

M.S. - J. Ange L. ULLMANN
 - Centre documentaire -
 21, Bd Georges Doumerguo
 44262 Nantes Cedex 2
 Tél. 02.40.20.11.11 Fax 02.40.20.65.11

Les nouveaux visages de la subordination (*)

par Alain SUPLOT

Professeur à l'université de Nantes (**)

« Les Temps modernes » ont été tournés par Chaplin à l'époque même où la Cour de cassation a préféré définir le travailleur salarié par son état de subordination plutôt que par sa dépendance économique (1). L'usine des « Temps modernes », celle qui a servi de référence à notre droit du travail, est conçue pour réduire au minimum l'influence du facteur humain sur l'exécution d'un produit. Le travailleur y est un simple rouage ajusté au rythme de la machine et c'est l'incapacité de Charlot à ne pas être lui-même qui le rend inapte au travail industriel. Dans ce film, Charlot fait un rêve. Il rêve qu'il possède une petite ferme où il boit avec sa bien-aimée le lait de ses vaches. Charlot rêve d'indépendance paysanne... Soixante ans plus tard, le travail subordonné continue de régner juridiquement sur le travail industriel et le travail indépendant continue de dominer le secteur agricole. Mais si Chaplin devait revenir tourner son film aujourd'hui, il n'userait sûrement pas des mêmes images. Les industries ultra-modernes ont toujours des ouvriers salariés mais elles ont abandonné le taylorisme : Charlot s'y trouverait aux prises avec les cercles de qualité, les « contrats d'objectifs » négociés et les entretiens annuels d'évaluation. En revanche son rêve d'indépendance agreste tournerait au cauchemar de la vache folle : toujours indépendants au regard du droit, la plupart des éleveurs ont perdu la maîtrise de leurs produits et se trouvent étroitement soumis au pouvoir de grandes firmes agro-alimentaires. Autrement dit, l'opposition jadis si

nette entre le travailleur subordonné et le professionnel indépendant apparaît aujourd'hui beaucoup plus floue. D'un côté l'exigence de la qualité des produits oblige à rendre une certaine autonomie au travailleur salarié ; de l'autre, l'asservissement du travailleur indépendant à des disciplines industrielles conduit à une dégradation de la qualité des produits.

Resurgissent ainsi les liens étroits qui ont toujours uni le régime juridique du travail à la considération de ses produits (1 bis). Dans l'Antiquité le travail de l'homme libre n'était jamais envisagé que rapporté à son produit, c'est-à-dire comme objet concret (2). La *locatio operis faciendi* romaine avait pour objet non le travail, mais la chose travaillée, qui appartenait au propriétaire et absorbait en elle toute la valeur de l'activité (3). La question du travail en tant que valeur abstraite se confondait alors avec celle de l'esclavage et ne se trouvait envisagée qu'au travers des opérations juridiques dont l'esclave était l'objet (vente, louage, usufruit, affranchissement et patronat). Le travail servile était réductible à une simple quantité, à une valeur mesurable en temps et en argent, tandis que le travail de l'homme libre ne se donnait à voir qu'au travers de ses œuvres, produits uniques qui incorporaient ses qualités et son génie propre.

C'est seulement avec la révolution industrielle que la diversité des travaux humains a commencé à se fondre dans une même catégorie abstraite. Les produits, tous

(*) Extrait d'un rapport pour le VI^e Congrès européen de droit du travail (Varsovie, 13-17 sept. 1999). Je tiens à remercier les nombreux collègues étrangers qui ont bien voulu me transmettre des informations sans lesquelles ce rapport n'aurait pas vu le jour, et notamment Umberto Carabelli, Maria Casas Baamonde, Peter Hanau, Otto Kaufmann, Antonio Marzal et Marek Pliskiewicz.

(**) Droit et changement social, équipe associée CNRS 6028/MSH Guépin.

(1) Cass. civ. 6 juillet 1931, D.P. 1931, 1, 121, note Pic : Civ. 22 juin 1932 (3 arrêts), 30 juin et 1^{er} août 1932 (5 arrêts), D.

P. 1933, 1, 45, note Pic. V. P. CUCHE, «La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique», D. H. 1932, Chr., 101.

(1 bis) Cf. R. SALAIS « Le travail à l'épreuve de ses produits », in « Le travail en perspectives », ouv. coll. Paris, LGDJ, 1998, pp. 45 et s.

(2) Cf. J.-P. VERNANT « Mythe et pensée chez les Grecs », Paris, Maspéro, 1965, rééd. 1971, v. t. 2, spéc. pp. 41-43.

(3) Cf. Y. THOMAS « Le travail en droit romain », rapport au séminaire « Travail en perspectives » (fév. 1995, malheureusement non publié avec les Actes du colloque).

divers par leur usage, y sont devenus des marchandises toutes comparables du point de vue de leur valeur ; de même les œuvres, toutes diverses par les qualités qu'elles requièrent, ont été aspirées par une notion unique de travail, propre à la mesure et à l'échange. Dans le cas du travail comme dans celui des produits, ce mouvement d'abstraction a répondu aux exigences de la quantification, exigences caractéristiques de l'économie de marché, et qui conduisent à réduire toujours à des nombres la diversité des hommes et des choses.

Ainsi s'explique la place acquise par la subordination dans notre définition du contrat de travail. Instituer un marché du travail supposait en effet de faire du travail l'objet possible d'un contrat. Ce contrat a été conçu sur le modèle du louage. Mais il ne pouvait s'agir d'un louage ordinaire, car le preneur à bail ne peut ici entrer en possession de la chose louée : « par exception à ce qui semble de la nature du louage, il n'y a pas remise matérielle à l'employeur de la force de travail, faute de pouvoir détacher celle-ci du corps du salarié » (4). L'assujettissement du salarié à la volonté de l'employeur vient compenser l'impossibilité pour ce dernier de rentrer directement en possession de la force de travail dont il a conventionnellement acquis la jouissance. « La subordination apparaît alors comme le substitut de la dépossession » (5). Ainsi s'est trouvé lié, dans le contrat de travail, le travail en tant que bien détachable du travailleur, et la subordination en tant que forme particulière d'entrée en possession de ce bien.

C'est sous cette forme qu'ont survécu les liens, déjà visibles en droit romain, qui unissent d'une part le travail servile (subordonné) au travail abstrait (bien quantifiable) ; et d'autre part le travail libre (indépendant) au travail concret (œuvre). Pothier écrivait encore au XVIII^e siècle qu'« il n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent qui soient susceptibles du contrat de louage, tels ceux des serviteurs et servantes, des manœuvres, des artisans etc.. Ceux que leur excellence ou la dignité de la personne qui les rend empêche de pouvoir s'apprécier à prix d'argent n'en sont pas susceptibles » (6). Même après la révolution industrielle, certaines professions ont estimé que la qualité spéciale des services qu'elles rendaient était incompatible avec le salariat. Ce fut le cas par exemple pendant longtemps des professions dites libérales – héritières des « arts libéraux » – qui récusaient avec le contrat de travail non seulement l'idée de subordination mais aussi celle de service mercantile. C'est ainsi que s'est installée dans notre vocabulaire la distinction entre le *salair*, qui est le prix du travail qui s'achète et se vend sur le marché, et l'*honoraire*, qui vient récompenser le service, au demeurant inestimable, de l'homme de l'art. Dans le contrat de travail, c'est la valeur abstraite du travail (le montant du salaire) qui est au centre du rapport juridique, tandis que le produit concret du travail est refoulé hors de la sphère de l'échange et demeure, d'un bout à l'autre de l'exécution du contrat, de la seule responsabilité de l'employeur. Au contraire dans l'exercice d'une profession libérale, c'est la nature particulière du service rendu et la responsabilité du professionnel qui

configurent la relation juridique, tandis que la valeur marchande de ce service est refoulée sur les marges de cette relation.

Les bornes ainsi posées à l'empire du contrat de travail ont cédé les unes après les autres, et il n'est plus guère de profession qui ne s'accommode aujourd'hui d'un exercice salarié. La distinction des « professions salariées » et des « professions indépendantes » a laissé la place, au sein de chaque profession, à la coexistence du salariat et de l'indépendance. Et ce qui est vrai du travail l'est aussi de ses produits. Ceux-là même, qu'une qualité particulière semblait devoir placer en tout ou partie « hors du commerce » (œuvres de l'esprit, produits des biotechnologies etc.) subissent l'attraction du régime juridique des marchandises.

Mais ce mouvement n'est jamais parvenu à faire disparaître entièrement la dimension concrète et qualitative du travail et de ses produits. Non seulement celle-ci continue de se manifester juridiquement par ce qui peut apparaître comme des survivances, non seulement l'accroissement continu de la part du travail subordonné relativement au travail indépendant semble avoir trouvé ses limites dans les années quatre-vingt, mais encore certaines des valeurs liées à l'indépendance ont resurgi au sein même du contrat de travail, qui n'a pu étendre son empire qu'en les faisant siennes. Réciproquement, le modèle salarial a projeté son ombre sur le régime juridique du travail indépendant. Le droit positif montre un certain rapprochement du régime juridique de l'indépendance et du salariat (I). Ce qui devrait inciter à penser leurs relations en termes d'articulation, et non plus d'opposition (II).

I. — LE RAPPROCHEMENT DU TRAVAIL SALARIÉ ET DU TRAVAIL INDÉPENDANT

A — LES MÉTAMORPHOSES JURIDIQUES DU POUVOIR

On pourrait sans doute dater de la fin des années soixante, et des troubles sociaux qui ont marqué cette période, le début d'une métamorphose des formes juridiques d'exercice du pouvoir. Dans l'entreprise comme dans la famille ou dans la sphère publique, le modèle de l'autorité a été contesté, ouvrant la voie, non pas bien sûr à une disparition des relations de pouvoir, mais à leur profonde transformation.

En droit public ou en droit de la famille, cette métamorphose s'est exprimée de deux manières principales.

En premier lieu par un *recul du pouvoir discrétionnaire au profit du pouvoir fonctionnel*. Ce recul s'est traduit par un accroissement des contrôles exercés sur ceux qui le détiennent : contrôles *a priori*, avec le développement des obligations de motivation ; et contrôles *a posteriori* avec l'accroissement du rôle du juge (c'est ce que certains ont appelé le mouvement de judiciarisation de la société). Le temps est révolu du gouvernant seul

(4) M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », in « Le travail en perspectives », ouv. coll. Paris, LGDJ, 1998, 101 s., cité p. 119.

(5) M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *loc. cit.*

(6) Traité du louage, n° 10, cité par G.H. CAMERLYNCK « Traité de droit du travail », t. 1, « Le contrat de travail », Paris, Dalloz, 2^e éd. 1982, p. 5.

juge du bien des citoyens, ou du père de famille seul juge de l'intérêt de l'enfant. Les réformes du droit de la famille sont venues abolir ce que le droit civil appelait la puissance paternelle, pour y substituer un modèle d'autorité parentale assujettie à l'intérêt de l'enfant. Le contrôle des pouvoirs publics par juge (administratif, constitutionnel ou communautaire) s'est accru, de même que le champ des obligations de motivation (certains disent de transparence) qui pèsent sur eux.

En second lieu par un recul de la centralisation du pouvoir au profit d'une distribution des pouvoirs. Le vieux principe d'égalité et le jeune principe de subsidiarité se sont ici conjugués pour remettre en cause toutes les formes d'organisation pyramidale du pouvoir. En droit de la famille, la dynamique de l'égalité entre hommes et femmes a conduit à un partage de l'autorité parentale, tandis que l'abaissement de l'âge de la majorité civile et l'émergence des « droits de l'enfant » tendaient à limiter l'aire de cette autorité. En droit public, l'idée de séparation horizontale des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) a cédé du terrain devant leur distribution verticale, avec la communautarisation et la régionalisation, tandis que ça et là était proclamé un renforcement des droits d'expression et d'initiative des citoyens (droits économiques, mais aussi politiques avec les référendums d'initiative populaire ou la libéralisation des médias, telles les radios « libres »).

