

Françoise Larré

Vincent Wauquier

LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS

Etude sur la situation en France

Rapport réalisé à la demande du
Bureau International du Travail

Décembre 1999

LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS

INTRODUCTION	1
<i>Evolution du marché du travail et repères statistiques</i>	2
<i>Evolution du marché du travail et protection des travailleurs</i>	5
<i>Structuration de l'analyse</i>	9
<i>Annexe : à propos de la définition de la notion de * relations triangulaires +.....</i>	11

CHAPITRE I : RELATIONS NON INTERMÉDIÉES ET PROTECTION DES TRAVAILLEURS

<i>Introduction</i>	14
<i>1 - Relations de travail subordonné</i>	15
1-1 B Le contrat de travail à durée indéterminée (CDI)	16
1-2 - Le contrat à durée déterminée	17
1-3 - Le travail à temps partiel	20
1-4 - Le multi-salariat	22
1-5 - Le travail à domicile	25
1-6 - Le travail dissimulé	27
<i>2 - Le travail indépendant</i>	29
<i>3 - L'indépendant en situation de dépendance économique ou d'une autre nature.....</i>	34
3-1 - Les faux indépendants	35
3-2 - Indépendance et dépendance	38
3-3 B Le refus du statut d'indépendant	39

CHAPITRE II : RELATIONS INTERMÉDIÉES ET PROTECTION DES TRAVAILLEURS

<i>Introduction</i>	41
<i>1 - L'intermédiation portant sur l'activité de production</i>	44
1-1 - La sous-traitance de marché	45
1-2 - La sous-traitance industrielle	51
1-2-1 B La sous-traitance licite	53
1-2-2 B Contrat en régie et contrat au forfait	53
<i>2 - L'intermédiation portant sur la main-d'œuvre</i>	57
2-1 - Le portage salarial	61
2-2 - Les sociétés d'indépendants	64
2-3 - Les groupements d'employeurs	65

2-4 - Les entreprises de travail temporaire	67
CONCLUSION GÉNÉRALE	72
ANNEXE : UN CAS PARTICULIER D'INTERMÉDIATION	75

Liste des tableaux

TABLEAU 1 : Répartition de la population active	3
TABLEAU 2 : Part des salariés dans la population active occupée	3
TABLEAU 3 : Qualifications de la main-d'œuvre (en % de la population active)	4
TABLEAU 4 : Répartition de l'emploi par branche (en %)	4
TABLEAU 5 : Evolution de la structure des emplois salariés	4
TABLEAU 6 : Répartition des salariés et non salariés en pourcentage de la population active occupée	29
TABLEAU 7 : Les non salariés (hors agriculture) en 1988 et 1997	30
TABLEAU 8 : Répartition des emplois intérimaires par catégorie socio-professionnelle et évolution sur un an, au 30 avril 1999.	67

Introduction

La question de la protection des travailleurs s'inscrit dans la problématique plus large des mutations qui transforment depuis 20 ans le marché du travail : mutation des organisations productives, mutation des conditions d'insertion professionnelle, mutations des emplois et des modes d'accès à l'emploi, mutation des qualifications et des compétences, mutation des logiques de mobilisation du travail, etc. Transversale à ces mutations, on constate également une transformation du comportement au travail, avec une plus grande autonomie des travailleurs dans la réalisation de leur activité (phénomène étroitement associé à l'augmentation des qualifications de la population active), ainsi qu'une transformation du comportement face au travail avec des situations et des conditions de travail plus tendues (transformation liée à la pression qu'exerce le chômage). Ces mutations et transformations ont été soulignées par de nombreux auteurs et sont synthétisées en conclusion du rapport Supiot¹, sous la forme de trois tendances articulées autour de l'évolution de la notion de subordination, dont l'auteur souligne les conséquences.

*D'abord la tendance à un certain relâchement des pratiques hiérarchiques. On constate au sein même du rapport salarial, une plus grande autonomie opérationnelle du travailleur. Simultanément, même si le niveau quantitatif du travail indépendant n'est qu'en progression lente dans les pays européens, on constate sur le plan du droit, une tendance au recul des présomptions de salariat : la volonté tant du juge que du législateur semble être d'élargir le champ ouvert au travail indépendant. Cependant, deuxième tendance, même si formellement les pratiques de subordination se relâchent, la précarisation du travail, l'existence d'un chômage de masse et les nouvelles pratiques managériales peuvent causer un alourdissement du poids de la subordination, qui prend la forme de pressions informelles sur les travailleurs, spécialement les plus jeunes, les femmes et les moins qualifiés. Enfin, troisième tendance, le rapport entre employeurs et travailleurs se complexifie par l'introduction de tiers, sous forme de sous-traitance ou d'intérim.

Cette évolution a des effets importants sur la protection offerte par le droit social. Le premier effet est, dans de nombreux cas, un accroissement de l'insécurité des personnes. Le cas du "faux indépendant", ou celui du travailleur précaire "invité" à ne pas se syndiquer sont éloquentes. Le deuxième effet est l'extension d'une "zone grise" située entre travail dépendant et indépendant. Des personnes ou des entreprises sous-traitantes juridiquement indépendantes sont à l'occasion économiquement dépendantes d'un seul ou de quelques clients ou donneurs d'ordres ; inversement, des travailleurs juridiquement dépendants ressemblent de plus en plus, dans la réalité, à des travailleurs autonomes. Enfin, troisièmement, le rapport de travail doit être pensé dans le cadre de *réseaux d'entreprise*, notamment en ce qui concerne la responsabilité du donneur d'ordres en matière de sécurité et d'hygiène des travailleurs de l'entreprise sous-traitante, ou la protection du travailleur intérimaire, ou encore la co-responsabilité des entreprises impliquées dans le respect de la durée du travail, etc.+ (Rapport Supiot, p. 295-296)

Face à ce constat, interroger les situations de travail de façon à décrire plus précisément et à mieux analyser les niveaux de protection des travailleurs constitue un point de départ nécessaire et incontournable pour envisager des moyens d'action adaptés. Mais, pour ce faire, il convient tout d'abord d'inscrire ces situations dans les évolutions que connaît aujourd'hui le marché du travail.

¹ *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, sous la direction de Alain Supiot, éd. Flammarion, 1999.

Evolution du marché du travail et repères statistiques

Historiquement, la protection des travailleurs a été pensée et définie relativement à ce qui est appelé le "modèle fordiste" c'est-à-dire le modèle de la grande entreprise assurant une production de masse fondée sur une spécialisation étroite des tâches et des compétences, et sur une organisation pyramidale du travail. Le développement du capitalisme industriel en tant que modèle de production a ainsi généré une norme de relation de travail caractérisé par des contrats de travail à plein temps non temporaires et standardisés. L'attachement des systèmes de protection à ce modèle a conduit sur le marché du travail dans son ensemble à la stabilisation de deux formes de mobilisation du travail : le travail salarié et le travail non salarié. Ces deux formes ont donné naissance à une importante réglementation, dans le domaine social ou fiscal, tournée presque exclusivement vers le travail salarié et dont l'application a contribué à rigidifier la distinction. Le critère du lien juridique de subordination permettait de qualifier toutes les situations selon une opposition binaire entre le travail effectué pour le compte d'autrui et le travail indépendant effectué à son compte. L'analyse des transactions avait tendance à ramener les situations à deux catégories : soit on achetait un bien ou un service, soit du travail. Le droit à appliquer à la transaction relevait dans un cas, du droit commercial, dans l'autre, du droit du travail.

Aujourd'hui, l'élévation du niveau de compétence et de qualification, la pression croissante de la concurrence sur des marchés plus ouverts, et l'accélération du progrès technique, ont donné naissance à d'autres modèles d'organisation qui remettent en question l'objet de la protection (ce n'est plus seulement le travailleur qu'il convient aujourd'hui de protéger mais également l'activité de travail et la relation de travail), le niveau auquel elle est définie (les mutations du marché du travail et des formes de mobilisation du travail amènent à une conception plus individualiste de la protection) et plus généralement, la conception duale du marché du travail (la dichotomie travail salarié / travail indépendant ne suffit plus à rendre compte des situations de travail existantes).

Autrement dit, le marché du travail a changé de visage, les qualifications et les compétences ont évolué, les besoins des entreprises se sont modifiés, tout comme les aspirations des travailleurs, les logiques de production se sont transformées, avec des conséquences lourdes sur les logiques d'emploi. Ces évolutions globales sont perceptibles statistiquement ; même si les chiffres ne fournissent pas des indications fines sur certaines transformations particulières, ils permettent de repérer des tendances de long terme.

La première évidence statistique concerne la répartition de la population active entre actifs occupés et chômeurs. Le tableau suivant décrit la forte montée du chômage et corrélativement, la diminution relative des actifs occupés.

Tableau 1 : Répartition de la population active

	1970	1980	1990	1998
Population active (en milliers)	21 430	23 434	24 683	25 755
Actifs occupés (en milliers)	20 900	21 942	22 478	22 705
Actifs occupés (en % de la population active)	(97.5%)	(93.6%)	(91.1%)	(88.2%)
Chômeurs au sens du BIT (en milliers)	530	1492	2205	3050
Chômeurs au sens du BIT (en % de la population active)	(2.5%)	(6.4%)	(8.9%)	(11.8%)

Source : INSEE. La France en bref. (www.insee.fr)

Au sein de la population active occupée, les chiffres montrent une tendance de long terme qui traduit la prédominance du salariat. Le tableau suivant indique l'évolution du nombre de travailleurs salariés et montre une croissance du salariat depuis les années 1970, attribuable en grande partie au recul du travail non salarié dans le secteur agricole.

Tableau 2 : Part des salariés dans la population active occupée

	1970	1980	1990	1998
Actifs occupés (en milliers)	20 900	21 942	22 478	22 705
Salariés (en milliers)	15 941	18 466	19 560	19 685
Salariés (en % de la population active occupée)	76.3	84.2	87.0	86.7

Source : INSEE. La France en bref. (www.insee.fr)

Depuis les années 70, les relations de travail salarié ont donc progressé avec une augmentation de 10 points en pourcentage de la population occupée et une relative stabilisation au cours de la décennie 90. La persistance de la prédominance du salariat s'accompagne néanmoins de transformations importantes à la fois de la qualification de la main-d'œuvre et de la répartition des emplois par secteur, comme l'indique les tableaux 3 et 4. La croissance de la qualification de la population active témoigne d'une orientation des entreprises vers des productions à forte valeur ajoutée, tandis que la croissance du secteur des services rend compte du mouvement de tertiarisation de l'économie française. La combinaison de ces deux évolutions traduit le passage de ce qui est appelé le "modèle fordiste" à un modèle "post-fordiste" davantage tourné vers le service et la qualité.

Tableau 3 : Qualifications de la main-d'œuvre (en % de la population active)

	1975	1982	1990	1998
Cadres	7.1	8.1	10.7	12.2
Professions intermédiaires	16	16.9	18.8	19.8
Employés	23.4	26.6	27.6	29.6
Ouvriers	37.3	32.9	30.4	27.2
Diplômés de l'enseignement supérieur	Y	13.3	15.8	21.8

Source : La France en bref - INSEE - www.insee.fr

Tableau 4 : Répartition de l'emploi par branche (en %)

	1970	1980	1990	1997
Agriculture	13.3	8.4	5.6	4.3
Industrie (y.c. bâtiment)	37.9	34.8	28.9	24.9
Dont industrie manufacturière	23.8	22.1	17.8	15.2
Services marchands	30.2	34.9	40.5	42.4
Services non marchands	18.6	21.9	25	28.4

Source : La France en bref - INSEE - www.insee.fr

Ce modèle "post-fordiste" s'inscrit également dans une logique de flexibilité qui touche l'ensemble de l'organisation productive, c'est-à-dire à la fois les équipements de production et la gestion des emplois. La flexibilité recherchée par les entreprises en matière de gestion de l'emploi est visible dans l'évolution statistique de la structure des emplois.

Tableau 5 : Evolution de la structure des emplois salariés

En effectif (en milliers) et en pourcentage

	1977		1997		1999	
	effectif	Taux	effectif	Taux	effectif	taux
Population active occupée salariée	17 988	83%	19 566	87%	20 153	87.9%
dont :						
CDD (A)	311	1.7%	850	4.3%	892	4.5%
Personnel intérimaire (B)	154	0.9%	330	1.7%	447	2.2%
Stages et contrats aidés (C)	75	0.4%	416	2.1%	424	2.1%
Temps partiel (D)	1213	7%	3402	17%	3648	18.1%
A + B + C + D	1753	9.7%	4998	25.6%	5411	26.8%

Source : Alternatives économiques, n° 175, novembre 1999.

Au cœur de la prédominance du travail salarié, on trouve donc d'importantes évolutions qualitatives. Entre 1977 et 1997, l'effectif salarié a crû de 1 578 000 personnes dont 3 065 000 emplois "particuliers", ce qui revient à dire que 1 491 000 emplois "classiques" disparaissaient. Ce constat est renforcé par trois tendances marquantes :

une augmentation du taux de rotation de la main-d'œuvre : 22% en 83 et 33% en 96 ;

une stagnation du nombre de CDI signé chaque année : 7.4% de la main-d'œuvre en 83 et 7.1% en 96 ;

une sécurité inchangée des détenteurs de CDI : en 83 et 96, seuls respectivement 2.8 et 2.9% des effectifs salariés sous CDI ont subi un licenciement. (alors qu'environ 25% des salariés sous CDD sont entrés en chômage au terme de leur contrat).

On note donc une forte augmentation de la fluidité du marché du travail caractérisée non pas par un raccourcissement des CDI ou une diminution du nombre de CDI (on comptait 12 468 000 CDI en 1990 et 13 068 000 en 1999), mais plutôt par le développement de "formes particulières d'emplois".

Ainsi, depuis le début des années 1980, face à une croissance plus concurrentielle, plus aléatoire et plus difficile, face à un avenir incertain et peu lisible, la flexibilité et la compétitivité ont été recherchées essentiellement à travers la maîtrise des coûts de production (Gadille et d'Iribarne, 1997), se traduisant, pour bon nombre d'entreprises, par une focalisation sur les coûts de la main-d'œuvre, celle-ci devenant ainsi la principale variable d'ajustement. Cette orientation s'est traduite sur le marché du travail par i) un recours croissant au travail intérimaire et au contrat à durée déterminée, ii) l'apparition d'emplois à des coûts salariaux moindres (INSEE, 1996) et iii) de fortes réductions d'effectifs (licenciements et préretraites) dans les grandes entreprises, associées à l'extériorisation des activités vers des petites et moyennes entreprises (PME) à coûts salariaux plus faibles et plus flexibles. Soutenus par l'évolution du droit du travail, ces comportements créent aujourd'hui une gestion différenciée de l'emploi tant en matière de statut des salarié (salaires et avantages sociaux) que du point de vue de la gestion des qualifications et de la formation, ceci ayant des effets sur l'ensemble des conditions de travail, notamment l'organisation du travail, le temps de travail et la sécurité du travail.

Evolution du marché du travail et protection des travailleurs

Saisir les conséquences de ces évolutions sur la protection des travailleurs est une tâche ardue et complexe dans la mesure où les différentes tendances repérées ne sont pas nécessairement significatives. D'une part, il faut se garder d'une vision déterministe associant mécaniquement toute évolution sur le marché du travail à un défaut de protection tout en mesurant objectivement les risques que cette évolution est susceptible de générer en matière de protection des travailleurs. D'autre part, il faut apprécier ces évolutions à l'aune des besoins des acteurs sur le marché du travail et non uniquement à l'aune des règles de droit du travail telles qu'elles ont été historiquement construites. Eviter ces deux écueils implique, dans cette phase introductive, de distinguer deux dimensions liées à la question de la protection : d'une part, le mode de structuration des règles en matière de protection, à savoir l'objet de la protection et le niveau auquel la protection est définie, d'autre part, le mode de représentation des règles en matière de protection, à savoir, les logiques sous-jacentes à l'appréhension de la protection et la détermination des acteurs ayant une responsabilité en matière de protection.

² Selon l'INSEE (1996), les non salariés, les CDD, les intérimaires, les apprentis, les stagiaires, les titulaires de contrats aidés et les CDI à temps partiel représentent environ 40% des emplois du secteur privé. Ces formes d'emploi ne sont pas sans conséquences sur le modèle d'évolution des salaires à l'ancienneté.

A/ Le mode de structuration des règles en matière de protection conditionne l'objet de la protection et le niveau auquel la protection est définie.

è L'objet de la protection peut être le travailleur, l'activité, la relation (contrat) ou le réseau. La protection du travailleur part de la personne impliquée dans la ou les relation(s) de travail. Elle tend à définir des règles visant soit l'intégrité de la personne, soit le respect de droits fondamentaux liés à l'exercice du travail et souvent constitutionnellement reconnus. Défendant l'intégrité physique du travailleur, sa liberté d'expression, etc., elle est donc à l'origine de droits indépendants de l'activité ou de la nature de la relation contractuelle. Sur le plan de l'activité, la protection vise essentiellement les protections attachées à des activités particulières nécessitant une vigilance accrue (exemple : les activités dangereuses). Mais elle constitue aussi une référence pour la mission du juge dans un souci de réalité, conditionnée par le niveau de protection que cette recherche peut apporter. Saisir l'activité conduit alors à se détacher de la manière dont les parties ont entendu organiser la relation de travail pour appréhender la réalité du travail et lui appliquer le régime le plus favorable. En revanche, si le point de référence est la relation telle qu'elle a été organisée par les parties, dans la mesure où la configuration de travail entre dans les prévisions du droit, l'analyse de la protection des travailleurs porte alors sur les règles de protection applicables à une qualification donnée et ses éventuelles limites.

La mise en exergue du réseau provient du développement de la multiplication des échelons productifs ou non productifs et des intermédiaires sur le marché du travail. L'interaction entre ces différents acteurs intervenant, à un niveau ou à un autre dans le processus productif ou autour du processus productif, a des incidences certaines sur le niveau de protection des travailleurs impliqués et mérite un traitement spécifique. Ces incidences ne peuvent être étudiées à partir des relations qui peuvent se nouer entre les travailleurs et leurs interlocuteurs immédiats, ni même entre les différents acteurs pris de manière isolée. Elles nécessitent au contraire une analyse globale visant non pas seulement l'activité saisie dans son ensemble, la place des travailleurs aux différents niveaux et le régime qui leur est appliqué, mais l'impact des interactions entre les différents acteurs sur les travailleurs. Ceux-ci ne représentent d'ailleurs pas un groupe homogène. La protection des travailleurs impliqués à un titre ou à un autre dans le processus, dans l'hypothèse des réseaux, doit être appréciée également à l'aune de la distance qui sépare les travailleurs de l'acteur économique final (par exemple le client final). Quel indice de dispersion et de dilution de la responsabilité peut-on définir ? A quel cercle concentrique de main-d'œuvre appartient le travailleur ? De quelle protection relative jouit-il ?

Le niveau auquel la protection est définie peut-être micro ou macro, individuel ou collectif, de branche ou d'entreprise. Le niveau de la définition des protections dépend du point de référence choisi. S'agit-il d'appréhender les travailleurs dans leur ensemble, au niveau macro, comme acteur ou comme groupe, ou s'agit-il de définir des règles applicables au travailleur pris concrètement ? Dans le premier cas, les règles applicables ressortent surtout d'une conception jugée optimale ou juste du marché du travail. Quelle forme de travail ou d'emploi veut-on promouvoir ? Veut-on limiter le recours à certaines formes de mobilisation du travail ? mais surtout quel équilibre et quelle répartition cela doit-il induire ? Ces questions sont particulièrement prégnantes autour du développement des formes flexibles ou précaires de travail, mettant en balance la nécessaire flexibilité et compétitivité exigée par les entreprises et une certaine conception de l'intérêt général. La protection est bien celle des travailleurs considérés abstraitement.

Sur un autre plan, la protection des travailleurs peut être envisagée relativement aux caractéristiques de l'emploi : quel est le niveau de protection concernant les conditions d'emploi et de rémunération, d'hygiène et de sécurité, la sécurité sociale, la liberté syndicale, la négociation collective ou l'accès à la justice ? Enfin le niveau de détermination de la protection est également spatial . Favoriser la branche vise à réguler et égaliser les conditions d'emploi en définissant des prescriptions souvent minimales, applicables dans une branche d'activité donnée. Le niveau de l'entreprise permet en revanche de prendre en compte la spécificité du travail, à un niveau plus proche des travailleurs et de leur activité réelle.

A l'extrême, devant le développement de l'individualisation toujours plus poussée des conditions de travail et de rémunération, devant la singularisation opérée par la logique compétence, le point de référence semble encore se déplacer : de la branche à l'entreprise et de l'entreprise au travailleur. On note en effet un certain renouveau des clauses contractuelles qui viennent individualiser la relation de travail. Les clauses de variabilité (clauses de mobilité géographique par exemple), et les clauses d'objectifs (clauses de résultat, augmentation de la partie variable du salaire au détriment de la partie fixe) permettent en effet * une singularisation + de la relation de travail, plus conforme aux objectifs de flexibilité et d'adaptabilité intra entreprise. Cependant cette évolution n'est pas sans conséquences sur l'architecture globale des rapports d'emploi. L'individualisation à outrance freine la comparabilité entre les emplois. Cette tendance rend plus difficile l'appréciation de principes comme l'égalité des droits

mais surtout elle empêche bien souvent de définir si un travailleur est mieux ou moins bien protégé qu'un

³ Jeammaud A. 1989

⁴ Ysurtout en matière d'égalité salariale, voir arrêt Ponsol, 1996, * à travail égal, salaire égal +.

autre.

Cette évolution doit peut-être conduire à une individualisation des protections, adaptée à chaque situation spécifique. Mais dans ce cas, l'absence de comparabilité et d'uniformité peut conduire non pas à assurer une protection meilleure mais différente, l'appréciation qualitative devenant malaisée.

B/ Le mode de représentation des règles en matière de protection conditionne les logiques sous-jacentes à l'appréhension de la protection et le repérage des acteurs ayant une responsabilité en matière de protection.

È L'analyse bipolaire des situations de travail avec, d'une part le travail salarié (contrat de travail) et ses développements qualitatifs (multiplication de formes particulières d'emploi), et d'autre part le travail indépendant (contrat d'entreprise), conduit à une approche de la protection des travailleurs en termes de * condition + et de rattachement (ces deux relations forment les deux pôles de cristallisation des règles de droit et le clivage fondamental entre les situations de travail). Quelles sont les frontières entre ces deux pôles et quelles sont les règles de protection appliquées au travail subordonné typique (protection de l'emploi et protection dans l'emploi) et au travail indépendant ? De l'analyse de la nature et de l'étendue de ces règles et de leurs éventuelles limites, découle un schéma de traitement des situations intermédiaires ou autres, impliquant un travailleur et celui pour qui il travaille. Ce schéma se divise en deux groupes : le traitement des relations de travail formalisées juridiquement (CDD) ou non (multisalarial), dérogeant au schéma typique du travail salarié, et le traitement des situations intermédiaires entre travail salarié et travail indépendant.

Pour le premier groupe, l'analyse de la protection porte sur les extensions et aménagements possibles des protections forgées pour le travail salarié typique aux nouvelles formes d'emploi (par exemple, l'égalité de principe des droits entre travailleurs sous CDD et CDI) ou de la construction de protections spécifiques prenant en compte la nature particulière de l'emploi (par exemple, l'indemnité de précarité de fin de contrat pour les travailleurs sous CDD).

Pour le deuxième groupe, cinq logiques s'affrontent :

une abstention du droit, soit qui ne saisit pas la configuration de travail pour lui appliquer un régime et des règles de protection (conséquence de l'aspect nouveau ou non connu d'une configuration particulière de travail), soit volontaire, laissant aux parties le soin d'organiser un mode particulier de mobilisation du travail ou respectant les choix contractuels des parties.

un rattachement (légal, ou judiciaire, par la qualification ou requalification par le juge d'un contrat d'entreprise en contrat de travail) à l'une ou l'autre des catégories organisées par le droit ou une extension de certaines règles et protections prévues pour la catégorie du travail salarié typique à des travailleurs dont les caractéristiques de la relation de travail s'éloignent de schémas permettant a priori ou à coup sûr de les qualifier de travail subordonné. C'est par exemple le cas des mannequins qui, selon l'article L.763-1, bénéficient d'une présomption selon laquelle leur contrat est présumé être un contrat de travail. Ils bénéficient donc du statut protecteur de salarié par détermination de la loi.

une démarche visant à sanctionner et interdire certaines formes de mobilisation du travail (le travail illégal).

une prise en compte du caractère mixte de la relation de travail pour appliquer certaines règles de l'une et l'autre * condition + (par exemple les gérants non salariés).

une prise en compte du caractère spécifique de la relation de travail pour créer un régime de protection sui generis.

Les grilles tournées vers l'analyse de relations de travail bilatérales ont masqué une autre évolution, majeure, celle du développement des relations au moins trilatérales où le travailleur est confronté à une pluralité d'acteurs économiques dont l'action concertée ou non, visant directement le travailleur ou non, a une incidence sur le niveau et la nature des règles et des protections dont il bénéficie ou qui le régissent.

