

LES NOTES DE L'INSTITUT  
Novembre 2015

# Civilisation du savoir et statut du travailleur

par Jacques Barthélémy



# Civilisation du savoir et statut du travailleur

par Jacques Barthélémy

Novembre 2015

Directeur de la publication :  
Frédéric Monlouis-Félicité, délégué général de l'Institut de l'entreprise

© Institut de l'entreprise, 2015  
Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution  
réservés pour tous les pays

# SOMMAIRE

|  |    |
|--|----|
| INTRODUCTION .....   | 5  |
| <br>   |    |
| LE DROIT POSITIF ET SON INADÉQUATION CROISSANTE .....                  | 7  |
| La protection maximisée par le postulat de « mineur social » .....     | 7  |
| Les effets pervers du recours à la seule subordination juridique ..... | 10 |
| <br>   |    |
| VERS UN DROIT DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE .....                      | 13 |
| Essai sur la parasubordination .....                                   | 13 |
| Les fondements d'un droit de l'activité professionnelle .....          | 16 |
| <br>   |    |
| CONCLUSION .....   | 21 |





# INTRODUCTION

**D**e nouvelles formes de travail et de nouveaux modes d'organisation du travail naissent des progrès des techniques de l'information et de la communication. Elles suscitent des interrogations sur leur compatibilité avec le droit du travail et sur la nécessité de donner plus de place au travail indépendant. L'accroissement de ces évolutions nécessite de conceptualiser un droit de l'activité professionnelle, socle de droits fondamentaux du citoyen-travailleur. Une urgence qui doit faire à des passions idéologiques et de la sempiternelle accusation de « détricotage » du droit du travail.

Ce débat exige le recours à l'indépendance intellectuelle du chercheur ; il est en effet pollué par ceux qui plutôt qu'utiliser la controverse au service de la vérité, préfèrent la posture à des fins idéologiques. Ne pas toucher au Code du travail au nom des valeurs de gauche est tout aussi affligeant que préconiser son amaigrissement par souci d'efficacité économique au nom de valeurs de droite. Au demeurant, que représentent encore, au XXI<sup>e</sup> siècle, les valeurs de droite ou de gauche, alors que les droits fondamentaux de l'Homme et les libertés essentielles ont été déclinés largement dans le droit positif ?

Ces considérations préliminaires justifient que, dans une première partie, soit clairement positionné l'état du droit, ce qui permettra de donner du sens aux effets des mutations du travail qui naissent des TIC et du numérique ; on ne peut conduire une telle recherche en isolant le droit du travail, tant sont liées toutes les disciplines du droit social, principalement celui de la sécurité sociale. La seconde partie sera consacrée à l'émergence inéluctable d'un droit de l'activité professionnelle, qui sera façonné en partie grâce au concept de parasubordination.

La présente étude est strictement d'ordre juridique. Elle est le prélude d'un projet inspiré de l'idée d'activité professionnelle, dont l'efficacité exige la conjugaison de cette approche avec la science économique.



# LE DROIT POSITIF ET SON INADÉQUATION CROISSANTE

## LA PROTECTION MAXIMISÉE PAR LE POSTULAT DE « MINEUR SOCIAL »

Le droit du travail est né par et pour la civilisation de l'usine. Il est une expression souveraine de l'ordre public économique, consacré à la protection de la partie faible du contrat et complétant l'ordre public classique matérialisant les limites de l'autonomie du contrat au nom de l'intérêt général, notamment celui de la Nation<sup>1</sup>. Cette fonction protectrice est exacerbée par la qualité de « mineur social » dont la manifestation résulte notamment de la jurisprudence pour laquelle la seule volonté des parties n'est pas suffisante pour qualifier le contrat (de travail ou autre)<sup>2</sup>. On peut aussi y trouver la raison de la boulimie législative car cette notion induit l'impossibilité du consentement de la partie faible ; certes celle-ci justifie des moyens tels que la réglementation de certains contrats, un arsenal procédural ayant un caractère substantiel, des sanctions éventuellement pénales ; mais ne s'impose pas nécessairement la solution radicale concrétisée par un tissu législatif excessif si on prend en considération que la liberté contractuelle est un droit fondamental qui ne peut être réduit qu'au nom de l'intérêt général et par déclinaison du principe de proportionnalité. On voit apparaître ici les justifications d'un droit laissant plus d'autonomie,

