

Proposition pour une nouvelle définition du contrat de travail

Emmanuelle Barbara, Avocat associé, cabinet August & Debouzy

Comme le disait Alain Supiot, la subordination ne saurait constituer un horizon insurpassable...

Reprenons le travail – qui s'avère somme toute « impensé ». Quel que soit le taux de destruction d'emplois salariés net, nous sommes entrés dans un cycle de raréfaction du travail humain. La perspective du plein emploi au sens classique du terme (c'est-à-dire en titulaires de CDI pour la vie) est devenue illusoire. Certains en déduisent qu'il faudrait cesser de publier les statistiques du chômage puisqu'elles ne révèlent qu'une information partielle.

En attendant de prendre une mesure aussi symbolique, il convient de procéder à une reconfiguration complète du contrat de travail plutôt que de s'atteler à la définition d'autres véhicules juridiques nécessairement complexes, et dépassés avant même que les contours en soient déterminés.

Un modèle social renouvelé autour de la reconnaissance de toutes les formes du travail – en cessant de les désigner comme « atypiques » – s'impose. Il s'appuie sur l'approche émancipatoire des individus que la mode des « comptes personnels » traduit depuis quelque temps et que les technologies amplifient.

1 MODIFIER L'OBJET DU CONTRAT DE TRAVAIL

Il faut avoir le courage d'en finir avec les rustines collées au Code du travail à force de vouloir rétablir ce qui n'est

plus, à savoir la promesse d'un contrat de travail à durée indéterminée entendu comme éternel pour faire la même chose chez le même employeur. Il est temps de reconnaître la fin de la primauté du salariat sur toutes les autres formes de travail et le dire au plan politique. Pour ce faire, le premier pas consiste à s'affranchir du lien de subordination du contrat de travail qui obscurcit toute perspective sérieuse de re-fonte de notre modèle.

La subordination n'est plus la colonne vertébrale du fonctionnement de l'entreprise même classique – et ne répond à aucune exigence contemporaine. Le retrait du lien de subordination ne signifie pas corrélativement la fin du salariat. D'abord l'entreprise demeure une forme d'organisation toujours en vigueur et il n'est pas question d'attiser l'anxiété qui plombe notre société. Le salariat demeure, mais modifié dans sa définition et dans ses relations avec les autres formes d'emploi.

Pourquoi faut-il que notre pays s'engage dans une telle réforme alors qu'aucun autre ne l'a engagée ? Nous entretenons un rapport au contrat de travail qui n'a pas de comparaison en Europe. Aucune autre législation ne supporte tant de distorsions entre les *insiders* (salariés) et les autres. À tous points de vue, y compris pénal, la requalification en contrat de travail d'une activité de travailleur indépendant n'emporte ailleurs un cortège aussi lourd de sanctions et de coûts qu'en France. C'est pourquoi le seul moyen d'offrir une place à d'autres formes d'emplois passe par l'atténuation de la position hégémo-

nique du contrat de travail dans le marché du travail.

Ce contrat de travail réformé demeurera une forme d'emploi parmi d'autres, qui à leur tour doivent être reconsidérées socialement.

► Une trajectoire d'empowerment

La redéfinition du contrat de travail imposera de préciser son objet. Ce n'est plus la dépendance du salarié que l'employeur acquiert en contrepartie d'un salaire mais sa coopération dans une trajectoire d'*empowerment*¹ (de formation – traduction imparfaite) que l'individu conduit tout au long de son parcours professionnel. Restituant au salarié le pouvoir et le devoir d'action de maîtriser son parcours professionnel, l'expérience salariée participe de la quête d'autonomie professionnelle contribuant à réaliser son projet de vie. Autrement dit, il appartient à l'employeur de fournir une « *expérience salariée* »² apprenante, dont l'objectif consiste à améliorer les compétences et les capacités individuelles (« les capacités »).

À l'heure actuelle, les appels à la formation tout au long de la vie comme clé de voûte d'une trajectoire professionnelle fractionnée pèchent par leur côté abscons et si éloignées de la réalité tangible vécue par l'individu. En gros, disons-le, on ne parle au salarié de formation que lorsqu'il est sur le point de faire l'objet d'un licenciement pour motif économique. L'accès à la formation est par surcroît, malgré tous les efforts faits en ce sens, bien peu facilité. C'est pourquoi le plus simple consiste à ce que le contrat de travail ait pour

1. Soulignons que ce terme, pas plus que *leadership* n'a de traduction convenable en français. C'est dire que même nos mots ne captent pas ce qui se produit sous nos yeux.