Cette évolution conduit à interroger la responsabilité des acteurs en matière de protection. Dans le cas d'une relation bilatérale, l'identification des responsabilités est relativement aisée dans sa conception (même s'il peut exister dans la réalité un jeu des acteurs visant à se soustraire à leur responsabilité). Dans le cas d'une relation au moins trilatérale, on constate la multiplication des échelons entre travailleurs et utilisateurs de la main-d'œuvre, entre travailleurs et clients ou donneurs d'ordre. Or cette multiplication n'est pas sans incidence sur le niveau de protection des travailleurs concernés, indépendamment de la nature de la relation qui existe entre l'interlocuteur direct du travailleur et le travailleur (relation bilatérale). Ainsi une approche globale de l'organisation de relations de travail conduisant aux mêmes fins, permet de renouveler l'analyse de la protection des travailleurs, en cherchant spécifiquement quel peut être l'impact de l'existence et de l'interaction entre plusieurs acteurs sur la protection des travailleurs (ce qui n'exclut donc pas la présence de relations bilatérales claires au sein de ces configurations pluriacteurs). Le champ n'est donc plus spécifiquement celui de relations de travail réductibles ou non à des configurations bilatérales connues, associant un régime et des règles de protection, mais porte sur la nature intermédiée ou non des relations de travail. La notion d'intermédiation utilisée ici fait de chaque participant un acteur de la relation et implique une vision élargie de la multilatéralité. Contrairement à l'utilisation traditionnelle qui en est faite, selon laquelle la multilatéralité ne concerne que des entités organisées (juridiquement et économiquement) et le plus souvent collectives (par exemple, le maître d'œuvre, le donneur d'ordre et le sous-traitant) et selon laquelle l'intermédiation est le fait d'une entité organisée vis-à-vis d'autres entités organisées, nous intégrons également sous le terme intermédiation les relations entre agents individuels. Ainsi, une relation donneur d'ordres - preneur d'ordres sera comprise comme une relation triangulaire impliquant le donneur d'ordres, le preneur d'ordres et les salariés du preneur d'ordre. Cette extension de la notion d'intermédiation aux individus mêmes a pour objectif de mieux mesurer les conséquences des relations économiques sur la protection des travailleurs, compte tenu des tendances d'évolution repérées sur le marché du travail. Dans les situations intermédiées en effet, la question de la détermination des acteurs ayant une responsabilité en matière de protection des travailleurs, s'avère plus délicate que lors d'une relation bilatérale.

Structuration de l'analyse

Pour saisir les conséquences des évolutions du marché du travail sur la protection des travailleurs, nous avons choisi d'opérer une partition des différentes situations de travail en deux grands groupes, selon une caractéristique qui semble constituer un trait important dans l'évolution en cours des relations de travail : **l'aspect intermédié ou non intermédié de la relation**. L'utilisation de la notion de relation intermédiée résulte d'un choix des auteurs relativement à la notion de * relations triangulaires proposées par le BIT. Nous proposons en annexe de cette introduction une clarification terminologique justifiant ce choix.

Une relation non intermédiée peut être définie à un premier niveau comme une relation bilatérale, impliquant un travailleur (qui offre soit un bien ou service, soit son travail) et un "acheteur" (qui achète soit un bien ou service soit du travail). Les relations bien connues employeur-salarié et client-vendeur illustrent ces situations.

Une relation intermédiée est une relation au moins trilatérale impliquant un travailleur (qui offre soit un bien ou service, soit son travail), un "acheteur" (qui achète soit un bien ou service soit du travail) et un tiers (ou plusieurs) qui sert (ou servent) d'intermédiaire(s) entre les deux parties. Mais les configurations d'intermédiation peuvent être extrêmement complexes. Il peut exister plusieurs intermédiations et plusieurs acheteurs dans la même configuration. Il peut n'exister aucun lien juridique

(voire aucun lien de quelque nature que ce soit) entre certaines des parties. En outre, l'intermédiation peut porter soit sur la gestion administrative et juridique de la main-d'œuvre, impliquant un jeu sur les différents éléments du rapport d'emploi (par exemple, la distinction entre employeur et utilisateur), soit sur le contenu de l'activité de travail, comme la sous-traitance licite ou la prestation de services aux entreprises, soit enfin sur une combinaison des deux. Ainsi, les configurations d'intermédiation sont multiples. Si certaines d'entre elles sont organisées et reconnues par le droit et donc relativement transparentes (groupement d'employeurs, intérim...), d'autres en revanche, ne sont révélées que par l'analyse concrète d'une configuration de travail impliquant plusieurs acteurs. Ceci amène à faire évoluer la définition initiale pour concevoir une relation de travail intermédiée comme une relation de travail impliquant un travailleur et une pluralité d'acteurs économiques dont l'existence et l'action, directe ou indirecte, a des répercussions, en fait sinon en droit, sur les éléments caractéristiques du rapport d'emploi.

Dans la plupart des cas, l'intermédiation se traduit par une certaine dilution des responsabilités vis-à-vis du travail et donc, par conséquent par un amoindrissement de la protection des travailleurs, ou du moins par une plus grande difficulté à identifier le niveau de responsabilité et donc à faire valoir ces droits.

La notion d'intermédiation implique de se détacher de la forme bilatérale du contrat qui lie les parties deux à deux et de prendre en compte l'ensemble des relations entre les acteurs impliqués. Et c'est en vertu de ce principe systémique que nous avons opté pour cette représentation. L'inconvénient est la quasi-absence de données statistiques complètes permettant de chiffrer les relations intermédiées. Leur nombre ne peut être estimé qu'à partir d'approximations. Nous reviendrons sur ces questions dans le traitement des situations considérées.

Le chapitre I présentera les relations non intermédiées et le chapitre II sera consacré aux relations intermédiées. Ce découpage permet, de notre point de vue, une analyse plus pertinente des lacunes et mérites de certaines configurations de travail. Le caractère intermédié apparaît comme un caractère classant des problèmes posés en termes de protection par les différentes situations de travail. Certes, toute relation intermédiée peut être présentée comme un ensemble de relations bilatérales. La relation de sous-traitance, par exemple, peut être abordée à travers le contrat de travail d'une part et le contrat d'entreprise d'autre part, sans établir d'interrelations entre les deux. La relation de sous-traitance devient alors une somme de contrats emportant application de régimes différents dont il est possible de montrer les avantages et les faiblesses. Mais analyser les configurations de travail sous l'angle de l'intermédiation, revient à choisir un angle de vue qui permet de saisir certaines conséquences de la présence de plusieurs acteurs, ayant à un niveau ou à un autre, à un degré ou à un autre, une * relation + avec le travailleur et donc une incidence sur son niveau de protection.

Outre le caractère structurant de cette partition, le traitement isolé des relations intermédiées a également été adopté d'une part, parce que, dans un contexte de recherche de flexibilité, les relations intermédiées apparaissent comme les situations pour lesquelles les questions de la protection des travailleurs se posent, semble-t-il, de la façon la plus critique (le risque de marchandisation du travail est plus fort que dans le cadre de relations bilatérales), et d'autre part, parce qu'elles peuvent constituer des solutions potentielles au dilemme flexibilité-précarité, sous condition d'une meilleure définition des règles en matière de protection des travailleurs.

*Annexe : à propos de la définition de * relations triangulaires +*

Cette annexe trouve son origine dans le plan proposé initialement par le BIT pour la réalisation de l'étude concernant la protection des travailleurs. Dans ce plan, le BIT demande que la seconde partie soit centrée sur les * relations triangulaires + et propose une définition de ces * relations triangulaires +. Cette définition nous a gêné dans la réalisation de cette étude et la focalisation sur ce type de relations nous a semblé, par certains côtés, réductrice. L'objectif de cette annexe est tout simplement de nous en expliquer. Corrélativement, cette annexe apportera peut-être une justification supplémentaire au plan en deux parties que nous avons adopté.

L'appellation très souvent employée de * relations triangulaires + se réfère à une hypothèse de configuration de travail dépassant le simple cadre d'une relation de travail bilatéral typique (employeur/travailleur). Elle est souvent entendue comme la relation s'établissant * entre la personne qui commande une œuvre ou un service, la personne qui pour son compte, assume l'engagement de l'exécuter et les travailleurs + (c'est la définition qu'en donne le BIT dans le plan proposé). Elle révèle en outre la volonté de placer à côté des acteurs économiques connus et structurés (client/donneur d'ordres, entreprise principale, preneur d'ordres), les travailleurs pris en tant que tels. Il y a donc juxtaposition d'acteurs économiques et de leurs constituants, alors que la logique classique viserait à traiter du client, du donneur d'ordres et des éventuelles sous entités économiques sans se préoccuper spécifiquement des facteurs de production (capital mais surtout travail). Cette logique a donc bien pour volonté d'isoler les travailleurs d'une entité économique donnée pour préciser les règles de protection applicables et leurs limites. Si l'on considère le schéma simple (client-entreprise-travailleurs), les deux premiers éléments sont des échelons ou niveaux productifs ou d'organisation, le troisième, la main-d'œuvre est un élément de l'échelon 2. Le fait de l'isoler permet d'éviter l'assimilation et d'envisager un traitement distinct. S'effectue donc un détachement pour analyse. La logique poussée à son terme conduirait à envisager également les travailleurs des différentes entités économiques participant à une opération et notamment, dans l'hypothèse du BIT, les travailleurs du client ou du donneur d'ordres. Mais ceux-ci sont considérés comme jouissant d'un bon niveau de protection et ne nécessitent pas un traitement spécifique. Seuls les travailleurs exposés, appartenant aux entités économiques les plus éloignées du donneur d'ordres, nécessiteraient une mise en exergue à des fins descriptives et prescriptives. Cependant l'analyse de la situation des travailleurs du client aurait pour avantage de permettre la comparaison et la définition de niveaux de protection relatifs en fonction du degré d'éloignement ou de la taille de l'entité économique.

Plus précisément, l'appellation * relations triangulaires + est sujette à critique pour au moins trois raisons.

- La première réside dans la polysémie de l'expression * relations triangulaires +. A l'origine, l'expression a été utilisée pour décrire des relations entre des acteurs économiques organisés, le droit essayant d'organiser les relations pouvant exister entre les acteurs pris deux à deux mais aussi de saisir cette configuration globalement. Ainsi la relation triangulaire dans la sous-traitance de marché fait intervenir un client, un preneur d'ordre et un sous-traitant. Comment organiser les rapports entre ces différents acteurs ? Comment permettre au sous-traitant d'avoir des droits vis-à-vis du donneur d'ordres, alors que son partenaire contractuel est le preneur d'ordre, comment saisir cette relation triangulaire dans son originalité ? Ces questions témoignent de la spécificité de l'usage de l'expression * relations triangulaires +. Par la suite, elle a été utilisée pour décrire la situation de travailleurs impliqués dans une relation faisant intervenir plusieurs acteurs économiques ; ceci semble quelque peu hasardeux, surtout si l'on considère que les travailleurs ne se situent pas sur le même plan analytique que les acteurs économiques (entreprises). Elle résulte d'une extension visant à mettre en évidence une préoccupation normative : la protection des salariés du sous-traitant (peut-être davantage que du sous-traitant lui-même). Par exemple, le droit va tenter d'organiser, dans certaines hypothèses, comme la défaillance d'un des acteurs entraînant le non paiement du sous-traitant, ou la défaillance du sous-traitant, une action directe des travailleurs du sous-traitant contre l'entrepreneur principal ou même parfois contre le responsable économique final. Si cette extension à visée normative est compréhensible, elle tend à rendre plus flou la notion de relations triangulaires qui inclut alors à la fois des relations dites * industrielles + en ce qu'elles impliquent des acteurs économiques organisés et des relations impliquant des salariés.

- La deuxième critique provient des limites explicatives de cette expression. En effet, l'expression * relations triangulaires + ne permet pas de décrire les situations où, en plus des travailleurs dont on observe le niveau de protection, interviennent plus de

deux acteurs. Or ces situations sont de plus en plus nombreuses. L'hypothèse de la sous-traitance de marché, pour prendre un exemple classique, fait intervenir un client, un preneur d'ordre, un sous-traitant et ses travailleurs (si l'objet d'analyse en termes de protection est * les travailleurs du sous-traitant +). Il y a donc trois échelons et quatre éléments constitutifs dans ce schéma d'analyse. Faut-il, dans ce cas, parler de * relations quadrangulaires + ? Selon nous, l'expression la plus proche de la réalité des configurations rencontrées est celle de * relations au moins trilatérales + dans lesquelles sont analysées l'incidence de l'existence et de l'interaction d'au moins deux acteurs économiques organisés sur la nature et le niveau de protection des travailleurs.

- La troisième critique porte directement sur la définition donnée selon laquelle les * relations triangulaires + sont * celles qui peuvent s'établir entre la personne qui commande une œuvre ou un service, la personne qui, pour son compte, assume l'engagement de l'exécuter, et les travailleurs +. Cette définition correspond peu ou prou, au sens juridique, à la définition d'un contrat d'entreprise impliquant un donneur d'ordres, un entrepreneur et ses travailleurs. Or cette qualification est loin de permettre de rendre compte de l'ensemble des situations de mobilisation de la main-d'œuvre, dans lesquelles la présence d'une pluralité d'acteurs a des répercussions sur le niveau de protection des travailleurs. A ce propos, il ne serait pas inutile de préciser ce que recouvre la qualification juridique de sous-traitance. Afin de permettre une comparaison internationale, il serait bon que cette notion soit précisée. Cette notion a perdu de son signifiant avec l'évolution de son utilisation, tant en économie qu'en droit. L'expression vise, quand elle est employée, toutes les formes d'externalisation du travail. Or une utilisation plus rigoureuse conduirait à limiter l'utilisation du terme aux hypothèses où l'opération confiée au sous-entrepreneur s'inscrit dans le cadre d'un contrat d'entreprise déjà conclu avec un maître d'ouvrage. La sous-traitance serait, en droit, la consécration juridique ou le mode d'organisation juridique de la sous-entreprise. C'est d'ailleurs en ce sens que la sous-traitance a fait l'objet de réglementation. La loi relative à la sous-traitance (L.n°75-1334, 31 déc. 1975) en donne la définition suivante : * la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître d'ouvrage +. Cette loi a été cantonnée à la sous-traitance de marché (maître d'ouvrage, entrepreneur principal titulaire du marché, sous-traitant) et a été très peu suivie d'effets, les partenaires économiques (l'entrepreneur principal) préférant éviter le statut particulier de la sous-traitance juridique et un certain nombre de mécanismes protecteurs du sous-traitant et de ses travailleurs, en organisant leurs relations autour de contrats de droit commun (contrat d'entreprise), bilatéraux (la loi de 1975 tentait d'organiser la trilateralité et surtout le rapport donneur d'ordres / sous-traitant). Le paradoxe est donc souvent que le sous-traitant est trop faible et trop dépendant pour pouvoir obtenir protection, c'est-à-dire l'application des garanties prévues par la loi, l'initiative revenant à l'entrepreneur principal qui n'a aucun intérêt à l'application de celles-ci.

Ainsi dans une optique de rationalisation terminologique, la sous-traitance dite industrielle ne devrait concerner que les cas (de plus en plus courants au demeurant, compte tenu de l'individualisation et du renforcement des exigences particulières des clients) où existe un véritable contrat d'entreprise entre un client et une entreprise portant sur la production d'un bien ou d'un service particulier selon un cahier des charges déterminé (et non un simple contrat de vente), et dont l'entreprise preneur d'ordre sous-traite une partie auprès d'un sous-traitant. Les hypothèses où une entreprise confie à une autre certains éléments de sa production, sans que cette opération s'inscrive dans le cadre d'un contrat d'entreprise déjà conclu devraient être qualifiées de fourniture de biens ou de services destinés à être incorporés dans un bien final ou accessoires de la production du bien final (contrat de vente). Une distinction pourrait être opérée ensuite entre les différents fournisseurs selon l'intensité des spécifications introduites dans le cahier des charges et selon les phases du processus de

⁵ Voir par exemple le * rapport annuel d'activité + remis au comité d'entreprise qui doit préciser l'état de la sous-traitance (CT, art. L. 432-4)

production concernées.

Sans un tel effort sémantique, est sous-traitance toute forme d'externalisation du travail et il est difficile d'avoir une vision homogène de la sous-traitance, dans un objectif d'amélioration des protections conférées aux travailleurs. En effet pour reprendre la distinction juridique opérée souvent entre sous-traitance de marché et sous-traitance industrielle, ces deux formes sont extrêmement différentes et l'étude de la sous-traitance conduit dans bien des cas à ne envisager que l'une ou l'autre. Néanmoins nous envisagerons, pour les besoins de cette étude, toutes les hypothèses où la relation est désignée par l'expression * sous-traitance +.

Chapitre I : Relations non intermédiées et protection des travailleurs

Introduction

Les relations non intermédiées sont des relations bilatérales, subordonnées ou non. L'identification des deux parties est claire, le montage juridique est peu complexe et la relation de travail visible. Ces caractéristiques ne signifient pas nécessairement que la relation est transparente mais simplement qu'elle est peu complexe à reconstituer. Face aux relations non intermédiées, les difficultés en matière de protection des travailleurs trouvent donc leur source dans l'émergence de nouveaux usages du contrat. Ainsi, "dans un contrat de travail, l'obligation de résultat gagne du terrain sur l'obligation de moyen ; on concède au salarié une certaine autonomie dans l'exécution de son travail, mais c'est pour le juger sur pièces ou sur chiffres. Dans le contrat d'entreprise, à l'inverse, (...) l'indépendance recule, moyennant une éventuelle stabilisation dans le rapport contractuel" (Supiot, 1999, p. 19). Ainsi, l'évolution qualitative des formes de mobilisation du travail ne se traduit le plus souvent pas par une modification de la forme juridique du contrat (ni même de son contenu) liant les parties mais par une transformation des accords implicites sous-tendant la relation contractuelle. Par exemple, l'autonomie accordée au salarié dans l'exécution de son travail peut être le résultat d'un contrat implicite entre le travailleur et son employeur dans le cadre d'un contrat de travail tout à fait classique d'un point de vue juridique. Dans d'autres situations, l'autonomie peut être reconnue à travers, par exemple, une modification de la norme de rémunération avec introduction d'une rémunération liée au résultat du travail (partie variable de la rémunération) à côté d'une partie fixe. Dans ces conditions, le contrat de travail subit une modification par rapport au contrat de travail classique, modification qui peut être considérée comme marginale sur le plan strictement juridique mais qui a des conséquences importantes d'un point de vue économique. En effet, le mode de rémunération peut être considérée comme un indicateur de partage du risque sur la prestation : le travailleur salarié payé * forfaitairement + ne supporte pas le risque qui est pris en charge collectivement par l'entreprise tandis que le travailleur indépendant supporte directement le risque de la prestation à travers la variabilité de ses revenus. En introduisant une partie variable dans la rémunération des salariés, on introduit simultanément un autre partage du risque de la prestation entre le salarié et l'employeur.

Ces formes d'individualisation contractuelle sont également inscrites dans la multiplication des formes de contrat. Entre la situation du travail salarié typique et la situation du travail indépendant, qui renvoient à la dichotomie traditionnelle, on trouve, témoignant de ces évolutions, le temps partiel, le multi-salariat, les Contrats à Durée Déterminée, le travail à domicile, l'indépendant dépendant, etc., autant de situations dans lesquelles la forme juridique du contrat masque des réalités différentes et où pointe le risque d'une dérive de la pratique du contrat en dehors de sa vocation originelle. Ces différentes formes de réalisation de l'activité de travail répondent souvent aux besoins exprimés par les entreprises en matière de souplesse de la relation de travail et des horaires de travail. Elles peuvent être choisies ou subies par les travailleurs. Elles peuvent constituer des situations tremplins vers une forme d'emploi (salariée ou indépendante) considérée comme plus désirable par l'individu concerné ou comme des situations stables tout à fait satisfaisantes. Elles ne sont pas nécessairement synonymes de vulnérabilité et de précarité mais elles doivent néanmoins faire l'objet d'une attention particulière en matière de protection des travailleurs. En effet, concernant les salariés, elles se traduisent souvent par une inscription dans la collectivité de travail différente de la forme

traditionnelle : l'individu sous contrat à durée déterminée n'est intégré que pour une période courte, le travailleur à domicile est isolé de la collectivité de travail. Concernant le travailleur indépendant, des relations très étroites avec un client privilégié peuvent l'amener si non à s'inscrire dans la collectivité de travail de celui-ci, du moins à la prendre en considération de sorte que la question de la réalité de l'indépendance se pose. Là aussi, on peut considérer qu'il y a multiplication des formes de relations contractuelles implicites avec des indépendants plus indépendants ou plus dépendants que d'autres.

L'émergence de nouveaux usages du contrat, la multiplication des formes de contrat et la tendance à l'individualisation des relations se combinent et doivent davantage être appréhendés dans une perspective de sédimentation que d'exclusion. Elles aboutissent à une multiplication à la fois des figures du salariat et des figures de l'indépendant. Tant qu'elles se situent dans le cadre de relations non intermédiées, elles restent relativement faciles à appréhender en tant qu'objet mais ceci ne signifie pas qu'il est facile d'évaluer les implications, notamment en matière de partage de risque associés à la situation de travail et particulièrement en matière de protection des travailleurs. En outre, ces figures du salariat et de l'indépendant sont nombreuses et variées et il est difficile d'en dresser une liste exhaustive. Nous tenterons néanmoins de présenter une analyse des situations les mieux repérées en distinguant, pour une meilleure structuration de l'analyse, les relations de travail subordonné (section 1), du travail indépendant (section 2) et de l'indépendant en situation de dépendance (section 3).

1 - Relations de travail subordonné

L'histoire du salariat comme catégorie économique montre que celui-ci trouve son origine dans les nécessités mêmes de l'organisation productive. La production de masse et la parcellisation poussée des tâches exigeaient la simultanéité des prestations en travail et impliquaient donc l'unicité à la fois de lieu de travail, d'horaires et de direction pour les nombreuses personnes associées à la réalisation de la production. Ce collectif, existant au niveau de l'organisation productive du travail, a fortement contribué à structurer la vie de ceux qui exerçaient dans l'entreprise (Sainsaulieu, 1977) et progressivement, a donné naissance à une gestion collective de la main-d'oeuvre (en termes d'organisation de la prestation en travail et de sa rémunération) qui trouve sa traduction la plus concrète dans la forme d'organisation hiérarchique et plus généralement dans les conventions collectives du travail. S'est ainsi stabilisée la forme de relation de travail dominante de nos économies contemporaines qu'est le travail salarié impliquant des **relations de travail subordonné**. Celles-ci peuvent prendre plusieurs formes qui se distinguent selon la durée du contrat, les obligations horaires, le nombre d'employeurs, le lieu de travail, etc. Nous envisagerons ces différentes configurations qui ont en commun de s'inscrire dans le cadre d'une relation de travail subordonné et non intermédiée, mais divergent parfois en matière de protection des travailleurs.

1-1 B Le contrat de travail à durée indéterminée (CDI)

Les critères du salariat sont appréciés par la détermination d'un lien de subordination qui se caractérise par * l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail.

⁶ Cass ; soc., 13 novembre 1996, n°94-13.187, Bull. civ. V, n° 386, p. 275

Plus largement, le travail salarié est entendu traditionnellement comme le travail salarié "typique", défini à partir de trois éléments essentiels (cf. Fourcade, 1992 et Dauty et Morin, 1992) :

la durabilité de la relation d'emploi, i.e. la durée indéterminée du contrat (droit à la poursuite d'un contrat de travail à exécution successive),

l'unicité de l'employeur et l'appartenance à un service organisé,

le temps plein, avec salaire au temps en fonction du poste occupé dans l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Le salariat est devenu la forme très largement dominante de l'activité professionnelle et l'élaboration des protections du CDI et son utilisation font apparaître celui-ci comme une norme d'emploi typique dans les années soixante dix (Puel, 1981). Secteurs privé et public confondus, le CDI concerne environ 18 millions de personnes et apparaît comme un contrat effectivement stable puisque sa durée moyenne est d'environ dix ans. Les protections dont bénéficient les travailleurs en CDI sont réelles : ces protections résultent pour la plupart de l'appartenance à une collectivité de travail et de la stabilité de la relation de travail, renforcée par une législation protectrice concernant la rupture du contrat. La condition de travailleur salarié typique a été le réceptacle de la plupart des règles protectrices du travail, d'origine légale, mais surtout due au développement de la négociation acquisitive jusque dans les années 80. La construction de l'emploi a été définie comme l'accès du travailleur à des droits tant individuels que collectifs, non liés directement à l'exécution du travail proprement dit (Supiot 94).

Sur le terrain des conditions d'emploi et de rémunération, le travailleur bénéficie entre autres des droits liés à l'ancienneté. L'employeur est par ailleurs tenu de faire respecter les conditions d'hygiène et de sécurité dans son établissement. La prévention et la formation à l'hygiène et à la sécurité sont conditionnées grandement par la présence stable du salarié dans une entreprise. Le problème peut se poser concernant les travailleurs en CDI qui n'effectuent pas leur prestation dans l'entreprise (travail à l'extérieur type contrat en régie). De même l'exercice de la liberté syndicale est favorisé par l'appartenance à une collectivité de travail même si ce droit appartient en principe à tout travailleur. Ce droit n'est cependant pas effectif dans les petites structures peu couvertes par les syndicats, et peu enclines à accepter une activité syndicale en leur sein. L'appartenance stable et pérenne à une collectivité de travail constitue également un facteur d'amélioration de l'accès aux juridictions du travail, les travailleurs pouvant faire appel à des conseillers au sein des syndicats et à une meilleure information. Cependant, même dans l'hypothèse de travailleurs sous contrat à durée indéterminée, bien intégrés dans leur collectivité de travail, la crainte du chômage et le déséquilibre entre les parties, conduit à une quasi inexistence des actions pendant la relation de travail (90% des actions sont intentées après la rupture du contrat).