---

1. Canut, F., L'ordre public en droit du travail, LGDJ. Ouvrage tiré d'une thèse primée par l'AFDT (2004) ; spécialement s'agissant de l'ordre public classique, pages 2 à 4.

2. Cass. Ass. Plén. 4 mars 1983, D.1983, 381. Conclusions Cabannes. Voir aussi Cass. Soc. 17 avril 1991, Bull. Civ. V n° 200 « l'existence d'une relation de travail dépend des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité salariée ».



grâce à la technique de dérogation, du droit conventionnel, lequel peut concilier plus aisément efficacité économique et protection du travailleur<sup>3</sup>.

Le postulat de la qualité de « mineur social » du salarié induit également l'ordre public social ou relatif, c'est-à-dire la règle de l'avantage le plus favorable pour résoudre les conflits de normes. Son champ peut toutefois, au nom de l'ordre public économique (voué à la protection de la partie faible du contrat), être réduit si l'équilibre des pouvoirs entre les parties peut devenir effectif par tel ou tel moyen. Telle est la raison majeure de l'orientation nouvelle du droit positif qui a permis que dans certains domaines, la règle légale devienne supplétive de la norme conventionnelle et que l'accord de rang inférieur puisse déroger à celui de rang supérieur.

La règle de l'avantage le plus favorable reste toutefois d'application intégrale dans les conflits de normes impliquant le contrat de travail parce qu'ici l'équilibre est plus difficile à trouver. Mais là intervient aussi l'idéologie par le caractère univoque de la relation entre l'entreprise et un salarié ; or sans même rechercher d'explications juridiques, chacun sait que le contrat de travail d'un cadre supérieur et celui d'un ouvrier ne sont pas identiques. Cette uniformité a, de ce fait, un effet pervers : celui de surprotéger les travailleurs salariés en ayant le moins besoin, c'est-à-dire ceux pouvant négocier dans l'équilibre des pouvoirs leur contrat qui peut alors aisément faire (seul) la loi des parties (au sens de l'article 1134 du Code civil), mais qui, en plus, bénéficient du filet protecteur du droit du travail conçu pour, fondamentalement et en tous cas initialement, l'ouvrier.

Du fait de l'opposition manichéenne entre salariés et indépendants – fruit de la civilisation de l'usine – apparaît un autre effet pervers : l'absence de protection, parce qu'il est qualifié de patron, de l'entrepreneur dont la relation professionnelle avec son cocontractant ou son donneur d'ordre est déséquilibrée en raison d'un état de dépendance économique. La seule réponse à un tel état de fait, c'est la requalification du contrat de travail (qui ne peut concerner que l'entrepreneur indépendant exerçant en nom personnel alors que cet état peut aussi concerner des personnes morales) et pire la sanction pénale (c'est un délit !)

---

3. Barthélémy, J. et Cette, G., Réformer le droit du travail, Éditions Odile Jacob 2015, rapport commandé par Terra Nova.



pour travail dissimulé salarié. Afin d'éviter des contresens réducteurs, le travail dissimulé (travail au « noir ») est fortement critiquable au nom de l'intérêt général, mais il est frappé de la même sanction que le travail dissimulé salarié qui pourrait se contenter de sanctions civiles.

