en droit social  
Ancien Professeur associé à la  
Faculté de droit de Montpellier  
Créateur du Cabinet Jacques  
Barthélémy et associés

nécessairement en état de subordination juridique à l'égard d'un employeur.

Ceci étant, la création d'une telle catégorie intermédiaire présente un inconvénient sérieux. Celui de remplacer une frontière floue par deux qui le seront tout autant ; qui le seront même sans doute davantage dans la mesure où le fondement de la différence ne sera pas, comme l'est la subordination juridique pour la distinction entre salariés et indépendants, une fonction ou une profession, mais un type de relations avec le donneur d'ordres. Certes, ce qui précède doit être nuancé dès lors que ce sont déjà des éléments de fait qui permettent la présomption de non-salariat imaginée par le Code du travail. Cette présomption – introduite par la loi *Madelin* – est simple, la preuve contraire pouvant être apportée au vu d'un état de subordination juridique permanente.

### *Droit de l'activité professionnelle*

Voilà pourquoi l'investigation sur le concept de parasubordination doit être plus ambitieuse que celle de donner naissance à une catégorie intermédiaire entre salariés et indépendants. L'objet du présent aparté sera de tenter de démontrer qu'il peut être le catalyseur de l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle.

A cet effet, il sera successivement traité de l'identification de ce droit, puis de son architecture. A une époque où le droit du travail, conçu par et pour la civilisation de l'usine, devient de plus en plus inadapté aux relations nouvelles de travail qui naissent de la civilisation du savoir initiée par les progrès des TIC, une réflexion sur le droit de l'activité professionnelle peut s'avérer utile. Ceci d'autant que, s'il est concevable que ce droit nouveau transcende le droit du travail, il ne peut se contenter d'en limiter l'ambition à seulement s'intéresser au « mineur social » qu'il convient de continuer à protéger, y compris contre lui-même.

### Identification du droit de l'activité professionnelle

Le postulat sur lequel est susceptible de prospérer un droit de l'activité professionnelle, c'est qu'il concerne tous les travailleurs. Il est dès lors mis fin à l'existence de deux blocs, celui des salariés et celui des indépendants. Une telle investigation ne peut que sortir renforcée du constat du passage progressif du droit de l'entreprise à celui de l'activité économique. Si le droit du travail ne se résume pas à être une des disciplines du droit de l'entreprise, une liaison entre les deux existe.

### Droit regroupant tous les travailleurs

Dès lors que, partant du constat du caractère dépassé de la division des travailleurs en deux blocs, celui des salariés et celui des indépendants, on entend mettre en exergue l'intérêt d'un droit œcuménique des travailleurs, on est contraint d'investir non seulement le droit social dans sa double composante, celui du travail et celui de la protection sociale, mais aussi le droit de la consommation. On voit d'ailleurs que, s'agissant de la protection sociale, les deux disciplines cohabitent comme c'est le cas s'agissant du droit des garanties collectives de prévoyance, objet du deuxième pilier. On est même tenté d'opérer une distinction entre salariés et indépendants à partir de l'existence ou non d'un patrimoine professionnel. Dans la conception classique du monde du travail, héritée de la civilisation de l'usine, le salarié est celui qui loue sa force de travail au détenteur des moyens de production. Cet élément a donc un intérêt non négligeable. Les choses sont moins simples dans la civilisation du savoir. Au demeurant, on n'y opposera moins patrons et salariés que seniors et juniors sur le fondement d'un différentiel de savoir et de savoir-faire. Par ailleurs, le professionnel autonome, travailleur

indépendant, ne dispose pas d'un véritable patrimoine professionnel. Une voiture, un ordinateur et un téléphone portable suffisent. Les locaux sont d'autant moins nécessaires que l'auto-entrepreneur est par nature nomade. Et puis des salariés peuvent aussi être possesseurs d'outils nécessaires au travail. Le portable et l'ordinateur sont souvent leur propriété. Cela commence du reste à poser problème s'agissant, notamment, de leur prise en compte ou non dans les revenus professionnels, spécialement au plan des droits fiscal et de la sécurité sociale.

### Définition du professionnel

Il n'existe pas de définition légale de l'activité professionnelle. En doctrine, on a donné une définition de la profession d'une personne comme étant « l'activité qu'elle exerce d'une manière habituelle en vue d'en tirer un revenu lui permettant de vivre »<sup>(1)</sup>. On a, en jurisprudence, défini le bénévole – ce qui conduit à donner une définition négative de l'activité professionnelle – comme une activité exercée par une personne physique pour sa seule satisfaction personnelle et sans aucune contrepartie financière, en tous cas lucrative. Le bénévolat n'est pas incompatible avec la perception, dans certaines limites, d'une rémunération. C'est ainsi que les dirigeants d'associations soumises à la forme juridique prévue par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 peuvent percevoir des sommes en contrepartie de leur activité, sans que celle-ci soit pour autant qualifiable de professionnelle. Il est vrai que, ici, c'est la loi qui le prévoit expressément et cela ne vaut que pour le droit fiscal, pas pour celui de la sécurité sociale.

Une activité d'entraide ou d'extra ou d'apport exceptionnel d'affaires, qui se concrétise par une rémunération directe ou indirecte en espèces ou en nature, n'a pas pour autant la qualification de professionnelle, mais les niveaux de revenus

en résultant, étant modestes, ne permettent pas, pour reprendre la définition ci-dessus, de vivre. De même, des remboursements de frais exposés par l'exercice d'une activité ne concrétisent pas une rémunération.

L'absence de toute rémunération n'induit pas automatiquement que la qualification d'activité professionnelle soit à écarter. C'est particulièrement net si l'activité est concrétisée par un état de subordination juridique à l'égard d'un donneur d'ordres. La notion de contrat de travail étant d'ordre public, des éléments de fait attestant d'un état de subordination juridique vont entraîner la qualification de contrat de travail, donc d'activité professionnelle. Ainsi, les bénévoles de la *Croix Rouge Française* ont-ils obtenu que leur relation avec cette ONG soit qualifiée de contrat de travail, ce qui leur a indirectement donné accès au Smic<sup>(2)</sup>.