Évidemment le miroir du droit devrait être retourné pour se faire une idée exacte des changements réellement survenus. Il n'y a pas une seule des transformations évoquées ici qui n'ait son revers, ou plutôt son envers. La majorité civile des jeunes a été avancée, mais leur majorité économique recule, avec le chômage ou la prolongation des études, qui étend le temps de leur dépendance économique vis-à-vis de leurs parents (d'où la revendication d'un statut social de l'étudiant, qui assurerait ce processus d'émancipation). Le pouvoir du politique a reculé, mais c'est souvent au profit de celui de l'argent, du juge, des experts ou des médias... Autrement dit, le pouvoir ne décline pas, mais s'exerce sous des formes plus complexes, plus diffuses, que le droit justement a de plus en plus de mal à saisir et à encadrer.

Cette difficulté est encore plus grande dans la sphère économique que dans la sphère politique ou familiale. Le droit - droit du travail ou droit commercial - donne à voir le même type de métamorphose du pouvoir. Là aussi le modèle de l'organisation pyramidale et hiérarchisée est entré en crise. Là aussi a prévalu une approche fonction-

nelle du pouvoir qui a majoré le rôle des experts et des juges. Là aussi le pouvoir ne décline pas mais s'exerce sous des formes nouvelles. La dynamique de la libre concurrence a accru les pouvoirs d'une quasi-magistrature économique (Commission européenne, commission des opérations de Bourse, Banque européenne, et autres autorités de régulation) au détriment du pouvoir économique des États ou des entreprises monopolistiques, mais d'un autre côté elle a conféré un pouvoir sans précédent aux marchés financiers. La généralisation du modèle du réseau dans l'organisation des entreprises (7) se traduit à la fois par une redistribution des lieux du pouvoir et par une transformation profonde de ses formes d'exercice. La déréglementation juridique s'accompagne ainsi d'une montée en puissance de normes techniques à prétention universelle. La normalisation technique, et spécialement le recours aux normes de qualité et aux procédures de certification par des agences privées (8), se substitue à la direction juridique comme méthode de contrôle de la production (9).

La transformation des relations de travail s'inscrit dans ces tendances générales. Le travailleur salarié n'est plus nécessairement un simple rouage dépourvu d'initiative dans une organisation fortement hiérarchisée. Et le travailleur indépendant n'est plus nécessairement un entrepreneur libre d'œuvrer comme bon lui semble. Le travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance.

B — L'AUTONOMIE DANS LA SUBORDINATION

Le modèle d'organisation de la grande entreprise industrielle, qui a servi de référence au droit du travail, n'a nullement disparu de nos jours, et a été au contraire importée dans le secteur des services. Il suffit de mettre les pieds dans un hypermarché pour constater que la grande distribution est parvenue à soumettre le commerce à la logique des « Temps modernes » et à la dépersonnalisation généralisée du travail. Et cette vision taylorienne continue semble-t-il de dominer la jurisprudence, qui s'est même engagée ces dernières années dans une opération de police du vocabulaire visant à définir la « vie personnelle » par opposition à la « vie professionnelle » (10). Semblable terminologie est caractéristique d'une conception purement abstraite du travail, qui refoule toute prise en considération de la personne du travailleur (11).

(7) M. CASTELLS « The Rise of the Network Society », Oxford, Blackwell, 1996, trad. fr. « La société en réseaux » Paris, Fayard, 1998.

(8) V. F. MAYER (dir.), « Certifier la qualité ? » Presses Universitaires de Strasbourg 1998, 287 p.

(9) Sur le rapport entre règles juridiques et normes techniques dans les relations de travail, v. « Critique du droit du travail », Paris PUF, 1994, 3^{ème} partie.

(10) Soc. 14 mai 1997, *B. civ. V*, n° 175 ; Soc. 16 déc. 1997, *B. civ. V*, n° 441 ; Soc. 10 mars 1998, *B. civ. V*, n° 123. v. Ph. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié » Cah. soc. barreau de Paris 1994, n° 64, p. 289 ; et du même auteur : « En marge de la loi Aubry, travail effectif et vie personnelle du salarié », *Dr. soc.* 1998, p. 963.

(11) Là où la dimension personnelle du travail est trop évidente pour être ignorée, ce refoulement peut conduire à occulter l'identité propre du travailleur, et à lui en imposer une autre pour les besoins de la cause. Dans une certaine bourgeoisie la bonne sera ainsi toujours appelée « Marie » quel que soit son véritable prénom ; de même dans certains services (salons de coiffure par exemple), le salarié se voit souvent imposer dans son travail un prénom différent du sien. Le simulacre de personnalisation renforce alors la dépossession de soi inhérente au salariat : la « vie personnelle » est radicalement évacuée de la vie professionnelle. En pareil domaine les distinctions binaires sont nécessairement bancales (elles interdisent de saisir la ternarité : vie privée, vie publique, vie professionnelle). Mais la distinction (aujourd'hui condamnée) entre vie professionnelle et vie privée avait au moins l'avantage de ne pas nier que le travail est une des formes de la vie des personnes, et que le droit du travail relève autant du droit des personnes que du droit des obligations.

Mais dans le secteur industriel où il avait commencé à triompher ce modèle a été remis en cause (12). Sous la triple influence de l'élévation du niveau de compétence et de qualification (et l'élévation des niveaux d'autonomie professionnelle des travailleurs qui en découle, indépendamment de la subordination contractuelle), de la pression croissante de la concurrence sur des marchés plus ouverts, et de l'accélération du progrès technique (en particulier dans le domaine de l'information et de la communication), d'autres modèles d'organisation du travail se sont développés (13), et avec eux d'autres conceptions du pouvoir dans l'entreprise. Le trait commun de ces conceptions est de miser à nouveau sur l'homme et ses capacités personnelles comme facteur de productivité et d'efficacité économique. Il s'agit de rendre à l'homme au travail une autonomie qui lui permette d'exprimer son talent propre, tout en sauvegardant l'essentiel, c'est-à-dire la maîtrise de l'employeur sur les fruits de ce travail. Les salariés se trouvent ainsi davantage soumis en pratique à des obligations de résultat qu'à des obligations de moyens. Il en résulte une beaucoup plus grande latitude dans l'exécution de leur travail, et une libération de leurs capacités d'initiative. La contrainte ne disparaît pas, elle est intériorisée. Un nombre croissant de travailleurs salariés opèrent ainsi dans des conditions qui ne diffèrent pas sensiblement dans les faits du travail indépendant d'un sous-contractant.

1) *L'idée d'autonomisation du salarié est centrale dans les dernières théories du management* et dans les normes de gestion qu'elles promeuvent au sein des entreprises. Les juristes demeurent malheureusement insuffisamment attentifs à ces normes de gestion, qui prétendent à l'universalité, qui interfèrent avec le droit du travail et sont pourtant de nature à éclairer les évolutions observées sur le terrain proprement juridique.

Le schéma taylorien avait fait prévaloir une normalisation des actes du travailleur annonciatrice du concept de subordination juridique. Chaque poste de travail était décomposé en une suite d'actes aussi simples et mesurables que possible ; le travailleur affecté à ce poste devait réaliser ces actes dans l'ordre et à la vitesse prescrite, et sous le contrôle d'un autre salarié de niveau hiérarchiquement supérieur. Cette organisation était adaptée à la réalisation d'une production de masse obéissant à des standards de qualité peu exigeants. Les nouveaux schémas d'organisation concernent au contraire la réalisation de produits diversifiés et de haute qualité. Les qualités personnelles du travailleur sont alors déterminantes, car elles rejaillissent sur la qualité des produits. Cette « repersonnalisation » de la relation de travail a inspiré les thèses du management participatif. Ces thèses procèdent de la nécessité de rendre au travailleur des marges de liberté qui lui permettent d'exprimer ses qualités personnelles dans la réalisation de son travail.

Dans cette perspective, le poids direct de la hiérarchie doit être allégé, d'autant que le supérieur hiérarchique a souvent, dans les entreprises à haute valeur ajoutée, des connaissances inférieures à celles de son subordonné dans le domaine précis de compétences qu'implique son travail. Le contrôle du travailleur ne disparaît pas, mais son objet se déplace. Au lieu de porter sur la manière d'effectuer une tâche déterminée, il portera davantage sur le résultat de cette tâche. D'où la mise en œuvre dans les entreprises de normes destinées à évaluer l'apport propre de chaque travailleur. À la *normalisation des actes* qui caractérisait le schéma taylorien succède alors une *normalisation des personnes*. L'objectif demeure la réduction de l'aléa inhérent au contrat de travail (l'employeur n'est jamais sûr des qualités du travailleur qu'il loue) ; mais c'est de l'intériorisation par chaque travailleur des normes et valeurs de l'entreprise que cette réduction de l'aléa est attendue, et non plus d'une codification des modes de réalisation du travail. Le supérieur hiérarchique ne tire plus alors son pouvoir du fait qu'il saurait mieux faire que son subordonné, mais du fait qu'il est habilité à mettre en œuvre des normes abstraites d'évaluation des performances de ce subordonné. Certaines de ces normes ont connu un très grand succès dans les entreprises, comme la méthode Hay d'évaluation des postes, qui intègre entre autres facteurs d'évaluation le degré (quantifié !) « d'initiative créatrice » requise du travailleur (14). Ces normes, élaborées le plus souvent par des experts extérieurs à l'entreprise, servent à légitimer les décisions de l'employeur, notamment dans le domaine des salaires (15). La politique de rémunérations (salaires et participation aux résultats de l'entreprise) est en effet, à côté des entretiens individuels d'évaluation et des conventions d'objectifs, une pièce importante de ce management participatif. Elle a souvent pris la forme en Europe et aux États-Unis d'une individualisation des salaires, fondée sur ces normes (supposées objectives) d'évaluation des postes et des performances. Car bien sûr il ne s'agit plus pour le salarié de donner une part mesurée de son temps et d'obéir mécaniquement aux ordres en contrepartie d'un salaire, il s'agit de donner « le meilleur de soi-même » pour maximiser ses revenus. Autrement dit, il s'agit de se comporter « comme si » l'on était indépendant. Les normes de gestion mettent ainsi en scène la fiction d'un salarié à son compte.

L'image du pouvoir qui se dégage de ces nouvelles techniques de gouvernement des travailleurs est semblable à celle que nous voyons se mettre en place dans la sphère politique ou familiale. Le pouvoir patronal « de droit divin », omniscient et omnipotent, fait place à un pouvoir fonctionnel, mettant en œuvre des normes de gestion fondées sur l'autorité des experts qui les conçoivent ou les mettent en œuvre dans le cadre de procédures d'audit (16). Et la centralisation du pouvoir fait place à sa distribution verticale, chaque « collabo-

(12) Cf. le rapport « Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe » (1998) diligenté par la Commission européenne (éd. française : « Au-delà de l'emploi » Paris, Flammarion, 1999, spéc. chapitre 1, pp. 25 et s.).

(13) Cf. Commission européenne, livre vert « Partenariat pour une nouvelle organisation du travail », *op. cit.* § 18 s.

(14) V. C.-H. BESSEYRE des HORTS « Gérer les ressources humaines dans l'entreprise », Paris, Les Éditions d'organisation, 1990, pp. 52 et s.

(15) Cf. B. RAYNAUD « Le salaire, la règle et le marché », Paris, C. Bourgois, 1992, 215 p.