2. Expression lue dans « Premier accord sur l'accompagnement de la transformation numérique », Orange SA, 27 septembre 2016 et désormais largement répandue.

objet principal celui de conférer à son titulaire une compétence, une évolution, une occasion de vivre une mission apprenante.

► Un contrat de coopération rémunéré

De la subordination à la coopération, l'entreprise deviendrait un lieu assumé de passage, d'apprentissage de compétences dans un parcours non linéaire. D'ores et déjà l'accent est mis sans cesse sur l'impérieuse nécessité de se former. À quoi sert de se former si l'on continue de faire croire que la conclusion d'un CDI est la protection ultime contre la mobilité professionnelle ? Il faut faire en sorte de mettre la mobilité au centre de la finalité du contrat de travail.

Le contrat de travail se définirait désormais par un contrat de coopération rémunéré dans une organisation définie par l'employeur qui en supporte les risques. On abandonnerait la formule tenant à l'activité professionnelle, effectuée sous la subordination de l'employeur en contrepartie d'une rémunération. En pratique, et c'est l'avantage d'une réforme concise, le contrat de travail ne serait pas fondamentalement modifié. Seule son interprétation serait différente, à l'aune du critère de la formation due par l'employeur dans le cadre d'un parcours de compétences dont on sait qu'il sera fractionné, c'est-à-dire où la mobilité sera centrale et encouragée.

La gestion des talents impliquera de modifier le prisme sous lequel les DRH composent leur stratégie en y intégrant la mobilité interne et externe comme l'un des vecteurs de la politique en matière de ressources humaines. On tentera ainsi de reléguer au passé l'initiative justement mal vécue consistant à exhumer la nécessité de se former au moment des suppressions de postes.

L'enjeu consiste aussi à dédramatiser les plans sociaux, ce que les lois successives en vingt ans ne sont parvenues à faire, en croyant faussement que l'étroitesse des motifs les justifiant comme la lourdeur vétilleuse de la procédure pouvaient ruiner ces projets de restructurations. L'instauration au titre des PSE d'une sorte de rituel scénarisé impliquant davantage l'empilement scrupu-

leux de délais et de réunions institutionnelles à défaut desquels la procédure est annulable est de nos jours sans objet. À l'époque du *tweet*, il est temps de comprimer un temps précieux, en faveur d'une démarche moins bavarde mais plus efficace en termes de responsabilité effective de l'entreprise dans sa démarche de repositionnement et d'accompagnement de la personne qu'elle emploie vers d'autres missions, d'autres horizons professionnels pertinents.

Sous l'égide d'une définition renouvelée du contrat de travail, le salarié en tant que tel, accéderait à la majorité. Il déciderait pleinement de coopérer à l'organisation collective de l'entreprise, et son pouvoir de négociation avec l'employeur s'en trouverait réévalué. À ceux qui doutent de la capacité de négocier du salarié en raison du pouvoir que détient et dont abuse l'employeur, rappelons que le rapport de force n'est plus systématiquement en faveur de l'entreprise, précisément en raison du choix de nombreuses formes d'emplois et de l'engouement des jeunes pour l'entrepreneuriat. La concurrence entre statuts est à l'œuvre et les réflexes anciens des DRH au titre de la gestion des talents entrent dans une époque d'obsolescence. La responsabilité de demeurer maître de son destin professionnel serait reconnue au salarié, et l'autonomie serait enfin dotée d'un contenu réel.

Quid des personnes qui ne sont pas capables de prendre en main leur destin professionnel ? Cette question taraude particulièrement la France, dans la mesure où à la différence de ses voisins, elle a tout misé sur les diplômés et sur l'enseignement général. Tout étant lié, l'Éducation nationale mérite d'être également repensée, sachant que la voie du renforcement de l'apprentissage est susceptible d'éveiller tôt les vocations et permettre ce pont essentiel entre l'entreprise et l'école, gage d'une intégration plus réussie que l'absence d'exposition au monde professionnel. En outre, il y a une idée tenace ici qui se résume dans le fait que l'entreprise ne pourrait être réservée qu'à ceux qui ont fait des études. À tout le moins, il y a lieu de relever que les enquêtes effectuées en zones urbaines sensibles montrent davantage d'énergie

entrepreneuriale sur ces territoires qu'ailleurs³.

