

Nouvelles formes du travail et de protection des actifs

"Travail et droit du travail de demain Autonomie, sur-subordination, sub-organisation ?"

Jean-Emmanuel Ray, professeur de droit privé à l'Université Paris I - Sorbonne

La Révolution numérique semble percuter frontalement le critère même du droit du travail, créé lors de la Révolution industrielle pour l'usine militaro-industrielle organisée sur le modèle Ford-Taylor avec son tout collectif grâce à son unité de lieu, de temps et d'action: « *la subordination juridique permanente* », qui fait d'un actif un salarié protégé par le droit du travail d'ordre public, mais aussi le « régime général » de Sécurité Sociale.

Conçu pour des travailleurs manuels d'exécution, ce droit avec obligation de moyens et décompte minute par minute de la durée du travail a aujourd'hui de grandes difficultés à s'adapter à l'explosion du cadre spatial, temporel et organisationnel de nombre d'entreprises¹. Exemple emblématique : la loi de la pesanteur interdisait au métallo d'emporter le soir trois portes de 4L à la maison pour les terminer « nickel chrome ». Pour le travailleur du savoir largement équipé en « portables » qu'il emporte effectivement partout, peu importe le lieu (bureau, domicile, coworking..) et le temps du travail²: c'est le résultat qui compte.

Rude mise en cause de notre culture hiérarchique à la française, avec la Cour autour du chef et donc le culte du présentisme³.

Mais pas seulement.

Un nouvel modèle sociétal et social⁴: du sub- au co- ?

Car aussi passage d'un modèle d'autorité, aujourd'hui dépassé dans la famille puis à l'École, avec pour de nombreux cadres une gestion fondée sur les objectifs, mieux adaptée aux salariés du XXI^e siècle et aux jeunes générations, légitimement sensibles au constat d'Alain Supiot : « *La subordination à vie n'est pas un idéal insurpassable*⁵ ».

En particulier parmi les surdiplômés qui feront la France de demain, nombre de jeunes ne se satisfont ni de la malédiction divine, ni de l'opposition vie professionnelle (subie) / vie personnelle (libre) de leurs aînés, leur rappelant que dans le terme « vie professionnelle », il y a d'abord « vie ». Le « devoir de travailler » figurant dans le Préambule constitutionnel de 1946 ne s'impose plus naturellement à eux, car le travail gagne-pain ne surplombe plus toute(s) leur(s) vie(s).

¹ Cf. la "Matinée Gérard Lyon-Caen" organisée par l'École de droit de Paris I - Sorbonne et l'AFDT le vendredi 17 juin 2016 de 9h à 13h: "*Travail de demain : quelles nouvelles protections ? Pour quels travailleurs ?*" Inscription préalable obligatoire sur <http://www.afdt-asso.fr/matinee-gerard-lyon-caen>

² Ainsi du télétravailleur en forfait-jours ayant été chercher sa fillette à l'école et qui se remet au travail à 21h30 (= travail de nuit), ou le dimanche après-midi (= travail dominical): problèmes juridiques insolubles, mais aussi flexibilité personnelle très recherchée, surtout par les jeunes générations du quaternaire.

³ Pour une présentation plus générale, voir le rapport de Bruno Mettling : « *Transformation numérique et vie au travail* », 15 septembre 2015, qui reste dans le cadre du salariat.

⁴ Ainsi de la co-production de la loi depuis 2007, avec l'article L.1 du Code du travail favorisant la "négociation légiférante": les partenaires sociaux signent un ANI, que le législateur transpose ensuite.

⁵ Alain Supiot : « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. Soc. 2000 p. 131.

Contrairement à leurs parents, ces « individus⁶ collaboratifs » accros à trois ou quatre réseaux sociaux n'ont plus la « valeur travail » chevillée au corps⁷: la pression sociale étant moindre et leurs centres d'intérêt ailleurs, ils ne voient pas de problème majeur à accomplir quelques heures par jour un travail purement alimentaire⁸, avec un investissement minimum contrariant parfois leur employeur : leur identité se construit ailleurs.

Mais ils ne sont pas pour autant des fait-néant obsédés de RTT: s'ils restent prêts à travailler 60h par semaine, ils veulent une activité qui ait du sens et assure leur développement personnel⁹, sous l'impulsion d'un leader reconnu car alliant expertise et exemplarité¹⁰. Bien loin du petit chef se contentant de son titre de « N+1 ».

Œuf, poule et Système D. Bonne, ou mauvaise nouvelle ? Le travail salarié n'est plus l'alpha et l'omega de la lutte contre notre chômage de masse¹¹, comme le montre par exemple le très rapide développement d'Uber aux États-Unis et en France: si trouver un employeur est vain, il faut créer son activité¹². Est-ce alors l'existence de ce type de plateformes qui a multiplié les travailleurs « indépendants¹³», ou alors des chômeurs souvent discriminés à l'embauche qui ont ainsi trouvé une activité rémunératrice car il leur était plus facile de trouver des clients qu'un employeur¹⁴ ?

La lutte pour l'emploi, voire l'ascenseur social passeraient-ils par le numérique ? « *La nouveauté avec le numérique, c'est qu'il abaisse la marche à l'entrée : avec un coût beaucoup plus faible, je vais pouvoir développer une idée, collecter de l'argent, avoir accès aux usagers ou au marché. Avec sa capacité à entreprendre, à innover, il donne le pouvoir*

⁶ Le droit du travail lui-même est passé en trente ans d'un droit collectif des travailleurs aux droits de la personne au travail, comme l'ont montré les « 61 principes essentiels » de la Commission Badinter de janvier 2016 (Article 1. « Libertés et droits de la personne au travail »), mais aussi le refrain de toutes les lois récentes appelant au respect de l'équilibre vie professionnelle / vie personnelle : loi du 14 juin 2013 sur les accords de mobilité, ou le projet de loi Travail de mai 2016 pour les accords offensifs sur l'emploi.

⁷ Quand l'enfant n'a jamais vu sa mère et/ou son père se lever chaque matin, et que lui-même s'est très tôt heurté à un marché du travail fermé...

⁸ Cf. Aurélien Denaes, co-fondateur de Casaco, espace de coworking à Malakoff: «*On voit dans nos espaces de plus en plus de jeunes qui se mettent dans une position de sous-traitance via les plateformes collaboratives et de crowdsourcing. Ils vendent leur temps, même pas leur cerveau à qui veut bien, dans une vision de court terme purement alimentaire*».

⁹ Pour de nombreux étudiants, « l'année de césure » post-licence ou maîtrise devient la norme, pas seulement dans le cadre d'un cursus obligatoire ou d'Erasmus.

¹⁰ Du « petit chef » d'hier à « l'autorité horizontale » issue des discussions sur le réseau social interne: le salarié reconnu comme expert par ses pairs, qui le « suivent » alors plus volontiers que leur « N+1 » figurant pourtant dans l'organigramme (cf. J.-E. Ray, « Qualité de vie et travail de demain », *Dr. soc.*, février 2015, p. 32).

¹¹ L'irruption du numérique n'a pas vraiment dopé la croissance, contrairement à celle de la machine à vapeur puis de l'électricité.

¹² Présenté en Conseil des ministres le 24 mars 2016, le projet de loi Travail « vise à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs ».

¹³ Mais en raison du « slashing » (multi-activités qui se développe), il faut faire preuve d'une grande prudence: sur les « 50 millions de free-lancers » américains, (+ 9,4 millions entre 2005 et 2015 selon L. Katz et A. Kruger : « *The rise and the nature of Alternative Arrangements in US* ») ou le million d'auto-entrepreneurs français, beaucoup sont par ailleurs salariés (CDI, CDD), chômeurs ou retraités cherchant un complément de revenus (voir infra).