Parallèlement, se sont développées à l'intérieur du salariat des formes particulières d'emploi (CDD, temps partiel...). Selon l'INSEE (1996), les non salariés, les CDD, les intérimaires, les apprentis, les

⁷ Cf. chapitre II.

⁸ Supiot A., Les juridictions du travail Dalloz 87

⁹ La première loi sur le travail intérimaire date du 3 Janvier 1979, celle sur le CDD date du 3 janvier 1979 ; la première Ordonnance sur le temps partiel est du 5 mars 1982. Notons que nous n'envisageons pas dans ce chapitre le travail intérimaire, car il correspond dans notre distinction entre travail intermédiaire et non intermédiaire à une hypothèse d'intermédiation portant sur la gestion de la main-d'œuvre. Le CDD correspond par différence à un recrutement direct et une relation

stagiaires, les titulaires de contrats aidés et les CDI à temps partiel représentent environ 40% des emplois du secteur privé. Ces formes particulières d'emploi se sont développées en réponse à la demande des entreprises qui subissaient des contraintes de compétitivité de plus en plus lourdes. Leur utilisation correspond en effet souvent à une volonté des chefs d'entreprise d'éviter un recrutement sous forme de CDI afin de ne pas subir les contraintes juridiques et financières qui lui sont liées (règles et coût de la rupture du CDI, seuils pour l'établissement des institutions représentatives du personnel, devoir de formation). Elles peuvent être analysées comme le résultat des pressions qui se sont exercées sur la forme classique de la relation de travail, soumettant celle-ci à des distorsions encore mal maîtrisées notamment en matière de protection des travailleurs. Elles ont conduit à une fragmentation du statut du salariat qui a ouvert la porte à la précarité. Néanmoins, ces formes d'emploi atypiques ne sont pas majoritaires et ne concernent pas tous les secteurs et tous les types d'emploi de la même façon. Fortement présentes dans le secteur des services (près d'un salarié sur deux est sous contrat à durée déterminée), elles sont particulièrement concentrées dans les activités qui font appel à des niveaux de qualification faible. Ces formes d'emploi ont été strictement encadrées et réglementées par rapport au CDI devenu, en droit la forme de droit commun du contrat de travail. Mais, cette réglementation qui vise à organiser et à moraliser des pratiques qui s'écartent du cadre légal trouve ses limites sous la pression d'un chômage massif et de fortes contraintes de flexibilité.

bilatérale entre un employeur et un travailleur. De surcroît le travail intérimaire n'est pas sur le même niveau d'analyse que le CDD. Le CDD est une forme particulière d'emploi, l'Intérim est une forme particulière d'organisation de la main-d'œuvre, qui utilise la forme particulière d'emploi qu'est le CDD pour fonctionner. Le rapprochement effectué ou l'association, dans de nombreuses analyses, entre le CDD et l'Interim, provient d'une volonté de décrire le phénomène de la précarisation de l'emploi qui passe souvent par le recours à des CDD et à l'Interim comme modes de réalisation de la flexibilité dans les entreprises.

¹⁰ art. L. 122.1 C. trav.

1-2 - Le contrat à durée déterminée

Le contrat à durée déterminée (CDD) est un contrat de travail temporaire. Le caractère atypique de ce contrat résulte de sa durée limitée par rapport au principe de l'indétermination de la durée : * le contrat de travail est conclu sans détermination de durée +(article L.121-5 CT). La durée moyenne d'un CDD est d'environ trois mois. Il s'agit donc de contrat de travail au sens réel du terme, portant sur des tâches limitées, et non de contrat d'emploi au sens où ce concept s'est construit. Malgré la législation restrictive, ces formes particulières se sont considérablement développées pour faire apparaître une nouvelle diversité de normes d'emploi (Fourcade, 1992). La part des CDD dans la population active salariée est passée de 1.7% en 1977 à 4.3% en 1997. Le développement du CDD a été favorisé par les politiques de l'emploi dans l'objectif à la fois d'améliorer l'insertion et de répondre au besoin de flexibilité des entreprises. Mais son développement correspond aussi à un changement dans les modes de définition du travail. Ainsi les CDD dits * d'usage + pour des missions limitées admis dans certaines professions, se développent bien au delà. Le travail intermittent, sur le mode de l'intermittence dans le spectacle, le contrat de chantier, sur le modèle du bâtiment, inspirent diverses constructions contractuelles. L'utilisation de contrat à durée limitée permet à l'employeur de limiter le risque de l'emploi, i.e. le salarié en CDD ou le salarié embauché pour une mission précise ne supporte pas le risque sur le résultat de son travail, mais il supporte le risque de son emploi qui est lié à l'achèvement de la prestation convenue (Morin, 1999). La fin des contrats d'emplois "particuliers" (CDD, intérim, emploi occasionnel) constitue aujourd'hui la première cause d'entrée en chômage.

La protection de ces travailleurs provient d'une part d'une extension des protections liées au travail salarié typique (CDI). Ainsi l'article L. 122-3-3 précise que, sauf pour les règles concernant la rupture et certains aspects du rapport d'emploi, les dispositions légales et conventionnelles applicables aux CDI s'appliquent également aux salariés liés par un contrat de travail à durée déterminée. Par exemple, la rémunération ne peut être inférieure au montant que percevrait dans la même entreprise un salarié sous CDI, à qualification et poste équivalent. D'autre part, des règles de protection spécifiques ont été mises en place. Celles-ci visent à la fois le travailleur protégé individuellement et les travailleurs considérés collectivement. Dans la deuxième catégorie, l'énumération limitative des cas de recours peut être interprétée comme visant non plus directement le travailleur mais l'état du marché du travail. L'appréciation de l'intérêt des travailleurs conduirait à une certaine vision de ce que devrait être la répartition entre travail stable et normalement durable (CDI) et travail précaire. A ce titre, les trois cas légaux de recours sont premièrement, le remplacement d'un salarié en cas d'absence, de suspension temporaire de son contrat, de départ définitif précédant la suppression du poste ou d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté, deuxièmement les variations d'activité (Hypothèse la plus courante pour justifier un recours), et enfin les emplois à caractère saisonnier ou dans des secteurs où il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI. Même si la notion de variation d'activités est interprétée largement, la règle

¹¹ Parmi ces constructions, citons la conclusion d'un CDI pour une mission définie qui dépasse la durée légale des CDD. Peut-on considérer que la fin de la mission met automatiquement fin au contrat, ou que celle-ci constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement que les parties ont contractuellement acceptée à l'avance ? (F. Humbert, Le contrat à durée indéterminée conclu pour une mission ou un ouvrage particulier, une solution pour les entreprises, SSL, n° 63 du 16 Octobre 1995.

¹² Elle atténue aussi la différence entre le travail salarié et le travail indépendant. Dans l'un et l'autre cas le contrat porte sur l'exécution de tâches déterminées.

¹³ Article L.122-1-1 CT

directrice est d'éviter que l'entreprise ne * pourvoit durablement un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise +. La règle de renouvellement du contrat, limité à une fois et dans un plafond de 18 mois va dans le même sens. Le non respect par les acteurs des hypothèses limitatives de recours et l'utilisation toujours plus large de ces formes particulières d'emploi participent d'un débat plus vaste sur l'emploi et le travail : une certaine conception globale de l'état souhaité de la répartition des formes d'emploi sur le marché du travail et des protections de l' * emploi + (entendu ici comme l'ensemble des droits du travailleur qui ne découlent pas directement ou uniquement de l'exécution d'une prestation de travail) conduirait à rechercher un accroissement des sanctions attachées à un usage abusif de ces formes particulières ou une amélioration de l'effectivité des réglementations restrictives. Or le constat factuel est que les créations d'emploi proviennent depuis vingt ans presque exclusivement de la montée des formes précaires ou flexibles d'emploi. Il est donc difficile d'arbitrer entre la volonté d'assurer le maximum de protections aux travailleurs (qui passe le plus souvent par la conclusion d'un CDI temps plein) et la volonté de promouvoir l'emploi ou plutôt dans la terminologie à laquelle nous nous référons, le travail, même sans l' * emploi +.

On peut également noter l'interdiction de recourir aux CDD, en cas de conflits collectifs ou suite à un licenciement pour motif économique qui vise à protéger les travailleurs pris dans leur ensemble, en évitant une mise en concurrence des différentes formes d'emploi. Sur le terrain des droits bénéficiant aux travailleurs pris individuellement, nous trouvons la requalification en CDI prévue à l'article L. 122-3-13 en cas de non respect des dispositions relatives au CDD ou l'indemnité de fin de contrat qui constitue une sorte de prime de précarité.

Les défauts essentiels de protection proviennent de l'absence de règles permettant de gérer la précarité et d'assurer une continuité des droits notamment sociaux dans la discontinuité de la relation de travail. De plus les dispositions restrictives concernant notamment le non renouvellement des contrats, ne sont pas, le plus souvent respectées et la requalification est rare. La durée limitée de la relation alliée à l'instabilité de l'intégration dans l'entreprise ont des répercussions sur le niveau de protection, notamment sur les droits liés à l'ancienneté, en matière d'hygiène et de sécurité, ainsi qu'en matière d'accidents du travail (dont le nombre est plus élevé). Ajoutons à cela une liberté syndicale réduite puisque, par exemple la possibilité de devenir délégué syndical dans l'entreprise est conditionnée par le fait d'avoir travaillé un an au moins dans l'entreprise. La négociation collective concernant cette forme d'emploi a toujours été faible témoignant de la difficulté des syndicats à représenter la précarité. Sur le plan de l'accès à la justice, l'absence d'intégration durable à l'entreprise réduit très fortement la capacité du travailleur sous CDD à accéder à la justice. Cette insuffisance est à l'origine de l'extension de l'action en substitution par les syndicats, en faveur des travailleurs précaires, mais celle-ci n'a pas eu les résultats escomptés. L'article L.122-3-16 CT prévoit que les syndicats pourront se substituer au travailleur en CDD pour exercer en justice tous les droits du travailleur, ceci sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé mais sous réserve d'une information du travailleur et de l'absence d'opposition de sa part.

Deux questions concernant la protection de ces travailleurs nous apparaissent essentielles :

Tout d'abord comment assurer un niveau de protection suffisant à ces travailleurs sans que ces protections soient nécessairement identiques à celles du CDI, puisque le recours au CDD est largement motivé par l'éviction des règles protectrices du CDI, comme la difficulté de rompre et le coût lié à l'embauche et à l'intégration stable et durable dans la collectivité de travail ?

Ensuite comment faire bénéficier les travailleurs sous CDD de certains droits liés à l'appartenance à une collectivité de travail, quand la principale caractéristique de leur contrat est justement l'isolement et la non

¹⁴ article L.122-1 CT ; Soc. 16 juillet 1997/RJS 10/97 n° 1073

¹⁵ voir les données statistiques fournies

¹⁶ Supiot A., 94

durabilité ?

1-3 - Le travail à temps partiel

Le recours au travail à temps partiel a connu une accélération importante au cours des années 90 ; il concerne près de 17% des actifs en 1997 contre 12% en 1990 . Galtier et L'Horty (1999) analysent le développement du travail à temps partiel, côté offre de travail comme un mode d'accès à l'emploi ou comme un moyen de retrait progressif d'activité ou encore comme le résultat de la montée des taux d'activité féminins associé à une logique de temps choisi permettant de concilier vies familiale et professionnelle. Côté demande de travail, il apparaît comme une réponse à l'objectif d'une plus grande flexibilité de l'emploi ; dans une conjoncture déprimée, les entreprises privilégient l'utilisation contra-cyclique du travail à temps partiel comme instrument d'ajustement du volume d'heures travaillées. Les pouvoirs publics (avec la loi de décembre 1973 puis les aides aux entreprises à partir de 1992) ont favorisé le basculement du temps partiel vers la flexibilité, considérant celui-ci comme un moyen d'organiser le partage du travail.

Le problème concernant cette forme de travail est essentiellement de savoir si elle est contrainte ou subie, c'est-à-dire si elle répond ou non aux attentes des salariés. Si le dispositif légal du temps partiel est organisé sous la rubrique du * travail à temps choisi +, les situations de temps partiel subi se sont multipliées, transformant la liberté du travailleur de choisir le travail à temps partiel en liberté de l'employeur. La protection du travailleur est normalement assurée par la liberté de refus du salarié : * le refus par un salarié d'effectuer un travail à temps partiel ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement + (article L.212-4-2 al. 7). Cependant, en cas de difficultés économiques, l'employeur peut imposer aux salariés le passage au temps partiel et voir dans leur refus une cause réelle et sérieuse de licenciement. De plus, si cette faculté de refus existe plus ou moins (la menace d'un licenciement est assez persuasive) pour les salariés en place, elle n'est pas transposable aux salariés entrant. Ceux-ci peuvent n'avoir qu'un choix binaire : accepter l'emploi à temps partiel ou renoncer à l'emploi. L'INSEE estime en 1997 à 1 049 000 le nombre de personnes subissant un temps partiel (soit 38% des salariés à temps partiel) contre 351 000 en 1977 (équivalent 29%). Ceci n'est pas sans relations avec les conditions de travail.

¹⁷ On dénombre 930 000 emplois à temps partiel supplémentaires entre 1992 et 1997, soit davantage en 5 ans que sur les 10 années précédentes (sur le champ de l'ensemble des actifs occupés)

¹⁸ Bénédicte Galtier et Yannick L'Horty : "Le temps partiel dans la perspective des 35 heures". Document de travail, n°99-03 ; Conseil Supérieur de l'Emploi, des Revenus et des Coûts.

¹⁹ L'accroissement du travail à temps partiel est aussi la conséquence des assouplissements de réglementation introduits par la Loi quinquennale sur l'emploi de 1993, avec en particulier l'accroissement de la part des heures complémentaires (passage du volume maximal d'heures complémentaires au tiers de l'horaire contractuel au lieu du dixième, et réduction à trois jours au lieu de sept du délai de prévenance). Elle fait suite également aux fortes incitations financières favorisant le travail à temps partiel avec l'abattement forfaitaire de cotisations patronales en 1992, abattement qui s'est ensuite cumulé avec les mesures d'allégement de charge sur les bas salaires, où le salaire pris en compte est celui versé dans le mois, indépendamment de la durée effective du travail. Alors que le SMIC brut réel a augmenté de 10 points entre 1989 et 1997, le coût réel du travail à temps partiel à ce niveau de rémunération a baissé de près de 10 points. Les trois-quarts de cet écart proviennent des réductions de charge sur les bas salaires, un quart tient à l'abattement forfaitaire.

²⁰ Galtier et L'Horty (1999) donnent le chiffre de 1 500 000 pour la même année.

Galtier et L'Horty (1999) montrent que les salariés à temps partiel subissent quatre désavantages comparativement à leurs collègues du secteur privé travaillant à temps plein et que ces désavantages sont plus marqués encore lorsque le temps partiel est contraint :

l'irrégularité des horaires de travail (variables d'un jour sur l'autre et/ou d'une semaine sur l'autre) ;

le faible degré de liberté en matière d'emploi du temps : l'emploi du temps de plus de trois travailleurs sur quatre est imposé par l'entreprise et le degré de liberté des hommes à temps partiel est une fonction inverse de leurs temps de travail ;

le positionnement sur des régimes de travail atypiques, tels que le travail le samedi ;

la précarité de l'emploi : 21.5% des femmes à temps partiel contraint occupent un emploi temporaire (intérim, CDD, stage ou contrat aidé)

Comme le souligne Grozelier (1998), le temps partiel joue donc un rôle de révélateur des multiples transformations et tensions que connaît le monde du travail et plus largement la sphère économique. Il s'accompagne souvent de contraintes fortes en termes de conditions de travail, d'exigences de disponibilité, d'amplitude, d'irrégularité des horaires et correspond à des métiers largement féminisés, peu qualifiés et peu rémunérés. Ainsi, le temps partiel subi ne correspond souvent pas dans les faits à un temps partiel au sens où le législateur le définit, c'est-à-dire un horaire inférieur à la durée légale puisque le travailleur reste à la disposition de son employeur et subit parfois des contraintes horaires plus importantes encore que celles des travailleurs sous CDI. La seule différence avec le CDI réside finalement, dans cette hypothèse, dans le moindre salaire que reçoit le travailleur à temps partiel.

Cette segmentation entre temps partiel choisi et subi permet difficilement d'aborder de manière homogène l'amélioration de la protection des travailleurs. Cependant deux axes se dégagent :

le renforcement de la protection de la liberté de choix des travailleurs, initialement (lors du

²¹ Le pourcentage chute à 9% et 8% lorsqu'elles travaillent respectivement à temps complet et à temps partiel accepté.

²² L'article L.212-4-2 du code du travail précisait qu'est temps partiel toute durée de travail inférieur à un cinquième de la durée légale. Or la loi sur les 35 heures, visant dans ses dispositions sur le temps partiel à se mettre en conformité avec la directive européenne du 15 décembre 1997, a posé une nouvelle définition : est salarié à temps partiel, tout salarié dont l'horaire de travail est inférieur à un temps plein. Il faut signaler que cette loi réintroduit également le travail intermittent, que la loi quinquennale de 1993 avait intégré dans le temps partiel annualisé. Le travail intermittent se retrouve essentiellement dans les services et dans l'agriculture où il répond à la saisonnalité de l'activité. Dans les grands magasins par exemple il permet de gérer les périodes d'affluence et les diminutions temporaires du personnel permanent (congrés). Cette forme particulière d'emploi pose les mêmes problèmes que le temps partiel, même si l'amplitude des périodes travaillées et non travaillées est plus grande : c'est une forme souvent subie avec de surcroît, dans les cas d'amplitude très importante (par exemple l'agriculture), la nécessité pour le travailleur de trouver des activités complémentaires. La loi sur les 35 heures, en limitant le recours à de tels contrats à des secteurs connaissant *par nature* une alternance de périodes travaillées et non travaillées, tels que le tourisme ou le secteur agricole, remet en cause la pratique en cours dans les grands magasins. La protection contre une subordination équivalente au CDI sans bénéfice des avantages afférents pourrait provenir de l'obligation faite à l'employeur de fixer les périodes au cours desquelles il pourra être fait appel au salarié, et l'imposition d'un délai de prévenance d'une semaine, avec faculté de refus du salarié.

recrutement) et du passage du temps plein au temps partiel, et inversement l'organisation d'une certaine fluidité entre ces deux formes.

le renforcement de l'égalité des droits vis-à-vis des salariés à temps plein. Cette égalité déjà prévue à l'article L.212-4-2 al 9 doit devenir une égalité réelle, notamment en matière de droits collectifs (institution représentative du personnel, éligibilité, exercice de la liberté syndicale).

1-4 - Le multi-salariat

Le travail à temps partiel peut aussi revêtir une autre forme lorsque le salarié cumule différents employeurs et donc plusieurs contrats de travail. Si la situation la plus simple est celle où l'individu a deux contrats à temps partiel avec deux employeurs différents, le nombre de contrats (et donc d'employeurs) peut être pour certains, beaucoup plus important (c'est le cas pour certains formateurs par exemple, qui travaillent pour différentes institutions). Cette forme de pluri-activité est dénommée multi-salariat et défini, selon Mme Hostalier, ancien ministre et auteur d'un rapport sur le multi-salariat (1994) comme "le fait pour une même personne de partager simultanément son temps entre plusieurs entreprises utilisatrices (Y) auxquelles elle est liée par un contrat de travail". Le multisalariat se présente donc juridiquement comme un ensemble de contrats à temps partiel. Le travailleur a plusieurs employeurs entre lesquels il n'existe normalement pas de lien juridique ni même, souvent, aucun lien du tout. Cette pluriactivité se réalise ainsi dans la plupart des cas sans aucune concertation. Le salarié gère l'organisation de sa relation de travail *fractionnée* et le droit n'offre pas de cadre global d'organisation prenant en compte la spécificité de cette relation pluripartite mais non intermédiée.

Il n'existe pas de statistiques globales sur le multi-salariat mais le nombre de personnes cumulant plusieurs emplois semble en augmentation. "Dans le nettoyage, après enquête auprès de 924 employés du secteur, les médecins du travail se sont aperçus que 31% des personnes interrogées avaient deux employeurs (Libération, 26/01/98). La direction du Travail et de l'Emploi de l'Île de France confirme cette tendance, particulièrement dans les secteurs du nettoyage, gardiennage et soins de santé privés.

Les situations de multi-salariat posent différentes questions liées à la gestion des contrats de travail à temps partiel. Le salarié doit gérer le cumul des différents contrats de travail, ses horaires de travail et ses plans de charge ; il subit une forte incertitude en matière de renouvellement de ses contrats de travail dans la mesure où l'aléa de l'activité est directement reporté sur son emploi. Le caractère partiel de ses contrats peut l'amener à se comporter comme un indépendant, à la différence qu'il ne peut refuser de travail.

En ce qui concerne l'organisation et la gestion du temps de travail, le salarié doit veiller aux respects des prescriptions légales en matière de durée du travail, pour ne pas dépasser la durée maximale. Cette tâche est rendue difficile par une gestion nécessairement (sans concertation) unilatérale de l'employeur qui ne prend donc en compte que les besoins productifs dans son entreprise. Cette situation est particulièrement délicate vis-à-vis de la gestion des heures supplémentaires. L'absence de concertation conduit souvent, sur la base d'un temps partiel envisagé bilatéralement (un employeur et son salarié) à un dépassement de son contingentement, le contrôle étant rendue impossible par la multiplicité des employeurs. Si l'employeur fait respecter les prescriptions légales dans son entreprise, il n'est pas sûr que, considérée dans son intégralité, la relation pluriactive non concertée ne conduise pas à une somme de contrats quasi temps plein.

Les conséquences sont lourdes en matière de respect des prescriptions sur les délais de récupération, sur les congés et finalement sur l'ensemble des conditions de travail (hygiène et sécurité par exemple), la multiplication des contrats pesant sur la capacité du travailleur à se conformer aux dispositifs protecteurs.

Ces situations, comme celles où des contrats successifs sont conclus avec un ou plusieurs employeurs posent aussi problème en matière de protection sociale, d'ouverture aux allocations pour perte d'emploi et de l'accès à la formation professionnelle continue. L'absence de concertation entraîne l'absence ou la plus difficile proratisation et calculs de cotisations patronales. De même en matière de risque perte d'emploi, l'incidence est forte. Quelle sera l'indemnisation par les Assedic en cas de rupture d'un des contrats ? Les Assedic se dirigent lentement vers une indemnisation de la perte d'un des temps partiel quand celui-ci représentait une part importante du temps travaillé, même si le travailleur conserve ses autres contrats.

En matière de couverture conventionnelle le travailleur peut se voir appliquer plusieurs conventions collectives si ses contrats à temps partiel concernent des emplois situés dans différentes branches d'activité. Quelle doit être l'articulation pertinente dans ces situations : une convention collective unique ? La plus protectrice ? Là encore, l'absence de concertation conduit dans les faits à une sous protection et on peut parfois considérer que, dans la construction de leur parcours professionnel solitaire (parfois choisi, parfois subi), les individus subissent sinon le risque de l'entreprise, du moins celui de leur propre emploi.

Une nuance doit probablement être apportée selon le niveau de qualification des multi-salariés. Pour les hauts niveaux de qualification (cadre par exemple), le multi-salariat est synonyme d'élargissement du domaine de compétence, de diversification des activités, d'enrichissement et d'épanouissement, d'organisation d'une carrière professionnelle. Pour les faibles niveaux de qualification (opérateurs et employés d'exécution par exemple), le multi-salariat prend plutôt la forme de contraintes et de difficultés supplémentaires qu'il faut accepter pour percevoir un revenu décent. Selon les cas, le sentiment de subir le risque de l'emploi est perçu différemment. Le paramètre de la durée de la relation, qui fonde les institutions de stabilité de l'emploi, apparaît à cet égard comme déterminant.

Pour les hauts niveaux de qualification, la stratégie des employeurs est la *mise à disposition de compétences* pour l'entreprise qui ne peut se permettre une embauche à temps plein. Cette logique concerne surtout les petites et moyennes entreprises dont l'intérêt est de pouvoir disposer d'un *salarié intégré* à la collectivité de travail mais à temps partiel. Cette forme peut être organisée et concertée à l'initiative des travailleurs et/ou des employeurs pour le salarié cadre. Cette hypothèse peut présenter l'avantage de la *diversification*, et parfois de la *complémentarité* des activités. En revanche pour les seconds, les pluricatifs à faible qualification, le multisalariat est presque toujours subi, non concerté et non organisé. C'est pour cette forme de pluriactivité que les problèmes de protection sont les plus importants. L'objectif pour le travailleur est de tenter de reconstituer un emploi à temps plein ou plus, et le respect des prescriptions en matière de durée du travail est rarement réalisé. De surcroît, la pluralité des contrats partiels ne repose pas sur une complémentarité des activités, sur la mise en action de la même compétence. Si l'activité est parfois la même dans les deux entreprises (par exemple livreur de pizza dans deux entreprises de vente livrée), le travailleur doit dans certains cas, pour reconstituer un emploi lui assurant un revenu d'existence suffisant, cumuler des emplois sans aucun rapport entre eux en termes d'objet (par exemple livraison et nettoyage). Si le respect des prescriptions légales est aléatoire, le risque de l'emploi est encore plus fort, supporté intégralement par le travailleur, qui ne cesse de rechercher de nouveaux contrats. La situation est donc tout à fait différente et le traitement également.