(16) Cf. M. POWER « The Audit Society. Rituals of Verification », Oxford University Press, 1997, 183 p.

rateur » de l'entreprise se voyant reconnaître une sphère d'initiative et de responsabilité.

2) *Ce sont les mêmes évolutions que donne à voir le droit du travail*, mais d'un tout autre point de vue. Tandis que le management saisit le pouvoir patronal de l'intérieur et selon des critères d'efficacité, le droit l'appréhende de l'extérieur et selon des critères de légalité. Et pourtant, les mêmes tendances se montrent à l'œuvre de ce point de vue différent.

a) *Le recul du pouvoir patronal discrétionnaire au profit d'un pouvoir fonctionnel* est une constante de l'évolution du droit du travail depuis la fin des années soixante. Bien sûr ce mouvement général a connu certains retours en arrière, et ne s'est pas exprimé partout avec la même force, ni à la même vitesse, mais la tendance générale de ces trente dernières années ne fait pas de doute. Ce recul s'est traduit de trois manières principales. Tout d'abord par l'essor des *obligations de motivation* des décisions de l'employeur susceptibles d'affecter le sort des salariés. Qu'il s'agisse de sanctions disciplinaires, de licenciements individuels ou collectifs, ou plus généralement de décisions économiques de nature à avoir un impact sur l'emploi, l'employeur n'a plus le droit de gouverner par *oukases*. Il doit motiver ses décisions. Ensuite par l'essor des *droits d'information, de consultation et de contrôle* des représentants du personnel. Ces droits existaient depuis longtemps dans certains pays (avec notamment la *Mitbestimmung* allemande) mais ils ont connu un développement spectaculaire depuis trente ans et le droit communautaire a obligé les pays les plus rétifs à s'y soumettre (17). Enfin par un *accroissement du rôle du juge*, de plus en plus souvent appelé à contrôler *a posteriori* la légalité ou même le bien-fondé de certaines décisions patronales ; le droit du licenciement est particulièrement révélateur de cette évolution (18).

b) *Le recul de la centralisation du pouvoir au profit d'une distribution des pouvoirs* se manifeste en droit du travail par des transformations importantes du lien de subordination. On assiste d'une part à une dilution du pôle patronal, et d'autre part à l'essor d'une sphère d'autonomie, juridiquement garantie au salarié.

— *La dilution du pôle patronal* résulte des nouvelles formes juridiques de l'entreprise. À la grande organisation intégrée et centralisée, ont succédé des formes d'entreprises éclatées, tels les groupes et plus récemment les réseaux d'entreprises. Dans les deux cas il s'agit de substituer à un centre de pouvoir unique une pluralité de pôles décisionnels, ayant chacun sa sphère de compétences et de responsabilités. Ces pôles sont reliés entre eux par des techniques de droit des sociétés (dans le cas des groupes) ou de droit des contrats (dans

le cas des réseaux). Les groupes ont donné lieu à une abondante littérature juridique alors que les réseaux, bien repérés en sciences de gestion, émergent à peine à l'horizon des juristes. La différence entre les réseaux et les groupes d'entreprise ne doit d'ailleurs pas être exagérée : les réseaux sont des groupes à structure contractuelle, tandis que les groupes sont des réseaux à structure sociétaire. Les uns comme les autres posent en fin de compte le même type de problème en droit du travail : le lien de subordination, qui avait toujours été conçu comme un lien entre deux sujets de droit, se trouve affecté par une dilution du pôle patronal. Le partenaire contractuel du salarié demeure l'employeur *de jure*. Mais ce dernier ne détient plus en réalité qu'une partie du pouvoir (pour l'essentiel celui de veiller à l'exécution du contrat). En revanche les décisions les plus importantes dépendent d'un autre pôle patronal (la société mère, ou le donneur d'ordres), qui exerce un pouvoir *de facto* sur la gestion du personnel sans avoir à en assumer la responsabilité juridique.

Au sein d'un groupe de sociétés, cette pluralité de pôles patronaux est encore relativement facile à maîtriser juridiquement, car elle se donne à voir dans les prises de participation financière d'une société dans une autre. Le montant de ces participations permet non seulement de caractériser l'existence d'un pouvoir de contrôle, mais encore de le graduer (contrôle majoritaire ou minoritaire). Il est ainsi possible de hiérarchiser les sociétés membres du groupe et d'identifier celle qui détient, non pas tout le pouvoir, mais du moins les clés du pouvoir dans le groupe. En revanche la structure contractuelle des réseaux rend plus malaisée la caractérisation de ces éventuels rapports de domination, et l'identification d'un centre. Comme l'a montré Gunther Teubner dans un article séminal sur le sujet (19), le réseau est une hydre à plusieurs têtes qui ne se laisse ramener ni à un nexus de contrats, ni à une organisation hiérarchisée.

Le droit du travail a joué un rôle majeur dans l'identification et l'organisation de ces nouvelles formes d'organisation du pouvoir. Il existe aujourd'hui un droit du travail propre aux groupes d'entreprises, qui régit d'une part la situation individuelle du salarié affecté successivement à plusieurs sociétés d'un même groupe, et d'autre part la représentation collective des travailleurs d'un même groupe. La récente directive communautaire sur les groupes à dimension communautaire (20) a engagé sur ce point une dynamique juridique dont l'affaire Renault Villevorde n'est qu'une première manifestation. Les réseaux d'entreprises n'échapperont pas à la même dynamique. Le droit commercial les a déjà appréhendés, par exemple au travers des règles de transparence qui gouvernent la concurrence (21), ou

(17) V. notamment CJCE 8 juin 1994, Commission c. Royaume Uni, aff. C-382 et C-383-92, *Dr. soc.* 1994, 923, obs. G. LYON-CAEN ; B. BERCUSSON « European Labour Law », London, Butterworths, 1996, p. 510 sq ; P. RODIÈRE « Droit social de l'Union européenne », Paris, LGDJ, 1998, n° 282, pp. 284 et s.

(18) V. G. COUTURIER, « Quel avenir pour le droit du licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne ». Rapport au Congrès européen de Leiden (1996) *Droit social* 1997, 75.

(19) G. TEUBNER, « The Many-Headed Hydra : Networks as Higher-Order Collective Actors », in J. Mc Cahery, S. Pic-

ciotto & C. Scott « Corporate Control and Accountability » Oxford University Press, 1993, 41 s.

(20) Dir. 94/45 du 22 septembre 1994, *JOCE* n° L. 254-64 du 30 sept. 1994.

(21) Cf. la directive « transparence » n° 80/723 du 20 juin 1980 (*JOCE*, L. 195 du 29 juil. 1980), qui caractérise l'entreprise publique par l'idée d'« influence dominante » et non pas par la détention du capital (v. C. GAVALDA et G. PARLEANI « Traité de droit communautaire des affaires », Paris, Litec, 2° éd. 1992, n° 1022 s, pp. 741 et s.).

des règles du droit boursier, qui permet de caractériser certaines formes de dépendance contractuelle entre sociétés cotées. L'approche des réseaux par le droit du travail apparaît beaucoup plus balbutiante, mais émerge cependant au travers de règles qui régissent la santé et la sécurité ou la sous-traitance (22). Dès lors que plusieurs entreprises coopèrent à la réalisation d'un produit dans des conditions qui affectent les conditions de santé et de sécurité des salariés, l'intervention du droit du travail est en effet nécessaire pour éviter toute dilution des responsabilités en ce domaine.

— L'essor d'une sphère d'autonomie juridique garantie aux salariés n'est pas chose nouvelle en droit du travail. Les institutions représentatives (syndicales ou élues) ont depuis longtemps mis en œuvre l'idée de « contre-pouvoirs » dans l'entreprise, destinés à affranchir sur le plan collectif des travailleurs subordonnés sur le plan individuel. L'essor du droit à la négociation collective est venu prolonger ce mouvement. L'empire de la décision unilatérale de l'employeur a dû faire place, en certains domaines, à des décisions négociées. Ce mouvement a conféré aux représentants du personnel des responsabilités nouvelles, souvent très délicates à assumer dans les périodes de difficulté économique. La négociation « donnant-donnant » qui s'est développée notamment en matière d'emploi montre combien l'exercice est périlleux (23). Il amène les syndicats à avaliser une régression des conditions de travail (baisse ou gel des salaires ; flexibilisation du temps de travail) en contrepartie d'hypothétiques engagements patronaux dans le domaine de l'emploi. Ces décisions négociées sont dotées d'une légitimité beaucoup plus forte que des mesures unilatérales, car elles lient leurs signataires. La « démocratisation » du pouvoir qu'opère la négociation collective ne se traduit donc pas ici par un affaiblissement de ce pouvoir. Tout au contraire, elle permet d'obtenir l'adhésion des représentants des travailleurs aux normes de gestion — et d'abord aux normes financières — qui président à la conduite des entreprises.

La distribution du pouvoir du haut vers le bas ne s'arrête plus au niveau des institutions représentatives. Elle s'étend aujourd'hui jusqu'aux salariés eux-mêmes auxquels ont été octroyés des droits nouveaux qui leur permettent, sous certaines conditions, de s'affranchir momentanément du lien de subordination. Ces droits se sont principalement développés sous deux formes. La première est celle de congés spéciaux, qui autorisent le salarié à quitter momentanément l'entreprise pour se consacrer à diverses activités d'ordre privé (congés sabbatiques, congés parentaux...), professionnel (création d'entreprise, congés-formation...) ou bien d'intérêt général (mandat politique ou associatif...). Certains de ces congés peuvent être rémunérés totalement ou partiellement par l'entreprise ou par d'autres organismes. Le salarié dispose ainsi d'une liberté nouvelle dans la conduite de sa vie professionnelle qui peut faire place à des périodes dévolues à d'autres types d'engagement.

Cette situation le rapproche évidemment du travailleur indépendant et du reste certains droits, comme le versement d'un revenu de remplacement en cas de départ en congé parental, ont été dans certains pays également reconnus aux travailleurs salariés et aux indépendants. La seconde forme d'autonomie dans la subordination individuelle consiste en droits d'initiative conférés à certains salariés ou en certaines circonstances. En faisant obligation au salarié de « prendre soin de sa sécurité et de sa santé, ainsi que de celle des personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions » la directive cadre n° 89-391 lui a implicitement reconnu un droit que certains droits nationaux consacrent explicitement : celui de se retirer d'une situation dangereuse pour sa santé ou sa sécurité. La clause de conscience reconnue à certaines professions (par exemple aux médecins en matière d'avortement, aux journalistes en cas de changement d'orientation de leur journal ou plus récemment aux avocats salariés) opère de façon semblable, en faisant le salarié seul juge du comportement qu'il convient d'adopter face à une situation de travail déterminée.

Tout ceci rapproche évidemment le travailleur salarié du travailleur indépendant. Mais ce rapprochement est aussi visible dans l'autre sens : les travailleurs indépendants se trouvent souvent placés dans des situations d'allégeance fort proches du lien de subordination.

C — L'ALLÈGEANCE DANS L'INDÉPENDANCE

Comme l'a montré Gérard Lyon-Caen dans un ouvrage à bien des égards prémonitoire (24), la situation des travailleurs indépendants se caractérise d'abord par une grande hétérogénéité de régimes juridiques. Il n'existe pas à proprement parler un droit du travail indépendant, mais une pluralité de droits professionnels, plus ou moins développés, et souvent liés à la nature particulière de l'objet du travail fourni. Tantôt ces droits ne sont que le versant professionnel du contrat caractéristique de la profession (transporteurs, mandataires, gérants) tantôt ils se sont fortement développés, incluant des règles particulières d'accès à la profession, le respect d'une déontologie, voire des institutions professionnelles spécifiques aux compétences diverses (ainsi dans le cas des médecins ou des avocats). Ceci confirme l'hypothèse selon laquelle le travail indépendant reste fortement lié au travail concret, c'est-à-dire aux caractéristiques propres du service rendu ou du produit réalisé. Mais ceci rend malaisée la mise en évidence de tendances générales.