¹⁴ Cf. David Mesnascé : « La France du Bon Coin », juin 2015 : « *Quand on n'a rien, la stratégie de survie est de pouvoir accéder au marché* », qui souligne aussi le caractère très urbain des plateformes.

de développer des projets associatifs ou d'entreprises » (Jacques-François Marchandise, cofondateur de la Fing¹⁵).

Même remarque sur « la fin de la propriété au profit du simple usage »: mouvement culturel de fond voire baba-cool (la propriété-vol / l'usage-partage), ou banale économie de la débrouillardise en période de crise¹⁶, y compris en matière de santé lorsque les mécanismes de protection sociale sont défaillants ? Raison garder face aux gourous.

De « l'économie du partage » aux GAFAs. Seule certitude : la si sympathique économie « collaborative » voire « du partage » et des actes gratuits des débuts d'Internet a montré sa double face¹⁷.

A côté des structures locales d'entraide, de circuits courts voire de Wikipédia, l'Encyclopédie de la jeunesse mondiale, les GAFAs sont de gigantesques groupes ultra capitalistiques avec comme terrain de jeu le monde entier; et AirBnB ou Blablacar ne sont plus les charmants « échanges d'apparts » ou « l'auto-stop » revisités. A l'instar d'Uber, la sécurisation financière et physique des échanges (prix fixé à l'avance, réponse rapide sous peine de déréférencement, notation...) les a amené à se professionnaliser...et à retrouver des comportements d'employeur.

Quant à Upwork, TaskRabbit ou Mechanical Turk, l'organisation informatisée du travail de ce « taylorisme digital » aurait fait rêver F. Taylor lui-même.

Qu'ont en commun toutes ces entreprises, sinon le refus du travail salarié ?

Diversifications et complexité. Les contrats à durée déterminée, le prêt de main d'oeuvre ou le travail à temps très partiel ont toujours existé : le numérique n'a inventé ni le travail au noir, ni la précarité.

Mais il ne peut pas non plus se résumer à l'opposition si chère aux travaillistes travail salarié / activité indépendante, qui bloque aujourd'hui tout débat, tant les situations sont aujourd'hui diversifiées. Ce n'est pas un hasard si l'auto-entrepreneur a fait un inattendu tabac statistique, si le prêt de main d'oeuvre à but non lucratif est légalisé, si le portage salarial (curieux salariat sans aucune subordination) est sécurisé par la loi Travail, si les coopératives d'activités et d'emploi comme Coopaname ont créé le concept, assez novateur pour un juriste, de « coopérateur salarié associé »...

Mais le summum est atteint lorsqu'un même individu cumule, dans un joyeux mélange vie professionnelle / vie personnelle, trois au quatre statuts (déclarés) dans la même semaine: les structures du monde du travail d'hier (droit légal, mais aussi conventionnel

¹⁵ Remarquant aussi que *“le numérique a pour effet d'augmenter la concurrence dans un marché plus agressif. Ainsi le fait qu'il y ait plus d'offres d'emploi en ligne n'a en rien simplifié la vie des demandeurs d'emploi. Pour l'instant, le numérique produit souvent l'effet inverse: il augmente leur calvaire.. On envoie aujourd'hui 4000 demandes électroniques quand hier on envoyait 100 courriers”*. Il pilote le projet “Capacity” explorant les réalités de l'empowerment, ce « pouvoir d'agir » potentiellement renforcé par le numérique. Travaux menés conjointement par la Fing, l'Université Rennes 2 (CREAD-Marsouin) et Télécom Bretagne.

¹⁶ Voir H. Guillaud, Internet Actu.net du 10 juillet 2014: *“L'économie du partage : un capitalisme de catastrophe ?”*

¹⁷ Pour dresser l'acte de décès, voir « L'économie collaborative, c'est fini », Arthur de Grave (Ouishare) 16 février 2016: *« J'ai bien connu l'économie collaborative. Avec mes camarades de Ouishare, nous faisons partie de ceux qui ont contribué à forger le concept. Qu'avions-nous en tête à l'époque ? Étions-nous donc naïfs ? Sans doute un peu : on n'est pas sérieux quand on a 25 ans. Mais nous n'avions pas envie de parler le langage de « l'économie du partage ». Au mieux, il nous ennuyait, au pire, il nous semblait puer l'hypocrisie. Parce que l'idéologie du « sharing » – cette espèce de collectivisme au rabais et à la cool – servait de cache-sexe un peu grossier aux stratégies d'acquisition client des plateformes californiennes qui entraient alors triomphalement dans Paris (...). Elle est morte tout simplement parce qu'en tant que concept, elle a perdu toute puissance explicative. Ce n'est pas un drame : les catégories de pensée ne sont pas éternelles”*.

avec ses classifications très précises, sa protection sociale, ses structures syndicales...) prévues pour des salariés « faisant carrière » sous contrat à durée indéterminée dans une ou deux entreprises se révèlent cruellement inadaptées. L'on souhaite donc bien du courage à ceux et celles qui vont devoir monter concrètement le CPA.

« Rien n'est simple », écrit Sempé. Et le compromis fordiste se meurt.

Un new deal social est donc nécessaire.

I. Les trois questions essentielles impactant le droit du travail

1. Fin du tout salariat = Plein emploi. Question n° 1 : celle des destructions pour l'instant largement destructrices et peu créatrices d'emplois¹⁸, qui perturbent l'opinion publique et pourraient demain la braquer. Nombre de salariés sont déjà déstabilisés par les changements rapides induits par le numérique¹⁹, et les cruelles incertitudes sur le maintien de leur poste ne visent plus seulement les bas niveaux de qualification : banques et assurances sont la sidérurgie de demain. En novembre 2014²⁰, le cabinet R. Berger prévoyait ainsi que « *trois millions d'emplois pourraient être détruits d'ici 2025 en France, déstabilisant en profondeur les classes moyennes* ». Si la rationalisation et la robotisation permises par l'informatique suppriment souvent des tâches pénibles et/ou fastidieuses, elles ne conduisent pas toujours au maintien dans l'emploi d'un salarié plus qualifié...

2. La puissance de la transition numérique en cours nécessite des efforts de formation²¹ voire de reconversion pouvant s'avérer vertigineux : « *Aujourd'hui, les jeunes sont formés à l'économie d'aujourd'hui ou à l'économie d'hier : si ces jobs disparaissent parce que les machines peuvent faire mieux, qu'advient-il de leur compétences ? Potentiellement temporaire, ce manque d'adéquation va créer des problèmes de transition suffisamment sévères pour que le problème de nature technologique se transforme en problème de nature politique* » (Esther Duflo, MIT). Problème supplémentaire: la vitesse des changements est telle qu'il est difficile de faire des prévisions sur les qualifications nécessaires dans cinq ans²².

¹⁸ « Voilà 200 ans que les gens s'inquiètent de la destruction des emplois liée à l'arrivée des machines, et cela fait 200 ans qu'ils finissent toujours par avoir tort car des emplois en nombre supérieur sont créés par ailleurs » explique Andrew McAfee, du MIT. Mais qui poursuit : « Cette fois, c'est différent : jusqu'à maintenant, les ordinateurs permettaient de supprimer les tâches répétitives : désormais, ils vont beaucoup plus loin et peuvent prendre en charge des travaux de conception, ordinairement confiés à des salariés très qualifiés. Bientôt, des robots pourront bâtir des maisons ! ».