La question est de savoir s'il faut un régime juridique global, une insertion du travailleur dans un dispositif légal unique organisant la pluriactivité.

Dans un cas, le respect de la volonté des parties ou de l'absence de volonté des parties conduit à un traitement différencié, partiel : la concertation est facultative et à la discrétion de l'employeur. La pluriactivité se présente comme un nœud de contrats sans lien entre eux, sans concertation et sans proratisation. Le droit n'a pas de regard sur l'architecture globale de la relation de travail et sur les contrats distincts. L'autre angle est celui d'une vision homogène et globale, dans un objectif possible d'amélioration de la protection du travailleur ou de sa relation de travail. Le travailleur est alors inséré dans une logique véritable de partage de son temps de travail entre plusieurs employeurs. Mais cette vision doit être précisée au regard des situations que recouvre le multisalariat. Les critères de distinction tournent autour des motifs de recours, de la stratégie des acteurs concernés et du niveau de qualification des travailleurs.

La question centrale tourne donc autour de la prise en compte ou non du nœud de contrats dans sa globalité pour définir des règles permettant une pluriactivité concertée. Or, cette logique est difficile à appliquer à des travailleurs dont la pluriactivité n'est pas synonyme de stabilité mais de précarité et de rotation rapide des emplois. La concertation a en effet peu de sens entre des employeurs d'activités différentes et surtout dont la logique ne réside pas dans le recours à une main-d'œuvre qualifiée. Et dans le cas où les employeurs ont des activités identiques, la pluriactivité concertée risque de se heurter à la concurrence qui s'exerce entre les entreprises.

La concertation ou l'organisation de la pluriactivité conduit peu ou prou à une intermédiation de la relation de travail. Quelle doit être la nature de cette intermédiation ? Trois possibilités peuvent être envisagées :

Un intermédiaire matérialisé comme dans le groupement d'employeurs qui centralise la gestion des aspects administratifs et sociaux de la main-d'œuvre utilisée par les différentes entreprises (paie, formation, organisation de la pluriactivité).

Un tiers (sans lien avec les entreprises) qui centralise et permet la coordination des différentes activités ou du moins assure la proratisation et le partage des cotisations patronales, la constitution des droits à la retraite et gère les aspects administratifs (guichet unique autour du temps partagé, mis en place par l'administration du travail ou un centre social auquel le travailleur confie cette charge de gestion).

Un des employeurs, qui cumulerait la qualité d'employeur et d'organisateur de la relation pluriactive pour permettre de donner plus de cohérence à la relation de travail (par exemple l'entreprise où le travailleur effectue la plus grosse partie de son activité). Dans cette hypothèse, il est facile d'imaginer la réticence des employeurs à cette solution qui tendrait à transférer du même coup la responsabilité du respect des prescriptions en matière de durée du travail et plus généralement des conditions de travail.

Ces trois possibilités doivent être envisagées à la lumière de la stratégie des acteurs. En effet, contrairement au groupement d'employeurs qui est une initiative des employeurs pour organiser le partage du temps d'un travailleur et de ses compétences, le multisalariat est souvent à l'initiative du travailleur, même s'il est subi, pour trouver différents employeurs et organiser son temps de travail réparti. Faut-il dans cette hypothèse un intermédiaire ? Celui-ci constitue-t-il un facteur de rigidité ou

²³ L'analyse des groupements d'employeur s'effectuera dans la deuxième partie réservée aux relations intermédiées.

la condition d'une meilleure protection ? La solution d'un guichet unique est une voie médiane mais ne couvrirait pas tous les aspects du rapport d'emploi. Cette solution resterait à l'initiative du travailleur concerné par la pluriactivité. Or pour aboutir à une meilleure coordination et concertation, le rôle des employeurs est primordial et ceux-ci ne sont pas forcément enclins à entrer dans une démarche de concertation et de coordination. Il n'est donc pas aisé de trouver une solution au dilemme protection/flexibilité.

Les propositions de loi sur le multisalariat ou le * travail à temps partagé + optent pour une certaine vision du multisalariat : la proposition de loi du Sénateur André Jourdain déposée en avril 1998 propose une concertation minimale des activités du multisalarié et se penche sur le temps partagé dans une logique de compétence. Il ne s'agit donc pas d'une proposition visant à appréhender toutes les hypothèses de multisalariat et notamment les hypothèses de multisalariat subi, concernant des travailleurs peu qualifiés, provoquée par l'impossibilité de trouver un emploi à temps plein suffisamment rémunérateur. Le projet vise le partage des compétences d'un travailleur par des PME qui ne peuvent fournir un travail à temps complet au salarié. Il concerne donc en priorité les cadres. Il est défini comme * l'exercice par un salarié pour le compte de plusieurs employeurs de sa ou de ses compétences professionnelles dans le respect des dispositions applicables sur la durée du travail +. La concertation repose sur les spécifications du contrat passé avec une entreprise, écrit, qui doit mentionner la durée, la qualification, les éléments de rémunération, la convention collective appliquée mais aussi la durée hebdomadaire de travail, la répartition entre les entreprises et les modalités de modification du contrat (la liste des contrats en cours est intégrée au contrat). L'initiative reste celle du salarié qui doit s'engager par exemple à respecter les durées maximales de travail. Les partenaires sociaux doivent engager une concertation pour prendre en compte les spécificités du multisalariat et en faciliter le développement (adaptation de la protection sociale, de l'assurance chômage et des conventions collectives).

Ce souci de concertation est présent également dans le projet de loi sur les 35 heures qui propose une modification de l'article L. 223-7 du code du travail sur les congés payés : l'employeur ne devra plus seulement prendre en compte, pour déterminer l'ordre des départs, la situation familiale, etc, mais encore l'activité du travailleur dans plusieurs entreprises.

1-5 - Le travail à domicile

Le travail à domicile constitue une autre forme particulière d'emploi qui porte intrinsèquement le risque d'un amoindrissement des protections sociales inhérentes à une véritable relation salariale (durée du travail, hygiène et sécurité, etc.). Il se définit communément comme le travail loin du centre de production, au domicile du travailleur. Il trouve ses origines dans le développement du travail à façon, travail à domicile portant sur une activité de *transformations de matières premières* (très développé dans le textile au 19^e siècle). Il apparaît aujourd'hui sous plusieurs formes. Il y a tout d'abord la forme traditionnelle, résurgence des temps anciens où le "marchand" faisait exécuter différents travaux à domicile par des personnes peu qualifiées. Il y a ensuite le travail à domicile, consécutif au développement des nouvelles technologies de la communication. Sous la terminologie de "télétravail", il désigne les emplois relativement qualifiés exercés hors des bureaux et des ateliers. Le travail à domicile peut être analysé comme une extension du champ de la subordination à la sphère privée, au sens où il mêle de façon inextricable le temps de travail salarié au temps libre (Supiot, p. 122). Outre les risques de désocialisation dont il est porteur, il laisse le champ libre à la non application de toutes les prescriptions du droit du travail.

²⁴ "Il en est de même de la pratique des "astreintes" (travail au sifflet : *on call*) qui mettent à mal la définition traditionnelle du temps de travail." (Supiot, 1999, p. 122).

L'isolement du travailleur par rapport à une collectivité de travail caractérisée par l'unicité de lieu et la présence physique de l'employeur (exercice du pouvoir de direction, du pouvoir disciplinaire) ainsi que la détermination des horaires de travail, a un certain nombre de répercussions sur les caractéristiques de l'emploi et le niveau de protection des travailleurs concernés : difficultés à définir un temps de travail effectif, les horaires de travail et les congés, difficultés liées à un lien de subordination distendu et une représentation collective du travailleur quasi inexistante.

La volonté d'assurer le maximum de protection à ces travailleurs a conduit à les faire bénéficier du statut de salarié. En effet les travailleurs à domicile bénéficient des dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés (article L 721-6 CT) sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il existe entre eux et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique. La loi fixe des conditions précises pour qu'un professionnel puisse se prévaloir du statut de travailleur à domicile et donc de salarié (article L. 721-1 CT). Celui-ci doit accomplir un travail pour le compte d'un ou plusieurs établissements, percevoir une rémunération forfaitaire, travailler seul ou avec son conjoint, enfants ou éventuellement un auxiliaire, à son domicile, c'est-à-dire en dehors de l'établissement pour lequel le travail est accompli. Il faut noter que la frontière est difficile à tracer avec l'artisanat réalisé sous la forme de travail indépendant. Pour un même travail, dans des conditions quasi identiques, un statut différent en termes de protection peut trouver à s'appliquer : statut de travailleur indépendant en cas d'inscription au registre du commerce ou au répertoire des métiers, statut de salarié si le travailleur est placé dans les conditions du travail à domicile. Or la qualification de travailleur à domicile entraîne tant l'application du droit du travail que l'affiliation au régime général de la sécurité sociale (article L.311-3, 1° du code de la Sécurité Sociale).

Le statut de travailleur salarié constitue une protection particulière pour le travailleur à domicile qui en bénéficie : il bénéficie notamment de la protection de droit commun contre les accidents du travail (article L.421-2 CSS), du droit à l'intéressement et à la participation, du financement de la formation professionnelle continue (aux conditions fixées à l'article R.950-1 al. 2 CT). En outre les travailleurs à domicile sont électeurs dans l'entreprise, puisqu'ils sont titulaires d'un contrat de travail. Ils bénéficient normalement des conventions collectives liant le donneur d'ouvrage, mais aussi de la représentation par les syndicats professionnels de la branche d'activité où se pratique le travail à domicile. Ceux-ci peuvent exercer une action civile fondée sur l'observation des dispositions applicables aux travailleurs à domicile (article L.721-19 CT), sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, à condition qu'il soit informé et ne s'y oppose pas.

La constitution d'un statut protecteur du travailleur à domicile s'est fondée sur un travail consistant essentiellement en la transformation de matières premières : activité physique sur de la matière. Or les récentes évolutions bouleversent ce schéma initial : multiplication des hypothèses d'activités intellectuelles exercées à domicile (traducteurs à domicile, maquettistes, dessinateurs, Y) et canaux de transmission du travail (informatique et télécommunications). On aboutit donc à une double dématérialisation, du support du travail et de sa transmission. Ces formes particulières de travail à domicile sont qualifiées de télétravail. Leur essor est lié à l'intérêt qu'y trouvent travailleurs et employeurs (économie de temps de transport pour le travailleur, baisse des charges fixes liées à l'allocation de bureaux ou la restauration d'entreprise pour l'employeur) et au niveau technique, au développement des autoroutes de l'information. Le télétravail est défini plus précisément comme celui qui est exercé à distance, à l'aide de l'outil informatique, le donneur d'ordre ne pouvant physiquement surveiller l'exécution de la prestation de travail (par exemple la recherche documentaire sur ordinateur à domicile, le service juridique, ou même le traitement de textes ou de fichiers). Ces activités ne font pas l'objet d'un traitement juridique spécifique. Le travailleur

²⁵ T. Breton, rapport officiel, 1994

indépendant oscille donc entre la qualité de travailleur indépendant en cas d'inscription au registre du commerce ou au répertoire des métiers et la qualité de travailleur à domicile telle qu'elle résulte de l'article L. 721-6 CT, c'est-à-dire le bénéfice des dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés. Ce choix peut être dicté par le donneur d'ordre, avec pour enjeu le niveau de protection conféré au travailleur. Le télétravail est sujet aux mêmes risques de manque de protection que le travail à domicile classique : isolement du travailleur vis-à-vis de la collectivité du travail considérée comme le gage d'un respect plus effectif des conditions d'emploi, d'hygiène et de sécurité, d'exercice de la liberté syndicale et d'accès à la justice. Ce risque de sous protection effective existe du reste, quand bien même le travailleur remplirait les conditions pour bénéficier du statut protecteur de travailleur à domicile (salarié assimilé).

Il semblerait que l'amélioration de la situation de ces travailleurs puisse provenir d'un double mouvement :

une protection renouvelée de la liberté de choix du travailleur entre le statut d'indépendant et de travailleur à domicile soumis au droit du travail, quand ce choix n'est pas dicté par le juge au regard des conditions d'exécution de son travail (Cass. Soc. 19 juillet 1988). Ce choix ne doit pas être dicté par la seule volonté du donneur d'ordre.

le respect d'une certaine fluidité ou réversibilité entre le travail à domicile et le travail sur le site de l'entreprise. Le travailleur doit pouvoir passer d'une forme à une autre et bénéficier ainsi à un moment ou à un autre des avantages liés à l'intégration physique du travailleur dans le cadre de l'entreprise. Au delà de cette fluidité préconisée, la présence physique du travailleur sur le lieu de l'entreprise, par le biais de formations et de réunions ponctuelles, peut aussi permettre au travailleur de prendre connaissance de ses droits (liberté syndicale par exemple) et de les exercer.

1-6 - Le travail dissimulé

Une autre forme d'emploi qui peut être considérée comme une forme particulière d'emploi est le travail dissimulé. D'un point de vue socio-économique, les travaux de recherche concernant cette catégorie de travail sont relativement peu nombreux. On sait que le travail dissimulé touche particulièrement la main-d'œuvre peu qualifiée, souvent d'origine étrangère et qu'il est plus important dans les secteurs ayant recours à ce type de main-d'œuvre. Les secteurs les plus délinquants sont, selon la mission ministérielle pour la lutte contre l'emploi clandestin (1994), le bâtiment et travaux publics avec 27% des infractions, le commerce avec 18% et les hôtels-cafés-restaurants avec 15%. L'utilisation d'une main-d'œuvre dissimulée répond, de la part des employeurs, à une logique d'éviction des obligations légales en matière d'emploi, souvent associée à une logique de moindre coût et (particulièrement lorsqu'il s'agit de travailleurs étrangers en situation irrégulière) d'exploitation d'une main-d'œuvre corvéable.

D'un point de vue statistique, les raisons sont évidentes, pour lesquelles il est difficile de mesurer le travail dissimulé. En 1994, il était estimé à environ 130 milliards de perte de recette pour le fisc et les organismes sociaux. Concernant la protection des travailleurs, il va de soi que les travailleurs dissimulés échappent à tout système de protection. C'est la raison pour laquelle, les rapports officiels et projets de loi accumulent les propositions de façon d'une part à responsabiliser les employeurs et d'autre part, à rendre plus efficace l'action des services de contrôle.

Depuis la loi de 1991, par exemple, sur la lutte contre le travail clandestin dans le bâtiment, toutes les entreprises impliquées dans un processus de production signent une déclaration sur l'honneur assurant que l'entreprise n'a pas recours à du travail clandestin. Mais cette déclaration est de pure forme. Si ce document est exigé lors de la passation de marchés par les partenaires de l'entreprise, chacun d'eux signe une déclaration sur l'honneur pour se couvrir sans avoir les moyens où la volonté de vérifier la réalité de la déclaration.

Ainsi, d'un point de vue juridique, le travail clandestin a fait l'objet de nombreuses analyses dont

l'objectif est essentiellement de rechercher les moyens de lutter contre cette pratique. Ceci est directement lié à la façon d'appréhender la question de la protection des travailleurs. En effet, l'absence de protection du travailleur peut provenir de l'absence d'existence juridique en tant que travailleur salarié, là où les critères du travail subordonné trouveraient à s'appliquer, ou en tant que travailleur tout court. L'analyse des défauts de protection ne résulte donc pas ici d'une approche en termes de lacunes d'une * condition + juridique donnée (travail subordonné, travail indépendant), d'une configuration de travail atypique que le droit peine à appréhender ou de stratégie délibérée des acteurs visant à l'application d'un régime différent de celui qui résulterait de critères factuels. Elle résulte d'une dissimulation du travail lui-même.

La prévention du travail dissimulé entre dans le cadre de la lutte contre le travail illégal qui regroupe au sens du décret du 11 mars 1997 * la prévention et la répression du travail dissimulé, de l'emploi non déclaré, de l'introduction et de l'emploi illicites de main-d'œuvre étrangère, du marchandage, du prêt illicite de main-d'œuvre, du cumul d'emplois, du placement payant et du cumul irrégulier de revenus de remplacement avec les revenus d'un emploi +.

La prévention du travail dissimulé vise autant la protection du travailleur pris individuellement que la protection des travailleurs pris collectivement. Intervient l'idée de la défense d'un ordre public du travail. Celui-ci justifie une protection du travailleur contre lui-même. Ainsi la prévention du travail dissimulé recouvre le travail effectué par des personnes physiques ou morales sans immatriculation et sans déclaration auprès des organismes sociaux aussi bien que le fait de l'employeur. Dans cette deuxième catégorie, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur de se soustraire à ses obligations sociales. Relèvent de cette qualification, au titre de la procéduralisation du droit, les déclarations de mouvements de main-d'œuvre et les déclarations nominatives effectuées par l'employeur aux organismes de protection sociale. L'absence de bulletin de paie et de registre du personnel constituent le délit de travail clandestin (Cass. Crim 27 septembre 1994).

L'outil principal envisagé ici pour aboutir à la protection des travailleurs par application d'un statut du travail (travail salarié le plus souvent quand le délit provient du fait de l'employeur) est la sanction pénale des comportements visant à éluder l'application du droit. Mais d'autres outils existent, complémentaires de la sanction pénale. La sanction pénale constitue une menace et une sanction. La qualification et la solidarité permettent de donner au travailleur la protection dont il était privée. La qualification ou requalification permettent de donner à la situation factuelle sa véritable qualification juridique. Ainsi la sanction pénale s'accompagne souvent d'une qualification (ou le contraire) par le juge de travail salarié, l'employeur de fait devenant employeur de droit. Cette qualification entraîne le paiement pour la période antérieure et à venir des impôts, cotisations, salaires et autres charges afférentes à l'activité du travailleur subordonné.

En outre, les partenaires de l'entreprise qui a utilisé du travail dissimulé peuvent également être mis à contribution. Dans le cadre de l'article L.324-14 l'absence de vérification et d'information demandées à ses cocontractants concernant le statut de la main-d'œuvre employée peuvent entraîner

²⁶ Il faut noter que la jurisprudence qualifie parfois de travail clandestin, une relation de travail, définie contractuellement comme une relation de sous-traitance et qui est en réalité une relation de subordination (Crim. 10 mars 1998). La qualification de travail clandestin ou dissimulé permet ici au juge d'envisager une sanction pénale. Dans cette hypothèse, ce n'est pas le travail lui-même qui est dissimulé mais sa véritable nature (subordonnée) ; le délit porte moins sur l'erreur, intentionnelle ou non, de qualification que sur ses conséquences, c'est-à-dire en l'espèce le non respect des déclarations et formalités relatives à l'emploi de main-d'œuvre salariée. Nous envisagerons l'hypothèse dans les développements concernant les travailleurs ne bénéficiant d'aucune couverture légale.

la solidarité entre les parties ou même une substitution pour le paiement des rémunérations et charges relatives à l'emploi de salariés.

A ce sujet, il semble que l'amélioration de la protection des travailleurs pourrait provenir d'une obligation renforcée de transparence entre partenaires économiques et de contrôles croisés. Cette obligation pourrait s'inscrire dans les processus de certification qualité, la responsabilité engagée par tous les maillons d'une chaîne productive, en cas de non respect des dispositions légales impératives sur le statut de la main-d'œuvre, étant susceptible de constituer un gage de respect de ces règles et un cercle vertueux de l'emploi.

2 - Le travail indépendant

Le travail indépendant constitue une autre forme d'exercice de l'activité de travail. L'analyse que nous en proposons ici concerne le travail indépendant inscrit dans une relation bilatérale, c'est-à-dire non intermédiée. Elle met en relation un "indépendant" (artisan, commerçant, profession libérale...) et un client, le premier vendant au second un bien ou un service. L'objet de la relation n'est donc pas directement le travail, mais le résultat du travail. Statistiquement, les indépendants sont inclus dans la catégorie des non salariés. Les non salariés qui représentaient la moitié de la population active au début du siècle étaient au nombre de 3 612 000 en 1977 (soit 17% de la population active occupée) et ne sont plus que 2 863 000 en 1997 (équivalent 13%).

Tableau 6 : Répartition des salariés et non salariés en pourcentage de la population active occupée

	1970	1980	1990	1998
Salariés	76.3	84.2	87	86.7
non salariés	23.7	15.8	13	13.3

Source : INSEE. La France en bref. (www.insee.fr)

Hors agriculture, ils sont répartis de la façon suivante :

Tableau 7 : Les non salariés (hors agriculture) en 1988 et 1997

	Indépendants	Employeurs	Aides familiaux	Total
1988	977 198 (45.3%)	874 314 (40.5%)	306 719 (14.2%)	2 158 231 (100%)
1997	961 816 (45%)	950 134 (44.5%)	223 907 (10.5%)	2 135 857 (100%)
Evolution	- 15 382 (- 1.6%)	+ 75 820 (8.7%)	- 82 812 (-27%)	- 22 374 (- 1%)

Source : Enquête emploi de mars 1988 et mars 1997 - INSEE

On note une diminution des aides familiaux en faveur des employeurs, le nombre d'indépendants restant relativement stable. La tendance générale n'est donc pas à l'augmentation du travail indépendant mais à sa stabilisation par rapport à l'emploi total.

*Cette stabilité relative recouvre d'importantes évolutions qualitatives : le travail indépendant croît

dans le secteur des services (et d'abord des services aux entreprises qui externalisent ainsi certaines de leurs fonctions) tandis que le nombre d'exploitants agricoles continue de décroître.

Là où il se développe, le travail indépendant peut correspondre aux deux stratégies différentes de dévalorisation ou de valorisation du travail :

de dévalorisation là où le recours au travail indépendant sert à expulser hors du droit du travail des travailleurs souvent peu qualifiés et en situation de précarité ; le travail indépendant apparaît alors comme une forme, éventuellement frauduleuse, de déréglementation, un simple moyen pour l'utilisateur de cette main-d'œuvre indépendante d'échapper aux contraintes qui pèsent sur les entreprises concurrentes (notamment en matière de financement de la protection sociale)

de valorisation là où le recours au travail indépendant libère les capacités d'innovation et d'adaptation de travailleurs réellement autonomes et souvent hautement qualifiés. Cette face heureuse de l'auto-emploi donne une vue idéale du travail postfordiste : flexible en termes de temps, de lieu, de type de services et de coûts, il répond aux besoins des secteurs économiques les plus avancés, dans lesquels l'exigence d'innovation et de qualité oblige à compter d'abord sur la qualité et la créativité des hommes.+ (Supiot, 1999, p. 30).

Ajoutons en outre que pour des raisons autres que des raisons de dévalorisation du travail, beaucoup des non salariés, qu'ils soient avocats, médecins ou commerçants, ne disposent que d'une indépendance toute théorique. Leur subordination de plus en plus étroite dans des réseaux de franchisés ou des cabinets de professions libérales les transforme, dans une certaine mesure, en quasi-salariés. Nous envisagerons ces situations dans la partie suivante, en examinant l'indépendance subie et plus généralement le travail indépendant, en situation de dépendance économique ou autre. Pour le moment et dans cette partie, nous considérerons ceux que l'on peut qualifier de "vrais indépendants" et nous examinerons les questions qui se posent en matière de protection de ces travailleurs.

Statistiquement, les indépendants sont au nombre de 961 816 en 1997, soit 3.7% de la population active occupée mais il est difficile, dans ce chiffre, de distinguer les "vrais" indépendants des * faux + indépendants. Ceci s'explique par le fait que les catégories statistiques sont en la matière, basées sur les représentations juridiques des situations de travail et que celles-ci ne sont pas complètement conformes aux réalités sociales fortement hétérogènes. En outre, la notion de travail indépendant est imprécise, en partie parce qu'elle a été définie en opposition au travail salarié. Le travailleur indépendant est au départ un non salarié, non subordonné. Si des critères ont progressivement été plus précisément définis (propriété des instruments de travail, profit et prise de risque personnel, choix et propriété de la clientèle, absence de contrôle de la part du client...), l'opposition conceptuelle entre travail salarié et travail non salarié demeure toujours peu claire (Lyon-Caen, 1990). En outre, *si le professeur Lyon-Caen peut émettre l'hypothèse de l'existence d'un droit du travail non salarié, commun aux travailleurs indépendants, en dépit de leur diversité, pouvant permettre l'encadrement de certains contrats, l'instauration d'une capacité de négociation collective, la responsabilisation du contractant dominant, cette hypothèse ne semble pas concerner les conditions même de la prestation de travail : le temps de travail et sa durée, les conditions de travail, la protection de l'intégrité de la personne physique, c'est-à-dire la prévention de la santé et de la sécurité au travail, l'indemnisation des risques professionnels+ (Chaumette, 1998).

²⁷ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Paris, 1990, n° 1, p.1.

²⁸ Chaumette Patrick (1998). *Les risques professionnels des travailleurs indépendants*, in *Le travail en perspective*, sous la direction de Supiot, *Droit et société*, LGDJ, n°22, Paris, 1998.

Les enjeux de la définition et de la délimitation rigoureuse du travail indépendant sont indubitablement liés aux transformations que l'on observe sur le marché du travail et dont nous avons souligné les principales caractéristiques au regard du travail subordonné. Face aux contraintes de flexibilité, de productivité et de compétitivité, les entreprises expriment le besoin de "travail subordonné plus autonome". Poussant la logique jusqu'au bout, les discours libéraux sur "l'entrepreneur de soi" mettent en avant le modèle d'indépendance. Ce modèle concerne l'indépendance choisie (par opposition à l'indépendance subie) et renvoie surtout au type de professionnel libéral non réglementé. Mais il va aussi plus loin car il tend à intégrer le salarié engagé en raison de ses compétences, dont le travail est défini en fonction d'objectifs à atteindre et qui jouit d'une grande autonomie dans son travail, pour proposer un nouveau modèle de travail alternatif au salariat fondé sur la liberté et la responsabilité.