### Droit unique, mais statuts contrastés

L'intérêt d'un droit de l'activité professionnelle tient pour une large part dans le caractère dépassé de la division en deux blocs, ceci d'autant que ni l'un ni l'autre ne sont homogènes. Par ailleurs, l'activité professionnelle est aisément identifiable par le fait qu'elle procure des revenus permettant de vivre.

Pour autant, cela ne peut conduire à gommer toutes les différences. Mais celles-ci ne vont avoir comme conséquence que de recourir à des instruments différents pour concrétiser la protection dont tel ou tel aura besoin eu égard à la réalité concrète du déséquilibre de ses relations avec son cocontractant, le donneur d'ordres.

### Champ d'application du droit de l'activité professionnelle

Au vu de ce qui précède, le droit de l'activité professionnelle concerne tous les travail- ■ ■ ■

(1) J. Savatier, « Contributions à une étude juridique de la profession », « *Mélanges Hamel* », panel de conférences d'agrégation, étude du droit commercial, p. 7. (2) Cass. soc., 19 janv. 2002, n° 99-42.697.



leurs, du plus subordonné au réellement indépendant, mais à l'intérieur de cet ensemble des « statuts » distincts naissent, d'un côté d'un degré d'autonomie, donc de responsabilités, d'un autre côté de la capacité plus ou moins grande du contrat individuel à faire la loi des parties. On va donc du travailleur en état de totale dépendance économique et de subordination juridique à l'égard d'un employeur qui lui procure la totalité de ses revenus, au travailleur indépendant juridiquement, ce qui suppose qu'il définisse lui-même ses conditions de travail ou que celles-ci soient contractualisées, mais aussi indépendant économiquement, ce qui n'est concevable que si le montant des revenus professionnels tirés de la relation avec le même fournisseur ou le même client ou le même donneur d'ordres ne sont pas tels que le refus de contracter aux conditions fixées par l'autre partie soit de fait impossible en raison de son impact sur l'existence même de l'activité, ce qui ne peut qu'altérer la volonté.

### *Statuts différenciés*

Au vu des éléments ci-dessus, on perçoit des degrés dans l'autonomie. Mais tandis que l'opposition entre les deux blocs conduit à des césures franches, le passage d'un niveau de protection à un autre peut être très progressif et cela est de nature à justifier des solutions adaptées à chaque situation particulière. D'où un progrès, car cela permet d'abandonner une conception technicienne du droit pour un droit vivant, lui-même inspiré d'une approche organisationnelle.

### *Parade à la complexité*

Surgit immédiatement une critique, celle de complexifier les choses en remplaçant deux statuts par une succession de situations différentes, le passage de l'une à l'autre se faisant insensiblement.

Cela peut alors déboucher sur de l'insécurité juridique, donc sur une judiciarisation excès-

sive des rapports de travail. Ce risque doit cependant être relativisé.

D'une part, dans un tel univers, la place du contrat est nécessairement plus grande. Or, il a vocation à faire la loi des parties pour peu que l'équilibre entre elles et leur comportement de bonne foi soient effectifs. C'est alors à l'arsenal procédural qu'il faut confier le soin de concrétiser la protection nécessaire eu égard à une situation particulière. Si les règles de conclusion, de révision, de rupture propres à telle situation ne sont pas respectées, la nullité de l'acte contractuel est une sanction suffisamment dissuasive pour qu'on déploie des stratégies préventives.

D'autre part, même si l'on quitte les rives d'une approche manichéenne fondée sur l'existence de deux blocs et l'homogénéité de chacun d'eux, cela ne signifie pas qu'il y aura autant de niveaux de protection que de situations concrètes. En s'appuyant sur les éléments déterminants susceptibles de donner naissance à des niveaux d'autonomie différents, on peut identifier quelques statuts intermédiaires entre celui du « mineur social » qu'il faut protéger y compris contre lui-même dès lors que sa volonté est suspecte et celui de l'entrepreneur assumant pleinement le risque économique parce que capable de peser sur le poids relatif de chaque cocontractant. C'est là que le concept de parasubordination prend toute sa puissance. Il permet en effet d'être le catalyseur de ces distinctions, donc du glissement du droit du travail vers celui de l'activité professionnelle.

### *Nouveau rôle de la négociation collective*

Ainsi, bien qu'en état de subordination juridique au plan des conditions de travail, le professionnel indépendant techniquement peut négocier son contrat et sa révision avec son employeur de sorte qu'il puisse faire réellement et seul la loi des parties, pour peu que soient mises en place les règles de sa conduite. Le contenu du tissu conventionnel peut dès lors

changer. Il n'y a plus nécessité qu'il fixe des avantages, c'est-à-dire des normes plus favorables que celles émanant du tissu réglementaire. Il faut par contre qu'il établisse un processus de négociation, par exemple sous la forme d'obligation pour le cocontractant de présenter un précontrat, de fournir des informations précises sur le contexte, de permettre l'assistance pendant les négociations... et d'instaurer, suite à la signature, un délai de rétractation. Ce changement radical met par contre en lumière les normes qui doivent demeurer impératives parce que d'ordre public au sens civiliste du terme. Par exemple, ce qui a trait à la protection de la santé et qui doit subsister même lorsque le degré très élevé d'autonomie induit la non-application d'une partie de la réglementation du travail, conséquence de l'impossibilité, par l'employeur, de contrôler sans remettre en cause indirectement l'autonomie. Cet exemple est intéressant car il met en lumière que le maintien en deux blocs des travailleurs débouche sur des aberrations. Ainsi, en sortant les cadres dirigeants (dont la définition est imprécise, même si elle s'appuie sur un degré élevé d'autonomie) de la réglementation de la durée du travail, la loi française n'a pas respecté le caractère d'ordre public de certaines normes liées à la protection de la santé, telles la durée maximum du travail ou les repos minima. Il n'est du reste pas certain que cette exclusion soit conforme aux exigences de l'article 2 de la directive du 23 novembre 2003, laquelle poursuit justement un objectif de protection de la santé.