¹⁹ Entre 2010 et 2015, la proportion de salariés inquiets sur leur capacité à assimiler les nouveaux outils et les changements technologiques est passée de 16% à 23%, selon le sondage Malakoff Médéric d'avril 2016 réalisé auprès de 500 dirigeants et 800 salariés du secteur privé. Quels que soient leur âge, statut ou secteur, toutes les catégories de salariés sont concernées de la même manière.

²⁰ « Les classes moyennes face à la transformation digitale », Roland Berger Consulting (www.rolandberger.fr/actualites), 27 octobre 2014.

²¹ Par un accord de coopération intitulé "Industrie 4.0" signé le 21 avril 2016, trois fédérations patronales allemandes et le syndicat de la métallurgie IG Metall ont décidé de dresser un état des lieux, pour formuler fin 2016 des recommandations concrètes qui serviront de base à une nouvelle modernisation des profils professionnels dans le secteur. Pour l'IG Metall, « *il ne s'agit pas seulement de diffuser de nouveaux procédés techniques. Nos apprentis doivent également apprendre de nouvelles méthodes d'apprentissage, agir de façon autonome, avoir le sens des responsabilités et développer une pensée systémique* » (Source: Planet Labor, 29 avril 2016, n°9637 – www.planetlabor.com).

²² Il en va de même en matière de régulation étatique, voulant protéger les citoyens tout en évitant d'entraver l'innovation. « *La réglementation joue un rôle essentiel dans la protection des citoyens, des entreprises et de l'intérêt général : mais si elle n'est pas faite de manière stratégique, elle demeure coûteuse* ».

3. Nécessaire transformation culturelle et organisationnelle des entreprises, particulièrement dans notre pays à la culture hiérarchique affirmée : « *L'organisation hiérarchique pyramidale est le meilleur système pour exécuter des décisions, pour produire, pour les activités courantes. Mais c'est le pire pour prendre des décisions, innover, résoudre des problèmes ou partager des bonnes pratiques. C'est la révolution intellectuelle la plus difficile pour l'entreprise* » (Benoît Sillard, ex-Délégué interministériel aux usages de l'internet).

En un mot, la subordination juridique permanente, critère du contrat de travail Ford-Taylor, s'avère contreproductive pour nombre de travailleurs du savoir. Alors si la France ne veut pas rater son entrée dans la 3^e Révolution Industrielle, comme elle l'a fait pour les deux précédentes, les révisions peuvent être déchirantes.

Le droit du travail (salarie) doit rapidement évoluer²³ s'il ne veut pas être marginalisé par les flexibilisations sauvages en cours, a fortiori avec l'effet de contagion-dumping social de ces opérations d'externalisation low cost²⁴ : ainsi de l'appel aux travailleurs implantés à l'étranger grâce au don d'ubiquité du travail numérique, si possible en dehors de l'UE pour éviter l'application de ses normes²⁵.

Un exemple ? Dans son fonctionnement de tous les jours, une startup avec ses jeunes co-laborateurs²⁶ ayant des habitudes de travail Atawad²⁷ est automatiquement en infraction si elle ne fait pas respecter les durées maxima du travail (10h par jour, 48h hebdomadaires), mais aussi minima de repos continu (11h par jour, 35h hebdomadaires). Plus facile à dire qu'à faire au quotidien, avec ces salariés aux horaires souvent atypiques, pour lesquels le télétravail est un droit naturel et qui travaillent partout et n'importe quand grâce à leurs portables. Et contrôles pas vraiment de nature à attirer puis retenir les meilleurs, dont la réponse fuse aussitôt : « *Ce qui compte, c'est que le boulot soit fait, et bien fait, non ? Alors si c'est le cas, fous-moi la paix !* ». A l'issue d'un contrôle de l'inspecteur du travail (rarissime) ou d'un rude contentieux²⁸ civil voire

et fastidieuse pour tous (...). A une époque de changements rapides, chercher à identifier tous les risques possibles pour les citoyens et les marchés, puis créer des règles pour les atténuer est une tâche difficile et sans doute impossible. Cependant, les régulateurs peuvent travailler directement avec les citoyens pour réduire le temps de décalage entre le moment où un nouveau service ou produit provoque des dommages à un consommateur et le moment où le régulateur découvre le préjudice. » (Rapport Deloitte, 11 juin 2015 : « *The regulator of tomorrow: rulemaking and enforcement in an area of exponential change* »).

²³ Cf. la « charge de travail », aujourd'hui moins pondérale que communicationnelle et cognitive, dont la mesure et le suivi sont plus délicats que les « 40 kgs maximum, brouette comprise » (R. 4541-9).

²⁴ Cf. rapport Mettling : Un travailleur du numérique sur dix exerce déjà aujourd'hui hors salariat. En 2014, les travailleurs indépendants représentaient 18 % du secteur des services aux Pays-Bas, 11 % en Allemagne et 7 % en France. Mais il s'agit d'un véritable changement culturel, tant notre société toute entière est dominée par le salariat : au delà de la Sécurité sociale comme de la protection sociale, prêts bancaires, assurances ou accès au logement sont encore dominés par le modèle Trente Glorieuses du contrat de travail à durée indéterminée. Et dans le regard d'autrui, un auto-entrepreneur n'a pas "un véritable travail" : ce ne peut être qu'une solution d'attente avant de retrouver le Graal du vrai travail, le travail salarié.

²⁵ Remarque valable pour la question des données personnelles : la Suisse voit arriver nombre de serveurs centraux.

²⁶ S'il faut raison garder (quelques dizaines de milliers de salariés travaillent aujourd'hui dans une startup, dont 9 sur 10 en CDI pour les fidéliser), ce sont eux qui nous feront réussir la Révolution Numérique.

²⁷ Anywhere, Anytime, Any Device. Ces pratiques sont naturelles pour la Génération Z, celle des diplômés qui arrivent et n'ont jamais travaillé en bibliothèque mais sur Internet, et ont une troisième main : leur portable dans lequel est logée toute leur vie privée : alors plutôt que le droit à la déconnexion, le droit à la connexion choisie.

²⁸ Contentieux prud'homal en rattrapage d'heures supplémentaires pouvant aboutir au dépôt de bilan, mais aussi pénal : au mieux tribunal de police pour non respect des durées maximales du travail, au pire correctionnel pour travail dissimulé : « *Sous couvert de mandats établis entre la société Picardie Santé et*

pénal à l'occasion d'une rupture, cette TPE cherchera alors à se soustraire au maximum à l'ensemble du droit du travail (légal et conventionnel), en n'étant plus employeur mais simple donneur d'ordre appliquant le droit commercial ou des sociétés: elle fera autant que possible appel à des auto-entrepreneurs, des free-lances, voire des artisans ou des commerçants.

II. Pas le début de la fin pour le salariat, mais...

En France²⁹, c'est la « subordination juridique permanente », et non la dépendance économique³⁰ qui selon la jurisprudence (pouvant changer si une loi intervient, voir infra) fait le salarié : « *Elle est caractérisée par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur³¹ qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ».

Le développement du numérique ne va donc pas « tuer le salariat », fondé sur ce critère. Au delà des centres d'appel ou de logistique avec le « voice speaking » où il s'agit plutôt de sur-subordination (voir infra), il le favorise même dans certains cas: portables,

plusieurs de ses anciens salariés ayant pris le statut d'auto-entrepreneurs, ces derniers fournissaient en réalité à ladite société des prestations dans des conditions qui les plaçaient dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celle-ci» (Cass. Crim., 15 décembre 2015, n° 14-85.638).