Si le travail indépendant est l'autre grand pôle juridique de la caractérisation des situations de travail, il ressort dans notre optique, de la description d'une * condition + juridique donnée et d'un schéma bilatéral d'analyse. Le travail indépendant est perçu par les critères de l'indépendance qui permettent la qualification de travail indépendant. Cette qualité de travail indépendant présente certaines spécificités en termes de protection ou de manque de protection qui peuvent être analysées. La recherche de solutions à ce manque de protection conduit à s'interroger sur les stratégies d'acteurs, comme les montages juridiques permettant d'éviter le statut d'indépendant.

Il apparaît donc que les enjeux attachés à l'organisation et à la réglementation du travail indépendant dépassent largement la seule question de l'indépendance de l'activité professionnelle : ils sont au cœur du rapport de force qui oppose historiquement les travailleurs aux entreprises et au cœur de la recomposition actuelle du marché du travail. Les réponses qui seront apportées non seulement seront déterminantes en ce qui concerne le statut de la personne au travail (indépendant ou non) et en matière de droits sociaux, mais également seront révélatrices des choix opérés en direction ou non d'une "société post-salariale".

* Les activités exercées à titre indépendant sont souvent énumérées par les dispositions légales ou réglementaires (activités agricoles, artisanales, commerciales, professions libérales...) mais ne font pas l'objet de critères précis permettant de les identifier. Cette définition par type d'activité est peu satisfaisante car outre son manque de précision elle s'accommode mal de la jurisprudence relative au contrat de travail selon laquelle aucune activité n'est exclusive par nature de l'existence d'un contrat de travail (Cass. Soc. 12 mai 1965, Bull. IV, n° 371, page 309). En pratique, l'activité sera prouvée négativement devant les tribunaux par l'utilisation de critères directement issus de la jurisprudence relative au contrat de travail.

Globalement, si l'on se réfère aux définitions générales du contrat d'entreprise fournies par les tribunaux, on peut conclure que ce dernier a pour objet de fournir, moyennant rémunération, un

²⁹ * contrat par lequel une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage+ (Cass. Civ. 19 février 1968, Bull. I, n° 68, page 54), * contrat par lequel un employeur offre à son cocontractant un travail ou un service réalisé par son propre personnel qui reste placé sous sa direction ou sa responsabilité; il a pour objet l'exécution d'une tâche objective, définie avec précision, habituellement rémunérée de façon forfaitaire+ (Cass. Crim. 23 juin 1987, Bull. Crim. n° 263, page 713).

travail pour autrui réalisé en toute indépendance et avec des moyens propres. On retrouve donc deux critères du contrat de travail : la prestation et la rémunération, et un critère différent, le travail indépendant qui s'oppose au travail subordonné. La différence entre ces deux types de contrats repose essentiellement sur les conditions de réalisation de la prestation et non sur l'objet du contrat, la nature de l'activité ou le montant de la rémunération. + (Morin, 1999, p. 149-150). On trouvera l'étude successive de ces trois éléments dans ML Morin (1999), p. 149.

Au vu de la jurisprudence, aucun critère spécifique au contrat d'entreprise ne permet à lui seul de qualifier la convention valablement. Ceci s'explique en partie du fait de la structure du contentieux en matière de distinction du contrat d'entreprise et du contrat de travail, qui le plus souvent est introduit par un individu souhaitant voir établi le statut de salarié. Dès lors, il est logique de s'attacher à caractériser l'existence d'un contrat de travail et à définir négativement le contrat d'entreprise. Il faut noter que le tout récent projet de loi sur les 35 heures abroge l'article L.120-3 CT qui posait une présomption simple de non salariat en cas d'inscription du travailleur au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. Cet article, issu de la Loi Madelin du 11 février 1994, introduisait un critère formel, l'inscription, dans l'appréciation de la nature de la relation de travail, alors que les juges ont toujours montré une indifférence à la qualification donnée au contrat notamment dans un souci de protection. La législation du travail comporte en outre des dispositions d'ordre public (en matière d'hygiène et sécurité, de durée du travail) qui excluent que la qualification du contrat soit laissée à la seule volonté des parties. Mais la loi reconnaît elle-même la possibilité de reconnaître l'existence d'un contrat de travail pour les personnes bénéficiant de la présomption. De plus, la Cour de cassation a continué de faire prévaloir, après 1994, le principe de réalité, en affirmant que peu importe * la volonté exprimée par les parties ou la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, seules comptent les conditions dans lesquelles le travail est effectivement accompli + (Cass. 5 mai 1995). L'abrogation de cet article n'aura donc normalement pas de conséquences sensibles sur la manière de procéder des juges pour faire bénéficier un travailleur du statut social adéquat.

Les spécificités du travail indépendant reposent essentiellement sur l'endossement par le travailleur indépendant des risques liés à l'exécution de son travail et au risque d'emploi. Responsable concernant la bonne exécution de son travail, il a à charge le renouvellement des contrats d'entreprise à l'issue des réalisations et donc la recherche de nouveaux clients. Les enjeux de droit commun sont donc normalement la charge des risques, l'entrepreneur n'étant pas payé en cas de perte (article 1790), alors que le salarié n'a pas à les supporter. D'autre part le salarié jouit d'un privilège général et de garanties spéciales en cas de faillite de l'employeur et non l'entrepreneur. La loi du 11 février 1994 et certains autres dispositifs ont tenté de rapprocher les statuts sociaux de salarié et de travailleur indépendant (simplification et amélioration de la protection sociale des travailleurs indépendants, harmonisation de l'assiette des cotisations, possibilité de rachat des trimestres non validés d'assurance vieillesse, Y). Cependant demeurent deux hypothèses ou facteurs majeurs de sous protection : l'une est liée au risque d'entreprise et à l'aléa du marché, l'autre est liée

³⁰ Liaisons sociales, Contrat de travail et contrats voisins, Décembre 1994, page 54.

³¹ Liaisons sociales, Contrat de travail et contrats voisins, Décembre 1994, page 55.

³² * dans une matière d'ordre public telle que le droit du travail, il appartient aux juges d'interpréter les contrats unissant les parties afin de leur restituer leur véritable nature juridique, la seule volonté des intéressés étant impuissante à soustraire des travailleurs du statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche + Cass crim 29 octobre 1985.

au non rattachement durable et stable à une collectivité de travail.

Tout d'abord, le travailleur indépendant doit dégager une épargne suffisante pendant les périodes d'activité pour couvrir les périodes d'inactivité et lisser ses revenus, car il ne bénéficie pas d'une assurance chômage. Se développe la souscription d'assurances privées contre la perte de gains, mais celle-ci demeure marginale et ne constitue pas un droit. La création de véritables assurances collectives contre l'absence d'activité pour les indépendants pourrait être une solution mais de nombreux freins existent :

le fait de supporter personnellement le risque d'entreprise serait pour certains de l'essence du travail indépendant,

la difficulté à distinguer les revenus du travail et les revenus de l'entreprise.

A cette sous-protection s'ajoute le fait de ne pas appartenir à une collectivité de travail fixe et établie, celle-ci étant le gage de certaines protections dans l'emploi ; en matière d'emploi et de rémunération le travailleur indépendant, même lié durablement à une entreprise, ne peut bénéficier des droits liés à l'ancienneté. Concernant les conditions d'hygiène et de sécurité, il doit faire respecter celles-ci s'il est employeur. Mais, s'il est entrepreneur individuel sans personnel, entrepreneur de soi, le respect des conditions d'hygiène et de sécurité pour lui-même est aléatoire. Tout dépend du cadre de son activité. S'il est hautement intégré à une collectivité de travail, s'appliquent à lui les conditions de l'établissement, voire du site. Les protections liées à l'exécution d'un travail en un même lieu, ou d'un travail en commun constituent des garanties. Mais le constat est souvent celui d'une moindre protection (due à l'isolement) au regard du nombre d'accidents du travail et à l'exercice restreint de la liberté syndicale. La constitution de syndicats d'indépendants pour défendre les intérêts professionnels du groupement est possible puisque, rappelons-le, la condition de constitution d'un syndicat est la similitude des intérêts professionnels (article L. 411-2) et non le fait d'être salarié. Cette représentation collective permet de fédérer les intérêts des indépendants regroupés en secteurs d'activité, d'assurer leur défense et la constitution parfois de véritables statuts conventionnels, comme celui des agents d'assurance. Mais la qualité de travailleur subordonné, intégré à l'entreprise demeure tout de même, dans les hypothèses typiques (CDI, temps plein, grandes entreprises), la véritable garantie pour bénéficier des protections de l'emploi (information, garanties salariales, protection conventionnelle, couverture syndicale).

3 - L'indépendant en situation de dépendance économique ou d'une autre nature

Parmi les éléments qui permettent de caractériser la situation des indépendants, la dépendance économique (entendue comme opposée à la subordination juridique) est souvent évoquée pour mettre en cause la réalité de l'indépendance de la personne qui travaille. Or, ce n'est pas parce que l'activité professionnelle d'une personne dépend en totalité ou en quasi totalité des ordres qui lui sont fournis par une même entreprise qu'elle est subordonnée dans les conditions d'exécution de son travail. Le cas des salariés essaimés, qui au démarrage de leur activité, réalisent la majorité de leur chiffre d'affaires avec leur ancien employeur (devenu principal client) en constitue un exemple.

La notion de dépendance économique recouvre des situations multiples. Il peut s'agir d'une personne qui a opté pour le statut de travailleur non salarié (immatriculation au registre du commerce) mais qui n'exerce pas son activité professionnelle dans les conditions d'exercice précédemment envisagées (maintien d'un état de dépendance, juridique et/ou économique à l'égard d'un donneur d'ordre ou

d'un client déterminé). Il s'agit, dans ces situations de "faux travail indépendant". Il peut s'agir également d'une personne qui, compte tenu des conditions contractuelles de l'activité (exclusivité d'achat ou de vente), tire l'essentiel de ses revenus professionnels d'une autre. Cette situation est fréquente dans les réseaux de distribution (contrats de franchise, de concession exclusive, etc.). Il peut s'agir enfin de ce qu'on peut qualifier de situations intermédiaires, situation selon lesquelles une personne indépendante devient ponctuellement, à l'occasion de sa participation à une activité productive collective, subordonnée.

Deux distinctions s'imposent. La première distinction est celle entre dépendance économique et dépendance technique. La situation de dépendance économique concerne les hypothèses où le travailleur dépend économiquement d'un donneur d'ordre unique ; celle de dépendance technique témoigne de la nécessité du travailleur pour exécuter sa prestation d'avoir recours aux techniques et outils productifs du donneur d'ordre. La deuxième distinction, fondamentale, consiste à distinguer trois hypothèses de travail indépendant dépendant dont le niveau de protection est très variable :

le premier cas concerne un travailleur placé dans une situation d'indépendance juridique et de dépendance factuelle non transparente, non organisée par les parties, souvent subie par le travailleur et à l'initiative du donneur d'ordre. La dépendance n'est pas prise en compte ab initio par le droit. La volonté sous jacente du donneur d'ordre est le plus souvent une volonté d'éviction des règles légales par dissimulation d'emploi salarié.

le deuxième cas est celui d'une indépendance juridique et d'une dépendance factuelle transparente, parfois organisée expressément par les parties mais non prise en compte ab initio par le droit. Il peut s'agir d'hypothèses où sans stratégie délibérée d'éviction des règles du travail, les conditions concrètes d'exécution du travail nécessitent une certaine dépendance du travailleur ou son intégration dans une collectivité de travail. De la même manière, les travailleurs essayés peuvent dans certains cas entrer dans cette catégorie.

le troisième cas est celui d'une indépendance juridique et d'une dépendance factuelle faisant l'objet d'un traitement homogène. Le travail indépendant dépendant est organisé par les parties et/ou par le droit, ce qui signifie que la situation de dépendance produit des effets juridiques et entraînent l'application de règles spécifiques. L'hypothèse des gérants non salariés (article L.781-2) répond à ces critères.

Ces trois situations recouvrent des réalités économiques, juridiques et sociales très différentes, tant en ce qui concerne l'exercice de l'activité de travail qu'en matière de protection des travailleurs. Les enjeux qui leur sont associés sont également très différents. Dans le cas des faux travailleurs indépendants, le remède à un défaut de protection ne passe-t-il pas exclusivement par la requalification des relations ? Dans le cas des franchisés et des situations intermédiaires en revanche, la question n'est peut être pas tant celle de la requalification du contrat mais bien celle des possibles améliorations du niveau de protection des travailleurs associé à leur contrat. Nous envisagerons tour à tour ces différentes situations.

³³ Les outils statistiques ne permettent de chiffrer chaque catégorie.

3-1 - Les faux indépendants

L'existence du faux travail indépendant n'est pas neuve, mais les nouvelles contraintes économiques ont renforcé cette réalité et une nouvelle catégorie de faux travailleur indépendant est apparue. Un détour par le passé proche montre que dans la majorité des cas, le faux travail indépendant a concerné (et concerne encore) des branches d'activité ou des métiers comportant des risques mortels sérieux. Ainsi, le bâtiment et les transports routiers, tristes détenteurs du nombre le plus élevé de morts par accident de travail, sont aussi les activités où il est assez fréquent de rencontrer de faux indépendants. Dans ces secteurs d'activité, le recours à de faux travailleurs indépendants a été provoqué par la volonté d'extérioriser des risques de contrôle à la suite de procès-verbaux sur les problèmes de sécurité : ** plutôt que de remédier aux risques mortels, on laisse persister les risques, mais on tente d'évacuer sur une entreprise extérieure, ou, mieux, sur un travailleur indépendant les possibles sanctions et surtout le risque lui-même **.

*Ainsi, le faux travail indépendant (...) (s'est) développé dans les transports routiers pour contourner la réglementation. Les entreprises de ce secteur externalisent de plus en plus leur main-d'œuvre, en proposant à leurs salariés de devenir travailleurs indépendants. Selon le ministère des transports, en 1995, 40% des sociétés de transport routier de marchandises n'avaient pas de salariés. C'est ce qu'on appelle le "tractionnariat". L'entreprise incite ses salariés à devenir artisans tout en continuant à travailler pour elle. Ils sont soit propriétaires, soit locataires de leur camion, et dépendent entièrement de leur ancien employeur qui organise leur travail. Ces nouvelles formes de travail qualifiées de modernes, dynamiques, innovantes se traduisent dans la réalité du quotidien par des conditions de travail encore plus pénibles que dans le salariat et par une très grande précarité. En effet, le code du travail en vigueur pour les salariés ne s'applique pas aux "indépendants". Ainsi, alors que la durée maximale du travail est de quarante huit heures pour les salariés, elle est de cinquante six heures pour les indépendants. Ces indépendants sont en réalité totalement dépendant de leur donneur d'ordres. Les liens de subordination juridique et de dépendance économique sont tels que régulièrement l'inspection du travail requalifie (ce faux travail indépendant) en vrai salariat, et dresse procès-verbal pour "travail clandestin par dissimulation de salariés" (Grozelier, 1998, p. 57).

Les problèmes liés à l'existence des faux indépendants sont essentiellement ceux de la protection des travailleurs concernés. En effet, tout laisse supposer que la stratégie dans laquelle s'inscrit le faux travail indépendant est dans la majorité des cas, une stratégie de dévalorisation du travail, dans le but de contourner le droit du travail. De ce point de vue, la faiblesse de la législation sociale protégeant les vrais indépendants ne fait qu'accroître la fragilité des faux indépendants.

Dans l'hypothèse des faux travailleurs indépendants, la protection peut provenir d'une requalification en travail salarié permettant de faire bénéficier le travailleur d'un statut plus protecteur. Cette requalification entre dans la logique plus large de protection opposant le statut conféré par la qualité d'indépendant et la qualité de salarié, présumée plus protectrice. Dans cette logique comparative, si la forme apparente de la relation de travail est un travail indépendant alors que la réalité révèle un travail subordonné, il est nécessaire de lui appliquer le régime le plus protecteur, celui du travail salarié. Sur cette démarche de dualisation des protections, vient se greffer dans le faux travail indépendant, des problèmes spécifiques liés à la stratégie des acteurs. C'est eu égard au régime de

³⁴ F. Doroy, La vérité sur le faux travail indépendant, Droit social, Juillet-Août 1995, p :638 et suivantes.

³⁵ F. Doroy, La vérité sur le faux travail indépendant, précité. Si l'exécutant de la prestation vient à décéder en raison de son travail, cela ne sera pas comptabilisé comme un accident du travail puisque notre législation ne connaît pas de couverture obligatoire de ce risque pour les indépendants (pas de statistique donc en la matière).

protection applicable que les parties se sont décidées pour l'une ou l'autre qualification. Les faiblesses de la protection sont encore plus flagrantes que dans une situation relativement plus simple, celle d'une fausse indépendance résultant des conditions de l'activité, sans volonté stratégique :

le faux travail indépendant est présumé être subi

le choix de l'indépendance résulte bien d'une volonté d'éviction des règles protectrices du travail par le donneur d'ordre (conditions de travail : durée, hygiène et sécurité, protection sociale)

A une logique d'amélioration de la situation du travailleur impliqué dans une relation de faux travail indépendant vient donc souvent s'ajouter une logique de sanction du comportement déloyal et illicite du donneur d'ordres pour le contraindre ou l'inciter à adopter un comportement respectueux des droits des travailleurs. L'idée est celle de fraude aux droits du travailleur et est donc très proche de l'hypothèse d'opérations de prêt de main-d'œuvre ayant pour effet de causer un préjudice au salarié ou d'éviter l'application de la loi (article L.125-1)

Dans l'hypothèse des transporteurs mais aussi des travailleurs du bâtiment, quand l'enjeu stratégique de la qualification, à l'initiative du donneur d'ordre, est le niveau de protection du travailleur (en matière de conditions de travail, horaires, et d'hygiène et sécurité), l'outil adéquat semble bien être la sanction pénale. L'atteinte n'est plus seulement à la protection individuelle du travailleur mais à l'ordre public. Ainsi dans une situation mettant en scène des transporteurs, la Cour a estimé que * l'état de dépendance économique et la subordination juridique caractérisaient l'existence d'un contrat de travail *sans que les déclarations et formalités* Y + au titre de l'emploi de travailleurs salariés n'aient été effectuées, caractérisant en cela le délit de travail clandestin (Cass crim 5 janvier 1995). C'est dans le même esprit qu'ont été adoptées les dispositions du nouveau code pénal concernant la mise en danger d'autrui. Celles-ci ont été en partie justifiées par la volonté de sanctionner les situations où les pressions exercées par un donneur d'ordre, notamment dans le cas des transporteurs, obligent ceux-ci à transgresser les prescriptions légales en matière de sécurité pour satisfaire les ordres donnés (par exemple infraction à la législation routière, absence de repos, de temps de récupération). L'indépendance juridique ajoutée à une dépendance factuelle non reconnue conduit à empêcher le travailleur de contrôler son activité. Quand les objectifs sont fixés par le donneur d'ordre indépendamment de leur faisabilité, sans concertation, ceci conduit infailliblement à l'impossibilité pour le travailleur de respecter les prescriptions légales du travail et une plus grande fragilité face aux risques du travail. Il y a bien là * un triangle d'incompatibilité + caractéristique de la relation de travail sous forme de faux travail indépendant : on ne peut avoir simultanément, i) indépendance juridique, ii) dépendance subie et non organisée / absence de contrôle (maîtrise) possible de son activité et iii) protection / respect des prescriptions légales du travail. Les propositions d'amélioration des protections ne peuvent provenir selon nous, dans ces hypothèses extrêmes, de l'édification d'un statut intermédiaire alliant haut degré d'autonomie et dépendance économique par exemple, puisque à cette dépendance économique se greffe une dépendance organisationnelle qui est en partie à l'origine des risques encourus. De plus, ces situations de sous protection résultent de volontés délibérées de donneur d'ordre visant à s'assurer une rentabilité maximale. En revanche, des solutions peuvent venir d'une organisation ou réorganisation d'origine légale ou conventionnelle des professions à risque ou de celles que l'employeur est tenté d'extérioriser dans un souci de rentabilité. Ces professions (par exemple transporteur) pourraient par exemple ne pouvoir être exercées que sous une forme salariée ou faire l'objet d'un contrôle spécifique des institutions représentatives du personnel du donneur d'ordre quand elles existent.

Plus récemment, une nouvelle catégorie de faux indépendant est apparue ; elle est nouvelle au sens où elle est motivée par d'autres raisons que l'éviction des risques de sécurité. Cette nouvelle catégorie trouve son origine dans les contraintes productives des entreprises et la recherche d'une plus grande compétitivité et flexibilité à travers la baisse du coût du travail, la diminution du risque économique, la gestion de la main-d'œuvre en flux tendus.... Les stratégies de recentrage des entreprises sur leur métier ont corrélativement conduit à l'externalisation de certains postes de travail. Dans un certain nombre d'entreprises, cette externalisation a consisté à proposer aux salariés en place une aide pour créer leur propre entreprise afin de devenir prestataire et d'assurer la même tâche que celle exercée auparavant. Ces pratiques ont concerné des salariés de niveaux de qualifications très différents. Elles constituent pour les entreprises un moyen de contourner les dispositions réglementaires et sociales et un moyen de réduire la masse salariale (et donc les coûts salariaux). Dans ces situations en effet, la relation de travail reste inchangée tandis que l'entreprise ne verse plus aucune charge sociale et ne supporte plus la responsabilité de l'emploi.

On peut noter que dans la logique du passage d'un statut vers un autre, l'aide aux créateurs d'entreprise prévue par l'article L.351-24 du code du travail, qui est généralement mobilisée dans le cadre d'une opération d'essai, implique que le créateur exerce effectivement le contrôle de son entreprise. En effet, selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat (8 septembre 1993, RJS, Janvier 1994), pour pouvoir bénéficier de l'aide, l'entreprise ne peut voir son activité dépendre exclusivement d'une entreprise dont l'entrepreneur était antérieurement le salarié. Même si depuis, le régime juridique de l'aide à la création d'entreprise a été modifié et si le versement de la prime a été supprimé au profit d'une exonération de cotisations sociales, la logique demeure : dans ce type de relations contractuelles où suite à une extériorisation de l'emploi, il y a eu un passage vers l'indépendance, l'absence d'autonomie réelle dans la gestion de l'activité sera sanctionnée.

Enfin, soulignons que certains auteurs (Barthélémy, 1996), partant de l'idée que l'évolution des relations de travail ne rendra plus nécessaire une hiérarchie permanente, proposent la mise en place d'une qualification intermédiaire entre le contrat d'entreprise et le contrat de travail, matérialisé par un état de dépendance économique, mais aussi par un degré élevé d'autonomie ou une indépendance dans l'exercice professionnel. Ce nouveau contrat exorbitant du droit commun n'exclurait pas pour autant ces bénéficiaires de droits collectifs qu'il reste à définir.

3-2 - *Indépendance et dépendance*

Nous traiterons ici des activités intégrées au sens où les définit G. Lyon Caen (1990) ou G. Virassamy (1989), c'est-à-dire les situations où en raison des conditions contractuelles de l'activité (exclusivité d'achat ou de vente), une personne tire l'essentiel de ses revenus professionnels d'une autre. Nous reproduisons ici l'analyse de Morin (1999). * Dans les réseaux de distribution (contrats de franchise, de concession exclusive, etc.), cette situation est fréquente. Les "gérants" visés par les articles L. 781.1 et L. 782.2 C. du travail sont dans des situations de ce type. Ils sont commerçants vis-à-vis des tiers, mais ils ne sont plus subordonnés juridiquement au concessionnaire ou franchiseur. Les conditions posées par ces textes pour bénéficier du statut de salarié ne valent pas subordination juridique et c'est bien pour cette raison qu'un texte législatif a été nécessaire pour les faire bénéficier du statut du salariat. Le fait qu'ils ne soient pas des gérants titulaires d'un contrat de travail justifie ainsi qu'ils puissent être tenus responsables des pertes d'exploitation sous réserves d'une rémunération au moins égale au SMIC, ou du déficit d'inventaire. Le principal intérêt de ces dispositions est de montrer que les contrats de dépendance peuvent être variés, ainsi, le contrat de travail en est un, les contrats de distribution exclusives en sont d'autres.

Dans tous les cas, il y a lieu de protéger la partie faible (Revet, 1996). Dans cette mesure, chaque fois que le contrat de dépendance porte sur l'activité de la personne, il est nécessaire de traiter de son travail pour en assurer la protection, en le distinguant de l'activité de l'entreprise.

L'autre intérêt de ces dispositions réside dans le partage de responsabilités qu'effectue l'art. L 781.1. Lorsque le gérant est libre de fixer ses conditions de travail et d'embaucher, il est responsable du respect de la réglementation des conditions de travail comme un chef d'établissement. Lorsque ces éléments sont fixés par le concessionnaire, c'est ce dernier qui en est responsable. Autrement dit, la situation de dépendance économique justifie des règles propres en matière de protection du travail et de répartition des risques en fonction de la plus ou moins grande liberté du gérant. La responsabilité va de pair avec l'autonomie. Cette idée fonde aussi le développement de la figure du professionnel libéral.