### **Droit en harmonie avec celui de l'activité économique**

#### *Impasse des cloisements juridiques*

« La classification – le compartimentage – provoque un éclatement du droit et comporte des effets centrifuges, notamment quand certains auteurs prô-

nent très fortement l'autonomie de leur discipline pour remplacer la finalité propre des règles qu'elle comprend ». Mieux qu'un long discours, cette idée très forte de Jean Paillusseau, dans l'éminentissime article qu'il a publié dans la revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique en 1989 sous le titre « *Le droit est aussi une science d'organisation* », démontre que la volonté d'autonomie d'une discipline, bien que fondée sur la finalité particulière de ses objectifs et de la matière traitée, ne peut déboucher que sur une impasse. Le droit fiscal est pointé du doigt dans cette affaire. C'est avec un certain mépris que ses officiants invoquent en permanence son autonomie, essentiellement pour écarter des raisonnements, fondés sur les principes fondamentaux du droit, qui mettent à mal le superbe isolement de cette matière. Mais on en a autant à dire sur le droit social. Non seulement l'harmonie ne règne pas toujours entre ses deux composantes majeures, le droit du travail et celui de la sécurité sociale, mais aucun effort n'est fait pour le rendre compatible avec d'autres disciplines auxquelles il est pourtant confronté en permanence.

Ainsi, il y a des turbulences entre le droit des sociétés et le droit social<sup>(3)</sup>. Leurs convergences doivent d'autant plus être cultivées que les modes d'organisation du management des entreprises ont profondément changé. L'organisation du pouvoir n'est plus dictée par les méthodes stéréotypées nées de l'approche institutionnelle en vigueur dans les sociétés classiques de capitaux. Non seulement des formes juridiques nouvelles sont apparues qui font revivre la conception contractuelle en confiant au pacte statutaire le soin d'organiser le pouvoir – c'est le cas de la SAS<sup>(4)</sup> – mais encore l'entreprise en tant qu'ensemble économique s'exonère de plus en plus, s'agissant des stratégies de management, des contraintes ■ ■ ■

(3) J. Barthélémy, « Turbulence entre droit des sociétés et du travail », *Semaine juridique entreprise et affaires*, janv. 1987, p. 579. (4) J. Barthélémy, « Société par actions simplifiée et droit social », *Dr. soc.* juin 2000, p. 637.

nées du droit des sociétés. L'émergence d'un droit des groupes en atteste tout autant que les pratiques conduisant, par le contrat et le mandat, à relativiser l'étendue des prérogatives des représentants de droit d'une société.

Ce contexte fait perdre peu à peu l'identité des sociétés fondées sur une culture et des valeurs pour en faire un instrument technique de stratégie financière concourant à la personnalisation de l'entreprise à partir de la seule personne morale qu'est une société et conduit à des dérives technocratiques qui ne peuvent que désacraliser le droit. On est en plein surréalisme lorsqu'on affirme que celui qui, à titre individuel ou par le biais d'une société dont il détient la majorité du capital, est un entrepreneur est par définition maître de son destin. La dépendance économique induit un déséquilibre que le droit ne peut ignorer. Sans méconnaître les conséquences de l'existence d'une personne morale, notamment en termes de responsabilité à l'égard des tiers, on peut, sans risquer l'anathème pour hérésie, admettre que consacrer une entreprise (notion fonctionnelle) l'ensemble économique plus vaste que celui né du droit des sociétés et composé du fournisseur ou maître d'œuvre et ses sous-traitants, franchisés, membres de réseaux... Le droit commercial ne peut pas à lui tout seul prétendre appréhender l'ensemble des problèmes posés au sein de tels ensembles. En particulier, cela reviendrait à ignorer, pour ne pas dire mépriser, la dimension sociale de toute aventure économique.

L'interactivité des différentes disciplines ne peut être méconnue sans risque sérieux pour la qualité des solutions juridiques. Traiter du droit de la retraite sous l'angle du seul droit fiscal ou du seul droit social fait courir de graves risques. De même, il est aisé de démontrer que les raisons des convergences et des divergences entre le droit fiscal et celui de la sécurité sociale peuvent se trouver dans le droit du travail, notamment dans la distinction qu'opère

celui-ci entre éléments du statut collectif et activités sociales.

### *Droit social et droit de l'activité économique*

Au vu de ce qui précède, il est vain – et sans doute cela témoigne d'une approche idéologique – de ne pas reconnaître l'appartenance du droit social à un ensemble plus vaste identifié par le noyau dur qu'est celui de l'activité économique. Certes, le droit du travail et celui de la protection sociale ne se résument pas au droit des rapports individuels et collectifs de travail, sous entendu dans l'entreprise. Il est donc par certains côtés dangereux d'affirmer sans nuance que le droit social est une composante du droit de l'entreprise. Ceci étant, il ne suffit pas, pour se ranger à cette analyse, de soutenir que les intérêts des salariés ne sont pas convergents et sont même parfois contradictoires avec ceux des actionnaires. En effet, des divergences d'intérêts, il en existe aussi entre catégories d'actionnaires ou entre entreprises ou entre l'Etat et l'entreprise. Par contre, la finalité du droit social, qui est la protection et la promotion de l'homme au travail, induit des préoccupations, donc une identité pour cette matière qui peut l'éloigner de ce qui se rapporte à l'activité de l'entreprise. Cela ne peut que lui être gravement préjudiciable dans la mesure où la fonction protectrice génétique du droit du travail est menacée si les normes édictées à ce titre compromettent l'efficacité économique, donc indirectement l'emploi.