²⁹ Publié le 19 mai 2015 par l'OIT, le rapport 2015 « Emplois, questions sociales dans le monde » constate que le salariat ne représente plus que la moitié de l'emploi dans le monde, et moins de 20 % des travailleurs en Afrique subsaharienne ou en Asie du Sud. Et même dans ces emplois salariés, moins de 40 % des travailleurs bénéficient d'un contrat permanent à temps plein, soit 20 % de l'emploi mondial. « *Jusque-là, la réponse de l'OIT était d'assurer les formes standards de l'emploi. Il ne s'agit pas d'abandonner cette optique, mais d'assurer un traitement égal à tous les travailleurs ne bénéficiant pas de la sécurité et de la protection attachée aux formes dites classiques. Il faut prendre en compte cette nouvelle réalité et adapter les politiques du marché du travail, ainsi que la législation aux diverses formes d'emploi* » (Guy Ryder, directeur général).

³⁰ La jurisprudence française avait rejeté dès le 6 juillet 1931 le critère de la dépendance économique: « *La condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat entre les parties ; la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* », Cass. civ. 6 juillet 1931, DP 1931, 1, 131, note P. Pic. En dernier lieu, à propos d'un chauffeur de taxi indépendant s'étant placé sur ce terrain économique pour obtenir la requalification: fixation de la redevance, charges, frais d'entretien du véhicule, conditions de rupture du contrat : refus de la Cour de cassation, en l'absence de subordination juridique (CS 18 mars 2016, n° 14-28.987 FD).

³¹ Le seul fait de travailler au sein d'un "service organisé" est également légitimement insuffisant pour caractériser une subordination juridique permanente: « *Si Mme S. travaillait au sein d'un service organisé, il ressortait des courriels échangés avec la société qu'elle bénéficiait d'une latitude certaine pour choisir ses périodes d'absence, notamment ses congés, et que les réponses à un courriel du cogérant n'étaient pas révélatrices du lien de subordination allégué* » (Cass. soc., 20 janvier 2016, n° 14-23.320, F-D).

Mais les arrêts concernant la télé réalité rendent un son nouveau : FS-D : « *Doit être écartée la qualification de contrat de jeu au profit de contrat de travail, s'agissant d'un participant à l'émission "Koh Lanta", l'objet du contrat ne pouvant pas se réduire à l'organisation d'un jeu mais organisant pour l'essentiel la participation des candidats à une émission constituant un bien audiovisuel ayant une forte valeur économique* » (Cass. soc., 25 juin 2013, n° 12-17.660). Commentaire de la Cour: « *L'apport de cet arrêt réside dans la confirmation que le lien de subordination constitue le critère décisif du contrat de travail; dès lors qu'elle est exécutée, non pas à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique, l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, est une prestation de travail soumise au droit du travail* ». Ce qui n'est pas sans rappeler le créatif mais très complexe à mettre en oeuvre "Digital Labour" d'Antonio Casilli.

GPS et puces RID permettent une invisible surveillance patronale à distance de tous les instants pour des métiers hier autonomes au quotidien (ex : routiers longue distance). Certes la plupart des métiers sont déjà, ou vont être impactés par le digital. Mais sur cent salariés d'aujourd'hui, combien d'entre eux verront remis en cause le lien de subordination lui-même ? 5% ? 10% ? Mais dans notre société d'individus, ce mouvement est réel, pour des raisons d'abord culturelles et sociologiques.

L'évolution se situe davantage :

1. Dans l'internationalisation de la force de travail, avec des chaînes virtuelles composées de micro-tâches répétitives³².

2. Dans la pluri-activité qui a déjà commencé avec les auto-entrepreneurs par ailleurs salariés (un sur trois) : mais pose moins de problèmes au droit du travail que l'éviction globale et délibérée de celui-ci.

3. Dans le passage d'un statut à l'autre (ex: auto-entrepreneur puis salarié et retour), le compte personnel d'activité créé par la loi Travail de 2016 voulant favoriser ces transitions avec des droits attachés à la personne...en « activité ».

Outre la très médiatisée question des plateformes³³, ce sont donc surtout les « travailleurs du savoir » qui sont visés par cette évolution vers toujours plus d'autonomie et d'obligation de résultat, pouvant faire douter de leur statut de salarié: ce qui permettrait de s'affranchir des règles du droit du travail légal et conventionnel.

La redoutable divergence en cours au sein du monde du travail

Si les cadres et autres professions intellectuelles représentent 20% de la population active française, ouvriers (21%) et employés (28%) en constituent encore près de la moitié. Et au delà des métiers de contact physique (télé-coiffure, télé-garagiste...) ils n'ont pas des TIC la vision terriblement optimiste des technophiles branchés.

Car la Révolution Numérique fait diverger deux mondes du travail, aux effets opposés en forme d'effet Mathieu³⁴.

- Sur-subordination pour les déjà subordonnés. L'informatique et ses dérivées, en forme d'autisme quantitatif si répandu aujourd'hui, permettent de tout contrôler en direct mais aussi à distance car traçabilité et mémoire sont inhérentes à l'outil. Pour ces salariés, la question de leur autonomie retrouvée relève de humour noir, et leur qualité de subordonné devient encore moins contestable...sur le territoire français³⁵.

³² Cf. le Mechanical Turk d'Amazon, créé en 2005 avec ses 560.000 "turkers" aujourd'hui présents dans 160 pays. Selon l'IG Metall, en Allemagne un million de « crowdworkers » ne bénéficient d'aucune couverture sociale, et peu rémunérés : 5 centimes pour la recherche d'un mail, 5 euros pour la rédaction d'un petit texte, les jobs entre 8 et 10 euros l'heure étant réservés aux plus expérimentés.

³³ Si le 20 avril 2016, Uber a accepté de payer 84 millions de dollars à un fonds de compensation pour ses chauffeurs afin d'éviter l'action collective en requalification devant s'ouvrir en Californie le 20 juin (240.000 "partenaires" dans cet Etat), et promis de financer une association de chauffeurs avec laquelle "il organisera des rencontres trimestrielles pour discuter des problèmes qui importent le plus pour les chauffeurs"...

³⁴ « À celui qui a, il sera beaucoup donné. Mais à celui qui n'a rien, il sera tout pris » (Mathieu, 13.12).

³⁵ Mais au sein de l'Union, la qualité de « travailleur salarié » est loin d'être homogène. C'est peut être l'un des buts de la « consultation sur un socle européen des droits sociaux » lancée par la Commission le 8 mars 2016 (pour la seule zone Euro) sur "les enjeux majeurs d'une Union économique et monétaire approfondie et plus juste, tels que la nécessité de stimuler la compétitivité, d'augmenter la participation au marché du travail, d'établir des socles de protection sociale adéquats, d'exploiter pleinement le potentiel humain, de garantir la viabilité des finances publiques et de renforcer la capacité d'adaptation et la résilience des structures économiques ».

Ainsi de ces nouveaux OS travaillant dans certains centres d'appel ou de logistique, ou des métiers rudes mais bénéficiant dans le passé d'une réelle liberté (routiers, taxis) désormais télécommandés à distance. Comme au début du XX^e, quand la TSF a tué le métier de préfet puis d'ambassadeur, passant du statut de très autonome représentant de la France dans le pays en question à celui de petit télégraphiste aux ordres de Paris, par système Morse interposé.

Ainsi d'ingénieurs au chômage connaissant une division du travail que Taylor n'aurait même pas imaginé dans ces méga-projets découpés en centaines de micro-tâches effectuées de façon répétitive par des travailleurs plus ou moins indépendants, dans le monde entier.

- **Autonomie accrue pour les travailleurs du savoir, nouveaux « sublimes ».** Exemple : l'obligation de résultat confiée au « leader » d'une équipe-projet internationale, où c'est la co-labeuration hors rang hiérarchique qui est source de productivité, peu important le lieu d'exécution et le statut juridique. Pour « rester dans la course » dans « *ce nouvel espace sans distance et ce temps sans délais* » (François Jauréguiberry), sa formation continue et son personal branding sur son blog ou les réseaux professionnels font partie de sa vie quotidienne.