Ces développements éclairent le droit positif dont il convient en premier de rappeler qu'il résulte moins (en ce domaine de la qualification du contrat) de la loi que de la jurisprudence. C'est la Cour de cassation en effet qui identifie la frontière entre salariés et indépendants. Il n'y a au demeurant rien de choquant à cela car ce sont des éléments de fait qui témoignent d'un état de faiblesse (au plan contractuel), rendant difficile que le contrat individuel puisse réellement faire (seul) la loi des parties.

Le choix a été fait de caractériser le contrat de travail non à partir de la dépendance économique mais de la subordination juridique. De surcroît – il y a une certaine logique à cela – c'est en matière seulement de conditions de travail qu'elle s'exprime. En d'autres termes, la notion d'indépendance étant univoque (on est indépendant ou on ne l'est pas même si on peut être indépendant pour ceci et pas pour cela), l'indépendance technique – réglementairement définie comme celle du professionnel libéral ou découlant de la nature de l'activité comme celle du chercheur – n'est pas incompatible avec la qualification de salarié puisque la subordination juridique qui la caractérise ne s'exerce qu'au plan des conditions de travail. Autrement, il n'y aurait pas de médecins salariés (par exemple).

## LES EFFETS PERVERS DU RECOURS À LA SEULE SUBORDINATION JURIDIQUE

Les critères de la subordination juridique ont évolué dans le temps, la Cour de cassation faisant montre ainsi d'une volonté de prendre en compte le contexte dans lequel la règle juridique va prospérer. Dans un premier temps, le seul critère est la participation à un service organisé, solution en harmonie avec les modes hiérarchiques d'organisation du travail de l'activité industrielle classique<sup>4</sup>. Dans un arrêt de principe, la haute cour civile a par la suite défini la subordination juridique par trois critères cumulatifs : i) des tâches ou missions confiées au travailleur par un donneur d'ordre, ii) lequel peut effectuer tout contrôle sur leur exécution et iii) sanctionner les manquements<sup>5</sup>. Le fait de pouvoir exercer un pouvoir disciplinaire est un élément déterminant dès lors que le manquement dans le cadre d'une relation commerciale ne peut se traduire qu'en dommages-intérêts pour non-respect d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Ces critères valent aussi bien en droit de la sécurité sociale qu'en droit du travail (ce qui contribue à leur nécessaire réunification), la participation à un service organisé devenant un simple indice, de surcroît ne pouvant prospérer que si les conditions de travail sont définies unilatéralement par le donneur d'ordre.

Malgré la pertinence d'une telle construction jurisprudentielle, la frontière entre travail salarié et travail indépendant reste floue, ceci étant d'autant plus gênant que la sanction de la requalification est lourde. Ainsi l'assimilation de participants à des émissions de télé réalité à des salariés a induit le versement de sommes astronomiques au regard de ce qu'un salarié normal (sic) perçoit, et ceci est profondément choquant (qualification de CDI en l'absence de contrat écrit – donc droit au licenciement – lequel est sans cause sérieuse – droit aux congés payés – aux heures supplémentaires etc.), d'autant que la plupart du temps la participation à ces réjouissances se fait pendant leur période de congés avec leur employeur normal (re sic !) alors qu'il est interdit de travailler pendant cette période !

---

4. Arseguet, A. et Isoux, P. (1992), Droit Social 1992, p. 295 (notion de service organisé).

5. Cass. Soc. 18 novembre 1996 ; Droit Social 1996, p. 1067 (observation J.-J. Dupeyroux).



Voilà pourquoi la loi Madelin d'avril 1994 relative à l'entreprise et à l'initiative individuelle (inspirée pour partie de l'avis du CES d'avril 1993) a introduit une présomption simple d'absence de contrat de travail pour le travailleur inscrit au registre du commerce, au répertoire des métiers ou relevant d'une profession libérale et à ce titre inscrit à l'URSSAF pour les allocations familiales au titre de travailleur indépendant. Cette loi ne remet pas en cause la possible requalification mais renverse la charge de la preuve. Cette présomption simple ne vaut que si l'intéressé ne se trouve pas en situation de subordination juridique permanente, permettant ainsi d'éviter une requalification en début d'activité dès lors qu'un travailleur peut n'avoir, au début de son activité, de relations qu'avec un seul donneur d'ordre (article L8221.6 du Code du travail, mais aussi L311.11 du Code de la sécurité sociale)<sup>6</sup>.