1) *C'est en droit de la Sécurité sociale que de telles tendances sont les plus faciles à repérer.* Les travailleurs indépendants ont en commun d'assumer les risques économiques de leur activité professionnelle, et ils sont donc demeurés pendant longtemps à l'écart des régimes de Sécurité sociale, car la sécurité contre les risques était conçue comme la contrepartie de la

(22) Cf. M.-L. MORIN, « Sous-traitance et relations salariales. Aspects de droit du travail » *Travail & Emploi*, n° 60, 1994, pp. 23 et s. ; M.-E. CASAS, J. De MUNCK, P. HANAU, A. JOHANSSON, P. MEADOWS, E. MINGIONE, R. SALAIS, A. SUPIOT et P. van der HEIJDEN « Au-delà de l'emploi » Paris, Flammarion, 1999, pp. 45 et s.

(23) Cf. sur cette question « La négociation collective. Nouveaux horizons, nouveaux problèmes », *Dr. soc. n° spéc. déc.* 1997, pp. 1004-1069 ; « Négociation collective et emploi », *Dr. soc. n° spéc. avr.* 1998, pp. 312-387.

(24) G. LYON-CAEN, « Le droit du travail non salarié » Paris, Sirey 1990, 208 p.

dépendance (25). Cette opposition tranchée entre le travailleur subordonné et protégé d'une part et le travailleur libre et responsable de tous les risques inhérents à son activité d'autre part, a singulièrement perdu de sa force avec la tendance irrésistible à la généralisation de la Sécurité sociale. Cette évolution est évidente dans les systèmes universalistes issus du plan Beveridge et mis en œuvre depuis dans de nombreux pays européens (par exemple en Italie en matière de santé). Mais elle est aussi patente dans les systèmes de Sécurité sociale qui ont conservé une base professionnelle, tout en cherchant à généraliser la couverture contre certains risques (maladie, vieillesse) à toute la population. Que cette généralisation se soit traduite par la création de régimes spéciaux réservés aux indépendants, ou par l'extension des régimes des salariés aux travailleurs indépendants, elle a toujours conduit à inscrire ces derniers dans des liens de solidarité professionnelle. Cette solidarité face aux risques, et les obligations de contribution financière qui l'accompagnent, impliquent évidemment une restriction de l'indépendance économique des professionnels intéressés, qui sont obligés de s'affilier à une caisse qu'ils n'ont pas choisie. Cette obligation a fait l'objet de nombreux recours devant la Cour de justice, qui a ainsi été conduite à affirmer l'existence en droit communautaire d'un principe de solidarité qui s'applique aussi bien aux travailleurs indépendants qu'aux salariés (26). Le droit de la Sécurité sociale est ainsi un observatoire privilégié du rapprochement de la situation juridique des salariés et des indépendants (27).

Le rapprochement opéré par le droit de la Sécurité sociale entre salariés et indépendants est aussi visible dans la définition de travailleur adoptée par le droit communautaire en matière de coordination des systèmes nationaux de Sécurité sociale. Suite à l'entrée dans la Communauté de pays dont la Sécurité sociale a une base universelle, la Cour de justice a étendu la notion de travailleur à ceux qui ont occupé successivement des emplois salariés et indépendants (28). Le règlement 1390/81 ayant ensuite étendu la coordination communautaire aux travailleurs non salariés, la distinction entre travailleurs salariés et non salariés a perdu l'essentiel de sa signification en ce domaine (29). Cela signifie que la qualité de travailleur, au sens des règles de coordination communautaire de Sécurité sociale, est inhérente à la personne de celui qui vit de son travail et est assuré à ce titre en droit interne. Elle ne se perd donc ni par une interruption momentanée d'activité, ni même par un changement de la nature – dépendante ou indépendante – de cette activité, dès lors que le travail indépendant est assimilé au travail dépendant par

la législation nationale. Cette continuité de la qualité de travailleur, reconnue indépendamment de la continuité et de la nature exacte des différents contrats par lesquels le travailleur engage ses services, est le corollaire nécessaire de l'idée de continuité et de généralité de la protection sociale qui caractérise tous les systèmes européens. Cette conception professionnelle du travailleur est très significative d'une tendance plus générale, qui se retrouve dans la terminologie de la charte des droits sociaux fondamentaux. Figurent dans cette charte des notions – telles que *métier*, *vie active*, ou *vie professionnelle* – qui se réfèrent davantage à une identité professionnelle qu'à la nature, salariale ou non, des contrats conclus par le travailleur.

2) Mais ce rapprochement est aussi visible dans l'évolution des contrats professionnels qui structurent l'activité des travailleurs indépendants. Diverses recherches conduites sur ce terrain ont mis en évidence l'intégration de ces travailleurs dans des réseaux de production ou de distribution (30). Ces travailleurs sont soumis à des disciplines collectives dans la conduite de leur activité professionnelle. Ils doivent respecter un certain nombre de normes commerciales (politique des prix, publicité, services à la clientèle etc.) et techniques (normes de qualité, méthodes de fabrication, agencement des locaux etc.), et se soumettre au contrôle du respect de ces normes par le donneur d'ordres. En contrepartie ils sont assurés d'une stabilisation du rapport contractuel, qui se traduit notamment par un droit à indemnisation en cas de rupture du contrat. Les contrats d'intégration qui formalisent cet échange demeurent des contrats individuels, mais sont fortement encadrés sur un plan collectif, soit par des contrats-types, dont les stipulations sont négociées collectivement, soit même par de véritables conventions collectives (31). Cette tendance générale étant liée à l'organisation des entreprises en réseau, elle concerne la plupart des secteurs d'activité. Mais elle se manifeste sous des formes différentes selon les professions, ce qui vérifie une nouvelle fois l'hypothèse d'un lien structurel entre travail indépendant et travail concret. De nombreux cas pourraient être examinés ici. Par exemple celui des professions de santé, que la généralisation du droit de la Sécurité sociale place inmanquablement dans une relation de dépendance économique à l'égard des caisses, même lorsqu'ils demeurent juridiquement des travailleurs indépendants ; ou encore celui des soustraitants qui ont été soumis dans certains secteurs (bâtiment, transports routiers) à des règles spéciales visant notamment à éviter la dilution des responsabilités en matière de santé et de sécurité (32). On se bornera à

(25) Le droit « ouvrier » mêlait indistinctement des règles de droit du travail et de Sécurité sociale : v. not. G. SCHELLE, « Le droit ouvrier », Paris, A. Colin, 2^e éd. 1929.

(26) CJCE 17 fév. 1993, aff. C-159 et 160/91 (Poucet et Pistre) Rec. I, p. 664, Dr. soc. 1993, 488, note Ph. LAIGRE et obs. J.-J. DUPEYROUX ; CJCE, 16 nov. 1995 aff. C-244/94 (Coreva), Dr. soc. 1996, 82, note Ph. LAIGRE ; CJCE 26 mars 1996, aff. C-238/94 (Garcia), Dr. soc. 1996, 707. V. l'article séminal de J.-J. DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité », Dr. soc. 1990, 741.

(27) Gérard LYON-CAEN observe du reste que le droit de la Sécurité sociale est le seul à fournir une définition unitaire de la notion de revenu professionnel des indépendants (in « Le droit du travail non salarié », op. préc. n° 143, p. 132).

(28) CJCE 29 sept. 1976 (Brack) aff. 17/76, Rec. 1976, 1429.

(29) Cf. P. RODIÈRE, « Droit social de l'Union européenne », Paris, LGDJ, 1998, n° 484 s. pp. 474 et s.

(30) V. en langue française, l'ouvrage de référence de G. VIRASAMY, « Les contrats de dépendance », Paris, LGDJ, 1986, 334 p. ; et sur les conséquences de cette dépendance dans le domaine de la responsabilité : C. DEL CONT, « Propriété économique, dépendance et responsabilité », Paris, L'Harmattan, 1997, 399 p.

(31) V. par exemple concernant des agents d'assurance : J. BARTHÉLÉMY, « Une convention collective de travailleurs indépendants ? » *Droit social* 1997, 40.

évoquer ici deux de ces cas, particulièrement révélateurs : celui des contrats d'intégration en agriculture, et celui des réseaux de distribution commerciale.

a) *Le secteur de l'agriculture* est spécialement intéressant parce qu'il demeure dans la plupart des pays européens un bastion du travail indépendant (33). Mais cette indépendance maintenue au plan juridique ne peut masquer la forte dépendance économique dans laquelle se trouve aujourd'hui la plupart des agriculteurs européens. Dépendance vis-à-vis de la politique agricole commune, qui subventionne une part importante du revenu agricole, et dépendance vis-à-vis des industries agro-alimentaires. Les subventions publiques ont pour contrepartie la soumission à des disciplines quantitatives, avec notamment le régime des quotas de production, qui a installé le partage du travail dans le secteur agricole à un degré ignoré ailleurs. L'intégration dans des réseaux de production agro-alimentaires a pour contrepartie la soumission à des normes techniques, portant sur les matières premières, les méthodes de travail, la commercialisation, et donnant lieu à un pouvoir de contrôle de la part des entreprises intégratrices (34).

La situation des agriculteurs « sous contrat » d'intégration est parfois tellement voisine de la subordination qu'il a fallu par exemple en France qu'une loi intervienne pour les faire échapper à la qualification de salariés (35), et que c'est par référence au droit du travail que le juge solde la résolution du contrat d'intégration lorsqu'il est, chose fréquente, affecté d'une cause de nullité (36). La loi prévoit la conclusion de contrats-types négociés par les organismes professionnels. Une fois homologués par arrêté ministériel, ces contrats-types acquièrent une force obligatoire comparable à celle d'une convention collective étendue (37). En droit allemand, l'intégration agricole n'a pas été soumise à une loi spéciale (38). L'intégration contractuelle peut résulter soit de contrats de production et d'écoulement des produits (*Bezugs und Absatzverträge*), soit de contrats « à caractère salarial » (*Verträge mit Lohnvertragscharakter*). Dans ce dernier cas l'agriculteur est soumis aux instructions de son cocontractant, et se voit garantir en retour un certain niveau de rémunération ; mais il demeure juridiquement un travailleur indépendant. Le monde agricole offre ainsi l'image d'un secteur économique qui est passé directement d'une organisation du travail préindustrielle, fondée sur la petite

exploitation indépendante, à une organisation qu'on serait tenté de qualifier de post-industrielle, fondée sur des réseaux de production qui placent l'agriculteur dans la dépendance économique d'un donneur l'ordre tout en préservant son indépendance juridique.

b) Le tableau offert par le *secteur de la distribution commerciale* est à bien des égards semblable. Le modèle industriel (l'hypermarché taylorien visant la réduction maximale du facteur humain) qui a sévi massivement dans certains pays (comme la France, à la faveur notamment de la corruption politique) a conduit à l'intégration verticale de certains fournisseurs par un grand distributeur ou un groupement de distributeurs (centrale d'achats) qui constitue ainsi son propre réseau d'approvisionnement. Ce type de réseau se tisse au moyen de contrats de référencement, par lesquels le fournisseur référencé accède au système de distribution de son cocontractant. La puissance d'achat du distributeur lui permet d'obtenir des conditions privilégiées et de soumettre les fournisseurs à certaines normes techniques de qualité des produits ou de service après-vente, tandis que l'intégration dans le réseau assure en retour à ces fournisseurs une sécurité de leurs débouchés. À l'inverse, le petit commerce n'a bien souvent pu survivre que par une organisation en réseaux de distribution, dominés par un fournisseur (39). Ces réseaux de distribution sont tissés par des contrats de franchise ou de concession qui lient les commerçants au fournisseur dont ils distribuent les produits. Assuré d'une part (ou de l'exclusivité) des ventes d'un produit ou d'une marque, et du soutien technique et commercial du fournisseur, le distributeur doit se plier en retour à certaines normes techniques, voire à une politique des prix et à des méthodes de commercialisation qui sont dictées par le fournisseur.