Néanmoins, les textes du code du travail en la matière sont limités et ne concernent que la distribution et non les services. Dans le domaine des services, il existe pourtant aussi des situations de dépendance économique comparables. On songe par exemple aux agents d'assurance, professionnels indépendants mandataires des compagnies d'assurance. Pour ces professionnels, la notion de parasubordination est parfois utilisée (Barthélémy, 1996) afin de permettre un traitement spécifique de leur travail.

Ces situations de dépendance économique, fondées sur l'existence de contrats qui conditionnent les conditions de l'activité professionnelle, ne sont pas de même nature que les situations de dépendance économique de fait qui résultent de l'unicité de clientèle, alors même que juridiquement le professionnel est libre de rechercher d'autres clients, de refuser des contrats, etc. Ces situations sont régies par le droit de la concurrence et le droit civil et non par le droit du travail. Le droit de la concurrence repose sur une définition de la dépendance économique beaucoup plus restreinte que celle tirée de l'origine des ressources. Elle découle essentiellement de la situation objective des parties sur le marché des biens et des services (absence de possibilité de recourir à une solution équivalente pour le dépendant qui n'a plus ainsi de liberté de choix). Quant au droit civil, il sanctionne

³⁶ La notion de parasubordination, d'origine italienne recouvre les hypothèses où, ni une véritable subordination, ni une véritable indépendance ne peuvent être appréhendées. Sont donc concernés principalement à la fois les cadres jouissant d'une grande liberté dans la définition et l'exécution de leur travail et les travailleurs indépendants qui dépendent pour partie d'un client, que cette dépendance soit d'ordre économique (un seul client par exemple) ou technique (utilisation des techniques et matériels du client).

l'abus de position dominante caractérisée par la précarité du lien contractuel du cocontractant (qui n'a pas de solution équivalente) et la position de force. Dans tous les cas, il s'agit surtout d'appréhender la situation objective des parties, pour rétablir l'égalité entre les parties sur le marché des produits et des services et de préserver la liberté d'exercice de l'activité (C. Del Cont, 1996). Cette liberté d'exercice de l'activité n'existe pas pour le salarié subordonné, sauf à démissionner. En traitant de la liberté d'exercice de l'activité, le droit civil et le droit de la concurrence n'isolent donc pas le travail de la personne de son activité économique. Travaillant à son propre compte, l'indépendant subit non seulement le risque de son entreprise, mais il porte aussi la responsabilité de ses conditions de travail qui ne font pas ici l'objet de règles propres. Cette liberté peut être évidemment un élément important du choix des acteurs. + (Morin, 1999, p. 201-202).

Conclure sur la protection des travailleurs indépendants dépendants est manifestement délicat. Nous nous contenterons de souligner modestement la nécessité de passer par une réflexion concernant les effets que l'on veut faire produire à la dépendance (factuelle) du travailleur :

dépendance à l'origine d'une requalification par le juge en travailleur salarié, auquel cas c'est le statut protecteur de salarié qui est le gage supposé d'un haut degré de protection

dépendance à l'origine de conséquences juridiques permettant au travailleur de bénéficier de certaines protections liées à l'exercice d'un travail subordonné (situations intermédiaires).

dépendance à l'origine de la prise en compte d'une situation spécifique, irréductible à l'une ou l'autre des catégories du droit et nécessitant un traitement particulier et non pas mixte. Il s'agit alors de construire un régime de protection propre, adapté à la nature de l'activité et aux conditions de réalisation de la prestation. Partant de ces réflexions et conscient de l'évolution des relations de travail qui ne rendra plus nécessaire une hiérarchie permanente, certains auteurs proposent la mise en place d'une qualification intermédiaire entre le contrat d'entreprise et le contrat de travail, *matérialisée par un état de dépendance économique, mais aussi par un degré élevé d'autonomie ou une indépendance dans l'exercice professionnel. Ce nouveau contrat exorbitant du droit commun n'exclurait pas pour autant ces bénéficiaires de droits collectifs qu'il reste à définir.

³⁷ J Barthélémy 1996

3-3 B Le refus du statut d'indépendant

Il importe enfin, d'insister sur un aspect essentiel de l'analyse des situations de travail : le choix ou la possibilité de réaliser une activité indépendante n'est pas détachable du contexte institutionnel dans lequel se situe le travailleur. L'exercice individuel de l'indépendance est fondamentalement attaché aux conditions associées au statut et certaines situations de travail sont caractérisées par une indépendance de fait et non de droit. Ainsi, de nombreux travailleurs qui exercent leur activité de façon effectivement indépendante, optent pour un montage juridique leur permettant d'éviter le statut d'indépendant, comme par exemple, la constitution d'une société ou association dont le travailleur est salarié. Le travailleur, pour assurer une plus grande protection, organise juridiquement la relation de travail afin de bénéficier du statut salarié. Il s'agit donc bien d'une stratégie d'acteurs visant à optimiser le niveau de protection. Peut-on considérer que le principe de réalité posé par les juges devrait ici aussi s'appliquer et conduire à une requalification en travail indépendant quand les critères sont réunis ? Deux arguments tendraient à donner une réponse favorable à cette question.

Premièrement, si le principe est souvent invoqué à l'appui de la requalification en contrat de travail, il impose aussi de jouer en sens inverse (parallélisme du principe de réalité). Cette position est parfois esquissée par la Cour : ainsi * ne donne pas de base légale à sa décision la Cour d'appel qui, pour retenir l'existence d'un lien de subordination, s'attache uniquement à la dénomination donnée par les parties à leurs rapports dans le contrat sans rechercher si l'intéressé recevait des ordres et directives + (Cass soc 23 avril 1997). Le deuxième argument concerne l'objectif du montage : si cet objectif est la protection optimale des travailleurs, le rapprochement des statuts entre travail salarié et travail indépendant devrait conduire à ne pas adopter une forme juridique qui ne serait pas en adéquation avec la réalité du travail. Or la loi Madelin de 1994 sur l'initiative individuelle ainsi que d'autres textes ont eu pour objectif de créer une véritable alternative viable au salariat en simplifiant les démarches administratives du travailleur indépendant, en rapprochant les régimes de sécurité sociale des travailleurs indépendants et salariés. Seules demeurent inégaux, en termes de protection, les conditions d'accès à l'assurance chômage et les droits liés à l'appartenance à une collectivité de travail (formation, ancienneté et même hygiène et sécurité).

Mais une autre démonstration peut être tentée : si l'on considère que le principe qui guide la requalification du travail indépendant en travail salarié est l'amélioration de la protection du travailleur concerné, selon un principe du plus favorable, alors la requalification ne devrait pouvoir jouer que dans un sens : celui du travail indépendant en travail salarié. En effet c'est dans cette hypothèse que l'on trouve le plus souvent de qualification subie par le travailleur et à l'initiative de l'employeur pour éluder certaines dispositions du travail (protections en matière de durée du travail et d'hygiène et sécurité). Dans l'hypothèse d'un montage juridique, à l'initiative du travailleur et à son bénéfice, cette règle du plus favorable est respectée. Elle peut donc, semble-t-il, justifier un respect par le juge de ce montage dont la finalité en termes de protection est souvent le bénéfice d'une assurance perte d'emploi.

³⁸ Il existe d'autres montages permettant à un travailleur d'exercer un travail indépendant sans pour autant adopter le statut d'indépendant. Nous les envisagerons dans la suite de ce rapport.

³⁹ Il faut noter à l'inverse l'hypothèse, récente, de création de sociétés participant d'une fraude à la législation sociale, encouragée ou imposée par certains employeurs : un travailleur est placé en préretraite. Son conjoint constitue une société grâce au cadre duquel le travailleur continue de travailler pour son ancienne entreprise. L'entreprise ne paie ainsi plus les charges afférentes à l'emploi de travailleurs salariés, et le travailleur ne fait plus partie de ses effectifs.

Chapitre II : Relations intermédiées et protection des travailleurs

Introduction

Le débat sur la flexibilité du marché du travail apparaît comme une composante incontournable des réflexions socio-économiques contemporaines. Émergeant au cours de la période de récession et de stagflation qui a suivi les deux chocs pétroliers des années 1970, il s'est imposé au début des années 1980 et s'est poursuivi dans les années 1990 lorsque les analyses se sont concentrées sur * la croissance sans emploi +. Opposant la stabilité des emplois à la nécessaire adaptation des entreprises aux fluctuations de la demande, les termes du débat et corrélativement les pratiques mises en œuvre, se sont davantage orientés vers la flexibilité quantitative ou numérique, au détriment de la flexibilité qualitative ou fonctionnelle.

C'est dans le cadre de la recherche d'une plus grande flexibilité quantitative et de la volonté de réduction de certaines contraintes considérées comme des rigidités par les entreprises qu'un certain nombre d'intermédiaires ont trouvé leur place sur le marché du travail. Trois éléments ont favorisé, pour certains leur apparition, pour d'autres (qui ont toujours existé) leur développement.

La stratégie de recentrage sur le métier qu'ont développé les entreprises.

Beaucoup des transactions internes à l'entreprise sont devenues des transactions entre entreprises. C'est par exemple le cas de certaines activités de production, de dessin ou d'études de certaines pièces qui ont été sous-traitées. C'est aussi le cas de certaines activités de service comme la paie ou le nettoyage des locaux qui ont été confiées à des entreprises extérieures, prestataires de services. Ce phénomène d'extériorisation a concerné tout autant des activités "centrales" dans le processus de production que des activités dites * périphériques +.

La faible lisibilité et prévisibilité en matière d'évolution de l'activité économique.

Les difficultés qu'ont les entreprises à prévoir leur plan de charge à long terme se sont traduites par une forte réticence à procéder à des embauches définitives. Face à la crainte de s'engager dans des relations d'emploi durables, l'intermédiation d'un tiers employeur est apparue comme une réponse adaptée, permettant aux entreprises de disposer d'un travailleur subordonné (ou du moins relativement subordonné) sans conclure avec lui un contrat de travail. Cette solution a été considérée par beaucoup d'entreprises comme permettant l'alliance du salariat et de la flexibilité au sens où elle leur permettait de cumuler les avantages de l'un et de l'autre.

La tertiarisation de l'économie.

Les transformations qui ont marqué l'organisation du travail sont concomitantes de la réduction des tâches secondaires au profit des tâches tertiaires. D'une manière générale, les tâches de préparation et de gestion se sont accrues au détriment des tâches immédiates de transformation de la matière. Un des signes de cette transformation est la transformation de la structure de la population active. Le nombre de cadres et de techniciens s'est fortement accru alors que le nombre des ouvriers diminuait en valeur relative et en valeur absolue. De même, l'évolution de l'emploi par branche confirme cette montée des activités de service.

Ainsi, face à un avenir peu lisible, les entreprises ont recherché de nouvelles formes de productivité dans une gestion minimaliste de la main-d'œuvre (que l'on peut qualifier de gestion à flux tendus) et dans l'externalisation de certaines activités. Cette transformation dans l'organisation productive a été relayée par la montée des activités de services car le coût d'installation d'une entreprise prestataire dans ce secteur est moindre que dans le secteur productif industriel.

C'est ainsi que la recherche d'une plus grande flexibilité du marché du travail s'est traduite par le développement des "**relations intermédiées**", impliquant le travailleur, l'employeur et un ou plusieurs tiers. Ces intermédiaires ont introduit une certaine fluidité sur le marché du travail. Ils ont notamment permis, dans certaines situations, une meilleure organisation des échanges en formalisant et en objectivant à la fois l'offre et la demande de travail. Ils apportent en ce sens, une réponse (parmi d'autres) à la crise de * formes de mise en relation + qui constitue une composante importante et sous-estimée de la crise de l'emploi (Ginsbourger, 1998). Ainsi, l'association des relations intermédiées au besoin de flexibilité des entreprises ne doit pas être interprété comme un dénigrement de ces relations. Si le terme flexibilité en France possède une forte connotation négative, celle-ci ne doit pas contaminer les relations intermédiées car ces dernières pourraient bien apparaître à l'avenir comme une solution potentielle au dilemme entre flexibilité et précarité, sous couvert de les organiser au bénéfice de la partie faible. En témoigne le développement de formes intermédiées répondant à une logique d'insertion et d'employabilité de personnes présentant des difficultés particulières d'insertion (cf. encadré après).

Les formes d'intermédiation * sociale +, organisées par les associations se présentent comme des intermédiaires locaux sur le marché du travail avec une fonction d'appariement, au bénéfice des travailleurs les plus exposés. Elles entrent donc dans une logique de *protection de l'emploi*, entendue comme une aide à la mise en relation de travailleurs et d'employeurs, là où la démarche individuelle est inopérante pour permettre la réalisation d'une transaction entre un offreur de travail et un demandeur de travail. La demande de travail peut émaner d'ailleurs aussi bien de particuliers (dans le cadre des associations d'aide à domicile, associations de service aux personnes, loi de 1991, fonctionnant comme des bureaux de placement privé, l'employeur étant l'utilisateur), que d'entreprises, relayées par des entreprises d'insertion ou des associations intermédiaires. Ces dernières créées par une loi de 1987 sont des associations agréées par l'Etat dont l'objectif est la mise au travail de personnes présentant des difficultés d'insertion. La mise à disposition s'effectue à titre onéreux (paiement des salaires et charges sociales afférentes par l'utilisateur) mais sans but lucratif (l'association ne doit pas retirer de bénéfices de cette opération). Ces formes d'intermédiation, visant à promouvoir l'employabilité de la main-d'œuvre, témoignent donc de la très grande diversité de l'intermédiation, en marquant les limites et le dépassement actuel de relations de travail construites bilatéralement dans une séparation simple entre employeur et travailleur. Aussi bien les nécessités productives et gestionnaires des entreprises que la prise en compte des faiblesses de l'appariement classique et des difficultés d'insertion de certains travailleurs conduisent à un développement notable des formes intermédiées. Le marché du travail devient un réseau d'acteurs (locaux, nationaux, publics, privés) chargés d'établir des liens entre travailleurs et utilisateurs de main-d'œuvre, de gérer certains aspects juridiques et organisationnels du rapport d'emploi (la qualité d'employeur, la rémunération du travail, les aspects administratifs du travail, le recrutement, la responsabilité, la direction du travail) au bénéfice des entreprises mais aussi dans certains cas des travailleurs eux-mêmes.

⁴⁰ Ginsbourger (1998). * Chômage et exclusion : quelles théories pour l'action +, in Lamotte B. (coord.) : Les régulations de l'emploi, L'Harmattan.

Si il n'existe pas de statistiques précises démontrant cette évolution, certains indices comme le développement du travail intérimaire, l'apparition des sociétés de portage, la croissance régulière des activités de sous-traitance industrielle, la multiplication des sociétés de service aux entreprises suggèrent que les relations intermédiées sont dans une dynamique de croissance. D'un point de vue sémantique, le constat est le même : externalisation, outsourcing, facilities management, global services, help centers, sous-traitance, prestations de services, portage salarial, contrat intérimaire, marchandage, prêt de main-d'œuvre, mise à disposition de personnel, louage d'ouvrage, travail en régie... autant de concepts anciens ou nouveaux qui présument l'existence d'une relation intermédiée.

Positionnés entre les utilisateurs de main-d'œuvre et les travailleurs, ces intermédiaires ont induit une modification des types de contrat au sens où la relation de travail n'est plus directe, mais indirecte. Du point de vue de la protection des travailleurs, la nature indirecte de la relation de travail est susceptible d'avoir des implications importantes. Ce sont ces implications que nous nous proposons d'étudier dans ce chapitre.

De nombreuses situations de travail illustrent ce type de relations. Elles correspondent à des logiques différentes que nous utiliserons pour classer les illustrations proposées.

Selon la première logique, l'intermédiation porte sur l'activité de production. Le cas le plus simple est celui d'une relation triangulaire où une entreprise A commande à une entreprise B un produit défini selon certaines spécifications particulières. L'entreprise B sert alors d'intermédiaire entre l'entreprise A et les salariés de l'entreprise B. Quelles conséquences la relation établie entre les entreprises A et B a-t-elle en matière de protection des travailleurs de l'entreprise B ? Cette situation d'intermédiation est a priori relativement simple, mais peut se complexifier considérablement lorsque le nombre d'intermédiaires est supérieur à l'unité.

Selon la deuxième logique, l'intermédiation porte sur le travail proprement dit. Là encore, le cas le plus simple est celui où une entreprise A s'adresse à un agent B pour que ce dernier lui fournisse des travailleurs qui seront chargés d'exécuter une ou plusieurs tâche(s) au sein de l'entreprise A sur une période de temps déterminée. L'agent B constitue là encore un intermédiaire qui assure une relation entre l'entreprise A et des travailleurs extérieurs à l'entreprise A. Quelles conséquences la relation établie entre A et B a-t-elle en matière de protection des travailleurs concernés ? Cette situation d'intermédiation peut prendre des dimensions beaucoup plus complexes selon le statut de B, le statut des travailleurs concernés, leur insertion dans une organisation collective, le lieu de réalisation de la ou des tâche(s).

Ainsi, la distinction se situe donc entre d'une part, les relations au moins trilatérales ayant pour objet principal la production d'un bien ou d'un service (les qualifications de contrat d'entreprise, contrats de sous-traitance présument en quelque sorte un objet principalement productif) ou l'accessoire d'une production d'un bien ou d'un service (contrats de prestation de service aux entreprises portant sur un service spécifique autre que la mise à disposition de personnel) et d'autre part, les relations au moins trilatérales ayant pour objet principal la mise à disposition de main-d'œuvre. Notons que sont parfois opposés terminologiquement les sous-traitants dont l'activité vise un produit et les

⁴¹ Au terme de l'article D.341-5 CT * sont considérées comme prestations de services les activités de caractère industriel, commercial, artisanal ou libéral exécutées dans le cadre d'un contrat d'entreprise, d'un contrat de mise à disposition au titre du travail temporaire ou de toute autre mise à disposition de salarié +

⁴² La sous-traitance porte ici sur un produit bien spécifié : la jurisprudence s'attache principalement à la nature spécifique de la prestation (une tâche nettement définie-Cass Crim 21 janvier 1986) et la technicité mise en œuvre (portant souvent sur une compétence non disponible

intermédiaires dont l'activité vise à la mise à disposition de main-d'œuvre et/ou la gestion et l'organisation fragmentées des éléments du rapport d'emploi. Cette deuxième branche témoigne de la montée du contenu gestionnaire de l'emploi, l'emploi et son organisation constituant une des modalités de gestion des entreprises).

La distinction opérée entre l'objet de l'intermédiation (soit l'activité de production, soit le travail) est volontairement rigide. Elle structure ce second chapitre (la section 1 sera consacrée à l'intermédiation portant sur l'activité de production et la section 2 à l'intermédiation portant sur la main-d'œuvre) et permettra de mieux appréhender les problèmes qui se posent dans chaque situation en matière de protection des travailleurs. La réalité n'est bien sûr pas aussi caricaturale et il est parfois difficile de déterminer si l'intermédiation porte sur l'activité de production ou sur le travail. Elle porte parfois sur les deux et parfois l'intermédiation sur l'activité de production cache une intermédiation sur le travail. Notre objectif ici n'est pas de déterminer, pour chaque situation, la pondération exacte d'intermédiation de chaque nature, mais de mesurer les enjeux spécifiques en matière de protection des travailleurs inscrits dans ces relations. Par ailleurs, la focalisation de l'analyse sur l'intermédiation ne constitue qu'une représentation (parmi d'autres) des relations de travail, au sens où les situations de travail intermédiées sont des constructions complexes à l'intérieur desquelles on peut retrouver des relations bilatérales non équivoques ou des relations non intermédiées. Mais celles-ci n'ont pas besoin de faire l'objet d'un traitement spécifique, autre que celui proposé dans la première partie.

1 - L'intermédiation portant sur l'activité de production

L'intermédiation portant sur l'activité de production pourrait être définie de façon très large à partir d'un "emprunt" à la définition du conseil économique et social donné en 1973 à propos de la relation de sous-traitance. L'intermédiation portant sur l'activité de production serait alors *l'opération par laquelle une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter pour elle et selon un cahier des charges préétabli une partie des actes de production ou de services dont elle conserve la responsabilité économique finale*. Malgré ses limites, la reprise de cette définition permet une première approche de ce que nous entendons par intermédiation, lorsqu'elle porte sur l'activité de production.

Plus précisément, l'intermédiation portant sur l'activité de production peut être définie à la fois :

par le nombre d'acteurs impliqués : la relation est au moins trilatérale (par opposition aux relations bilatérales) ;

par l'objet sur lequel porte le contrat conclu entre acteurs : l'activité de production (par opposition à la main-d'œuvre).

Ainsi, l'intermédiation portant sur la production désigne toute relation autre que bilatérale portant sur l'activité de production. Selon le vocabulaire en vigueur, il s'agit essentiellement de la sous-traitance de marché et de la sous-traitance industrielle.

L'intermédiation portant sur l'activité de production soulève différents problèmes, notamment les

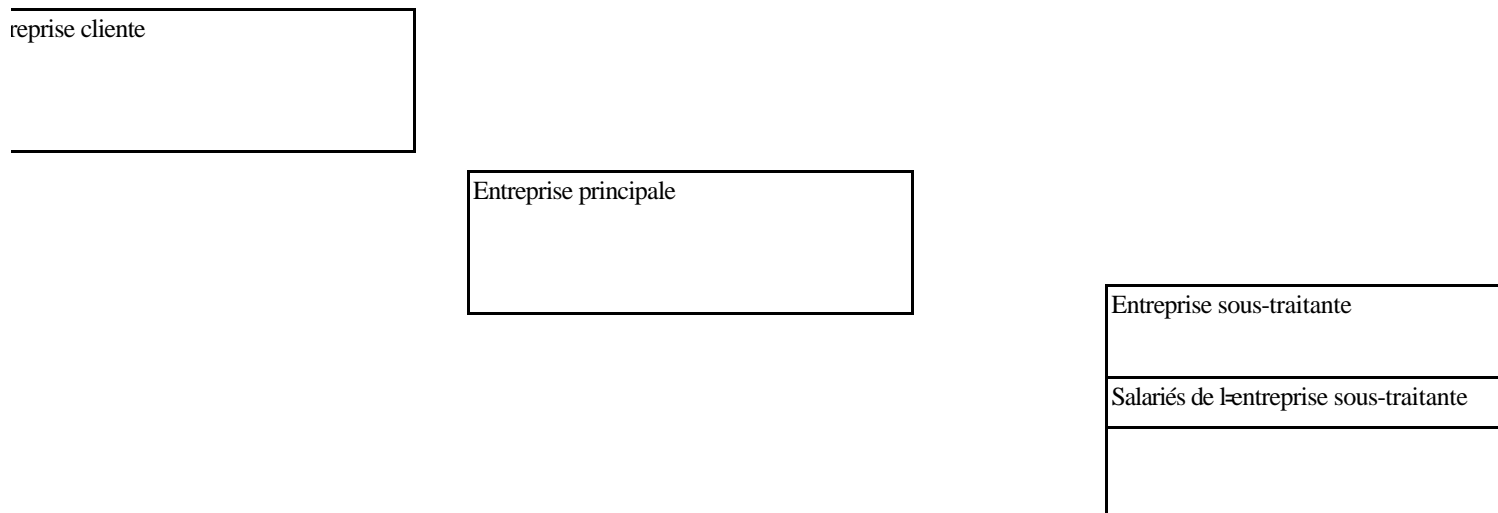
chez le client-Cass Soc 9 juin 1993)

⁴³ La jurisprudence qualifie notamment d'intermédiaire l'entreprise, dont l'activité se caractérise par l'absence de spécificité des travaux effectués par les travailleurs, et dont les travailleurs sont intégrés dans l'entreprise d'accueil et soumis à l'autorité de celle-ci (Cass Crim 25 avril 1989).

problèmes de dépendance économique et de dépendance technique du preneur d'ordres. Mais, nous voudrions ici davantage nous attacher aux conséquences de ce type d'intermédiation sur les salariés eux-mêmes, particulièrement en matière de protection. En effet, il semble souvent que les décisions prises par le donneur d'ordres en matière d'organisation productive ont des conséquences réelles et importantes sur les salariés du preneur d'ordres. C'est le cas par exemple, lorsque le donneur d'ordres soumet la signature du contrat à une augmentation de productivité. La conséquence directe est souvent une modification mal maîtrisée (car improvisée) des conditions de travail des salariés du preneur d'ordres, avec les effets négatifs que cela peut avoir en matière de protection des travailleurs. L'intermédiation peut être encore plus directe, portant sur la composition de la main-d'œuvre du preneur d'ordres ou sur son outil de production. Les exigences du donneur d'ordres en la matière peuvent avoir des effets positifs et entraîner une amélioration des compétences techniques du preneur d'ordres, mais peuvent également se traduire par une dégradation des conditions de travail et le licenciement des individus les moins performants.

1-1 - La sous-traitance de marché

La sous-traitance de marché implique (outre les travailleurs dont est analysé le niveau de protection) au moins trois échelons : le maître d'ouvrage ou client, l'entrepreneur principal (ou donneur d'ordres) qui est titulaire du marché et le ou les sous-traitants (sous-traitance en chaîne) qui exécuteront tout ou partie du contrat principal.



Les travailleurs objets d'analyse sont souvent ceux du sous-traitant dans la mesure où ils sont considérés comme requérant une protection particulière ou comme subissant une sous protection particulière.