Par la suite – et à l'initiative d'Hervé Novelli dans le cadre de l'édification du statut de l'auto-entrepreneur qui est, en quelque sorte, le statut du dirigeant de la micro-entreprise créée par la loi Madelin – était ajouté, par le biais de l'article L8221.6.1, que la présomption d'absence de contrat de travail vaut lorsque les conditions de travail sont définies par le travailleur seul ou par accord entre les parties ; il s'agissait de définir en creux par la loi ce que la jurisprudence avait défini en bosse. Au moment de l'adoption de la loi ayant introduit un délit de travail dissimulé salarié, Alain Madelin a, par ailleurs et logiquement de ce fait, fait en sorte que ces délits ne puissent prospérer que s'il y a intention de frauder. Il n'est pas sûr que le monde de l'entreprise ait appréhendé l'importance de ces modifications !

Malgré le caractère universel du champ de l'arsenal législatif identifié par le Code du travail, des différences de traitement des travailleurs peuvent exister au regard du degré d'autonomie. On en voit l'expression dans le « statut » des cadres ; les progrès des TIC et le numérique ne peuvent qu'affecter la distinction entre cadres et non-cadres fondée sur la seule appartenance à une catégorie à partir des classifications professionnelles. Des dispositions légales spécifiques existent s'agissant des cadres – et d'une manière plus générale de travailleurs disposant d'un degré élevé d'autonomie – tels les forfaits jours en matière de durée du travail. Même si la jurisprudence prend en considération

6. Barthélémy, J., JCP E 1994, I, 361 ; Teyssié, B., Droit Social 1994, p. 667 ; Montpeysson, A., Droit Social 1997, p. 616 (positions du salariat).



l'autonomie, donc la responsabilité, pour justifier des solutions adaptées, on peut regretter que la Cour de cassation ne soit pas plus hardie. Par exemple, le refus d'admettre les clauses compromissoires d'arbitrage repose sur le monopole de juridiction du conseil des prud'hommes, alors que fondamentalement il ne devrait se justifier, au nom de l'ordre public, que par le caractère déséquilibré de la relation contractuelle rendant suspect le consentement du travailleur. On notera toutefois qu'en cette matière un effort a été fait récemment puisqu'a été remplacée l'inapplicabilité d'une telle clause par une simple inopposabilité, le salarié pouvant toujours privilégier la saisine du conseil de prud'hommes au nom d'un dispositif plus protecteur parce que d'ordre public<sup>7</sup>. Cette position tranche avec les solutions trouvées ailleurs, caractérisées par la validité de l'arbitrage lorsque l'intéressé a un certain salaire (Belgique) ou lorsqu'est mis en place un arsenal procédural par la convention collective professionnelle (Italie)<sup>8</sup>.

---

7. Pour des critiques pertinentes à l'égard de l'exclusion de l'arbitrage (de la clause compromissoire) dans les relations individuelles de travail, il faut absolument lire le Doyen Thomas Clay, voir notamment « L'arbitrage en droit du travail, quel avenir après le rapport Barthélémy/Cette », Droit Social 2010, p. 430 et s.

8. Perulli, A., « Travail économiquement dépendant, parasubordination : les aspects juridiques, sociaux, économiques », rapport pour la Commission Européenne, 2003.