Des règlements communautaires sont venus doter certains de ces réseaux commerciaux d'un cadre juridique les mettant à l'abri de la prohibition des ententes et des positions dominantes fulminée par le traité de Rome (40), tandis que les autres demeurent soumis aux procédures d'exemption individuelle prévues par l'article 88 de ce traité. Mais cette procédure ne s'applique pas aux réseaux de distribution qui emportent une « intégration totale » des distributeurs (41). L'intégration est totale lorsque le distributeur ne supporte pas le risque financier, qu'il est au service exclusif du fournisseur et n'intervient pas sur le même marché en tant

(32) M.-L. MORIN, « Sous-traitance et relations salariales » art. préc., pp. 23 et s.

(33) V. les statistiques publiées par le BIT « Promotion de l'emploi indépendant » Genève, 77^e session de la conférence internationale du travail, rapport VII, 1990, tableau A1, p. 108 ; et par la Commission européenne : « L'emploi non salarié en Europe » (1983/94) et « Emploi en Europe », 1996, pp. 61 et s.

(34) V. pour une approche comparative A. MASSART (dir.) « Accordi interprofessionali e contratti agroindustriali. Problemi di inquadramento giuridico », Pisa, ETS editrice, 1990, 311 p.

(35) Loi du 6 juillet 1964 sur l'économie contractuelle en agriculture (modifiée à plusieurs reprises notamment en 1975 et 1980).

(36) Cf. L. LORVELLEC, « L'agriculteur sous contrat », in « Le travail en perspectives », ouv. préc. pp. 179 et s.

(37) L. LORVELLEC, « Les contrats-types d'intégration homologués », *Revue de droit rural* 1984, 245.

(38) V. W. WINKLER, « Les contrats agro-industriels dans la République fédérale d'Allemagne », in A. Massart (dir.) *op. préc.* pp. 239 et s.

(39) V. L. AMIEL-COSME, « Les réseaux de distribution » Paris, LGDJ, 1995, 404 p. ; J. BEAUCHARD, « Droit de la distribution et de la consommation », Paris, PUF, 1996 ; M. BEHAR-TOUCHAIS & G. VIRASSAMY, « Les contrats de la distribution », Paris, LGDJ, 1999, 938 p. ; F. COLLART DUTILLEUL & Ph. DELBECQUE, « Contrats civils et commerciaux », Paris, Dalloz, 4^e éd. 1998, n° 903 s. pp. 765 et s.

(40) V. par exemple le règlement n° 4087/88 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'art. 85 § 3 aux contrats de franchise (*JOCE* n° L. 359 du 28 déc. 1988).

(41) V. M. BEHAR-TOUCHAIS & G. VIRASSAMY, *op. préc.* n° 974 s. pp. 502 et s. et les références citées.

que distributeur indépendant. Lorsque ces trois conditions sont réunies, le distributeur n'est pas un entrepreneur au sens du droit communautaire, quand bien même il serait qualifié juridiquement de travailleur indépendant... En effet, selon la Cour de justice européenne « la notion d'entreprise dans un contexte de droit de la concurrence doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'accord en cause, même si d'un point de vue juridique cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales » (42). Cette définition conduit en revanche à qualifier d'entrepreneur indépendant le fournisseur ou le distributeur intégré dans un réseau sans être ainsi absorbé par l'entreprise de l'intégrateur.

La dépendance économique qui résulte de cette intégration n'est cependant pas ignorée du droit. Ainsi le droit belge a soumis la résiliation des contrats de concession de vente à des règles spéciales protectrices du concessionnaire (43). Le droit allemand protège ceux dont l'activité dépend de l'intégrateur au point « qu'il n'existe pas pour eux de possibilité suffisantes et supportables de s'adresser à d'autres entreprises » (44). En France une obligation d'information préalable a été mise à la charge des entreprises intégratrices dans le domaine de la distribution (45). Les notions de contrat d'intérêt commun ou d'abus de droit ont été mises en avant pour stabiliser les relations contractuelles au sein des réseaux de distribution et assurer ainsi une certaine sécurité économique aux entrepreneurs intégrés. Ces techniques autorisent le développement d'une casuistique par laquelle le juge détermine au cas par cas le degré de protection qu'il convient d'apporter à la partie faible, en fonction du degré de dépendance dans laquelle elle se trouve et de l'usage que fait la partie forte de son pouvoir. La dépendance économique ne constitue donc pas, à l'égal de la subordination, un critère général de qualification emportant l'application d'un véritable statut professionnel. L'intérêt du droit de la distribution se situe moins dans la cohérence et la force des remèdes qu'il apporte à la dépendance économique, que dans la possibilité, dont il atteste, de caractériser cette dépendance et de donner consistance juridique à la notion de réseaux d'entreprises.

Ainsi le travail indépendant et le travail salarié se trouvent pris dans une même logique nouvelle d'exercice du pouvoir économique. L'entreprise moderne ne se satisfait pas plus de la simple obéissance aux ordres que de l'indépendance absolue. Il lui faut assujettir à ses propres fins les capacités d'initiative et de responsabilité des hommes au travail. S'y inventent de nouveaux modes de gouvernement des hommes, qui évoquent la vassalité féodale : un lien d'allégeance est ainsi

noué à plus ou moins long terme, qui ne fait pas perdre au vassal sa qualité d'homme libre, mais l'oblige à user de cette liberté au service des intérêts de son suzerain (46). Bien sûr, de même que la tenure servile n'était pas le fief, l'emploi salarié ne se confond pas avec l'intégration économique du travailleur indépendant. Mais l'un et l'autre procèdent d'un même schème culturel, qui conduit à penser leurs relations, non plus en termes d'opposition, mais plutôt d'articulation.

II. — L'ARTICULATION DU TRAVAIL SALARIÉ ET DU TRAVAIL INDÉPENDANT

La relative dilution du critère de la subordination, et le rapprochement de la situation juridique des travailleurs salariés et des indépendants, ont suscité d'intenses réflexions visant à reconsidérer la place respective du droit du travail, du droit civil et du droit commercial en matière d'activité professionnelle. La manière la plus simple d'aborder ce problème consiste à le penser en termes de frontières (47) à déplacer dans un sens ou dans un autre. Mais le propre des frontières est de n'avoir que deux côtés et de ne pas laisser place aux situations intermédiaires. Aussi une autre manière d'engager ce débat a consisté à s'interroger sur la zone grise qui sépare le salariat de l'indépendance et sur l'opportunité d'y implanter des hybrides. Une troisième façon, plus ambitieuse, de poser le problème consisterait à explorer la possibilité d'un droit commun du travail qui ait vocation à régir toute sorte d'activité professionnelle, tout en faisant place à la diversité des formes contractuelles sous lesquelles elle s'exerce.

A — LE DÉBAT SUR LES FRONTIÈRES DU SALARIAT

Deux thèses ici s'affrontent. D'un côté celle qui soutient l'extension de l'empire du droit du travail au détriment du travail indépendant. De l'autre celle qui plaide au contraire pour une reconquête du terrain perdu par le droit civil et le droit commercial face au droit du travail.

1) L'élargissement du champ d'application du droit du travail salarié

a) *Cet élargissement a tout d'abord été le fait du juge qui, dans la plupart des pays européens, a utilisé en ce sens la technique du faisceau d'indices.* Dans les systèmes continentaux au contraire, la technique du faisceau d'indices a servi à élargir la notion de travail indépendant. Ainsi en France, c'est la notion de subordination juridique qui continue de servir en principe de

(42) CJCE 12 juillet 1984, (Hydrotherm), Rec. 1984, p. 2993.

(43) Cf. G. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance », *op. préc.* n° 335 s, pp. 281 et s.

(44) V. R. BOUSCANT, « Le contrôle des entreprises en position dominante dans la République fédérale d'Allemagne » Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 253 et s.; KOHLER, « L'abus de la puissance d'achat en RFA » *Rev. int. de dr. comparé* 1998, 549.

(45) Loi n°89-1008 du 31 décembre 1989, dite loi Doubin. V. M. BEHAR-TOUCHAIS & G. VIRASSAMY, *op. préc.* n° 34 s. pp. 20 et s. et la bibliographie citée.

(46) Sur le lien vassalique, v. Marc BLOCH, « La société féodale », Paris, Albin Michel, 1^{re} éd. 1939, rééd. 1994, pp. 209 et s.; J.-F. LEMARIGNIER, « La France médiévale. Institutions et société », Paris, A. Colin, 1970, pp. 126 et s. L'hypothèse de la reïéodisation contemporaine des rapports sociaux a été avancée par P. LEGENDRE dans divers écrits et en dernier lieu in « Sur la question dogmatique en Occident », Paris, Fayard, 1999, spéc. pp. 235 et s.

(47) V. « Les frontières du salariat », Actes du colloque de Cergy-Pontoise, *Rev. jur. d'Ile de France*, n° 39/40, juin-juillet 1996, pp. 101-263.

critère distinctif du contrat de travail : il s'agit de savoir si, dans l'exécution de son travail, le travailleur est placé sous les ordres de celui qui le paie (48). Mais ce critère de la subordination s'est considérablement enrichi et complexifié, dans le sens d'un élargissement de la notion de contrat de travail. L'idée directrice de cet élargissement consiste à se demander si le travailleur exerce sa liberté d'entreprendre ou bien seulement sa liberté du travail (49). Cette idée générale est mise en œuvre par deux notions aujourd'hui bien connues que la jurisprudence utilise pour caractériser la dépendance du travailleur. La première est celle d'*intégration à un service organisé*, qui implique la direction, non de l'exécution du travail, mais des conditions de cette exécution, par le bénéficiaire de la prestation (50). La seconde est celle de *participation à l'entreprise d'autrui*. Il s'agit d'un test négatif, qui consiste à vérifier d'une part que le travailleur n'a ni salariés, ni clientèle propre (51), et d'autre part qu'il ne court pas les risques de l'entreprise (52). Il importe toutefois de noter que ces indices, positifs ou négatifs, ne se sont pas substitués au critère de la subordination, mais servent seulement à le mettre en œuvre (53).

Le même type d'évolution jurisprudentielle se rencontre dans la plupart des autres pays européens (54). Ainsi par exemple en Allemagne (55), où l'on use de la notion de « dépendance personnelle » (« *persönlicher Abhängigkeit* ») pour distinguer le salarié (« *Arbeitnehmer* ») du travailleur indépendant (« *Selbständiger* »), la jurisprudence et la doctrine ont élaboré un système très semblable au système français. La vérification de la dépendance s'opère d'une part de façon positive, en recherchant si le travailleur est intégré dans une organisation productive contrôlée par autrui (« *arbeitsorganisatorische Abhängigkeit* »), et d'autre part de façon négative, en s'assurant qu'il ne travaille pas à son propre compte, qu'il ne participe pas aux chances de gains et de pertes, qu'il ne possède pas son équipement et sa clientèle etc.. On retrouve ici les deux idées d'intégration à un service organisé et de participation à l'entreprise d'autrui, qui regroupent chacune, comme dans le système français, une liste ouverte d'indices.

b) *Mais l'élargissement du champ d'application du droit du travail peut résulter aussi de l'intervention du législateur.* La technique du faisceau d'indices a en effet l'inconvénient de faire peser une incertitude sur la qualification juridique des travailleurs situés à la frontière du travail dépendant et du travail indépendant. C'est

pour remédier à cette incertitude, qu'on a recouru dans divers pays à l'assimilation légale de certaines catégories professionnelles à des salariés. Cette technique a une dimension corporative manifeste dans la mesure où elle repose sur la notion de profession : la preuve de l'appartenance à cette profession dispense de celle du lien de subordination et suffit à justifier l'application du statut de salarié. Le droit français, a recouru à cette technique d'assimilation au profit de diverses professions (représentants de commerce, artistes, journalistes etc.) regroupées pour la plupart dans le livre VII du Code du travail.