Comme les « sublimes » des années 1860, ces ouvriers ultra-compétents que les employeurs s'arrachaient malgré leurs frasques, ces salariés n'en sont plus vraiment : la subordination n'est pas leur tasse de thé, et partout réclamés, ils ont le pied léger...

Oui, mais... au delà d'une totale traçabilité de tous les échanges et de la maladie des reportings permanents, le travail en équipe-projet internationale génère parfois aussi une **sub/organisation au collectif parfois très contraignante**. Au delà des questions de fuseaux horaires, le collaborateur est pris dans une chaîne virtuelle où toute l'équipe dépend de l'avancement du travail de chacun, les remarques aimables puis plus acides de collègues qu'on a jamais vus et à la culture parfois fort différente faisant regretter à certains le supérieur hiérarchique unique, avec lequel il était possible de discuter, voire de s'opposer individuellement ou collectivement avec succès.

III / Salarié, non salarié, ou d'un troisième type ?

Pour les travailleurs dont la subordination juridique n'est pas évidente (ex : travailleur indépendant dépendant d'une plateforme), la réponse dépend de ce que l'on veut faire car des marges existent.

A. Si la volonté est le maintien du rassurant salariat sur lequel est construit l'essentiel de notre protection sociale, le droit communautaire encadre le temps de travail et de repos, avec des normes conçues pour le tout collectif de l'industrie et donc peu adaptées au travail intellectuel et aux travailleurs du savoir d'aujourd'hui.

Comme note un observateur averti : *“Le document donne une définition des termes de « travailleur », qui reprend celle de la Cour de justice en matière de libre circulation des travailleurs, de « travailleur non salarié », qui « désigne toute personne exerçant une activité lucrative pour son propre compte » et mentionne celle de « personnes en activité » qui se rapporte aux deux précédentes notions. Dans le document d'accompagnement sur l'acquis social, la Commission généralise la récente jurisprudence de la CJUE en estimant que lorsque dans une directive, il n'y a aucune définition de « travailleur » ou de référence à la définition nationale, on utilise celle applicable en matière de libre circulation des travailleurs. Cette initiative peut être aussi un moyen de compléter l'action de l'Union sur les nouvelles formes de travail dues au numérique ou aux nouvelles formes d'économies. Il ne faudrait pas toutefois que cela passe seulement par une flexibilité accrue des formes de travail”* (Nicolas Moizard, in Semaine Sociale Lamy n° 1719 du 18 avril 2016).

Elargir les critères. Si le critère actuel (la subordination juridique permanente) figure dans le Code du travail, ses critères sont fixés par la seule jurisprudence depuis 1931: ils peuvent être élargis, ou précisés par la loi.

Créer une présomption de salariat. Pour des travailleurs dont la subordination n'est pas du tout évidente³⁶, le législateur peut aussi créer une présomption de salariat, comme il l'a fait régulièrement depuis soixante ans : sans intervention légale, le travailleur à domicile aurait été un indépendant, le VPR un mandataire, le journaliste un auteur, l'artiste de spectacle prestataire indépendant.

Créer des structures ad hoc. Ainsi du portage salarial ou des coopératives d'activité et d'emploi permettant à des indépendants, contre pourcentage sur leur chiffre d'affaire, d'être déclarés comme salariés, et de se consacrer à leur activité sans avoir à se préoccuper de parasserie.

B. Favoriser le travail indépendant ?

Avec une présomption – irréfragable³⁷ ?- de non salariat et/ou limitation légale des cas de requalification en contrat de travail, et un régime de protection sociale voire d'assurance chômage ad hoc : exit le Code du travail et les conventions collectives applicables.

Mais quelles protections collectives pour ces travailleurs non salariés atomisés ?

Si organiser des travailleurs indépendants, dans tous les sens du terme, est chose délicate, pour le juriste pas de difficultés insurmontables³⁸. Une négociation collective est ici possible³⁹ pour rééquilibrer les rapports sociaux (cf. les agents généraux d'assurance).

Le droit de grève ? « *Il y a longtemps que la grève a débordé le cadre du seul contrat de travail salarié. Si le droit de grève n'a encore été étendu qu'à une seule catégorie de travailleurs non salariés (les fonctionnaires), la pratique de la grève est devenue chose usuelle chez les travailleurs indépendants* » relèvent A. Supiot⁴⁰ en 2001. Le préambule de la Constitution ne le limite pas aux seuls salariés, et « *on peut songer à reconnaître un droit d'action collective à tous les travailleurs indépendants en situation de para-*

³⁶ Voir septième partie du Code du travail : « *Dispositions particulières à certaines professions et activités* ».

³⁷ Ce n'est plus le choix du projet de loi Travail au 2 mai 2016.

³⁸ La Cour constitutionnelle polonaise a ainsi décidé le 2 juin 2015 que la loi sur les syndicats excluant les travailleurs indépendants était contraire aux garanties constitutionnelles sur la liberté syndicale, ainsi qu'à la Convention no 87 de l'OIT qui garantit la liberté syndicale à tous les travailleurs quel que soit le fondement juridique sur lequel le travail est effectué (Planet Labor, 10 juin 2015, n° 9126).

³⁹ Comme le notent P.H. Antonmattéi et J.C. Sciberras (p. 18) : « *Resterait à identifier les organisations syndicales susceptibles de négocier au nom des travailleurs économiquement dépendants. Les exemples italiens et espagnols plaident en faveur de structures syndicales dédiées à cette catégorie de travailleurs. Le jeu de la négociation collective n'implique cependant pas un décalque des règles du code du travail. Le droit espagnol ne confère pas ainsi à « l'accord d'intérêt professionnel » un effet erga omnes: pour en bénéficier le travailleur économiquement dépendant doit adhérer à un syndicat signataire* ».

⁴⁰ A. Supiot, "Revisiter les droits d'action collective", Dr. soc. 2001, 687, spéc. 694. Voir aussi Alex Bryson, Rafael Gomez et Paul Willman (London School of Economics): « *Online social networking and trade union membership: what the Facebook phenomenon truly means for labor organizers* », Labor history, 2010; Et Andrew Bibby: « *Si le syndicalisme n'existait pas, les jeunes travailleurs d'aujourd'hui ressentiraient le besoin de s'organiser : mais plutôt que de créer des organisations fondées sur les réunions physiques, c'est sur le web qu'ils s'organiseraient pour construire leurs réseaux, tenir leurs débats et conduire leurs campagnes* » (« Industrial relations and social dialogue in the Web 2.0 world » pour Uni Europa, Novembre 2008), cités par Martin Richer (voir note 43).

subordination » sur le fondement de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴¹.

Le projet de loi Travail. Visant à « *instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs* » (donc au-delà des seuls salariés), il veut créer dans le Code du Travail un titre « *Responsabilité sociale des plateformes* » pour les « *travailleurs recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une plateforme de mise en relation par voie électronique* ».

L. 7342-1. « *Lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix, elle a, à l'égard des travailleurs concernés, une responsabilité sociale qui s'exerce dans les conditions prévues au présent chapitre*⁴² ».

Deux articles visent leurs droits collectifs.

L. 7342-4. « *Les mouvements de refus concerté de fournir leurs services organisés par ces travailleurs en vue de défendre leurs revendications professionnelles ne peuvent ni engager leur responsabilité contractuelle, ni constituer un motif de rupture de leurs relations avec les plateformes ou de toute mesure les pénalisant dans l'exercice de leur activité* ».