### *Droit de l'activité professionnelle et droit de l'activité économique*

L'économique et le social s'alimentant, y compris en termes d'efficacité, l'un par l'autre, il est concevable de soutenir que le droit de l'activité professionnelle – qui dépasse en le magnifiant le droit du travail – est une composante ou à tout le moins est intimement liée au droit de l'activité économique. L'essor prodigieux des

activités économiques a eu une influence importante sur le droit et il a même fait émerger un nouveau système de droit : celui des activités économiques, caractérisé par sa fonction organisationnelle. Cela, c'est à nouveau Jean Paillassou qui le démontre <sup>(5)</sup>. Il résulte de cet éclairage nouveau de ce qui se rapporte à la « vie des affaires », une approche conceptuelle de l'entreprise qui écarte l'idée classique selon laquelle les salariés en sont tiers, mais aussi une notion d'entreprise dans le droit qui prend des distances avec la référence à la seule société. Le fait que l'entreprise est alors une entité économique et sociale organisée par le droit autorise l'expérimentation de techniques qui transcendent la distinction patrons / salariés héritée de la civilisation de l'usine, c'est-à-dire de la culture des maîtres des forges. Au demeurant, qui est le patron dans une entreprise du CAC 40 ? Et pourquoi les sous-traitants d'Airbus qui en tirent l'essentiel de leur chiffre d'affaires ne pourraient-ils pas, eux aussi, revendiquer d'être, pour partie, cette entreprise ?

La personnalisation de l'entreprise à laquelle contribuent les techniques du droit des sociétés sans pour autant que la société soit l'entreprise permet au juriste organisateur – qui se distingue du juriste technocrate par son inventivité – de concevoir un périmètre incluant bien d'autres travailleurs que ceux liés à l'employeur par un contrat de travail. Mais aussi, et plus fondamentalement, le droit de l'activité économique permet de conférer à l'entreprise, notion fonctionnelle, le rôle de catalyseur d'un droit de l'activité professionnelle. Spécialement en concevant les moyens de conjuguer, ce qui constitue un progrès, les droits et libertés fondamentaux du citoyen qu'est tout travailleur avec un autre droit fondamental, celui de propriété qui s'exprime au travers de l'intérêt de l'entreprise.

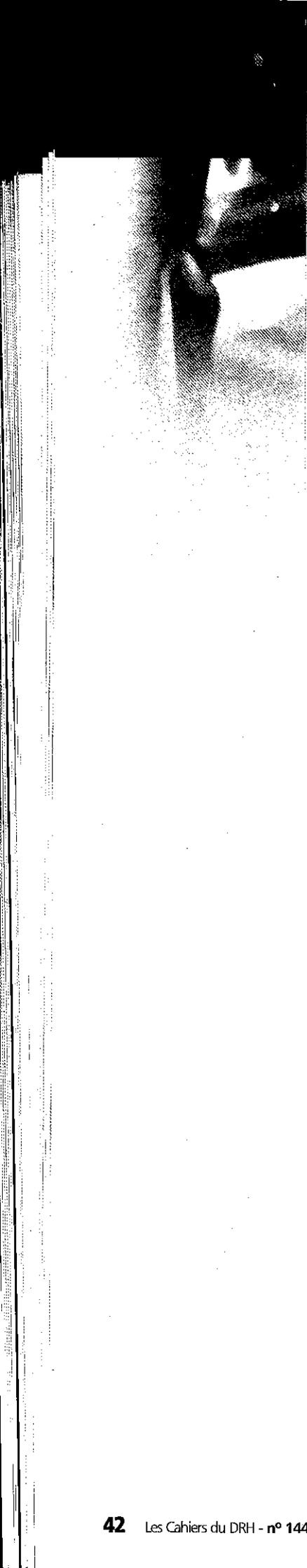
La stratégie managériale de l'entreprise doit donc se construire dans la déclinaison de la conception institutionnelle du pouvoir de direction qui, après avoir été sacrifiée au constat de l'inefficacité totale de la théorie de « l'employeur seul juge », reprend de la vigueur grâce au rôle éminent conféré à la bonne foi dans la relation contractuelle et au poids du principe de proportionnalité qui donne un contenu concret à la notion de détournement de pouvoir. Pierre-Yves Verkindt a raison de saluer, au travers d'une jurisprudence récente concernant le CHSCT, le retour en grâce de la conception institutionnelle <sup>(6)</sup>.

Permettant le dépassement des clivages entre disciplines tirés de leurs finalités propres, le droit de l'activité économique est donc de nature à favoriser le dépassement du droit du travail pour faire éclore le droit de l'activité professionnelle <sup>(7)</sup>.

### Architecture du droit de l'activité professionnelle

La première partie de cette étude était destinée à mettre en évidence que, mieux qu'une séparation en deux blocs, un droit regroupant tous les travailleurs est de nature à assurer la promotion des protections et des libertés. Il en résulte nécessairement un socle de droits communs à tous. Pour autant, les différences découlant du degré d'autonomie, donc de responsabilité d'un côté, de la capacité plus ou moins grande du contrat à faire seul la loi des parties d'un autre côté, font que, au-delà de ce socle, des statuts différenciés se justifient. Le surplus est alimenté par la nécessité d'instaurer des moyens particuliers de protection. La qualité de mineur social de ■ ■ ■

(5) « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *Recueil Dalloz, Cahier du droit des affaires 2003*, n° 4, p. 260 et n° 5, p. 322. (6) P.-Y. Verkindt, « Santé au travail vs pouvoir de direction : un retour de la théorie institutionnelle de l'entreprise ? », *Dr. soc.* n° 5. (7) S. Scaramozzino, « Pour un droit de l'activité professionnelle », thèse Montpellier I, 2007.



L'ouvrier sans qualification, affecté à des tâches répétitives qu'il exécute sur ordre, exige un arsenal exclusivement destiné à corriger les effets de la subordination. C'est bien ainsi qu'est conçu et organisé le droit du travail. Et c'est pour cette raison qu'il est porteur de perversions, en particulier celle d'apporter le plus de protection à ceux des travailleurs salariés en ayant le moins besoin, c'est-à-dire les cadres de haut niveau et de traiter en *Bourgeois de Calais* ceux en état de simple dépendance économique. Cette remarque vaut du reste aussi bien pour le droit de la protection sociale que pour celui du travail. Le socle des droits fondamentaux est celui s'appliquant à tous. Il est forcément inspiré de principes constitutionnels et de ceux que l'on décline à partir de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Il n'y a en effet aucune raison qu'ils soient sacrifiés au nom d'un autre principe constitutionnel, celui de propriété qui se décline à partir de l'intérêt de l'entreprise, lequel fixe la seule limite de fond au pouvoir de direction. Les deux séries de principes, étant de valeur égale, doivent être conciliées dans le cadre de compromis.