L'élargissement du champ d'application du droit du travail pourrait aussi résulter de l'adoption du critère de la dépendance économique, qui avait été écarté dans les années trente. En Allemagne, une partie de la doctrine avait ainsi récemment recommandé de recourir à ce critère pour juguler les fuites hors du droit du travail. Cette thèse a été notamment défendue par le professeur Rolf Wank (56), selon lequel la soumission aux ordres ne peut plus être considérée comme l'élément caractéristique du salarié. Le besoin de protection n'est pas lié, selon cette thèse, à la subordination juridique, mais au fait de dépendre économiquement d'un seul employeur. Cette thèse a été accueillie par certaines juridictions, notamment par le *Landesarbeitsgericht* de Cologne (57). Une loi du 19 décembre 1998 a consacré les propositions du professeur Wank, mais en limitant la portée au droit de la Sécurité sociale (58).

Ce texte énumère quatre critères de la dépendance économique :

— travail accompli personnellement, sans l'aide de collaborateurs (sauf les membres de sa famille) ;

— travail accompli pour le compte d'un seul employeur ;

— travail correspondant à un emploi salarié (« *für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringen* ») ;

— travail effectué sans apparaître comme entrepreneur sur le marché (« *nicht aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten* »).

Sera présumé salarié, le travailleur qui remplit deux de ces quatre critères. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999, cette disposition fait l'objet d'intenses critiques des organisations patronales, qui lui reprochent d'entraver la création d'activités indépendantes. Encourager

(48) V. Th. AUBERT-MONTPEYSSEN « Subordination juridique et relation de travail », th. Toulouse, Ed. du CNRS, 1988, 337 p.

(49) H. GROUDEL, « Le critère du contrat de travail » in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Mélanges G.-H. Camerlynck, Paris, Dalloz, 1978, pp. 57-58.

(50) *Jurisprudence Hebdo-pressé* : Cass. ass. plén. 18 juin 1976, D. 1977, J., 1973.

(51) Soc. 7 déc. 1983, *Bull. civ. V*, n° 592, p. 423.

(52) Soc. 14 nov. 1984, *Bull. civ. V*, n° 428, p. 319.

(53) V. récemment, réaffirmant la primauté du critère de la subordination : Cass. soc. 13 nov. 1996 (Société Générale) *Dr. soc.* 1996, 1067, obs. DUPEYROUX.

(54) Ainsi en droit espagnol (v. M. ALONSO OLEA & M.-E. CASAS BAAMONDE « *Derecho del trabajo* », Madrid, Civitas, 17^e éd., 1999, pp. 41 s. et 54 s.), belge (cf. M. JAMOULLE, « Le

contrat de travail » Publ. de la faculté de droit de Liège, Liège, 1982, n° 131, pp. 174-175.), portugais (cf. A. MONTEIRO FERNANDES, « *Direito do Trabalho* » Alameda, Coimbra, 10^e éd., 1998, pp. 111 et s.).

(55) Cf. P. HANAU & K. ADOMEIT, « *Arbeitsrecht* » Berlin, Hermann Luchterhand, 11^e éd. 1994, pp. 144 et s.

(56) Dans une publication intitulée « *Arbeitnehmer und Selbständige* » (1988) ; v. résumé de cette thèse in *Der Betrieb*, 1992, 90.

(57) Dans une décision du 30 juin 1996, publiée in *Entscheidungsammlung zum Arbeitsrecht* § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff n° 29.

(58) « *Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte* » (BGBl. I S. 3843, v. article 3, modifiant le § 7 du livre IV du Code de la Sécurité sociale).

cette création devrait conduire, dans la ligne de cette critique, à déplacer les frontières du droit du travail plutôt dans l'autre sens.

2) Le rétrécissement du champ d'application du droit du travail

La thèse de la réduction du champ d'application du droit du travail est défendue par les partisans de la déréglementation, qui considèrent que ce droit fait obstacle à l'initiative économique et à la création d'emplois. Dans cette perspective, il conviendrait de restreindre l'emprise du droit du travail au profit du droit civil et du droit commercial, et de favoriser ainsi le développement du travail indépendant. Ce déplacement des frontières peut ici encore être opéré soit par le juge soit par la loi.

a) *La technique du faisceau d'indices peut en effet servir aussi bien à rétrécir qu'à élargir la notion de contrat de travail.* C'est en recourant à cette technique que la jurisprudence britannique a introduit un nouvel élément d'identification du contrat de travail – la mutualité des obligations – qui exclut du salariat un certain nombre de travailleurs atypiques. L'idée de mutualité des obligations conduit en effet à mettre l'accent sur la continuité et la stabilité de l'autorité exercée sur le travailleur, c'est-à-dire sur un type de subordination qui correspond à l'emploi « typique » (59). Cette jurisprudence de l'*English Court of Appeal* conduit à refuser le statut d'« *employee* » à ceux qui travaillent de façon intermittente (*regular casual workers*), et à les qualifier de travailleurs indépendants, nonobstant le fait qu'ils n'ont pas d'autre employeur et ne mettent en œuvre aucun capital propre (60). Elle peut ainsi conduire à qualifier d'indépendants les travailleurs intérimaires (61).

b) *Là où le juge n'adopte pas de lui-même une définition restrictive du salariat, le législateur peut tenter de la lui imposer.* Ainsi en France, où la loi Madelin du 11 février 1994 avait institué une *présomption de non-salariat* à l'égard des personnes qui se sont immatricu-

lées à la Sécurité sociale en tant que travailleur indépendant (62). Mais cette tentative de réduction du champ du salariat a échoué. La jurisprudence ne s'est pas saisie de la loi pour restreindre sa définition du contrat de travail (63) ; le travail indépendant n'a pas connu l'essor escompté ; et le législateur a fini par abroger sans bruit ce texte malformé (63 bis).

Plus efficaces semblent être les lois qui visent une profession particulière. Tel est le cas par exemple du transport routier, qui a dans plusieurs pays fait l'objet de mesures facilitant le recours au travail indépendant. En Espagne, des transporteurs sous-traitants en situation de dépendance économique avaient obtenu du juge la requalification de leur contrat en contrat de travail, dans des affaires intéressant l'application de la législation sur les accidents du travail. La loi est intervenue pour briser cette jurisprudence et imposer l'indépendance aux routiers dès lors qu'ils sont propriétaires d'un véhicule de plus de deux tonnes et titulaires de la licence administrative correspondante, même s'ils travaillent pour un seul donneur d'ordres (64). En France les grandes compagnies de taxi parisiennes ont obtenu que le législateur intervienne pour éviter que le juge puisse requalifier en travailleurs salariés les chauffeurs locataires de leur véhicule et assurant tous les risques de cette « entreprise » : par la grâce de cette loi, la sécurité du revenu est assurée à la compagnie propriétaire du capital tandis que le risque économique pèse sur les travailleurs (65)...

De tels errements conduisent à priver les travailleurs les plus exposés à l'exploitation des protections du droit du travail. En revanche l'extension sans nuance de la qualification de salariat apparaît elle aussi inadaptée lorsqu'elle conduit à étendre ces protections aux dirigeants des grandes entreprises (qui jouissent dès lors des avantages de l'indépendance sans en supporter les risques) ou à des travailleurs qui sont réellement à leur compte (66). Traiter ces problèmes en termes de déplacement de frontières conduit à maintenir entre le salariat et l'indépendance une opposition en noir et blanc

(59) Cf. S. DEAKIN & G.S. MORRIS, « Labour Law », Londres, Butterworths, 2^e éd., 1998, pp. 164 et s.; add. S. DEAKIN : « Lavoro standard e lavori atipici nell'esperienza inglese » in M. Pedrazzoli (dir.) « Lavoro subordinato e dintorni Comparazioni e prospettive », Bologne, il Mulino, 1989, pp. 213 et s.

(60) Affaire O'Kelly v. Trusthouse Forte (1983), ICR 728 ; v. S. DEAKIN & G.S. MORRIS, « Labour Law », *op. préc.* pp. 164 et s.

(61) V. S. DEAKIN & G.S. MORRIS « Labour Law », *op. préc.* p. 181.

(62) C. trav., art. L. 120-3 ; C. Séc. soc., art. L. 311-11 ; v. B. TEYSSIE : *Dr. soc.* 1994, 667 ; J. BARTHÉLÉMY : *JCP* 1994, E, I, 361 ; Assoc. Villermé : *Dr. soc.* 1994, 673 ; M. VÉRICEL : *ALD* 1995, 54 ; M. LAROQUE, J.-E. RAY, F. DOROY, J.-P. CHAUCHARD et G. LYON-CAEN, « Sur la loi Madelin », *Dr. soc.* juil.-août 1995, 631 s. ; A. ARSEQUEL et Ph. ISOUX, « Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise », P.U. Aix-Marseille, 1995, 9 s. I. VACARIE, « Travail subordonné, travail indépendant : question de frontière ? » *Rev. jur. Ile de France*, n° 39/40, 1996, 103 s. ; Th. AUBERT-MONTPEYSSSEN, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail » *Dr. soc.* 1997, 616.

(63) V. Crim. 10 mars 1998 (Bonglet), *Bull. crim.* 1998, n° 95 (requalification en salariés de prétendus sous-traitants inscrits au répertoire des métiers).

(63 bis) Abrogation sans débat des alinéas 1 et 2 de l'article L. 120-3. C. trav. à la faveur de la discussion parlementaire du projet de loi « Aubry II » sur les 35 heures. (V. J.-E. RAY « Aubry II : les grandes manœuvres... » *Dr. soc.* 1999, 1018 et art. 34 de la loi définitivement adoptée *Semaine soc.* n° 962, 3 janvier 2000, p. 22).

(64) « Aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador » *Estaduto de los trabajadores*, art. 1, § 3-g.

(65) Ord. n° 73-1679 du 19 fév. 1973.

(66) Ceci explique le raidissement de la jurisprudence dans les pays où elle a le plus contribué à élargir le salariat. V. sur le cas de l'Espagne : Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 13 avril 1989 ; add. l'analyse de M. RODRIGUEZ-PIÑERO, « La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo » *Relaciones Laborales*, n° 18, 1996, 3. En Allemagne, la Cour fédérale du travail a admis dans un arrêt remarqué, que l'employeur était libre de réorganiser son entreprise en recourant au travail indépendant plutôt qu'au travail salarié : Bundesarbeitsgericht, 9 mai 1996, *Der Betrieb* 1996, 2033 (affaire Weight Watchers). L'employeur souhaitait transformer son réseau d'établissements en un réseau d'agences franchisées. Il s'est vu reconnaître le droit de licencier son personnel à cette fin et de proposer à des salariés ainsi licenciés le statut de collaborateurs libres (freie Mitarbeiter).

qui ne correspond nullement aux évolutions actuelles. Une approche plus subtile consiste à introduire dans le tableau du droit un troisième terme : à reconnaître l'existence d'une zone grise entre indépendance et salariat.