# VERS UN DROIT DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE

Un degré élevé d'autonomie donc de responsabilité et (ou) l'indépendance technique dans l'exercice de l'art permettent de réduire le déséquilibre contractuel, donc au contrat individuel de faire la loi des parties ; mais la dépendance économique malgré l'indépendance juridique place aussi le travailleur en état de faiblesse à l'égard de son cocontractant. Ceci invite à une réflexion sur une évolution radicale du droit social, sauf à le faire sombrer dans une dérive technocratique qui ne peut qu'engendrer insécurité juridique et judiciarisation excessive. La création de fonctions nouvelles et les modifications des conditions d'exercice du travail nées des progrès des TIC et du numérique rendent inévitable le dépassement du droit du travail par celui de l'activité professionnelle ; dans cette évolution, le concept de parasubordination, que connaissent certains États voisins, jouera un rôle déterminant.

## ESSAI SUR LA PARASUBORDINATION <sup>9</sup>

Au vu du caractère non homogène du « statut » de salarié et de ce que la relation d'un travailleur indépendant avec son cocontractant peut le positionner dans un état de faiblesse, ne peut que naître l'idée d'une catégorie intermédiaire. D'où le concept de parasubordination, d'autant plus explorable que le professionnel parasubordonné <sup>10</sup> existe en Italie (les Coco) et en Allemagne (les leitende Angestellte).

9. Barthélémy, J., « Essai sur la parasubordination », Semaine Sociale Lamy, septembre 2003.

10. Barthélémy, J., « Le professionnel parasubordonné », JCP E, 1<sup>er</sup> septembre 1996 et Barthélémy, J., « Parasubordination », Cahiers du DRH n° 143, mai 2008, p. 27.

Intégrer dans le champ du salariat (tel est l'objet de la partie VII du Code du travail) les travailleurs n'étant pas nécessairement en état de subordination juridique n'est pas la solution pour deux raisons. D'abord, ce n'est pas la catégorie de travailleurs qui doit être concernée mais la nature particulière des relations avec le cocontractant ; à défaut, on sombre dans une dérive technocratique. Ensuite, cette attirance pour le Code du travail part du postulat – concevable dans la civilisation de l'usine, moins dans celle du savoir ou de l'intelligence – que la meilleure condition pour le travailleur, c'est le statut juridique et social de l'ouvrier. Il faut, de ce fait, relier cette extension du champ du salariat à la sanction pénale du travail salarié dissimulé, les deux attestant d'une culture ouvriériste dont le romantisme ne séduit plus les jeunes (friands du numérique) et en décalage avec l'aspiration légitime, au nom des droits fondamentaux et des libertés publiques, à plus d'autonomie voire à l'indépendance. À cet égard deux exemples : celui des travailleurs à domicile - les régions où cette forme de travail a prospéré sont généralement celles où, au XIX<sup>e</sup> siècle, l'anarchisme s'était implanté, l'expression « ni Dieu ni maître » s'est traduite par le refus d'être un chef d'entreprise ou un ouvrier. Celui des journalistes, caractérisés par une indépendance technique et pour lesquels de ce fait ont dû être inventés des dispositifs peu en harmonie avec le salariat, comme le retrait pour cause de conscience. On pourrait aussi citer les VRP, dont la différence avec l'agent commercial, travailleur non salarié, est difficile à identifier si on se positionne sur le terrain des droits fondamentaux.

Le professionnel parasubordonné est en Italie un travailleur exerçant une activité le plaçant en état de seule dépendance économique à l'égard d'un donneur d'ordre ; fleurissent dans le milanais, grâce à un réseau de parasubordonnés en relation avec le créateur, les industries de l'habillement et de la chaussure de luxe qui ont totalement disparu en France. En Allemagne, les juristes d'entreprise peuvent être des Rechtsanwälde, c'est-à-dire des avocats grâce au statut de leitende Angestellte pouvant s'appliquer à d'autres experts.

Le concept de professionnel parasubordonné pourrait aisément rassembler à la fois les travailleurs en état de subordination juridique mais disposant statutairement, réglementairement ou contractuellement d'un degré élevé d'autonomie, donc de responsabilité et (ou) d'une indépendance technique, ainsi que les travailleurs indépendants juridiquement mais en état de dépendance éco-



nomique, tels sous-traitants, franchisés, membres de réseaux, professionnels libéraux collaborateurs, sportifs professionnels.