Définition

La loi relative à la sous-traitance de 1975 en donne la définition suivante : * la sous-traitance est

Opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, tout ou partie de l'exécution du *contrat d'entreprise* ou du *marché public* conclu avec le maître d'ouvrage +.

La sous-traitance de marché implique donc qu'existe un contrat préalable (passation de marché) et que le titulaire du marché en confie une partie de l'exécution à d'autres entrepreneurs. La définition de la loi de 1975 entraîne normalement l'application d'un régime spécifique, celui de la * sous-traitance juridique + ou, dit autrement, la consécration juridique et spécifique de la sous entreprise. Rappelons le, cette définition posée par la loi de 1975 englobait toutes les hypothèses de sous-traitance juridique où existe un premier contrat d'entreprise entre un donneur d'ordres et un entrepreneur, celui-ci sous-traitant une partie de la réalisation des prestations définies par le premier contrat. Le deuxième contrat d'entreprise acquérait une nature spécifique, celui de contrat de sous-traitance (traiter et sous-traiter), et non celui d'un simple contrat d'entreprise de deuxième rang ou sous contrat, ou sous entreprise, ou contrats d'entreprise en chaîne. Le législateur était intervenu pour réagir à certaines dérives et à la sous protection patente du sous-traitant et de ses travailleurs. Le champ du régime de la loi de 1975 a ensuite été réduit à la seule sous-traitance de marché, situation où existe un preneur de marché et des sous preneurs par opposition à la sous-traitance industrielle où il n'existe pas forcément de contrat préexistant avec un maître d'ouvrage, une entreprise sous-traitant certains éléments de sa production. Dans l'hypothèse réduite de la sous-traitance de marché, deux hypothèses pouvaient se produire : les parties se placent sous le régime de la sous-traitance telle qu'elle est réglementée dans la loi de 1975. Le système de protection mis en place repose essentiellement sur des initiatives de l'entrepreneur principal. Or celui ci n'a aucun intérêt à l'application de la loi, puisque la loi introduit des obligations pesant sur les parties, dont le bénéfice est presque exclusivement tourné vers le sous-traitant. Dans la deuxième hypothèse, correspondant à la réalité économique de la sous-traitance et expliquant en partie la tombée en désuétude du texte de 1975, les parties se placent dans le cadre d'un contrat d'entreprise simple, c'est-à-dire un contrat liant l'entrepreneur principal de droit commun, indépendant du premier contrat entre l'entrepreneur principal et le client. Dans ce cas, le contrat de sous-traitance n'est même pas l'accessoire du contrat principal liant le donneur d'ordres au maître d'ouvrage, il a une existence propre. La volonté des parties (surtout celles qui sont en position économique dominante) conduit à l'application alternative de deux régimes, le deuxième, beaucoup moins protecteur du sous-traitant que le premier, étant préféré. A situation de travail équivalente, on peut donc trouver deux régimes différenciés, deux niveaux de protection des travailleurs non équivalents :

Client

Entrepreneur principal

La protection des travailleurs dans le cadre du régime de la loi de 1975

La protection du travailleur et de ses sous-traitants est assurée dans le cadre du régime de la loi de 1975 par deux mécanismes centraux : d'une part, l'organisation de garanties du paiement du sous-traitant et/ou de ses travailleurs et d'autre part, l'organisation de l'existence + du sous-traitant et de la transparence + de la configuration de travail complexe.

à L'organisation de garanties de paiement en cas de défaillance de l'entrepreneur principal repose sur l'obligation faite à l'entrepreneur de fournir au sous-traitant une caution solidaire d'un établissement de crédit sauf s'il préfère déléguer son débiteur, le client, au sous-traitant (article 14 de la loi). Cette obligation n'est que très rarement respectée dans la pratique. Le paiement du sous-traitant est par ailleurs garanti par les voies contractuelles offertes au sous-traitant. S'il n'obtient pas paiement de son débiteur contractuel direct, il peut bénéficier d'un paiement direct par le maître d'ouvrage ou d'une action directe. Si celui-ci est une personne publique, la loi de 1975 impose une procédure de paiement direct prévue dès l'origine ce qui devance l'hypothèse de défaillance de l'entrepreneur principal. En revanche, si le maître d'ouvrage est une personne privée, la loi n'impose pas la procédure de paiement direct mais, à titre subsidiaire, une action directe au profit du sous-traitant et contre le maître d'ouvrage, à la condition que le sous-traitant ait été agréé, reconnu par le maître d'ouvrage. Par cette action, le sous-traitant peut obtenir paiement de ce qui lui est dû, dans la limite de ce que le client doit encore. Si l'action directe permet de sauter un maillon de la chaîne, le maître d'ouvrage peut faire valoir toutes les exceptions qu'il pourrait opposer à l'entrepreneur principal, comme les paiements déjà effectués, et le sous-traitant est alors en concurrence sur ces sommes avec d'autres créanciers. Il faut noter l'existence de l'article 1798 du Cciv (référé dans l'article L.143-8 CT), peu utilisée semble-t-il, mais qui permet, en l'absence de tout agrément, pour les personnes employées à la construction d'un bâtiment, une action directe contre le maître d'ouvrage.

à Le deuxième axe est celui de l'existence et de la transparence par la procédure de l'agrément

du sous-traitant par le maître d'ouvrage. Cette procédure vise autant à permettre la mise en place du paiement direct et faciliter une possible action directe qu'à permettre au sous-traitant d'exister face au maître d'ouvrage. De cette existence et transparence, plusieurs conséquences sont souhaitées :

la prise en compte de la relation de travail ou de l'opération productive dans sa globalité, en organisant le rapport entre le client, le sous-traitant et ses travailleurs. Dans le schéma triangulaire simple client / entreprise principale / sous-traitant, une relation existe ainsi entre client et entreprise principale, entre entreprise principale et client mais aussi entre client et sous-traitant même si ce dernier lien n'est pas forcément de nature contractuelle (et même très rarement). Cette globalité permet d'envisager un traitement spécifique des interactions entre les acteurs et l'incidence particulière que la présence de plusieurs échelons productifs peut avoir sur le niveau et la nature de la protection des travailleurs.

- Si l'agrément peut conduire à assurer la protection du maître d'ouvrage qui a choisi son cocontractant (entreprise principale) et à sanctionner une sous-traitance non autorisée, la loi confère surtout au maître d'ouvrage un rôle de centralisation des diverses sous-traitances et de coordination du processus productif.

- Cette reconnaissance de l'existence dans le schéma productif du sous-traitant et de ses travailleurs doit permettre d'éviter que l'absence de transparence n'entraîne un moindre respect de la réglementation du travail et notamment les conditions d'hygiène et sécurité. L'agrément par le maître d'ouvrage permet d'envisager une responsabilisation des acteurs et au premier chef de l'entrepreneur principal, dans le respect des prescriptions légales et permet d'éviter par exemple que ne se produisent des situations de main-d'œuvre dissimulée (dissimulation d'activité ou dissimulation d'emploi salarié).

Les problèmes posés par l'intermédiation

La question d'existence et de transparence de la configuration de travail met en exergue l'incidence de l'existence d'intermédiaires entre celui qui commande un ouvrage et le travailleur qui exécute la prestation et l'éventuelle incidence de la multiplication d'échelons sur la protection des travailleurs. Le fait qu'il existe un sous-entrepreneur induit deux séries de constats, dans l'hypothèse commune de sous-entreprise ne se plaçant pas dans le cadre de la sous-traitance juridique.

La existence de sous-entrepreneurs conduit à éloigner les travailleurs en bout de chaîne du responsable économique. La question en termes de protection est la suivante : la définition d'un indice d'éloignement, mesuré par le nombre d'intermédiaires a-t-il pour conséquence une protection moindre des travailleurs qui réalisent la tâche. Si l'on s'en réfère aux rares cas de jurisprudence (par rapport à sa réalité) en matière de travail dissimulé et d'accidents du travail, s'inscrivant dans un schéma complexe de travail, on constate une sous-protection en matière de couverture statutaire, de respect des conditions d'hygiène et sécurité corrélée à la place des entrepreneurs dans le schéma productif. S'il est possible de faire l'hypothèse que l'indice d'éloignement constitue un facteur important de sous-protection, il serait intéressant de faire une étude d'impact pour déterminer la part relative des causalités tel que la taille de l'entreprise, la qualification des travailleurs, la stabilité des relations et la variabilité conjoncturelle du secteur sur le niveau de protection. Ces caractères

⁴⁴ Et les données par secteurs sur le paiement des cotisations aux fonds chargés d'indemniser les accidents du travail (données 94).

⁴⁵ hypothèse tirée de l'étude des bilans CHSCT-travail sur site

pourraient d'ailleurs intervenir comme conséquences de l'indice d'éloignement ou comme autre facteur explicatif de la sous protection des travailleurs. Pour prendre un exemple, le critère de la taille de l'entreprise est parfois mis en avant pour pointer la sous protection des travailleurs, et l'éloignement du donneur d'ordres constitue un cumul de handicap en termes de niveau de protection. Il faut immédiatement préciser que le facteur de la taille est un facteur continu, la taille de l'entreprise constituant un facteur persistant de sous protection. En revanche le facteur de l'éloignement et de l'hypothèse de la sous entreprise liée à un marché, ponctuel, joue ici de manière discontinue : c'est à l'occasion de la sous entreprise liée à un marché principal que se révèle la sous protection des travailleurs impliqués. Cette discontinuité peut avoir des conséquences spécifiques sur le niveau de protection des acteurs. Les exemples de sous protection liés à la taille de l'entreprise sont nombreux.

Le meilleur exemple est la moins bonne couverture conventionnelle : les PME sont souvent peu ou pas touchées par la négociation d'entreprise, ce qui entraîne des disparités en termes d'avantages conventionnels sociaux (primes, accords de participation). Elles sont aussi caractérisées par une moins bonne représentation collective (seuils pour les institutions représentatives du personnel ou non respect de ceux-ci) avec des conséquences sur l'information des travailleurs, sur leur faculté à faire valoir leurs droits et la défense de leurs intérêts, ou le bénéfice des œuvres sociales du comité d'entreprise. Le constat est flagrant. Un salarié sur deux travaille dans une entreprise de moins de 100 salariés, 65 % des entreprises entre 50 et 99 salariés n'ont pas de délégué syndical, et le chiffre est encore plus important concernant les délégués du personnel pour les entreprises de moins de 50 salariés. Un salarié sur 5 bénéficie d'un accord collectif d'entreprise. La présence syndicale conditionne la négociation collective, ce qui a justifié des aménagements législatifs pour permettre la négociation d'entreprise dans les structures dépourvues de présence syndicale.

ä En cas de réalisation partielle de la prestation par un sous entrepreneur, qu'en est-il de la protection relative des travailleurs du sous entrepreneur par rapport à celle des travailleurs de l'entrepreneur principal ou du client ? Il s'agit ici d'examiner le niveau de protection des travailleurs du client, relativement au niveau de protection des travailleurs de l'entrepreneur principal, relativement au niveau de protection des travailleurs du sous-entrepreneur.

Le constat est encore ici que le degré d'éloignement du donneur d'ordres et la forme entrepreneuriale de la sous entreprise (le plus souvent de petites ou très petites structures) induisent dans nombre d'hypothèses une sous protection des travailleurs au regard à la fois des conditions d'emploi et de rémunération (contraintes de compétitivité et du report du coût), des conditions d'hygiène et de sécurité (dilution de responsabilité), de la sécurité sociale, liberté syndicale et un accès à la justice réduit du fait de l'infériorité économique et de la difficulté à faire valoir ses droits. Ainsi le donneur d'ordres a-t-il pour interlocuteur unique l'entrepreneur principal et non les sous entreprises qui n'ont souvent aucune existence juridique, assimilées au donneur d'ordres. Ceci a pour conséquence, outre le non respect des prescriptions en matière de législation du travail, l'absence de * traçabilité + des travailleurs de la sous entreprise, au sens où ceux-ci ne sont pas révélés par les instruments contractuels. Les évolutions quantitatives sont donc difficiles à donner, compte tenu de la complexité des montages opérés. Une

hypothèse est cependant à noter : dans le bâtiment et les travaux publics, ces montages sont parfois révélés à l'occasion de litiges sur le fondement de la garantie décennale pour vice de construction. Or si la structure globale peut être parfois mise en lumière, il est très difficile d'appréhender la situation des travailleurs de sous entreprises. Par ailleurs les structures liées à la réalisation d'un marché se sont bien souvent disloquées, et les entités économiques dissoutes.

Vers une amélioration de la protection des travailleurs

L'amélioration de la protection peut provenir selon nous de deux évolutions :

un renforcement des mécanismes permettant de saisir la configuration de travail dans son intégralité et dans sa complexité en favorisant la prise en compte par chacun des acteurs, de l'existence d'autres acteurs intervenant dans un même processus productif.

un développement des règles dont l'application est indépendante de la nature et de la forme juridique de la relation de travail, ainsi que de la nature des acteurs et de leurs relations.

Le premier axe s'articule avec le renforcement et l'extension des démarches de certification qualité qui impliquent le processus et non l'entreprise considérée isolément. La certification des processus peut conduire à une rationalisation des rapports entre les différents acteurs impliqués et la promotion d'une certaine transparence (connaissance de tous les participants d'une chaîne productive) pouvant entraîner un cercle vertueux du respect de la réglementation légale, le non respect au niveau d'un maillon risquant de rejaillir sur l'ensemble des partenaires économiques. De plus, ces démarches qualité intègrent de plus en plus des critères, comme le respect des conditions d'hygiène et de sécurité à tous les niveaux de la chaîne (voir notamment article R.233-67 sur les systèmes de garantie qualité sécurité). Par ailleurs les processus d'agrément et de présentation prévus par la loi de 1975 qui n'ont pas trouvé à s'appliquer, ainsi que l'organisation de cautions pour le paiement des sous-traitants semblent être des solutions à favoriser. Ceci serait peut être à rapprocher des évolutions en matière de droit de la consommation. Le consommateur est considéré comme fragile face aux cocontractants professionnels et mérite donc une protection particulière. Les travailleurs exposés des sous entrepreneurs en chaîne ne sont ils pas souvent placés dans une situation de faiblesse analogue à celle des consommateurs ? Les récentes évolutions jurisprudentielles sur la chaîne de contrats et le groupe de contrats, en matière de partage de responsabilité, illustrent cette réflexion. La chaîne de contrats permet d'établir un lien de responsabilité contractuel entre les différentes parties intervenues, quand l'objet des différents contrats reste le même. Elle est dite homogène (lorsqu'elle est constituée de contrats de même nature) en présence, par exemple, d'une série de ventes successives, hétérogène (lorsqu'elle est constituée de contrats de nature différente) en cas, par exemple, de vente suivie d'une transformation et ensuite d'une vente. Le groupe de contrats correspond aux hypothèses où il n'existe pas de lien contractuel avéré entre les différentes parties quand par exemple, un aéroport confie à une société de nettoyage le soin de nettoyer les locaux, celle-ci louant à une autre entreprise les machines de nettoyage. Le lien contractuel entre les trois maillons de la chaîne n'est pas établi et seule peut jouer ici, selon la jurisprudence, la responsabilité délictuelle. Ces évolutions, même si elles ne permettent pas de dégager de ligne directrice claire, quant au partage de responsabilité qui pourrait s'opérer entre les différents acteurs économiques

⁴⁶arrêt du 12 juillet 1991

organisés (concernant la main-d'œuvre), témoignent des tentatives pour comprendre et appréhender de manière globale des configurations complexes et tenter d'adopter des règles dépassant le simple cadre d'une relation bilatérale.

Le deuxième axe est celui du renforcement des règles indépendantes de la nature et de la forme juridique de la relation de travail ou même de la relation entre les acteurs (dépendance-sujétions-techniques-intégration sans subordination-mise à disposition) pour éviter que la stratégie des acteurs dicte le niveau de protection ou que la complexité des montages et des rapports entre acteurs n'entraîne effectivement une sous protection.

Deux exemples peuvent être donnés dans la législation actuelle concernant essentiellement l'hygiène et la sécurité : la législation relative à l'exercice d'un travail dans un établissement et celle sur chantier. Mais le point de référence pourrait également être le travailleur lui-même ; les hypothèses que nous aborderons permettent en effet plutôt d'appréhender les hypothèses de travail en commun ou successif, la coactivité, mais moins les hypothèses, de plus en plus courantes, où l'entreprise et ses travailleurs sont isolés par rapport au lieu de production du bien final (sauf à considérer que les moyens actuels de communication induisent une interconnexion et interrelation permanente qui à elle seule traduit le travail en commun, la référence étant ici le processus, et l'intégration de l'entreprise dans un réseau virtuel justifiant des règles communes).

Concernant la législation sur les bâtiments et travaux publics, la loi du 31 décembre 1993 traite des travaux applicables aux opérations de bâtiment et de génie civil, relativement à la sécurité et à la santé des travailleurs et le décret du 26 décembre organise la coordination sur les chantiers. La directive du 24 juin 1992 est relative aux prescriptions minimales de sécurité et de santé sur les chantiers temporaires ou mobiles.

L'article L.235-1 précise que toutes les personnes intervenant sur un chantier doivent respecter des principes généraux. L'obligation de les respecter incombe aussi bien au maître d'ouvrage, qu'aux maîtres d'œuvre par l'établissement de coordonnateurs et de plans généraux de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé. L'idée est de promouvoir une certaine concertation liée à l'exécution d'un travail dans un même lieu.

Pour les chantiers d'une certaine importance, un collège interentreprises de sécurité, santé et des conditions de travail doit être mis en place pour élaborer des règles communes.

Sur le plan des règles liées au travail dans un même établissement, la loi du 23 décembre 1982 modifiée 31 décembre 1991, impose l'existence d'un comité d'hygiène et de sécurité dans tous les établissements de plus de 50 salariés dont la mission concerne notamment, selon la loi, les salariés et les travailleurs mis à disposition.

Il faut noter également l'article L. 122-34 relatif au règlement intérieur et à l'hygiène et la sécurité. Si les dispositions d'un règlement intérieur concernant la sanction et la procédure disciplinaire, ne peuvent s'appliquer qu'aux salariés de l'entreprise, celles concernant l'hygiène et la sécurité peuvent concerner toute personne travaillant dans l'entreprise, qu'elle soit ou non liée par un contrat de travail avec l'employeur, notamment le personnel intérimaire et le personnel des entreprises extérieures (CE 12 novembre 1990).

De même l'article R 237-1 CT prévoit pour les travaux effectués par une entreprise extérieure, que lorsqu'une ou des entreprises dites entreprise(s) extérieure(s) font intervenir leur personnel aux fins d'exécuter une opération dans un établissement d'une entreprise dite utilisatrice aux fins d'exécuter une opération, l'entreprise utilisatrice doit faire respecter les prescriptions de la réglementation du travail et les règles relatives à la prévention. Par opération, le texte entend une ou plusieurs prestations de service ou de travaux réalisés par une ou plusieurs entreprises afin de concourir à un même objectif. Le chef de l'entreprise utilisatrice doit prévenir les risques liés à l'interférence entre les

activités, installations, matériels, des différentes entreprises présentes sur un même lieu de travail.

1-2 - La sous-traitance industrielle

* Avec près de 220 milliards de francs, la sous-traitance de nature proprement industrielle confiée par les entreprises de l'industrie manufacturière représente, en 1997, 7.3% de la production. Si l'on inclut les prestations non industrielles (gardiennage, logistique^Y), le montant total de sous-traitance confiée est de 329 milliards, soit 11% de la production. Six entreprises de plus de 20 salariés sur sept ont recours à cette sous-traitance élargie pour des prestations industrielles ou périphériques à la production. La sous-traitance reçue, quant à elle, concerne un nombre restreint d'entreprises : 32% des entreprises industrielles de plus de 20 salariés se déclarent sous-traitantes. Mais le montant des marchés concernés s'élève à 359 milliards de francs, soit 11% du chiffre d'affaires de l'industrie manufacturière. Une partie des ordres adressés à l'industrie provient donc d'autres secteurs non industriels, en particulier du commerce de gros, mais aussi d'entreprises étrangères. + (SESSI, 1999).

Selon l'Association Française de Normalisation (1987), *les usages professionnels permettent de considérer comme activité de sous-traitance toutes les opérations concernant pour un cycle de production déterminé une ou plusieurs opérations de conception, d'élaboration, de fabrication, de mise en œuvre ou de maintenance du produit, dont une entreprise dite donneur d'ordres, confie la réalisation à une entreprise dite sous-traitant ou preneur d'ordres, tenue de se conformer exactement aux directives ou spécifications techniques que ce donneur d'ordres arrête en dernier ressort. Ces spécifications techniques (...) peuvent tenir compte des avis ou propositions formulées par le sous-traitant (...) dès lors que le donneur d'ordres assume seul la responsabilité de la conception finale du produit+ (SESSI, enquête 1992).

Nous ne traiterons pas ici des différents problèmes que soulève la définition de la sous-traitance. La présentation de cette définition a pour seul but de préciser quelque peu ce que nous entendons par intermédiation dans le cas de la sous-traitance industrielle. La caractéristique la plus marquée et qui différencie cette situation de la précédente est le nombre de parties impliqués dans la relation. La sous-traitance industrielle implique une relation * triangulaire +, incluant l'entreprise principale ou donneur d'ordres, le preneur d'ordres ou sous-traitant et les salariés du sous-traitant.

La sous-traitance a toujours été considérée comme une forme de flexibilité permettant aux entreprises de faire face à un surcroît temporaire d'activité ou de faire réaliser une activité de production pour laquelle elles ne possédaient pas les compétences en interne. Elle offre aux entreprises la possibilité de répondre aux fluctuations temporaires de la demande sans avoir à réaliser des investissements supplémentaires en équipements ou ressources humaines. Mais, forme d'intermédiation portant sur l'activité de production, la sous-traitance industrielle constitue également, simultanément et peut être de plus en plus un moyen d'externaliser la gestion de la main-d'œuvre et le risque de l'emploi. Son développement (sous des formes diverses) participe en effet au mouvement de flexibilisation interne et externe de la main-d'œuvre (J. Freyssinet, 1981 ; B. Gazier, 1991). L'extériorisation organisationnelle de la main-d'œuvre (filialisation, sous-traitance) vient ici compléter son extériorisation juridique (intérim, détachement). Cette extériorisation se conjugue avec l'utilisation de contrats limités pour faire réaliser des tâches déterminées, qu'il s'agisse de contrats de travail limités ou sur mission (CDD, intérim) ou de contrats commerciaux pour réaliser un produit ou un service déterminé (contrat d'entreprise). La sous-traitance fait ainsi partie de l'ensemble des

⁴⁷ SESSI, Le 4 pages des statistiques industrielles, n° 117, août 1999.

techniques utilisables qui trace, dans les grandes entreprises, des cercles de personnel aux trajectoires différentes autour du noyau dur de personnel, lui-même en constante recomposition (Atkinson, 1985). L'extériorisation de l'emploi s'accompagne alors d'une différenciation dans les modes de gestion de la main-d'œuvre tant au sein des grandes entreprises qu'entre donneurs d'ordres et sous-traitants.

Ce constat met en avant une des limites de notre distinction entre les deux objets d'intermédiation. Néanmoins, dans la mesure où la sous-traitance industrielle n'a pas, sauf lorsqu'elle est illicite, pour objet principal la gestion intermédiée de la main-d'œuvre, celle-ci étant une conséquence de l'intermédiation portant sur l'activité de production, nous l'envisagerons essentiellement sous cet angle. Trois situations particulières de sous-traitance seront étudiées : la situation classique de sous-traitance où le travail est réalisé au sein de l'entreprise sous-traitante sous la subordination du responsable de l'entreprise sous-traitante, la situation où la sous-traitance donne lieu à ce qui est appelé un contrat en régie et la situation où elle donne lieu à ce qui est dénommé contrat au forfait.

1-2-1 B La sous-traitance licite

La sous-traitance licite combine deux relations : un contrat d'entreprise entre les entreprises (donneur d'ordres et preneur d'ordres) concernées et des contrats de travail liant le preneur d'ordres à ses salariés qui vont exécuter le travail demandé par le donneur d'ordres. Pour le salarié, le donneur d'ordres n'a aucune existence ; ses conditions de travail et son niveau de protection sociale ne dépendent pas du donneur d'ordres car il n'existe aucun lien de droit entre eux. Pourtant, dans certaines situations, *le sort du salarié peut dépendre davantage des décisions prises par cette entreprise donneur d'ordres que par son employeur. Ceci est spécialement vrai lorsque l'entreprise sous-traitante se trouve dans une dépendance économique exclusive du donneur d'ordres, dont les décisions peuvent dicter non seulement le volume de l'emploi, mais aussi les politiques de formation professionnelle, l'organisation du travail, etc. Dans une telle situation, une bonne part du droit du travail devient inopérant. En particulier, les structures de représentation, de confrontation et de négociation ne permettent pas d'accéder à l'interlocuteur pertinent, qui est le donneur d'ordres. Ce problème a été bien identifié dans le cas des groupes d'entreprises, mais il reste aujourd'hui pour l'essentiel sans réponse dans les réseaux d'entreprises qui collaborent de manière continue à la réalisation d'un produit+ (Supiot, p. 49-50).

⁴⁸ J. Atkinson (1985). Flexibility : Planning for an uncertain futures. Man power Policy and Practice, été, p. 27.

⁴⁹ quand elle n'entre pas dans les prévisions légales de la * sous-traitance + selon la loi de 1975 qui organise un régime spécifique de la sous-entreprise, particulièrement protecteur du sous-traitant.