B — LE DÉBAT SUR LA « ZONE GRISE » ENTRE INDÉPENDANCE ET SALARIAT

1) C'est sans doute en Italie que l'institution d'un « travail de troisième type », ni salarié ni indépendant, a fait le plus tôt l'objet des débats doctrinaux les plus riches et les plus subtils (67). Mais cette catégorie est en réalité repérable dans la plupart des droits nationaux. Elle se présente le plus souvent sous la forme de l'application partielle du droit du travail à des travailleurs juridiquement indépendants, mais économiquement dépendants.

Cette technique se trouve par exemple en droit allemand sous la forme des « *arbeitnehmerähnliche Personen* » (quasi-salariés). Ces quasi-salariés sont définis par la section 12a de la loi de 1974 sur les conventions collectives (*Tarifsvertragsgesetz*), comme des travailleurs juridiquement indépendants, mais économiquement dépendants, qui ont besoin d'une protection semblable à celle des salariés (68). Deux conditions particulières doivent être remplies pour qu'un travailleur puisse être qualifié de la sorte : en premier lieu il doit travailler seul, et sans l'assistance d'un personnel salarié, et en second lieu la majeure partie de son travail, ou bien de ses revenus doit provenir d'une seule personne ou institution. Pour l'appréciation de ce seuil (qui a été abaissé au tiers des revenus dans le cas des journalistes, des écrivains et des artistes) une même entité économique (par exemple le groupe de sociétés) est considérée comme une seule institution au plan juridique, peu important que cette entité ait ou non la personnalité juridique. Ces quasi-salariés demeurent des travailleurs indépendants, et ils sont par exemple exclus du champ d'application du droit du licenciement, mais ils bénéficient de certaines dispositions du droit du travail, relatives aux litiges du travail, aux congés et aux conditions de travail. Deux catégories de quasi-salariés font l'objet de dispositions particulières : les représentants de commerce, qui sont considérés comme tels sous condition de ressource, et les travailleurs à domicile.

La notion italienne de parasubordination (*parasubordinazione*) se situe dans une perspective un peu différente, bien que ses résultats soient pratiquement les mêmes. Cette notion de travailleurs parasubordonnés est apparue avec la loi n° 533/1973 (codifiée à l'art. 409

C. proc. civ.), qui a étendu le droit des litiges individuels du travail aux relations d'agence et de représentation commerciale, ainsi qu'aux autres rapports de collaboration qui se concrétisent dans une prestation de travail continue et coordonnée, de nature personnelle, même si elle n'a pas de caractère subordonné (69). Il s'agit donc d'une catégorie « ouverte » où l'on trouve en pratique des professions aussi diverses que celle des avocats travaillant pour une société ou des médecins du service national de santé. La différence avec les quasi-salariés allemands est que le besoin de protection sociale n'a aucune place dans cette définition. La discussion s'est concentrée en Italie sur le point de savoir s'il fallait voir dans cette notion une reconnaissance du critère de la dépendance économique, qui autoriserait une application de principe du droit du travail aux « parasubordonnés », ou au contraire si ces derniers demeuraient des travailleurs indépendants, auxquels ce droit n'était applicable que dans les cas expressément visés par la loi, c'est-à-dire principalement en matière de procédure contentieuse et d'hygiène et de sécurité (70). C'est cette seconde thèse qui l'a emporté en doctrine comme en jurisprudence. Mais dans les faits les travailleurs parasubordonnés ont obtenu par la voie de conventions collectives des avantages qui vont bien au-delà de ces dispositions légales.

Les Pays-Bas emploient cette technique d'assimilation partielle dans deux domaines principaux. En premier lieu le droit des licenciements économiques est sur certains points applicable à des travailleurs qui ne sont pas titulaires d'un contrat de travail, mais dont la situation de dépendance économique peut être caractérisée par les quatre critères suivants : a) caractère personnel du travail accompli ; b) pour deux « employeurs » au plus ; c) avec l'assistance de deux personnes au plus ; et d) ne présentant pas un caractère accessoire. En second lieu la loi permet d'introduire dans les conventions collectives des dispositions applicables aux travailleurs indépendants.

2) *Diverses réformes ou projets de réforme récents visent à étendre ce « tertium genus » entre salariat et indépendance.* En Allemagne, la loi déjà citée du 19 décembre 1998 a assujéti à l'assurance vieillesse les personnes qui, dans l'exercice de leur activité indépendante n'emploient pas de salariés et qui, de façon continue mettent l'essentiel de leur activité au service d'un commettant (71).

En Italie, l'intense débat auquel a donné lieu la parasubordination a rebondi avec le développement de relations de travail dites de « collaboration coordonnée et

(67) V. notamment G. SANTORO PASSARELLI, « Il lavoro parasubordinato » Milano, Angeli, 1979 ; A.M. GRIECO, « Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro » Napoli, Jovene, 1983 ; L. MENGONI, « La questione della subordinazione in due trattazioni recenti » *Rivista italiana di diritto del lavoro* 1986, I, pp. 5 et s. ; M.-V. BALLESTRERO, « L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato » *Lavoro e diritto*, vol. 1, 1987, pp. 41 et s. ; M. PEDRAZZOLI, « Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione et prospettive », Milano, il Mulino, 1989, 329 p. ; add. les numéros spéciaux consacrés à cette question par *Lavoro e diritto* 1997, n° 2 et 3.

(68) « Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind (arbeitnehmerähnliche Personen) ».

(69) « Altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato ».

(70) Cf. M.-V. BALLESTRERO, art. préc.

(71) « Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit mit Ausnahme von Familiangehörigen keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und regelmäßig nur für einen Auftraggeber tätig sind (arbeitnehmerähnliche Selbständige) » (loi préc. art. 4, § 3).

continue » (72). D'abord reconnue par le droit fiscal, cette relation a pour objet une prestation de travail qualifiée accomplie en dehors d'un lien de subordination, mais dans le cadre d'une relation stable, tant du point de vue du travail fourni que de la rémunération reçue en échange (73). Ce type de contrats, qui permet de recourir au travail d'autrui sans être soumis au droit du travail, a connu un très grand développement ces dernières années (74). L'absence totale de protection où se trouvent ces « collaborateurs libres » a d'abord conduit à soumettre ces contrats à une cotisation sociale de 10 % au titre de la vieillesse, de l'invalidité et du décès (75). Un projet de loi est actuellement (septembre 99) en cours de discussion devant le Parlement italien, qui doterait d'un véritable statut professionnel ces « collaborateurs libres ». La proposition de loi approuvée par le Sénat en février 1999 vise les rapports de collaboration de caractère non occasionnel, coordonnés avec l'activité du commettant, se déroulant sans lien de subordination, sur un mode personnel et sans emploi d'un capital propre et moyennant rémunération (76). Les collaborateurs ainsi définis se verraient reconnaître un certain nombre de droits en matière d'information préalable à la conclusion du contrat, de formation professionnelle, de cessation du contrat, de protection sociale, de droit syndical et de négociation collective. En revanche la durée du travail et la rémunération relèveraient de la seule liberté contractuelle.

3) La question se trouve donc posée de l'institution d'une relation de travail de troisième type entre le salariat et l'indépendance. Il s'agirait en somme de reconnaître l'existence d'un *contrat de travail indépendant*, dont la place structurelle a toujours existé (par exemple en droit allemand : *frei Dienstvertrag*), mais qui n'avait jusqu'à présent pas été doté d'un cadre juridique particulier. Les organisations patronales sont généralement hostiles à la création d'un tel statut de travailleur indépendant qui, selon elles, entraverait l'initiative économique. Quant aux organisations syndicales, elles sont hésitantes. Car d'un côté, on peut craindre que la création d'un tel statut de travailleur indépendant ne « cannibalise » l'emploi salarié. Les employeurs auront évidemment tout intérêt à recourir autant que faire se peut à ces collaborateurs libres, dont le coût est actuellement inférieur de près de moitié à celui du travail salarié. Le risque est donc grand de voir se multiplier

les « faux indépendants », qui viendront grossir les rangs des *working poors*. Mais d'un autre côté le maintien du *statu quo* n'empêche nullement le développement de ces contrats de collaboration, et conduit en revanche à abandonner les travailleurs concernés au jeu de la liberté contractuelle, c'est-à-dire le plus souvent aux conditions imposées par le commettant (77).

Tandis que le débat sur les frontières du droit du travail nous enferme dans une pensée binaire (salariat c./ indépendance) et à droit constant (il ne porte pas sur le contenu du droit du travail, mais seulement sur son champ d'application), le débat sur la zone grise a le mérite de rompre avec une pensée en noir et blanc, et d'ouvrir la voie à un nouveau type de droit du travail. En revanche, il nous enferme dans le dilemme inhérent à toute reconnaissance légale d'une « forme atypique d'emploi » : la reconnaître, c'est favoriser son développement ; ne pas la reconnaître, c'est abandonner les travailleurs « atypiques » à leur sort. Ce genre de dilemme est inévitable si on pose aux marges du droit du travail un problème qui le touche en plein cœur : celui des métamorphoses du pouvoir économique et des avatars de la subordination. La question des relations du travail salarié et du travail indépendant ne se résume pas à l'existence d'une catégorie intermédiaire de relations de travail. Elle intéresse aussi, nous l'avons vu, le salarié « typique » affecté par la sous-traitance (78) ou par les nouvelles formes de management. Elle intéresse également l'indépendant « typique », intégré dans un réseau de production ou de distribution. La question que nous pose en fin de compte la relation du salariat et de l'indépendance, c'est celle de l'avenir même du droit du travail.

C — LE DÉBAT SUR LE DEVENIR DU DROIT DU TRAVAIL

Il ne s'agit pas reprendre ici ce débat dans son ampleur, ni même de résumer les nombreux travaux auxquels il a donné lieu ces dernières années (79). Ces remarques conclusives ont seulement pour objet de montrer comment il conduit à renouveler profondément la manière dont on a pensé jusqu'à présent les rapports entre travail salarié et travail indépendant. Au cœur de ce débat, deux questions : le droit du travail a-t-il vocation à devenir le droit commun de toutes les relations

(72) V. R. De LUCA TAMAJO, « Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro : l'emersione del "lavoro" », *Arg. dir. lav.* 1997, n° 5, pp. 41 et s.

(73) « Si considerano tali (rapporti di collaborazione coordinata e continuava) i rapporti aventi per oggetto la prestazione di attività, non rientranti nell'oggetto dell'arte o della professione esercitata ai sensi del comma 1 dell'art. 49 del testo unico che pur avendo contenuto intrinsecamente artistico o professionale sono svolte senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo senza impiego di mezzi organizzati e con retribuzione periodica prestabilita » (Testo unico delle imposte sui redditi, décret du 22 décembre 1986, art. 49-2-A).

(74) On estime à plus de 4 millions le nombre de travailleurs italiens concernés par ce type de contrats (cf. B. TRENTIN, « Un nouveau contrat de travail » *Droit social* 1999, 472).

(75) Loi 335/1995 ; cf. C. LAGALA, « Il contributo del 10 % » *Diritto & Pratica del lavoro*, n° 4/1997, 201 ; R. VIANELLO,

« La nuova tutela previdenziale per le attività di lavoro autonomo, libero-professionale e di collaborazione coordinata e continuativa », in C. Cester (dir.) « La riforma del sistema pensionistico » Torino, Giappichelli, 1997, pp. 270 et s.

(76) « Di carattere non occasionale, coordinati con l'attività del committente, svolti senza vincolo di subordinazione, in modo personale e senza impiego di mezzi organizzati e a fronte di un corrispettivo » (Proposition de loi approuvée le 4 fév. 1999 : Norme di tutela dei lavori « atipici », art. 1, Stampato Senato n° 2049).

(77) Cf. B. TRENTIN, art. préc.