Le principe de proportionnalité – tiré de la CEDH et consacré législativement par l'article L. 1021-1 du Code du travail – est l'instrument de cette adéquation : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ou proportionnées au but recherché.* »

Au vu de ce principe, il y a lieu de rechercher ce dont peut être constitué le socle. Le réalisme invite à le faire en distinguant successivement ce qui concerne la protection sociale, les rapports individuels de travail, les rapports collectifs.

### Protection sociale

Cela peut paraître surprenant de commencer par là. Une raison impérieuse invite pourtant à opérer ce choix. Pendant longtemps, le contentieux de la requalification permettait surtout celui de l'accès à la protection sociale.

C'est l'absence de protection sociale puis plus tard un niveau de protection plus faible qui ont alimenté la tendance expansive du salariat et même le maintien de la division en deux blocs, alors que les modes d'organisation du travail n'étaient déjà plus ceux de la civilisation de l'usine. Le prototype du salarié reste l'ouvrier – y compris dans la culture prolétarienne qui continue à irriguer un certain romantisme – alors que le pourcentage de travailleurs ayant cette qualification est bien inférieur à 10 %.

### Rôle de la protection sociale

Le rôle de la protection sociale apparaît lorsqu'on met en évidence que, lorsque le droit du travail était baptisé « *législation industrielle* » et qu'il se présentait comme le droit ouvrier, il n'était qu'un chapitre de celui-ci, consacré à l'indemnisation des risques sociaux. Si, depuis la seconde guerre mondiale, le droit de la sécurité sociale a revendiqué et obtenu son indépendance, c'est en raison de la création des régimes de non-salariés qui sont en dehors du champ du droit du travail. C'est du reste la première manifestation d'un droit de l'activité professionnelle.

C'est aussi du fait que le droit de la sécurité sociale, comme le droit fiscal, est un facteur de redistribution de revenus dans une perspective de solidarité. Il emprunte de ce fait aux techniques du droit administratif.

En raison de la place de plus en plus importante de la protection sociale complémentaire – qui, comme le droit du travail, est un droit du contrat – et de l'effort de la Cour de cassation pour donner des définitions communes aux deux

disciplines, on assiste sans doute aux prémices d'une réunification <sup>(8)</sup>.

Le classement en deux blocs n'a dès lors plus d'utilité. En outre, la flexicurité donnera naissance à des normes, principalement de nature conventionnelle, visant à la sécurisation des parcours professionnels, à la portabilité des droits, à de nouvelles garanties sociales, lesquelles redonneront vie au concept historique d'institution sociale sur lequel les fondateurs de la sécurité sociale voulaient construire un droit conventionnel de sécurité sociale.

#### *Harmonisation des statuts sociaux*

Le droit de la protection sociale ne peut donc que jouer un rôle majeur dans la mise en œuvre d'un droit de l'activité professionnelle parce que celui-ci concerne tous les travailleurs. Il n'est dès lors pas inutile de souligner que l'harmonisation des statuts sociaux est largement engagée. Si le statut social de salarié continue à être revendiqué, c'est en raison de la méconnaissance de la réalité. Sous cet angle, l'engouement pour le portage salarial est exemplaire. Or, non seulement le niveau des prestations est identique ou comparable, mais en outre le coût de la protection des « non-non » est moindre !

Le niveau est identique pour la retraite. Depuis 1973, le régime des commerçants et celui des artisans sont alignés sur le régime général. Si différence de niveaux de pensions il y a, c'est parce qu'existent encore des assujettis dont une partie de l'activité est antérieure à cette date. Mieux, la loi du 21 août 2003 a favorisé l'harmonisation en généralisant la retraite complémentaire qui n'existait à titre obligatoire que pour les artisans, créant ainsi un système identique à celui des salariés grâce à l'Arrco. Et puis, la loi *Madelin* a étendu aux non-salariés le bénéfice de la neutralité fiscale sous plafond des contribu-

tions alimentant des garanties supplémentaires de retraite qui existent depuis longtemps pour les salariés. S'agissant des professions libérales, le système n'est pas identique, mais le montant des pensions est, dans la plupart des sections, supérieur à celui des salariés, y compris en tenant compte de l'Arrco et même, parfois, de l'Agirc.

Le niveau est identique pour les prestations maladie en nature. Ici, la qualification de travailleur n'est même plus requise, puisque c'est celle de citoyen qui ouvre droit aux prestations depuis qu'a été instaurée la CMU.

Des différences existent par contre concernant les prestations en espèces d'assurance maladie. Des indemnités journalières sont versées aux « non-non » en cas d'incapacité temporaire, mais le délai de carence, la durée du versement sont différents. Or, le montant des revenus de substitution aux revenus professionnels est moindre. C'est en particulier parce que la qualité d'entrepreneur fait que des revenus continuent à être acquis pendant la période de maladie. En cas d'invalidité, les caisses de non-salariés allouent des rentes et celles-ci peuvent être supérieures à celles des salariés, comme c'est le cas s'agissant de la plupart des sections de professions libérales.

Il n'est en fait que deux prestations auxquelles les « non-non » ne peuvent prétendre : l'assurance chômage et l'assurance accident du travail.

L'assurance chômage d'abord, parce que le régime français résulte d'une convention collective et non de la loi. En l'absence de contrat de travail, un travailleur ne peut donc en bénéficier. Il faut cependant souligner que la loi *Madelin* précitée a favorisé l'adhésion à des contrats groupes couvrant le risque de perte d'emploi subie, les primes étant déductibles des revenus professionnels imposables. ■ ■ ■

(8) J. Barthélémy, « Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la sécurité sociale ? », *Dr. soc.*, juill. 2007, p. 787.