L. 7342-5. « *Ces travailleurs bénéficient du droit de constituer un syndicat, d'y adhérer et de faire valoir par son intermédiaire leurs intérêts collectifs.* »

Bref, l'équivalent du droit de grève, et de la liberté syndicale pour ces non salariés⁴³.

Non salariés, car le projet de loi français ne va pas jusqu'à garantir les plateformes contre tout procès en requalification: aucune présomption irréfragable de non salariat n'y figure. Un chauffeur d'Uber ou autre crowdworker (travailleur numérique effectuant des tâches mis en ligne) pourra donc toujours obtenir du Conseil des Prud'hommes une requalification en contrat de travail s'il démontre une subordination juridique permanente. Et s'il est salarié, il bénéficie pleinement du droit de grève des travailleurs subordonnés.

Le droit de constituer un syndicat n'est pas une surprise. Ainsi en Allemagne comptant plus d'un million de ces travailleurs indépendants, le syndicat IG Metal a lancé le 1^{er} mai 2015 une campagne « *Façonnons le monde du travail de demain* », avec site « www.faircrowdwork.org », hotline permettant de bénéficier d'une aide juridique et notation des conditions de travail ou de rémunération du donneur d'ordre (ex : Mechanical Turk d'Amazon). Il s'agit aussi pour les syndicats de sortir du noyau dur habituel (agents publics, salariés des grandes entreprises) et s'ouvrir à ces jeunes travailleurs.

La partie sera certes difficile, car la vie collective quotidienne des usines ou des bureaux fait défaut pour ces indépendants souvent auto-employeurs atomisés sur tout le territoire, et plus souvent concurrents que camarades ; mais les réseaux sociaux

⁴¹ « *Droit de négociation et d'actions collectives. Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève* ».

⁴² Suivent deux articles : L. 7342-2. « *Lorsque le travailleur souscrit à l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail, la cotisation est prise en charge par la plateforme* ». Problème : cette assurance étant volontaire, la plate-forme ne va t-elle pas chercher un autre candidat...

L. 7342-3. « *Le travailleur bénéficie du droit d'accès à la formation professionnelle continue prévu à l'article L. 6312-2 (visant « les travailleurs indépendants, les membres des professions libérales et des professions non-salariées »). La contribution à la formation professionnelle est prise en charge par la plateforme.* »

⁴³ Cf. le blog de Martin Richer, « *Unions 2.0 : le syndicalisme à l'ère du numérique : dans le Web 2.0, les syndicats sont aux adhérents absents* » (1^{er} et 15 juin 2015).

facilitent grandement leur communication, voire l'organisation d'actions collectives⁴⁴ («*There is strength in numbers* », devise de « Working America »).

Ces travailleurs pourront donc participer à des « *mouvements de refus concerté de fournir leurs services en vue de défendre leurs revendications professionnelles* ». Problème : non salariés, ils ne bénéficient pas l'immunité civile et disciplinaire protégeant le gréviste dont l'arrêt de travail génère souvent un dommage. La loi future veut donc les protéger contre toute poursuite en responsabilité contractuelle, mais aussi tout déréférencement.

C. Créer un troisième statut, fondé sur la dépendance économique ?

Comme le remarquaient en 2008 P.H. Antonmattéi et J.C. Sciberras⁴⁵: « *Ces travailleurs sont privés deux fois de protection: n'étant pas salariés, ils ne peuvent prétendre à la protection juridique qu'offre le Code du travail. N'étant pas réellement indépendants, ils ne bénéficient pas de la protection économique que donne la multiplicité des donneurs d'ordre, la rupture de commande d'un seul étant d'effet limité (...). Une économie de marché ne peut permettre, au nom de la liberté contractuelle, de telles zones de non-protection, pouvant affecter des centaines de milliers de personnes en France, et bien plus en Europe* ». Au même titre que le déséquilibre né de la subordination juridique, la dépendance économique affectant l'équilibre contractuel justifierait une protection spécifique.

Alors dans l'attente d'un statut unique de l'actif⁴⁶ qui prendra quelque temps, en créer un troisième, mieux adapté aux travailleurs du numérique car plus flexible, avec un régime de protection sociale adapté ?

Solution en forme de solubème, pour quatre raisons :

1. Il faudra la définir. Avec un seuil ? Si l'on écarte une dépendance à 100% à cause d'une clause (pas très tactique) d'exclusivité : 75% ? 65% ? 51% ? Côté donneur d'ordre, la tentation sera alors grande de ne faire travailler que les postulants prouvant pouvoir rester en dessous de ce seuil.

2. Ce nouveau statut commencera par déstabiliser pendant trois à cinq ans les deux autres, avec entretemps des problèmes de concurrence déloyale;

3. Car il faudra attendre que nos différents juges – et les diverses Chambres de la Cour de cassation- fasse le tri et redéfinissent les contours de chacun de ces trois statuts.

4. Les passages de cet « Arlequin du droit » de l'un à l'autre poseront enfin de délicates questions de protection sociale qui réjouiront nos marchands de complexité.

« *Le seul avantage d'un loi nouvelle est de remplacer des inconvénients connus par des inconvénients inconnus* » (G. Ripert).

⁴⁴ Walmart compte 1,2 million de salariés aux Etats-Unis, dans plus de 4000 magasins. En 2010, utilisant les réseaux sociaux et en s'appuyant sur les 400.000 utilisateurs de Facebook ayant déclaré Walmart comme employeur, Daniel Schlademan a lancé «Our Walmart» pour les organiser. Puis mené des mouvements de protestation demandant une revalorisation des salaires : Walmart a fini par augmenter le salaire horaire minimum de 7,5 dollars à 9 dollars (voir <http://forrespect.org>).

⁴⁵ Rapport au Ministre du Travail : « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », novembre 2008 p. 3.

⁴⁶ Voir J. Barthélémy: "Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle", Les Cahiers du DRH, juin 2008, p. 35.

IV / De la méfiance à la confiance⁴⁷ Pour une flexibilité partagée

Dans l'immédiat, il faut peut être commencer par faire vivre deux systèmes qui existent, adaptés au numérique et plébiscités par leurs bénéficiaires, mais plombés l'un par la méfiance du législateur (le télétravail), l'autre par la défiance de la Cour de cassation (le forfait-jours).

A / Libérer le télétravail salarié, sinon...

Le télétravail au sens large (« travailler loin » du bureau : co-working externe, au domicile mais aussi ailleurs) est plébiscité par les salariés de nos grandes agglomérations, et constitue aussi l'un des moyens pour revitaliser de nombreux territoires. Il est enfin considéré comme un droit naturel par les jeunes collaborateurs nés un portable à la main.

Problème: son régime juridique est issu de l'accord européen de juillet 2002 (deux ans avant la naissance de Facebook) puis de l'accord national interprofessionnel français du 19 juillet 2005 datant de plus de dix ans et très frileux car les syndicats y voyaient alors une discrète individualisation, et une possible externalisation de la main d'œuvre.

La loi du 22 mars 2012 ayant légalisé cet ANI aboutit donc à un cumul de deux obligations : « *Outre ses obligations de droit commun vis-à-vis de ses salariés, l'employeur est tenu à l'égard du salarié en télétravail de...* » (L. 1222-10).

Cumul ici particulièrement inadéquat. Car au lieu de laisser une grande flexibilité à ce mode d'organisation pour une fois véritablement gagnant – gagnant – gagnant (pour les deux contractants soucieux de productivité et de flexibilité partagée mais aussi pour la Société : embouteillages, CO2 ...), il faut donc appliquer toutes les règles du Code du travail prévues pour la manufacture (ex : sortie de secours⁴⁸), plus celles spécifiques au télétravail prévues par la loi du 22 mars 2012. Or qu'il s'agisse de durée ou d'accident de travail⁴⁹, on ne peut traiter comme un salarié classique (cf. refrain du Code: « *au temps et lieu de travail* ») ce collaborateur pas du tout classique car plus autonome, à tous points de vue, travaillant hors l'entreprise un ou deux jours par semaine.