L'état de parasubordonné exige une protection au nom de la protection de la partie faible d'un contrat ; non seulement celle-ci n'a pas à être celle du Code du travail conçue pour l'ouvrier d'usine, mais encore l'application de ce corpus législatif a des effets pervers et va à l'encontre de l'intérêt de ceux qu'il est censé protéger.

Il n'y a pas un seul et unique système protecteur, celui du Code du travail – encore une fois parfaitement justifié pour l'ouvrier mais pas pour les travailleurs en haut de la hiérarchie de l'entreprise. D'autres relations contractuelles déséquilibrées que celle entre employeur et travailleur ont conduit à des protections adaptées, inspirées des moyens de corriger les effets d'un état de faiblesse afin de favoriser un équilibre suffisant pour que le contrat puisse faire seul la loi des parties. On songe aux rapports du propriétaire et du locataire ou à la protection du consommateur en cas de vente à domicile. Ces moyens sont pour partie inspirés d'une obligation de loyauté dans la négociation et d'exécution de bonne foi des conventions signées, qui sont des exigences fondamentales d'inspiration civiliste (du droit civil), matrice de toutes les disciplines de droit privé. L'institution qu'est la convention collective peut d'autant plus être utilisée en dehors du salariat qu'elle est normative comme la loi et que du fait de l'autorité de ceux exprimant l'intérêt de la collectivité, l'équilibre contractuel y est aisé. À titre d'exemple, le « statut » des agents généraux d'assurance, travailleurs indépendants parce qu'exerçant une profession libérale réglementée mais dépendants économiques d'une compagnie pour laquelle ils peuvent être liés à titre exclusif, a été défini par un « accord collectif » de 1996 entre la fédération française des compagnies d'assurances et la fédération des agents (autrefois FNSAGA, aujourd'hui AGEA) ; ceci – c'est important – ne s'est pas construit sur la base d'un texte législatif express, mais d'une exploration des principes de la théorie contractuelle civiliste. Bien sûr, cette convention collective n'est pas régie par les articles L2221.1 et 2 du Code du travail.



## LES FONDEMENTS D'UN DROIT DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE <sup>11</sup>

Quel que soit l'attrait d'un statut du professionnel parasubordonné, il pèche par un inconvénient majeur. Il remplace une frontière floue entre le salarié et l'indépendant par deux qui le sont tout autant : entre le salarié et le professionnel parasubordonné d'un côté, entre le professionnel parasubordonné et l'entrepreneur indépendant de l'autre.

Voilà pourquoi il est préférable d'utiliser la parasubordination comme catalyseur du passage du droit du travail au droit de l'activité professionnelle plutôt que comme critère d'une catégorie identitaire entre salariés et indépendants. Un droit de l'activité professionnelle transcendant les droits du travail salarié ou non salarié s'imposera à plus ou moins long terme du fait des progrès des TIC et du numérique. Ce sera le cas lorsque le droit du travail, fondé par et pour la civilisation de l'usine, sera en tel décalage avec le contexte dans lequel il est appelé à prospérer que ses contraintes seront un sérieux obstacle à l'efficacité économique et qu'il n'assumera plus sa fonction protectrice. On n'en est pas très loin, même si ce n'est que pour une partie des travailleurs. Ces évolutions se feront d'autant plus aisément que les progrès des TIC vont booster les libertés et les droits fondamentaux du « travailleur-citoyen ». Ainsi la liberté de choix en matière de conditions de travail est un progrès au titre de ces droits, issus tant de la déclaration des droits de l'Homme de 1789 que de la Convention européenne des droits de l'homme. La seule limite de fond à ce libre choix est l'intérêt de l'entreprise qui puise aussi sa force dans des droits fondamentaux, en l'occurrence le droit d'entreprendre et la protection du patrimoine ; l'instrument de conciliation entre ces exigences fondamentales est le principe de proportionnalité qui est aussi d'essence constitutionnelle. Dans cette perspective, il faut prendre en compte que le contrat de travail n'est pas un contrat ordinaire en ce que son objet est l'Homme et que la dignité est l'un de ses droits fondamentaux. En résulte, par exemple, le droit à des revenus raisonnables permettant de faire vivre la famille ou à une durée raisonnable de travail. Ceci peut conditionner la manière de résoudre les difficultés entre l'entreprise et un travailleur, qu'il soit ou non salarié (par exemple, en critiquant, au nom de l'abus, la rupture rapide