L'assurance accidents du travail est la conséquence de l'obligation générale de sécurité incombant à l'employeur et obligeant à réparer le préjudice subi par le salarié sans pour autant que celui-ci doive naître d'une faute. Cette obligation est de résultats selon la jurisprudence et ceci conduit à donner plus de poids au risque de faute inexcusable de l'employeur. Un état de dépendance économique pourrait, du fait de cette obligation de sécurité, parfaitement justifier que la couverture du risque accident incombe au donneur d'ordres. C'est du reste un peu ce qui se passe dans le bâtiment, au travers des responsabilités incombant, sur un chantier, à l'entreprise leader.

Bref, l'harmonisation en marche de la protection sociale peut favoriser l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle, ceci d'autant que créer, certes au nom de la solidarité, des régimes de protection sociale au bénéfice des entrepreneurs constitue le premier pilier d'un droit du professionnel.

### Rapports individuels de travail

Les droits fondamentaux relatifs aux rapports individuels de travail peuvent être classés en deux parties.

#### *Libertés des personnes*

Il y a nécessairement en premier tous les droits qui se rapportent aux libertés de la personne, simplement déclinées pour tenir compte de la situation particulière, en matière d'organisation et de condition de travail, du travailleur. Ces droits sont hérités de principes constitutionnels et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme principalement. C'est finalement ce qui ressort du concept d'ordre public au sens orthodoxe, civiliste du terme. Sans que cette liste soit exhaustive, et plutôt à titre d'exemple, il faut alors souligner :

– ce qui se rapporte au respect de la vie privée, mais aussi de la vie personnelle dans la sphère professionnelle ;

– le droit d'expression et à être informé ;  
– le droit à l'égalité et au bénéfice de l'interdiction des discriminations.

#### Santé et sécurité

Une attention particulière doit être portée aux conditions de travail.

Selon l'article 23 de la déclaration universelle des droits de l'Homme, « toute personne a droit à des conditions équitables et satisfaisantes de travail » tandis que, selon l'article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, « toute personne a droit à jouir de conditions de travail justes et favorables ».

Il n'est nullement question de limiter de tels droits aux seuls salariés. Plus précisément, le droit de la santé est un droit de la personne, garantie constitutionnellement. Le conseil constitutionnel l'a affirmé récemment à propos de l'instauration du « médecin référent ». Aux critiques formulées à l'égard du dispositif au motif qu'il porterait atteinte au droit de choisir son médecin, liberté fondamentale, il a été répondu que la protection de la santé est aussi un droit fondamental. Dans ces conditions, les textes législatifs imposant le choix d'un médecin référent concrétisent la conciliation entre deux principes.

Autant dire que l'arsenal protecteur visant à promouvoir un droit à la santé et à la sécurité du travailleur ne saurait avoir un champ limité au seul travailleur salarié. Bien sûr se pose alors la question des responsabilités, donc des obligations. Mais, d'une part, l'obligation générale de sécurité ne saurait, au vu de ce qui précède, viser que l'employeur dans le cadre de ses relations avec une personne en état de subordination juridique. La dépendance économique est de nature à créer aussi une telle obligation au cocontractant du travailleur. D'autre part, aux côtés de l'obligation générale de sécurité de l'employeur, que la Cour de cassation a qualifiée de résultats et pas seulement

de moyens, existe une obligation du travailleur lui-même à veiller à sa santé et à sa sécurité.

### Employabilité

Ne peut-on, de même, élever au rang de liberté fondamentale le droit à l'employabilité ? Certes, c'est dans le Code du travail que l'on va retrouver, aux travers des obligations de l'employeur, les moyens de rendre concret ce droit. Ainsi, « l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, eu regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations »<sup>(9)</sup>. Il ne s'agit donc pas seulement de maintenir le niveau des compétences au regard des tâches correspondant aux fonctions actuelles. C'est une authentique obligation de tout mettre en œuvre pour que le salarié puisse occuper un emploi. Cela fait évidemment songer à l'obligation générale de sécurité. Au demeurant, celle-ci contribue aussi à l'employabilité, ce dont atteste par exemple l'arsenal lié à l'inaptitude<sup>(10)</sup>.

Deux raisons convergentes militent en faveur d'un droit qui concerne alors toute personne. D'un côté, l'article L. 6111-1 du Code du travail stipule que « la formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale. Elle comporte une formation initiale comprenant notamment l'apprentissage et les formations ultérieures qui constituent la formation continue... ». Plus fondamentalement, ne peut-on soutenir que le droit à l'employabilité est l'instrument du droit au travail, lequel est un droit constitutionnel ?

Du reste, si le droit à l'employabilité est un droit fondamental de la personne, les instruments de la gestion du risque d'inemployabilité ressortent alors de la Sécurité sociale (entendu ici au sens large). Or, la mutualisation de contributions dans des fonds sur lesquels les travailleurs ont

un droit de tirage s'impose aussi pour les travailleurs indépendants.

### Dignité

On peut sans doute mettre au rang de droits essentiels nombre de principes qui sont relatifs à l'intégrité de la personne, en particulier à sa dignité.

### Garanties adaptées

Il est clair que suivant le degré d'autonomie à l'égard du cocontractant, les moyens permettant de garantir et de promouvoir ces libertés et ces droits ne seront pas les mêmes. Tout spécialement, le degré d'autonomie influence la nature et le niveau des responsabilités du cocontractant ainsi que leurs manifestations. Par exemple, dans les professions libérales, le respect de l'égalité entre les personnes est souvent garanti par des règles déontologiques. On pourrait aisément concevoir une solution identique pour des titulaires d'un contrat de travail, mais disposant d'indépendance technique comme les professionnels libéraux, en particulier les journalistes, les artistes interprètes, les sportifs professionnels.

### Equilibre des droits

La subordination juridique mais aussi la dépendance économique menacent la faculté du contrat à faire (seul) la loi des parties. Pour certains travailleurs, l'état de subordination est tel qu'il rend vaine toute velléité de permettre que le contrat individuel suffise. En pareil cas, la qualité de « mineur social » du travailleur exige un arsenal juridique surtout inspiré de la volonté de corriger les effets de la parasubordination.