(78) V. sur cette question la réflexion engagée par le Bureau international du travail, visant à l'adoption d'une convention internationale sur le travail en sous-traitance (Conférence internationale du travail, 85^e session 1997 (rapport VI) et 86^e session 1998 (rapport V)).

(79) Voir note page suivante.

de travail ? Et dans l'affirmative, quelles sont les conséquences sur son contenu de cet élargissement de son champ d'application ?

La réponse à la première question est déjà inscrite dans les évolutions du droit positif : le droit de la Sécurité sociale, le droit syndical, le droit de la formation professionnelle ou le droit de la négociation collective, qui sont nés en droit du travail, ont déjà été étendus ou transposés à la plupart des travailleurs indépendants. La question est donc de savoir s'il faut s'opposer à ce mouvement ou bien en tirer toutes les conséquences. On pourrait s'y opposer si les raisons de cette extension avaient disparu ; alors il serait logique en effet de revenir au droit des contrats civils ou commerciaux. Mais tel n'est pas le cas nous l'avons vu : les rapports de domination économique qui avaient fondé la naissance du droit du travail s'étendent aujourd'hui bien au-delà des limites du travail salarié. Le droit du travail a donc bien vocation à devenir le droit commun de toutes les relations de travail, salariées ou non (80).

Mais – c'est la deuxième question – cet élargissement de l'objet du droit du travail ne peut rester sans incidence sur son contenu. L'idée de *droit commun* du travail est en effet exclusive de l'extension pure et simple du champ d'application du travail *salarié*. Et elle ne saurait pas davantage se résumer au développement d'un droit du travail *intermédiaire* entre le salariat et l'indépendance. Elle implique de distinguer d'une part les droits fondamentaux et les principes généraux applicables à toutes les relations de travail, et d'autre part les droits *spéciaux* applicables aux diverses sortes de relation de travail.

1) La question des droits fondamentaux de l'homme au travail a déjà été très étudiée (81) et se trouve abordée par un certain nombre d'instruments internationaux. Mais ces droits ont souvent été conçus par référence au seul travail salarié, c'est-à-dire à l'emploi. Et les instruments juridiques font défaut pour les rendre opératoires dans le champ du travail non salarié. Les propositions avancées par certains syndicats, comme la CGIL en Italie, montrent quel pourrait être le contenu d'un droit commun du travail (82). Ce syndicat avance l'idée d'une « charte du travail » (expression fâcheuse en France!) qui puisse servir de cadre à toutes les

formes de relations de travail, salariées ou non salariées. Cette « charte » fonderait quatre types de droits : droit à la sécurité sociale ; droit à la formation professionnelle permanente ; droit de participer à la définition de l'objet du travail et de ses conditions d'exécution (conditions de travail, temps de travail) ; et droit à la stabilité des contrats professionnels (protection contre les résiliations injustifiées).

De telles orientations incitent à se défaire de la tendance, encore dominante, qui consiste encore à envisager toute espèce de relation de travail sur le modèle binaire du contrat de travail. Dans ce modèle, le statut professionnel se trouve tout entier inséré dans un contrat : les droits du travailleur découlent de la conclusion de ce contrat et se traduisent par autant d'obligations à la charge exclusive de l'employeur. Outre qu'il encourage les entreprises à la réduction ou l'extériorisation de l'emploi, un tel modèle ne parvient pas à régler quelques-unes des questions cruciales que posent les nouvelles formes d'organisation du travail, telles que le passage d'un travail à un autre (notamment du salariat à l'indépendance), ou la dilution du pôle patronal inhérent aux réseaux ou à la pluriactivité. D'où le besoin de droits et principes nouveaux qui assurent ces transitions professionnelles (83) ou pallient cette dilution.

Mais ces droits et principes ne peuvent évidemment pas être fondés exclusivement sur les contrats changeants et divers qu'un travailleur est susceptible de conclure. Ils doivent viser sa personne même et l'assurer de la continuité d'un véritable état professionnel par-delà la diversité de ses positions sur le marché (84). La relation binaire employeurs/salarié est depuis longtemps impuissante à assurer cette continuité, qui repose aussi sur les assurances sociales. Il faut prendre acte de cette ternarité et en tirer toutes les conséquences, non seulement sur le plan de la protection contre les risques, mais aussi sur le plan de la liberté du travail, entendue comme liberté concrète et non pas simplement formelle (85). L'émergence déjà visible de droits de tirage sociaux va en ce sens, de même que certains aspects de la négociation collective dans le secteur de l'intérim ou des groupements d'employeurs. Un riche avenir semble promis à toutes les inventions de la pra-

(79) V. notamment : H. MATTHIES, U. MÜCKENBERGER, C. OFFE, E. PETER et S. RAASCH, « Arbeit 2000 », Hamburg, Rowolht, 1994, 472 p. ; S. SIMITIS, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? » Rapport au Congrès européen de Leiden, sept. 1996, publié in *Droit social* 1997, 655 ; « Le travail en perspectives », ouv. coll. Paris LGDJ, 1998, 640 p. ; B. TRENTIN, « La città del lavoro », Milano, Feltrinelli, 1997, 268 p. ; M.-E. CASAS, J. De MUNCK, P. HANAU, A. JOHANSSON, P. MEADOWS, E. MINGIONE, R. SALAIS, A. SUPLOT et P. van der HEIJDEN, « Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe » Rapport préc. ; v. réactions et commentaires de ce rapport in *Esprit*, fév. 1999, p. 198, *Le Monde* 9 fév. 1999 ; add. le dossier réalisé par *Droit social*, mai 1999, pp. 431 et s. et les articles critiques publiés dans les numéros suivants : COUTROT, p. 659, LOJKINE, p. 669, etc.).

(80) Cf. en ce sens les recommandations du rapport préc. pour la Commission européenne : « Au-delà de l'emploi » Paris, Flammarion, 1999, pp. 25 et s. et pp. 295 et s. Ainsi que l'a observé P. CHAUMETTE (« Les risques professionnels des travailleurs indépendants », in « Le travail en perspectives », ouv. coll. préc. p. 215) cet élargissement est déjà à l'œuvre

dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail (dernier exemple en date : Soc. 12 oct. 1999, *Dr. soc.* 1999, 1121, note CHAUMETTE : application aux travailleurs indépendants des règles de sécurité du travail en milieu hyperbare).

(81) V. not. J.-M. VERDIER, « En guise de manifeste : le droit du travail terre d'élection pour les droits de l'Homme », in « Les orientations sociales du droit contemporain », Écrits en l'honneur de J. Savatier, Paris, PUF, 1992, pp. 427 s. ; S. ROBIN-OLIVIER, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Dr. soc.* 1999, 609 ; add. le numéro spécial : Droits du travail, droits de l'Homme, *Revue internationale du travail* vol. 137, 1998/2.

(82) Cf. B. TRENTIN, art. préc., p. 473.

(83) Cf. G. LYON-CAEN, « La transition d'une situation à une autre en droit du travail », in « Le travail en perspectives », ouv. coll. préc. pp. 635 et s.

(84) V. cette idée développée in « Au-delà de l'emploi », rapport préc. pp. 85 et s.

(85) Cf. « Le travail, liberté partagée », *Dr. soc.* 1993, 715-724.

tique qui feront surgir entre le travailleur et ceux qui recourent à ses services un « tiers employeur », i.e. un pôle patronal stable, intéressé à sa formation professionnelle et à la qualité de ses conditions de travail. Entre les anciennes organisations corporatives (du type syndicat du Livre (86)) et les formes les plus récentes du travail intérimaire hautement qualifié, il y a, de ce point de vue, plus d'un trait commun qu'il serait utile de méditer. Et les obligations correspondant à certains de ces droits ne doivent pas peser seulement sur les cocontractants des travailleurs ; l'entretien d'une force de travail hautement qualifiée est une question qui intéresse non seulement les pouvoirs publics, mais aussi toutes les entreprises, quels que soient le volume et la forme de leurs emplois. L'assiette des contributions sociales des entreprises devrait dans cette perspective dépendre moins du volume ou du type (salariné ou indépendant) de la main d'œuvre employée que du montant de la richesse produite (87).

2) Ceci conduit à l'ultime question abordée ici : celle des droits spéciaux applicables à chaque variété de relations de travail. La question d'un *droit du travail spécial* (comme il y a un droit pénal spécial ou un droit des contrats spéciaux) ne se posait pas tant que le droit du travail s'est identifié au modèle du travail abstrait et le travail indépendant à celui du travail concret. Héritier du travail servile, le travail salariné place hors contrat l'objet même du travail, qui demeure la chose de l'employeur : c'est le *saltaire*, l'évaluation monétaire (quantitative) du travail, qui définit le *salariné*, et non le produit qu'il fabrique ou le service qu'il rend. À l'inverse, le travail indépendant, héritier de la *locatio operis faciendi* et des arts libéraux, place ce produit ou ce service au cœur du contrat ; c'est l'objet concret du travail (sa qualité particulière) qui, d'un même mouvement, sert à qualifier le contrat et aussi le travailleur contractant : le mandat va de pair avec le mandataire, le médecin avec le contrat médical, le contrat de transport avec le transporteur, etc.. À cette opposition correspondaient deux types bien différents de droits : d'un côté un droit du travail général et abstrait, uniformément applicable à tout contrat de travail salariné ; de l'autre une foule de « droits professionnels », plus ou moins développés et profondément enracinés dans la spécificité d'un travail déterminé. Cette claire distinction tend à se brouiller avec le rapprochement du sala-

rié et de l'indépendant. La logique monétaire envahit toutes les professions indépendantes, tandis que la logique de la qualité des produits envahit le travail salariné. Le rapprochement des diverses formes de travail va ainsi de pair avec leur diversification : le modèle général et abstrait du salariat s'étend aux indépendants, mais à rebours la logique du travail concret réinvestit le salariat. Elle s'y exprime notamment par la fragmentation de la négociation collective qui accompagne les politiques d'extériorisation des services (recentrage des entreprises sur leur « métier » principal).

Il serait donc vain de prétendre soumettre toutes les relations de travail au modèle juridique uniforme du travail salariné, alors que ce modèle menace ruine dans son propre champ d'application, miné par l'essor de la négociation collective qui diversifie à l'infini les règles applicables au contrat de travail. Le droit commun du travail, qui répond au rapprochement de toutes les formes de travail, doit donc être complété par des droits spéciaux qui tiennent compte de la diversité des travaux humains. Ces droits spéciaux sont notamment appelés à mettre en œuvre les principes du droit commun du travail et parmi ces principes celui du droit à la négociation collective sur lequel ils seront largement fondés.

Si les perspectives tracées ici venaient à se vérifier, c'est à une véritable refondation du droit du travail que l'on assistera dans les décennies qui viennent. L'Union européenne devrait jouer un rôle décisif dans cette refondation. Le droit communautaire a déjà puissamment contribué au rapprochement du travail salariné et indépendant dans la mise en œuvre du principe de libre circulation. C'est à son niveau qu'il faut se placer pour définir les principes fondamentaux d'un droit commun du travail (ne serait-ce que pour assurer les conditions d'un bon fonctionnement du marché du travail). Et la place éminente que le droit communautaire accorde au principe de subsidiarité augure bien de sa capacité d'articuler ce droit commun du travail avec des « droits professionnels », largement négociés, et faisant la plus grande place à la liberté de l'homme au travail E.

(86) C'est le souci d'être assuré de la qualité du travail qui avait d'abord conduit les entreprises de presse à recourir au système du label syndical (v. R. LANCRY, « La saga de la presse », Paris, Lieu commun, 1993, spéc. p. 25).

(87) Cf. en ce sens les évolutions des modes de financement des systèmes de Sécurité sociale, notamment dans le domaine de la santé.