La participation au capital de l'entreprise au travers notamment de l'actionnariat salarié – qui existe déjà – prendrait pleinement son sens, d'autant que le compte individuel s'y rapportant, à savoir le compte individuel de PEE (plan d'épargne entreprise) pourrait avantageusement être intégré au compte personnel des protections (« CPP »).

2 VERS LA PORTABILITÉ DE TOUS LES DROITS : LE COMPTE PERSONNEL DES PROTECTIONS

Parce que la réforme du contrat de travail n'a de sens que si elle s'accompagne corrélativement de la modification substantielle de l'accès au modèle social, il faut organiser la cohabitation entre les formes d'emploi grâce à un dispositif de portabilité des droits sociaux. Inspiré de l'actuel compte personnel d'activité (CPA) qui n'en est qu'à ses balbutiements faute de clarté dans sa finalité, ce dispositif accorderait à chaque actif un « compte personnel des protections » (CPP) recensant ses droits⁴, tant au plan de la protection sociale, de la formation, de la retraite en points, du compte épargne temps, que de l'épargne salariale (PEE etc.), du chômage et de l'accès au crédit⁵.

L'ancienneté professionnelle, salariée ou non, pourrait également figurer à ce CPP attestant des efforts de la personne pour ne pas peser sur la solidarité nationale et lui donnant à ce titre des droits ou un accès à un avantage social à préciser. Ici se loge la logique relative à un éventuel droit au chômage pour tout un chacun. À ce titre, on s'interroge sur la justification de conserver aussi l'ancienneté telle qu'elle a servi de support au droit de l'indemnisation des salariés évincés par l'entreprise tout au long du XX^e siècle. Qui aura à l'avenir vingt-cinq ans d'ancienneté dans la même entreprise ? Il semble que l'ancienneté soit également un chantier susceptible de se commuter en droits tels que la formation, selon ce que propose un rapport de l'Institut Montaigne sur le « *Capital Emploi Formation* »⁶. ●●●

3. Terra Nova et BPI Le Lab, *Entreprendre dans les quartiers. Les conditions de la réussite*, sept. 2016.

4. Ouvert évidemment à tous les actifs : indépendants, fonction publique.

5. Les banques seraient un acteur incontournable de la réforme.

6. B. Martinot et E. Sauvat, *Un capital emploi formation pour tous*, Institut Montaigne, Étude janv. 2017.

●●● Ce compte personnel des projections serait accessible *via* les portails privés, et non pas uniquement gouvernementaux, du type compte bancaire, visible et modifiable en ligne. Pour les salariés, il serait cofinancé par l'employeur (au titre de la formation professionnelle et par abondement à l'occasion des séparations (démission/licenciement) en lieu et place des indemnités liées à l'ancienneté, c'est-à-dire adossées au temps passé⁷, et par l'individu lui-même, décidant de porter son effort d'épargne ou de cotisation sur tel aspect plutôt qu'un autre. Les entrepreneurs individuels pourraient aussi bénéficier des dispositifs de responsabilité sociale que l'entreprise est encouragée à prendre au bénéfice de ses parties prenantes. On pense ici à la suggestion de Prism'Emploi⁸ de proposer une contribution de 5 % pour financer le compte personnel des droits de tout « entrepreneur opérationnel » (nouvelle appellation un peu moins négative de l'autoentrepreneur). Il y a sans doute d'autres sources de financement, notamment en recourant aussi à l'impôt, de manière à compenser la réduction globale des charges sociales du régime général du fait de l'accroissement de la conclusion de contrats relevant de contrats commerciaux.

Le CPP reste entièrement à bâtir et ne peut être réduit à une simple recette. Il faut lui définir une finalité claire, compréhensible pour tous, applicable à tous les modes d'exercice d'une activité, impliquant de repenser son mode de financement de manière à empêcher la superposition des cotisations sociales lorsque l'on cumule emploi salarié et une activité indépendante.