Mais pour d'autres, et malgré un état de subordination juridique au plan des conditions de travail, l'équilibre peut être rétabli pour peu que l'on mette en œuvre des instruments tirés de la technique contractuelle. ■ ■ ■

(9) C. trav., art. L. 6321-1. (10) P.-H. D'Ornano, « L'inaptitude du salarié », *SFS* 2006, p. 16.

Et pour d'autres, qui ne sont pas en état de subordination juridique mais en état de dépendance économique, le déséquilibre contractuel nécessite un arsenal permettant aussi que le contrat puisse faire seul la loi des parties.

Quant à ceux dont l'indépendance tant juridique qu'économique les place en situation d'équilibre des pouvoirs avec leur cocontractant, nul doute que des règles de bonne conduite s'avèrent utiles.

Voilà pourquoi le tronc commun des droits fondamentaux liés aux relations individuelles de travail doit contenir des règles minimales destinées à favoriser l'équilibre des pouvoirs entre les parties au contrat, comportement de bonne foi des négociateurs et exécution loyale de la convention. Et ceci doit concerner aussi bien la conclusion du contrat que sa révision et sa rupture. Dans certains cas, et eu égard à un état de subordination juridique rendant le travailleur « mineur social », cet arsenal doit être renforcé, voire écarté au profit de mesures plus contraignantes pour l'autre partie et toutes héritées de la suspicion à l'égard de la volonté. C'est ainsi que se justifie, pour les salariés, la nullité relative, la procédure d'ordre public entourant les licenciements ou encore la réglementation des CDD et des contrats à temps partiel.

Mais dans d'autres situations marquées par un déséquilibre contractuel pouvant être résorbé, il convient de rendre obligatoire le recours à des procédures permettant d'y remédier, procédures pouvant être laissées à l'initiative des cocontractants, mais dont le caractère substantiel affirmé par la loi permet, par le biais de la nullité, de garantir que le contrat fait bien et seul la loi des parties. Après tout, c'est bien cela qui a inspiré les acteurs sociaux, lorsque, dans l'ANI du 11 janvier 2008, ils ont mis en place un arsenal procédural pour la rupture d'un commun accord (dont on comprend mal qu'on ne l'ait

pas étendu au CDD). C'est aussi cela qui est à l'origine de l'idée de précontrat adressé par le cocontractant d'un gérant mandataire <sup>(11)</sup>. Et c'est bien cette voie que la Fédération des sociétés d'assurance et celle des agents d'assurance ont explorée lorsque, par l'accord d'avril 1996 organisant le statut de ces derniers, ils ont instauré une procédure destinée à faciliter la conclusion de leur contrat de mandat <sup>(12)</sup>. On retrouve ici tous les ingrédients qui permettent l'équilibre des pouvoirs et comportement de bonne foi, spécialement les informations à remettre par la compagnie au candidat sur le portefeuille existant et sur l'état du marché dans le secteur sur lequel le mandat s'exercera, mais aussi sur les délais de réflexions et les conditions de rétractation qui permettent de contracter en toute connaissance de cause.

Il n'est pas besoin de légiférer en la matière. Il suffit de rappeler les principes civilistes et de rendre substantielles les dispositions d'un accord de méthode que l'on rendra toutefois obligatoire. A défaut, on pourrait imaginer un renversement de la charge de la preuve au bénéfice de la partie faible. Ceci est d'autant plus concevable que telle est bien la tendance qui se manifeste en droit communautaire.

### *Rapports collectifs de travail*

#### *Droit à coalition*

La nécessité de se grouper, lorsqu'on exerce la même activité ou les mêmes fonctions, est inhérente au besoin d'affirmer, voire d'affiner des intérêts propres face à ceux des autres, mais aussi de mettre en évidence, au-delà des intérêts individuels, les intérêts de la collectivité en tant que telle.

Les employeurs ont, depuis toujours, manifesté un besoin identique à celui des salariés de se regrouper, peu important que l'organisation les rassemblant n'ait pas l'obligation de prendre la

(11) Loi PME, août 2005, art. 19. (12) J. Barthélémy, « Une convention collective de travailleurs indépendants ? », *Dr. soc. janv. 1997*, p. 40.

forme, comme c'est le cas pour les salariés, d'un syndicat soumis aux exigences de la loi de 1884. Les membres des professions, qu'elles soient ou non réglementées, éprouvent les mêmes besoins. Au demeurant, les instances ordinaires – dont la vocation est pourtant davantage la défense des intérêts des usagers dans le cadre d'une mission d'intérêt général – n'hésitent pas, parce que cela correspond à un besoin, à déployer des actions de type syndical.

Toute collectivité de travailleurs, quel que soit le statut juridique ou la situation économique de ses membres, a donc besoin de s'organiser en vue de faire valoir ses intérêts propres, mais aussi de promouvoir la défense des intérêts personnels de chacun de ses membres. On est du reste là sur le terrain des principes qui fondent la démocratie parce que touchant à l'essence même des droits de la personne.

Autant dire que les droits fondamentaux qui irriguent les rapports collectifs de travail ne sont par définition pas réservés aux salariés. Au demeurant, ces droits sont pour partie d'essence constitutionnelle. Le concept de constitution doit s'entendre au sens large en y incluant le préambule de celle de 1946 ainsi que la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Parmi ces droits figurent celui de se syndiquer, lui-même hérité du droit d'association conçu à partir d'une autorité supranationale, le CEDH, dont la jurisprudence de la Cour de cassation permet de soutenir qu'il s'exerce aussi bien positivement que négativement.

#### Droit de grève

Le droit de grève, ou plutôt le droit au conflit collectif, en est une autre manifestation. On ne peut que constater que ce droit, qualifiable d'individuel mais s'exerçant collectivement, est largement utilisé par des travailleurs indépendants.