Il est donc urgent d'agir si l'on veut éviter que nos entreprises n'en viennent à externaliser certains de leurs télétravailleurs salariés: soit en indépendants, soit hors du territoire français, ce qui est déjà largement le cas.

⁴⁷ Comme le constate D. Cohen ("Le monde est clos et le désir infini", Albin Michel, 2016) après P. Cahuc et Yann Algan ("La société de défiance", CEPREMAP, 2007), par rapport aux autres peuples d'Europe exceptés les ex-pays de l'Est, les Français ne sont pas enclins à faire confiance à autrui. En droit du travail, c'est même la méfiance qui règne à tous les étages: d'où une avalanche de bornes et d'interdictions à tout propos parvenant à tuer les meilleures idées: dont le télétravail et le forfait-jours.

⁴⁸ Florilège pour la pièce destinée au télétravail : R. 4214-3 : « *Les planchers des locaux sont exempts de bosses, de trous ou de plans inclinés dangereux. Ils sont fixes, stables et non glissants* ». R. 4214-4 : « *Les surfaces des planchers, des murs et des plafonds sont conçues de manière à pouvoir être nettoyées ou ravalées en vue d'obtenir des conditions d'hygiène appropriées* ». Etc.....Que fera l'inspecteur du travail ? Le CHSCT, s'ils veulent venir (rarissime), et ont eu le droit d'entrer dans un domicile ?

⁴⁹ Et si le télétravailleur s'électrocute (aucun exemple à ce jour), ou tombe dans l'escalier à 22h46 ? Et s'il télétravaille dans l'appartement de sa vieille maman qu'il vient entourer tous les mercredis matin ? Pas d'accident de travail, sauf pour le salarié acceptant d'être automatiquement géolocalisé dès qu'il ouvre son ordinateur, ou que la chute est détectée par le gyroscope de son iPhone professionnel qu'il doit toujours avoir sur lui ? L'intelligence consistant aujourd'hui à choisir entre de grands inconvénients, les entreprises intelligentes établissent une présomption simple d'accident de travail en cas de déclaration du salarié en ce sens.

Car la gestion à l'ancienne, tolérance gérée au cas par cas (le télétravail au gris reste très largement majoritaire) n'est aujourd'hui plus possible.

Car en cas de problème individuel, ces règles conçues pour l'usine métallurgique⁵⁰ rend le chef d'entreprise voulant favoriser le télétravail extrêmement vulnérable sur le plan contentieux (ex : travail dissimulé), même s'il a signé un accord collectif très consensuel. Côté collaborateur, celui qui choisit le télétravail le fait d'abord pour éviter d'épuisants temps de transport⁵¹ mais aussi, de façon moins officielle, pour bénéficier de flexibilité dans son « emploi du temps ». S'il a été chercher sa Juliette à l'école maternelle à 16h45, il lui semble normal de reprendre son dossier à 21h30, voire dimanche matin ... *Horresco referens*⁵². Non seulement le droit de la durée du travail en sort un peu ébouriffé, mais aussi sa Chapelle Sixtine : les temps de repos, protégés par le droit communautaire...

Le refrain du télétravail ? « *La confiance, sinon rien !* » : dans les rapports de travail à la française dominés par la défiance, c'est parfois une révolution.

Que faire ?

Le projet de loi Travail prévoit (au 1^o mai 2016) une consultation préalable des partenaires sociaux avant de légiférer, mais aussi leur permettre de faire évoluer –ou refonder- l'ANI de 2005.

« I. Une concertation est engagée avant le 1er octobre 2016 sur le développement du télétravail et du travail à distance avec les organisations professionnelles d'employeurs et syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel, qui, si elles le souhaitent, ouvrent une négociation à ce sujet. Cette concertation porte également sur l'évaluation de la charge de travail des salariés en forfait jours, la prise en compte des pratiques liées aux outils numériques permettant de mieux articuler la vie personnelle et la vie professionnelle, ainsi que sur l'opportunité et, le cas échéant, les modalités du fractionnement du repos quotidien ou hebdomadaire de ces salariés ».

« II. (ajouté par la Commission des Affaires Sociales) : « Avant le 1er décembre 2017, le Gouvernement présente au Parlement un rapport sur l'adaptation juridique des notions de lieu, de charge et de temps de travail liée à l'utilisation des outils numériques ».

Bouger en 2018 ?

Proposition : rapidement autoriser des expérimentations, et élargir les dérogations. Sur ce sujet aujourd'hui consensuel, un accord collectif majoritaire pourrait déroger aux règles du Code conçu pour la « forteresse ouvrière » de Boulogne-Billancourt. Y compris aux temps de repos communautaires, aux conditions fixées par la directive de 2003 : repos compensateur, prévu par convention collective.

⁵¹ Dans le groupe WK-RH, qui a comme d'autres élargi le télétravail à l'occasion de son déménagement en juin 2015, les collaborateurs pouvant prétendre à un jour par semaine sont ceux ayant moins de 45mn de trajet aller, et deux jours pour ceux au delà. Chez Systra, 1h15 minimum de trajet aller pour y prétendre.

⁵² Horrible question posée le 26 mars 2015 à 9h17 par « Lulu » sur le forum blog-emploi.com/temoignage : « Comment concilier la législation française très stricte quant aux horaires de travail et aux temps de repos obligatoires avec un travail presque à la carte ? Si vous préférez travailler la nuit alors que vous êtes censé avoir un temps de repos de 11 heures entre deux journées de travail ? Si vous travaillez le week-end alors qu'il faut pouvoir justifier 35h de repos ? »

B / Sécuriser le forfait-jours mieux adapté à la société du numérique, et plébiscité par ses bénéficiaires

Secrétaire général des Cadres-CFDT et donc bien placé pour en parler, Jean-Paul Bouchet écrivait en février 2015 : *« Quels sont les déterminants aujourd'hui de la qualité de vie au travail ? Qui est légitime pour en parler, en discuter ou négocier les conditions de travail, pour prévenir les risques ? Dans une tradition très française, très descendante pour ne pas dire parfois condescendante, salariés et travailleurs sont souvent perçus comme les victimes de toutes les dérives, de tous les abus, de la part d'employeurs indécents : il y a donc nécessité, impératif de bien les protéger par la loi. Le forfait-jours serait le « dispositif à abattre », car responsable de tous les abus sur le temps de travail, la surcharge de travail sans prendre en compte le fait qu'il est pourtant plébiscité par les cadres.*

Mais cette posture rend elle réellement service aux individus concernés ? Est-ce bien la solution pour aujourd'hui, et surtout pour demain, avec un travail de plus en plus éclaté, parcellisé, immatériel, virtuel, de plus en plus interactif, en temps réel, en réseau, avec toutes les répercussions sur le travail, l'activité et les compétences des individus, pas forcément individualistes mais simplement en quête de réalisation d'eux-mêmes ? ».

Or le forfait-jours fait depuis trois ans l'objet d'une lente asphyxie jurisprudentielle, malgré la bonne nouvelle de sa non censure dans les deux arrêts du 17 décembre 2014 puis du 7 juillet 2015⁵³ évoquant une *« durée maximale raisonnable de travail »* : les durées maxima de 10h par jour et 48h hebdomadaires ne sont donc pas ici applicables: ce qu'énonçait le Code lui-même depuis janvier 2000 ...