Ce compte doit, en fonction des rubriques retenues et choisies le cas échéant par son titulaire, traduire en points ou en argent les droits mobilisables tels ceux de la formation, ou du PEE s'il est salarié pour permettre une individualisation des choix d'investissements sociaux par arbitrage, en fonction de la situation de la personne. Selon le principe de l'autonomie, elle aura le droit de privilégier, selon ses

projets, un investissement différencié dans les divers intitulés du compte. Ce n'est qu'à ce prix que les individus pourront exercer l'autonomie que l'époque favorise, et considérer que l'environnement économique dans lequel ils évoluent est sécurisé puisque ne dépendant pas exclusivement du bon vouloir d'un employeur.

► La cohabitation avec les indépendants

Puisque la subordination n'est plus un critère du salariat, la relation professionnelle des indépendants ne pourrait plus être requalifiée en contrat de travail à l'avenir. La position relative des indépendants se retrouverait de ce fait nécessairement réévaluée et deviendrait un statut pleinement reconnu en soi. Les excès des clients en matière de prix des prestations ou conditions d'exercice de leurs services seront jugés par les tribunaux civils ou commerciaux. La réforme ne revient pas à donner un blanc-seing aux entreprises qui recourraient de manière abusive à leurs prestataires mais à simplifier ce qui est inextricable du point de vue de la classification juridique des travailleurs non salariés⁹.

Réévalués dans leur position sociale, ces travailleurs solitaires seront enfin considérés comme « titulaires d'un travail » à part entière, à côté des salariés et non pas comme une catégorie de salariés qui s'ignore. Disposant également du CPP permettant le passage ou la juxtaposition des activités, leur situation se verrait harmonisée avec celle des salariés quant à l'accès aux droits essentiels tels que la santé, la retraite, la formation, l'assurance perte d'activité et l'accès au crédit.

► Recommandations sur la façon de réformer

Tous les sujets qui touchent à la réforme du travail se trouvent assortis de verbes d'action. Remplacer le Code du travail, réécrire le Code du travail, réduire les normes etc., mais toutes ces propositions occultent l'écueil principal : le temps que requiert pareil processus. Que faire dans l'intervalle ? La

loi Travail d'août 2016 prévoit la réécriture du code à droit constant selon une architecture qui ne peut par définition s'appliquer à tous les sujets.

Si on acte que l'économie est entrée dans le XXI^e siècle, il faut opérer selon un mode législatif très différent. Au lieu de produire des lois désormais incompatibles avec les règles d'une époque révolue, il faut les recenser et les repenser autrement. Jusqu'ici, tout nouvel article s'insère dans le chapitre du Code du travail traitant du sujet, quelle que soit l'inspiration des autres règles y demeurant inscrites. Il en résulte nécessairement une lecture dont le sens se perd à raison de l'empilement successif de normes assorties de millésimes disparates. En outre, le corset figé du code est tel qu'il est impossible de modifier le glossaire en vigueur (emploi/travailleur/activité) pour désigner les nouveaux cas de figure sans créer une distorsion de sens global pour l'avenir. Encore une fois, notre Code du travail a été érigé à une époque où il n'était pas question de faire une place pour d'autres formes de travail de droit commun. Et quand le législateur s'est trouvé confronté à des formes de travail dont il pouvait forcer la qualification en contrat de travail en apportant quelques coups de canif à sa définition, il l'a fait. Ainsi en est-il du portage salarial qui est un contrat de travail bien atypique...

Pour rompre avec le passé et proposer un acte symbolique fort, marquant le passage à l'ère de transition dans laquelle nous sommes entrés, il conviendrait de rédiger les lois nouvelles dans un nouveau recueil, un « code nouveau du travail ou de l'actif » distinct du précédent, sans oublier d'abroger au fur et à mesure les dispositions obsolètes figurant dans le Code du travail actuel.

Non seulement cet exercice permettrait de nous tourner collectivement vers l'avenir mais obligerait également à un effort de clarté dans l'énoncé de concepts nouveaux.

Lisibilité et facilité d'accès sont en tous cas deux objectifs indispensables pour affronter efficacement les temps qui viennent. ■

7. La modification des indemnités conventionnelles adossées à l'ancienneté seraient modifiées par les branches au profit d'un mécanisme d'abondement au CPP.

8. Manifeste pour l'emploi « Pour en finir avec les rigidités et défaillances du marché du travail ».

9. Pour une vision complète de la complexité de la question L. Lesagère, *Du régime de l'autoentrepreneur vers un droit de l'auto-entrepreneuriat*, thèse de l'Université de Montpellier, déc. 2016.