Les médecins « libéraux » face aux organismes de sécurité sociale dont ils sont dépendants économiquement, y recourent tout autant que les avocats face au garde des sceaux, par exemple à propos de l'aide juridictionnelle versée par l'Etat qui place ainsi le professionnel en état de dépendance économique. On a pu, à plusieurs reprises, constater des mouvements de « grève » d'agents généraux à l'égard de la compagnie d'assurance avec laquelle ils sont liés ou encore de sous-traitants face à leur donneur d'ordres.

Bien sûr, ce droit fondamental de la personne qu'est le droit de grève ne va pas s'exercer de la même manière pour tous les travailleurs. Les conditions particulières de travail et de rémunération font suggérer des modes particuliers d'expression de ce droit, mais avec toujours la même finalité, celle de faire usage de la force que représente une action collective et de créer un préjudice à l'autre partie en raison de l'arrêt de l'activité. Quelle que soit la population de travailleurs concernée et quel que soit le mode d'action mis en œuvre, il y aura toujours une certaine limite à ne pas dépasser, matérialisée par l'atteinte au droit de propriété, autre liberté fondamentale.

#### Droit à la négociation

Le droit à la négociation des conditions de travail, de rémunération, d'emploi et aux garanties sociales est certes organisée par le Code du travail<sup>(13)</sup>. Ceci étant, la faculté de faire défendre ces droits par des représentants est prévue par le préambule de la Constitution. Il s'agit donc d'un droit fondamental.

Il s'exerce, au demeurant, effectivement pour d'autres catégories que les salariés.

Que sont sinon des conventions collectives les accords tarifaires conclus entre les syn- ■ ■ ■

(13) C. trav., art. L. 2221-2.

dicats de médecins et les organismes de sécurité sociale ? Il y a lieu de rappeler ici que la convention collective est beaucoup moins, selon l'éminent *Paul Durand*, une institution du droit du travail salarié qu'un instrument au service de l'organisation de tout groupement <sup>(14)</sup>. Des conventions collectives de travailleurs indépendants existent. Le texte organisant le statut des agents d'assurances en est l'illustration parfaite. Mais on pourrait aussi citer les conventions de filières liant, dans le secteur agro-alimentaire, tous les travailleurs d'une filière en vue de son organisation. Il n'est pas inintéressant de souligner que ces conventions font l'objet d'un arrêté d'extension du ministre de l'agriculture, selon un schéma voisin de celui applicable aux conventions collectives de travail.

On peut assez facilement imaginer que les accords entre un donneur d'ordres et l'ensemble de ses sous-traitants ou encore entre une entreprise et ses franchisés aient une telle qualification. Tout au plus conviendrait-il alors de s'inquiéter de l'atteinte potentielle, par un tel acte, à la libre concurrence. Il convient alors de souligner que, pour la CJCE, une convention collective n'est pas une entente prohibée dans la mesure où elle a comme finalité un objet social. Celui-ci ne saurait être, dans son principe, réservé aux seuls accords concernant des travailleurs en état de subordination juridique. Au demeurant, l'accord intéressant les agents d'assurance visait tout spécialement à organiser la protection sociale, en particulier à affiner les garanties prévoyance et à mettre à la charge des compagnies une partie des cotisations, alors même qu'elles alimentent un régime de non-salariés.

Et puis, n'est-ce pas en raison de leur état de dépendance économique et bien qu'ils ne soient pas liés à l'entreprise par un contrat de

travail que les mandataires sociaux de sociétés de capitaux entrent de droit dans le champ de la convention collective du 14 mars 1947 et de l'accord interprofessionnel du 8 décembre 1961 ayant créé les régimes de retraite complémentaire obligatoires ?

Cet exemple est intéressant dans la mesure où il s'agit de conventions collectives de sécurité sociale qui organisent une mutualisation de fonds dans la perspective de faire fonctionner la solidarité grâce à une redistribution de revenus. On aurait pu, s'agissant de l'assurance chômage, procéder comme on l'a fait pour la retraite complémentaire.

Une nouvelle fois, la nature particulière de l'activité et des relations collectives avec le cocontractant va justifier des contenus différents suivant les catégories de travailleurs.

Pour autant, le recours à la convention collective est théoriquement possible pour toutes les catégories. Tout au plus va se poser une délicate question concernant la qualité des personnes morales aptes à la négocier.

Le syndicat des agents d'assurance, qui a la casquette de groupement d'employeurs lorsqu'il négocie le statut du personnel des agences, est devenu le syndicat défendant les intérêts des travailleurs face à la Fédération des sociétés d'assurance. Le droit communautaire est à cet égard plus pragmatique.

Contrairement à ce qui vaut en France avec la notion de syndicat représentatif, la table des négociations est ouverte à tous ceux qui concrètement représentent les intérêts d'une collectivité et y ont une réelle autonomie.

Il n'y a donc pas d'obstacle majeur pour que la négociation puisse prospérer en dehors du champ des conventions collectives tel qu'il est fixé par le Code du travail.

En outre, avec sagesse, les organisations françaises sont en train de modifier les

(14) *Paul Durand*, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p. 42.

règles <sup>(15)</sup> pour au minimum compléter l'exigence de représentativité par celle de légitimité à l'égard de la collectivité du personnel concernée et en même temps remettre en cause la représentativité de droit.

Rien ne s'oppose à ce que les règles nouvelles s'appliquent demain en dehors du droit du travail salarié.



« Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle ». Ce titre d'un article de Paul Durand du début des années 60 est sans doute prémonitoire. Sans l'organisation du passage de l'un

à l'autre, ce qui induit à la fois un champ maximum à tous les travailleurs et une harmonisation avec le droit économique qui supplante le droit de l'entreprise, on risque fort, dans la civilisation du savoir, d'assister à une dérive technocratique du premier, conçu pour des modes d'organisation du travail qui disparaissent. Cela ne pourra conduire *in fine* qu'à sa totale ineffectivité.

C'est peut-être là que se situe le noyau central de toute réforme du monde du travail. Mais cela nécessite un changement de culture, seul capable d'éviter les cloisonnements. A cet égard, le droit de la protection sociale est en avance sur celui du travail. ♦

(15) Position commune du 9 avril 2008.