Industrie chimique, Commerce de gros, Experts-comptables , Bâtiment , Notariat , Supermarchés⁵⁴...En trois ans, le juge a onze fois (sur quinze contentieux) estimé que des stipulations d'une convention de branche (pourtant étendue) n'étaient pas *« de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié »*.

La Cour de Cassation a raison d'insister sur la charge de travail, a fortiori si le temps de travail n'est plus mesuré précisément. Problème: si la charge pondérale du métallo pouvait être facilement calculée (60 x 50 kgs = 3000 kgs en 8h), quid de la charge cognitive et informationnelle du consultant en forfait-jours ? A part quelques cas caricaturaux (un rédacteur en chef devant faire le travail de trois de ses collègues suite à un PSE), comment la calculer ?

Créatives d'un point de vue juridique⁵⁵, ces censures successives aux effets rétroactifs parfaitement ingérables sur des dizaines de milliers de cadres alors fictivement revenus aux 35h (ex : rattrapage des heures supplémentaires sur 36 mois) ont fait grand bruit dans les entreprises françaises se demandant si le forfait-jours était encore utilisable, mais aussi côté syndicats de cadres⁵⁶.

⁵³ Cass. soc., 7 juillet 2015, n° 13-26.444, FS-P+B : *« Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires »*.

⁵⁴ Cf. Cass. soc., 4 février 2015, no 13-20.891 : 1. Ni la convention du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, ni l'accord collectif de l'entreprise *« ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail du salarié »*. 2. La preuve *« du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne et des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur »*.

⁵⁵ Ces arrêts laissant penser que c'est la loi qui opprime et le juge qui libère. Est-ce son rôle ?

⁵⁶ Cf. J.P. Bouchet , préc. : *« Autant que le temps, c'est la question de la charge de travail qui est centrale ; et celle du temps de repos en matière d'équilibre et de santé (...). Mais qui a la légitimité et le pouvoir d'en*

Elles vont finir par étouffer ce système adapté à la révolution de l'immatériel, et sont déjà en train de ressusciter les horaires et la multiplication des contrôles pour des cadres par définition autonomes, nous ramenant au modèle *militaro*-industriel de la *manu*-factory. Des branches s'étant faites censurer en justice en viennent aujourd'hui à évoquer le retour à la pointeuse....

En oubliant surtout le réaliste aveu ayant conduit Mme Aubry à créer en janvier 2000 le forfait-jours: vouloir mesurer à la minute près le temps de travail d'un travailleur du savoir est vain, et ne peut conduire qu'à la construction de magnifiques usines à gaz juridique plombant les entreprises françaises qui avaient trouvé avec ce système consensuel une solution équilibrée, certes loin des 35h.

Mais ces cadres là ne veulent ni pointer, ni s'expliquer en détail sur leur « emploi du temps ». Et ils plébiscitent ce système en jour, de travail mais aussi de repos: leur RTT passe en effet par des jours supplémentaires de repos collectivement négociés (de 2 à 21 jours par an), aujourd'hui considérés comme un avantage – non fiscalisé - permettant de compenser les journées à rallonge (à la française) .

Selon un sondage de l'APEC publié en décembre 2014, 23% des cadres disent ne jamais se déconnecter et 22% rarement. Si 64% estiment que les TIC facilitent leur organisation personnelle, 63% pensent qu'elle perturbe leur vie personnelle et familiale ...

Que certains d'entre eux travaillent au delà du raisonnable, au détriment de leur santé et de leur équilibre personnel et familial est une évidence. Qu'il y ait souvent peu de cohérence entre les objectifs fixés et le temps nécessaire pour les atteindre, ou que les « charrettes » soient d'abord dues à une organisation défailante, qui le conteste ?

Mais le forfait-jours en est-il la cause⁵⁷ ?

D'ailleurs qui peut dire aujourd'hui ce qu'est exactement le temps de travail d'un travailleur du savoir ? Et même son temps de repos, lorsque son premier geste le matin et son dernier le soir est de se connecter sur sa boîte professionnelle, comme il le fait plus cent fois par jour ? Est-il tenu de le faire ? Est-ce uniquement de la servitude volontaire ?

décider ? Une certitude, ce ne sont pas les cadres autonomes qui demandent la fin du forfait jours mais continuent de nous dire très majoritairement « Surtout, ne touchez pas à nos RTT ! ».

⁵⁷ Selon l'enquête de la DARES publiée en décembre 2014 , les salariés français déclarent moins souvent que leurs collègues européens « *devoir travailler pendant leur temps libre pour parvenir à faire leur travail* » ; mais ils sont plus nombreux à affirmer qu'il leur est difficile de parvenir à « *prendre une ou deux heures sur leur temps de travail pour résoudre des problèmes personnels* » (45 % contre 38 %). Spécificité : temps professionnel et extra-professionnel sont plus nettement distingués en France. Ceci expliquerait pourquoi en France les salariés déclarent un peu plus souvent que leurs horaires de travail s'accordent mal avec leurs engagements sociaux et familiaux, comparés aux salariés de l'ensemble de l'Union européenne (21 % contre 18 %). Au Danemark, où 40 % des salariés déclarent ne pas travailler selon des horaires fixes, seuls 18 % jugent difficile de « *prendre une ou deux heures sur leur temps de travail pour résoudre des problèmes personnels* » et seulement 6 % signalent une difficulté de conciliation entre leurs horaires de travail et leur vie personnelle.

Cf. JE. Ray : « La guerre des temps : le Net ? Never Enough Time », Dr. soc., janvier 2006, p. 3 . « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIe siècle », Dr. soc., 2002, p. 939 .

Que faire ?

Ne pas recréer une magnifique usine à gaz⁵⁸

Projet de loi Travail. Pour donner accès au forfait-jours aux TPE et PME n'ayant pas d'accès direct grâce leur convention de branche, le projet de loi Travail prévoyait un accès sans accord collectif préalable, à des conditions alors fixées par la loi: cette exception qui faisait un peu tache dans le paysage « Tout par accord collectif » a disparu. En revanche nouvelle disposition, d'ordre public: l'obligation pour l'employeur de s'assurer que la charge de travail du salarié est raisonnable, et permet une bonne répartition dans le temps de son travail.

Outre la très légitime possibilité offerte à un employeur de régulariser les forfait-jours existants malgré une convention collective approximative, les partenaires sociaux devront fixer dans l'accord les modalités d'évaluation et de suivi régulier de la charge de travail du salarié par l'employeur, avec échanges périodiques sur l'articulation activité professionnelle/vie personnelle et sur l'organisation du travail.

Propositions.

1. Idéalement: réviser en ce sens la directive communautaire de 2003, révision en cours (depuis cinq ans) à Bruxelles.
2. Légaliser le système auto-déclaratif, seul pertinent s'agissant par définition de travailleurs autonomes.
3. Droit d'alerte individuel, et suivi en cas de charge de travail manifestement excessive.
4. Plus sensible: dans le cadre des dérogations prévues par la directive, autoriser à titre expérimental mais par accord majoritaire des dérogations au temps de repos de 11h auquel le forfait-jours ne peut en principe se soustraire, avec « *des périodes équivalentes de repos compensateur accordées aux travailleurs concernés* ».

« Quand le vent se lève , certains construisent des murs d'autres des moulins »

Jean-Emmanuel Ray
1^o mai 2016, 23h13

⁵⁸ *“De minimis non curat praetor”* : s'il n'existe aucun vide juridique, à l'instar du juge le juriste doit lui aussi être réaliste, et admettre par exemple que des activités très ponctuelles de crowdworking puissent échapper son emprise plutôt que de créer minutieux contrôles et lourdes sanctions tuant l'activité en question.