---

11. Antonmattei, P.-H., Sciberas, J.-C., « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection », Rapport à Monsieur le Ministre du travail, novembre 2008.



et (ou) sans motif de leurs rapports). De même le droit à la santé, droit fondamental de l'Homme, pourrait conduire un jour à la condamnation d'un donneur d'ordre pour non-respect, dans ses relations avec un travailleur non salarié, de l'obligation générale de sécurité de résultats. D'où du reste l'intérêt de l'attachement de la Cour de cassation à l'idée de contrôle de la charge de travail.

Au vu de ce qui précède, le droit de l'activité professionnelle à naître ne peut que concerner l'ensemble des travailleurs, du plus subordonné juridiquement au totalement indépendant économiquement. Il implique des niveaux de protection décroissants avec le degré d'autonomie, donc de responsabilité et plus généralement avec la capacité du contrat à faire seul (avec plus ou moins de force) la loi des parties. De ce fait, il ne se substituerait pas au droit du travail salarié identifié par le Code qui conserve sa pleine puissance – en complétant le droit de l'activité professionnelle – pour régir les rapports de l'entreprise avec les travailleurs salariés les moins qualifiés et occupant des fonctions subalternes dans la grille des emplois. C'est important à souligner car les idéologues vont, une nouvelle fois, parler de détricotage du droit du travail.

En d'autres termes, il s'agit d'identifier un socle de droits fondamentaux du « citoyen-travailleur », socle complété par des protections additionnelles en liaison avec le degré d'autonomie. Ce socle de droits fondamentaux ne peut qu'être établi sur trois piliers : celui de la protection sociale, celui des droits collectifs, celui des droits individuels.

## La protection sociale

L'harmonisation de la protection sociale au niveau tant du premier pilier, celui de la sécurité sociale légale et conventionnelle (ASSEDIC, Agirc, Arrco qui assument une mission d'intérêt général et se substituent au régime légal au sens du règlement 1408.71), qu'au niveau des garanties collectives caractérisant le 2<sup>ème</sup> pilier, est une exigence majeure car elle est la condition de la fluidité de l'emploi en permettant le changement d'employeur et (ou) de statut sans la remise en cause des droits. Sous cet angle, transférabilité et portabilité des garanties collectives sont des matériaux au service de l'employabilité qui commence à apparaître, au travers de la jurisprudence, comme un droit fondamental complétant celui à l'emploi. De même, transférer au bénéfice des travailleurs

indépendants la règle de neutralité fiscale sous plafond des contributions alimentant des garanties de retraite et (ou) de prévoyance en vigueur pour les salariés (l'un des objets de la loi Madelin de 1994) s'impose d'autant plus que le fondement de cette règle est le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques.

L'harmonisation est effective, en matière de sécurité sociale, s'agissant de l'assurance maladie (ce que cache en partie la calamiteuse gestion du RSI) et de l'assurance vieillesse depuis 1973 (non visible du fait qu'elle n'affecte que les droits postérieurs). Si les non-salariés ne bénéficient pas de garanties légales en matière d'accidents du travail, c'est parce que ce système d'assurance est en lien avec la responsabilité de l'employeur en matière de prévention de la santé, ce dont il résulte que cette cotisation-là est entièrement à sa charge. Et si les non-salariés ne relèvent pas de l'ASSEDIC, c'est parce que la source de droit créatrice de ce régime, c'est un accord collectif de travail ; on notera toutefois que la loi Madelin a rendu possible la création de garanties collectives de perte d'emploi subie, la cotisation étant déductible fiscalement dans certaines limites inspirées du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques.

## Les droits collectifs

Les droits collectifs constituant le socle de droits fondamentaux sont faciles à identifier car ils sont d'essence constitutionnelle. Il s'agit des droits de négociation collective et au conflit collectif. Ils sont visés à l'article 28 issu du Titre IV (solidarité) de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (version consolidée du 26 octobre 2012) qui concerne les travailleurs tout court. De même l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 annexé à celle de 1958 prévoit que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective de ses conditions de travail... ». Il n'y a donc aucune raison que ces deux droits fondamentaux ne bénéficient pas aux travailleurs en état de dépendance économique même si les modalités de leur déclinaison doivent varier du fait de conditions de travail différentes.



## Les droits individuels

Quant aux droits individuels, il est aisé d'en chercher les fondamentaux dans la déclaration des droits de l'Homme de 1789 et dans la Convention européenne des droits de l'homme (qui en est partiellement inspirée) ; en particulier, en relèvent ceux qui résultent des principes du droit du travail, du droit syndical, de la sécurité sociale (article 34 de la Constitution de 1958) dont il n'est dit nulle part qu'ils ne concernent que les salariés. Et puis il faut, dès lors que l'objectif est de corriger les effets d'une position de partie faible, que soient imposées des règles de conduite de la négociation du contrat et les rendre substantielles ; à titre d'exemple, l'accord de 1996 relatif au statut des agents généraux d'assurance s'est intéressé aux conditions de négociation du mandat donné par la compagnie, imposant par exemple (ce qui contribue à favoriser un consentement éclairé de la partie faible) une information donnée au postulant sur l'état du portefeuille existant et (ou) sur le marché potentiel dans le secteur attribué.



# CONCLUSION

- > Le droit du travail salarié actuel ne pourra que disparaître avec l'avènement de la civilisation du savoir ou de l'intelligence, qui naît petit à petit des progrès des TIC et du numérique.
- > Le droit de l'activité professionnelle, composé d'un socle de droits communs à tous les travailleurs et complété par des droits complémentaires propres à un degré d'autonomie déterminé, mettra un terme aux rigidités, notamment de l'emploi, liées à l'appartenance à une catégorie déterminée de travailleurs.
- > Le droit de l'activité professionnelle ne peut qu'être en cohérence – et même en être le parallèle – avec le droit de l'activité économique qui supprime de plus en plus le droit de l'entreprise.
- > Il devient urgent, compte tenu des profondes mutations du travail générées par les progrès des TIC, du numérique, de conceptualiser le droit de l'activité professionnelle, ceci d'autant que la tentation est grande, dans une situation marquée par l'impérialisme de la communication (qui exigerait de la part des journalistes une plus grande déontologie car ils cèdent trop souvent à l'attrait du sensationnel), d'aborder des questions fondamentales sous l'angle étroit de ce qui fait l'évènement (l'uberisation, quel vilain mot !). C'est pourquoi l'auteur de cette étude et l'économiste Gilbert Cette qui ont conçu ensemble de multiples contributions vont, dans le prolongement du rapport fourni en 2008 à Xavier Bertrand, ministre du travail, par le Professeur Paul-Henri Antonmattei et Jean-Charles Sciberras, proposer, sans doute avec l'appui d'autres experts, une contribution scientifique sur le droit de l'activité professionnelle.





## L'AUTEUR

**Jacques Barthélémy**

Avocat – Conseil en droit social

Ancien professeur associé à la faculté de droit  
de Montpellier

Fondateur en 1965 du Cabinet éponyme