1-2-2 B Contrat en régie et contrat au forfait

Il s'agit de situations où une entreprise préfère externaliser un travail, soit parce qu'elle ne dispose pas des compétences en interne, soit, si elle en dispose, parce que l'entreprise spécialisée a développé une expertise et une compétence plus transversales, utiles à la réalisation du service qui sera l'objet du contrat d'entreprise. Le développement des entreprises de services informatiques, par exemple, s'inscrit très largement dans ce mouvement. La prestation de service peut être tout d'abord une activité d'assistance ou de maintenance, corollaire à l'activité de vente de logiciel ou de produit informatique lorsque le client n'a pas les compétences en interne. Le salarié qui réalise ces prestations est dans une situation de salariat classique qui n'appelle pas d'examen particulier. Dans d'autres situations, le contrat porte exclusivement sur la prestation de service elle-même. C'est le cas des contrats en régie et des contrats au forfait. L'analyse de ces formes de contrat s'appuiera essentiellement sur les travaux réalisés par Morin (1999) qui en fournit une étude documentée.

Les contrats en régie

Les *contrats en régie* portent sur une délégation de personnel pour la réalisation de tâches déterminées au sein de l'entreprise utilisatrice pour une durée variable (par exemple, assurer la maintenance du matériel informatique). Le prix de la prestation est défini en fonction du nombre de personnes mises à disposition et d'un tarif horaire. Si ces contrats en régie peuvent reposer sur la compétence propre de l'entreprise prestataire et de ses salariés, ils sont aussi une forme d'externalisation de la main-d'œuvre, dans la mesure où il peut s'agir de la prise en charge de travaux durables liés à l'activité permanente de l'entreprise et que la dimension compétence n'est pas toujours déterminante.

Du point de vue juridique, le problème essentiel est celui de la distinction entre le contrat d'entreprise licite et la fourniture de main-d'œuvre illicite. * On peut en effet se demander si l'obligation née du contrat est une obligation de moyens, la fourniture de main-d'œuvre pour exécuter des tâches dont le client porte la responsabilité, ou s'il s'agit bien d'une obligation de résultat, la réalisation de la tâche qui nécessite de la main-d'œuvre. Si la situation correspond à la seconde hypothèse, il s'agit d'un contrat de sous-entreprise de main-d'œuvre au sens de l'art. L. 125.2 C. trav. Et L. 200.3 C. trav. A notre sens, cette dernière solution doit l'emporter chaque fois que la tâche est bien déterminée et qu'elle nécessite une spécialisation propre à l'entreprise prestataire, que celle-ci assume le risque et qu'elle dirige les salariés. + (Morin, 1999, p. 121).

* Dans toutes les situations qui sont licites, la prise en considération de la codirection de la main-d'œuvre serait utile pour clarifier la situation des salariés. Cette notion de codirection est parfois utilisée par la jurisprudence pour considérer comme solidairement responsables les sociétés d'un groupe qui ont successivement employé un salarié. Lors de son licenciement, elles pourront être considérées comme employeurs conjoints.

Cette idée pourrait être retenue dans toutes ces hypothèses de travail en régie, en la conjuguant avec une réglementation plus globale de la mise à disposition, actuellement traitée par des textes épars.

S'agissant des conditions d'exécution concrètes du travail, la mise à disposition du personnel dans le cadre d'un prêt de main-d'œuvre à but non lucratif au terme de l'art. L. 125.3 al.2 C. trav., a pour conséquence de rendre responsable l'utilisateur du respect de la réglementation relative aux conditions d'exécution du travail (au livre II C. Trav.). Si l'opération est une opération de sous-entreprise de main-d'œuvre au sens de l'art. L. 125.2 dans le cadre d'un contrat de prestation de service licite, les dispositions de l'art. R. 237.1 en matière d'hygiène et de sécurité définissent les règles de coordination entre les deux entreprises en situation de coactivité, pour partager les

⁵⁰ Cass. Soc., 25 juin 1992, Droit social, 1992, p. 827, conclusions Kessous.

responsabilités (Morin, 1996). Enfin, sur le plan du droit collectif, et pour autant que l'utilisateur exerce une autorité de fait sur la main-d'œuvre utilisée, celle-ci est prise en compte dans les effectifs du personnel (L. 421.2, L. 431.2 et L. 412.5 C. trav.). Elle est électeur et éligible aux élections de délégués du personnel, dont la fonction concerne les conditions concrètes de travail, dans la mesure où elle fait partie intégrante de la collectivité de travail.

Au-delà de ces règles, il n'y a pas de réglementation d'ensemble. Il existe pourtant une directive européenne visant les hypothèses de mise à disposition du personnel d'une entreprise de l'Union dans une entreprise d'un autre pays de l'Union. Cette directive concerne les salariés détachés et définit ce qu'il faut entendre par détachement, par la continuité du lien d'emploi avec l'employeur initial. Cette notion englobe aussi bien le détachement dans le cadre d'un contrat de prestation de services, que la mise à disposition ou prêt de main-d'œuvre. La directive prévoit le respect d'un noyau dur de protection concernant les règles d'application générales et obligatoires dans le pays d'accueil : les durées maximales du travail et minimales de repos et de congés payés, le salaire minimum, le respect des conditions de mise à disposition dans le pays d'accueil, l'hygiène et la sécurité, l'égalité de traitement, les mesures protectrices de l'emploi des femmes et des jeunes. Dans tous les cas, il s'agit de lois de police dont le champ d'application est territorial. Les Etats membres pourront imposer le respect des conditions d'emploi et de travail dans d'autres domaines si elles sont d'ordre public ou si elles résultent de conventions collectives. La loi quinquennale du 20 décembre 1993 a ainsi, dans l'art. L. 341.5 C. trav. applicable aux salariés étrangers employés dans ces conditions, imposé le respect des normes légales ou conventionnelles minimales applicables dans l'entreprise utilisatrice pour un emploi de même nature (Robin, 1994).

Une élaboration conjointe de la notion de détachement au sens de la directive européenne (qui englobe le prêt de main-d'œuvre et le détachement pour l'exécution d'une prestation de service) et de celle de codirection serait particulièrement utile dans toutes ces hypothèses. (Y) En effet, la distinction entre la sous-entreprise de main-d'œuvre (contrat d'entreprise) et le prêt de main-d'œuvre et celle entre le prêt de main-d'œuvre licite ou illicite ne permettent pas de les appréhender de façon unitaire, alors qu'elles sont voisines pour les salaires et autorisent de multiples jeux d'externalisation. + (Morin, 1999, p. 123-124).

Les contrats au forfait

Les *contrats au forfait* sont des contrats globaux portant sur la réalisation de projets ou de produits déterminés demandant parfois une très grande technicité, conclus soit après des procédures d'appel d'offre, soit de gré à gré. Ils s'inscrivent dans une relation triangulaire selon laquelle une société A, travaillant au forfait, confie, dans le cadre d'un contrat d'entreprise conclu avec une société B, le soin de réaliser la prestation commandée. Le travail est généralement effectué dans les locaux de la société A. Ici la compétence du prestataire est essentielle. Ces travaux sont considérés comme les plus valorisants dans le secteur de l'informatique. Dans ce type de configuration de relations, la difficulté n'est pas liée à l'activité de travail ou à son statut, mais à la nécessité de définir un cahier des charges strict qui limite la relation entre le travailleur et le client pendant la réalisation du travail. Ceci est particulièrement vrai dans certaines situations ambiguës : par exemple, lorsque le salarié prestataire était auparavant salarié de la société B et a été embauché dans la société A à la

⁵¹ Soc., 6 juillet 1990, RJS, 1990, p. 475.

⁵² Du 16 décembre 1996, Moreau (1996).

⁵³ Robin S. (1994). * L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger +, Droit social, p. 127.

demande de la société B. De façon générale, la situation des contrats au forfait pose essentiellement deux questions. La première classique est celle de savoir quel est l'employeur du salarié, la seconde est celle de savoir quelles sont les conséquences de cette forme de mobilisation du travail par rapport à l'économie du contrat de travail.

Concernant la détermination de l'employeur, il apparaît que * dans le contrat au forfait, les salariés peuvent travailler dans l'entreprise utilisatrice ou dans les locaux de leur entreprise. On notera ici que certains des clients exigent, dans toute la mesure du possible, que les travaux soient réalisés dans l'entreprise prestataire. Il y a là un élément de différenciation avec la régie qui, par définition, est réalisée chez le client. La localisation externe du travail évite la confusion avec une opération de mise à disposition de personnel. Dans ces conditions, le fait que le matériel nécessaire à la réalisation du contrat puisse être fourni au terme du contrat par le client n'a guère d'incidence sur la situation du salarié. La fourniture d'un matériel spécialisé peut être d'ailleurs dictée par l'objet même du contrat. + (Morin, 1999, p. 117).

En ce qui concerne les conditions de travail, la participation du salarié de l'entreprise sous-traitante à une équipe (dite mixte) composée des salariés du client et d'autres intervenants, nécessite de faire la différence entre les procédures particulières de coordination liées à l'objet même du contrat et la subordination. * La nature même du travail des salariés participant à ces équipes nécessite une compétence particulière qui leur donne évidemment une liberté technique très grande, mais aussi une liberté organisationnelle. Cela est vrai aussi pour les salariés du client qui participent à ces équipes. L'organisation du travail est dictée par le fonctionnement même de l'équipe mixte qui acquiert de ce fait une certaine autonomie. Celle-ci ne contredit pas pour autant l'existence d'un lien de subordination des salariés dans leur entreprise respective (du point de vue hiérarchique, les salariés doivent lui rendre compte). Cela tient essentiellement au caractère complémentaire des tâches et des compétences mises en œuvre. Les salariés du client sont chargés de mettre au point un cahier des charges en fonction du produit qu'ils veulent obtenir, les salariés du prestataire, de s'assurer si cela est techniquement réalisable. Il n'y a donc pas de codirection de la main-d'œuvre. Il s'agit d'un processus de coordination entre deux entreprises, où chacun des participants joue le rôle d'interface avec son entreprise. Si ce processus de coordination implique une grande liberté des salariés qui y participent, il ne change pas fondamentalement la nature du lien de subordination, comparable à celui examiné au point précédent. + (Morin, 1999, p. 118).

* Ce mode de coordination suppose des relations de partenariat entre les deux entreprises. Le client connaît le prestataire et ses salariés qui sont déjà intervenus pour lui. C'est un élément important de sélection de l'entreprise. Si le prestataire choisit le personnel affecté au projet, il y a un consensus explicite ou implicite avec le client qui repose sur des relations de confiance : la transparence que le prestataire accepte de donner sur le choix du personnel et sur sa formation sont autant de garanties pour le client. Mais, le prestataire reste maître de la gestion de sa main-d'œuvre. Ces données ne sont pas forcément généralisables, cependant lorsque la compétence est un élément essentiel du choix d'un prestataire, il est évident que la personnalité des salariés qui participent au projet et leur formation sont des éléments essentiels du contrat, fussent-ils implicites.

On est donc en présence d'une forme de coactivité entre entreprises qui implique des formes particulières de gestion de la main-d'œuvre, sans pour autant remettre en cause le pouvoir du prestataire dans la gestion des relations d'emploi. + (Morin, 1999, p. 118-119).

Une question particulière au travail au forfait est celle de la * gestion des phases d'inter projets, lorsque les salariés sont engagés à contrat à durée indéterminée. Compte tenu du plan de charge des entreprises, la durée acceptable de ces phases d'inter projets peut être fixée de façon variable (Y).

Au-delà (d'une durée considérée comme acceptable), des procédures de licenciement peuvent éventuellement être engagées. Mais si le risque de ~~l'~~emploi pour le salarié est lié au plan de charge général de ~~l'~~entreprise, il ~~l'~~est aussi à sa compétence. ~~L'~~entreprise peut préférer garder le salarié afin d'~~l'~~internaliser la compétence qui lui est nécessaire. La compétence du salarié apparaît alors comme un élément essentiel de la stabilité de ~~l'~~emploi. + (Morin, 1999, p. 119-120).

2 - L'intermédiation portant sur la main-d'œuvre

La distinction entre gestion intermédiée de la main-d'œuvre et intermédiation productive peut être tenue, tant par exemple le phénomène dit d'~~l'~~extériorisation peut apparaître à la fois comme une extériorisation d'~~l'~~une activité productive ou accessoire d'~~l'~~une activité productive et comme extériorisation de la gestion et de la responsabilité économique et sociale de la main-d'œuvre. Notre objectif ici est d'~~l'~~isoler spécifiquement ~~l'~~intermédiation, issue d'~~l'~~une stratégie délibérée d'~~l'~~un ou plusieurs acteurs économiques, dans la gestion de la main-d'œuvre, pour analyser ses incidences sur la protection des travailleurs. ~~L'~~aspect direct et délibéré de ~~l'~~intermédiation se traduit souvent dans *la nature de ~~l'~~intermédiaire* : celui-ci est, quand ~~l'~~intermédiation est transparente ou relativement transparente, *investi comme intermédiaire de gestion*. Sa compétence reconnue ou implicite n'est souvent pas liée à une technique intervenant directement ou indirectement dans le processus productif mais bien à une compétence de gestion et d'organisation de la main-d'œuvre. Les situations analysées ici concernent donc spécifiquement des montages faisant intervenir au moins deux acteurs, en plus du travailleur, pour permettre une mise à disposition de main-d'œuvre en organisant un ou plusieurs aspects de la relation de travail au bénéfice du travailleur ou le plus souvent au bénéfice de tiers (utilisateur de la main-d'œuvre).

Il est possible d'~~l'~~ailleurs de distinguer les hypothèses, où ~~l'~~intermédiaire joue un rôle de mise en relation sur le marché du travail (intermédiaire lors du recrutement), avec pour objectif de faciliter la recherche et ~~l'~~embauche des travailleurs, d'~~l'~~autres intermédiations entraînant véritablement une séparation des différents éléments du rapport d'~~l'~~emploi entre plusieurs acteurs, objet de nos analyses. En effet, ~~l'~~intermédiation lors du recrutement peut s'~~l'~~inscrire aisément dans le cadre d'~~l'~~une relation bilatérale simple. ~~L'~~aide au recrutement est une aide souvent ponctuelle, le recruteur extérieur n'~~l'~~ayant qu'~~l'~~une fonction de mise en relation : une fois recruté par ~~l'~~entreprise, le recruteur disparaît du rapport d'~~l'~~emploi, sauf lorsque ~~l'~~entreprise met en jeu la responsabilité du recruteur pour erreur de recrutement liée aux méthodes utilisées par le recruteur. En revanche, l'intermédiation portant sur le gestion de la main-d'œuvre entraîne la permanence des acteurs impliqués. L'intermédiaire constitue le lien permanent entre l'entreprise et le travailleur ; il ne disparaît pas une fois la mise en relation effectuée.

Dans ces situations où il y a permanence de ~~l'~~intermédiation, il faut distinguer ~~l'~~intermédiation (portant

sur la main-d'œuvre), transparente et relativement organisée, à l'initiative des parties (société de portage), ou à l'initiative des parties et reconnu par le droit (groupement d'employeurs, Interim) et l'intermédiation non transparente, dissimulée, faisant l'objet d'une forte présomption de travail illégal.

L'intermédiation illicite

L'intermédiation illicite recouvre souvent des hypothèses où se mêlent travail illégal et sous protection des travailleurs. La constitution d'une filiale ou le recours à un sous-traitant dans l'objectif de fournir de la main-d'œuvre à l'entreprise utilisatrice, sans compétence spécifique, serait susceptible de tomber sous le coup de la prohibition du marchandage. Nous avons envisagé en première partie le travail dissimulé comme forme de travail illégal, non intermédiée. Il s'agit ici de s'intéresser à des hypothèses d'intermédiation dont l'objet principal est la mise à disposition de main-d'œuvre, et dont l'enjeu est souvent le caractère lucratif de cette fourniture de main-d'œuvre et/ou le niveau de protection des travailleurs. L'intermédiaire n'a d'autre rôle que de permettre au donneur d'ordres de disposer de la main-d'œuvre adéquate. Il n'est donc qu'une interface juridique écran entre l'utilisateur et les travailleurs. L'intermédiation n'est pas transparente, dans la mesure où ce montage est dissimulé derrière un contrat d'entreprise ou de prestations de service dans lequel ne sera parfois précisé que le nom de l'entrepreneur fictif et non les travailleurs concernés. Par ailleurs ce montage ne se révélera que lors d'une analyse concrète d'une situation de travail laissant transparaître que l'entrepreneur est absent de la réalisation de la prestation ou en retrait, que les travailleurs sont intégrés dans la collectivité de travail du donneur d'ordres pour la réalisation d'une prestation, sans compétence spécifique, et recevant de sa part des ordres et directives. Cette forme d'intermédiation peut être qualifiée de * minimale *. En effet, l'intermédiaire n'a pas comme dans d'autres hypothèses plus transparentes, de compétence, déclarée ou révélée, de gestion de la main-d'œuvre. Il n'existe donc, dans l'hypothèse extrême, pas de prestation de service portant par exemple sur la prise en charge d'un élément du rapport d'emploi, puisque * l'entremetteur * n'assure aucune gestion administrative et parfois même ne rémunère pas les travailleurs. Il joue le rôle d'un simple écran. Une nuance peut être apportée si l'on considère que l'intermédiaire, dans ce cas, a tout de même un rôle de mise en relation et de recrutement de la main-d'œuvre, mais il est absent du rapport de travail. Le caractère illicite de l'opération entraîne, outre une réflexion sur la protection, un débat sur la politique de répression de ces agissements, ceux-ci étant pénalement sanctionnés.

La loi distingue la fourniture de main-d'œuvre à but lucratif et à but non lucratif. Seule la fourniture de main-d'œuvre à but lucratif est prohibée quand elle n'entre pas dans les prévisions légales du travail temporaire. Le législateur associe la sous protection provoquée par l'opération et son caractère illégal. L'article L.125-1 CT prohibe toute opération à but lucratif qui a pour effet de causer un

préjudice au salarié ou d'échapper à l'application des règles du travail et l'article L.125-3 CT prohibe toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre autre que celle réalisée par le travail temporaire. Est donc normalement permise l'opération à but lucratif qui accompagne une autre opération juridique et qui ne cause pas de préjudice au travailleur, sachant que les hypothèses jurisprudentielles révèlent des opérations où l'opération exclusive et même l'activité exclusive du prestataire est la fourniture de main-d'œuvre à but lucratif, ou bien dont l'habillage juridique est une opération productive mais cache en réalité une simple fourniture de main-d'œuvre. L'application de l'article L.125-1 conduit à apprécier les protections dont le travailleur est privé du fait de l'opération de marchandage. Elle se traduit donc par une comparaison de sa situation avec celle des salariés employés par l'entreprise bénéficiaire (montant du salaire, bénéfice ou non des avantages sociaux prévus par accords collectifs - primes, accord de participation) ou des garanties qui résulteraient de l'application de la loi sur les travailleurs intérimaires (indemnité de précarité et égalité de rémunération). Cependant la jurisprudence sanctionne essentiellement des opérations dont l'objet exclusif est le prêt de main-d'œuvre et se place rarement uniquement sur le terrain du préjudice causé au salarié ou de l'évasion des règles sociales, le préjudice causé ou l'évasion des règles constituant alors souvent une infraction cumulative. S'il en était autrement, de nombreuses entreprises de prestations de services (par exemple les entreprises de prestation de services informatiques) dont l'objet n'est pas uniquement une fourniture de main-d'œuvre, mais dont l'avantage compétitif repose en partie sur des différentiels en termes d'avantages sociaux et de salaires, par rapport à leurs clients, risqueraient de se voir condamnées pour marchandage.

Le caractère lucratif est sujet à controverse et la jurisprudence est hésitante. Dans un souci de clarification, il serait bon d'admettre que le caractère onéreux de la fourniture (à prix coûtant), c'est-à-dire la refacturation au coût du salaire, des charges sociales et d'éventuels frais de gestion faibles (5%), ne suffit pas à caractériser le caractère lucratif qui résulte de la poursuite d'un bénéfice pour le prestataire et parfois également d'une économie pour le bénéficiaire de la prestation. Cependant demeurerait une hypothèse où le caractère onéreux mais non lucratif ne suffirait pas à justifier la fourniture de main-d'œuvre à but non lucratif, celle où l'activité d'une société serait exclusivement la fourniture de main-d'œuvre, sans activité propre.

Les conventions de prêt de main-d'œuvre

Il faut noter une évolution caractéristique dans le secteur du bâtiment qui donne une bonne illustration des nouvelles formes d'emploi. Il s'agit des conventions de prêt de main-d'œuvre qui implique une relation triangulaire au sens du BIT. Une entreprise Y met à la disposition de X un de ses travailleurs

⁵⁴ Il faut noter que le critère de la sous protection du travailleur (préjudice et évasion des règles du travail) ne se retrouve, si l'on s'en tient à une application stricte des textes, que dans les situations de fourniture de main-d'œuvre à but lucratif. Or il peut exister des hypothèses où cette sous protection résulte d'un prêt de main-d'œuvre à but non lucratif, notamment dans l'hypothèse où une convention de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif a pour motif une délégation de responsabilité.

⁵⁵ Synthèse de la jurisprudence sur le marchandage-1970-1990-doc. de travail B BTP - rapport de stage 1994

⁵⁶ La preuve du bénéfice tiré par le prestataire suffit à caractériser le but lucratif de l'opération. En revanche la preuve seule d'un avantage retiré par le bénéficiaire de la prestation (l'opération étant par ailleurs sans but lucratif avéré pour le prestataire) ne devrait pas pouvoir entraîner cette qualification (ces opérations de détachement servent toujours d'une manière ou d'une autre l'intérêt du bénéficiaire, pour qu'il décide de faire ce choix par rapport à un recrutement de salarié et compte tenu de la tâche à accomplir)

⁵⁷ Cass crim 12 mai 1998

salariés pour une période donnée. Cette fourniture de main-d'œuvre s'effectue à titre gratuit.

Cette pratique s'est beaucoup développée depuis les années 80 dans le secteur du bâtiment, répondant à deux nécessités :

une mobilité fonctionnelle des travailleurs et l'établissement de relations de coopération avec d'autres entreprises du même secteur ;

la mise à disposition au sein de groupes de société de compétences pour des projets particuliers

La documentation de la fédération des travaux publics définissait ou justifiait en 1982 le prêt de main-d'œuvre comme * la pratique qui consiste de la part d'un entrepreneur à mettre à la disposition d'un confrère, de manière provisoire et sans but lucratif, des salariés permanents de son entreprise, par suite d'un sous emploi temporaire lié à une baisse conjoncturelle d'activité et en vue d'éviter, dans toute la mesure du possible, d'avoir à recourir à des licenciements +. En fait le prêt de main-d'œuvre s'est développé bien au delà de cette hypothèse de baisse d'activité (chez le prêteur), en permettant de satisfaire des besoins ponctuels de main-d'œuvre (chez le bénéficiaire), liés à des hausses d'activité (quantité) mais surtout à des projets temporaires (qualité). Admises par les juges dans les échanges intragroupe et sous réserve qu'elles ne soient pas le fait de sociétés du groupe uniquement tournées vers la fourniture de main-d'œuvre, les conventions de prêt de main-d'œuvre se sont développées hors des groupes, et pour permettre des délégations de responsabilité et de pouvoir, entre deux sociétés formant un groupement temporaire d'entreprises, pour la réalisation d'une opération ponctuelle. Nous tenterons, en encadré ci-dessous, de donner les caractéristiques de cette configuration particulière d'emploi, par l'étude d'une convention de mise à disposition issue de la pratique en recherchant la répartition de la charge des éléments de l'emploi.

L'objet de la convention est le fait pour la société Y de mettre à disposition de X, un travailleur A. concernant le statut du personnel mis à disposition, le travailleur A continue d'appartenir à l'effectif du personnel de Y qui demeure son seul et unique employeur, assure la continuité de l'exécution de son contrat de travail et celle de la protection sociale afférente. Le travailleur A exerce ses fonctions sous l'autorité technique de X dans le cadre des directives qui lui sont données par les autorités hiérarchiques de X et sous la responsabilité de cette dernière. Néanmoins X s'interdit d'apporter aux fonctions du salarié mis à disposition des modifications susceptibles de s'analyser en modification substantielle du contrat de travail, au sens de la jurisprudence. Le pouvoir disciplinaire continue d'appartenir à Y et X s'engage à informer immédiatement Y dès qu'elle a connaissance de tout fait susceptible de qualification disciplinaire imputable à A. Pour la réglementation du travail, il appartient à Y de déterminer les conditions d'exécution du travail relatives à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et des jours fériés, à l'hygiène et à la sécurité, au travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs, telles qu'elles sont déterminées par les mesures législatives, réglementaires et conventionnelles en vigueur sur le lieu de travail. Si les dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité ainsi qu'à la surveillance médicale applicables à Y demeurent applicables à A, X est responsable de l'information sur les risques particuliers inhérents à son activité. Sur le terrain des accidents du travail, l'entreprise prêteuse qui, en tant qu'employeur et parce que le contrat de travail existe toujours entre elle et le salarié prêté, paie les salaires et les cotisations, conserve la charge des formalités liées à la survenance d'un accident du travail et même la charge financière des conséquences d'une faute inexcusable de l'utilisateur. Cependant, dans cette hypothèse le prêteur pourra exercer une action en remboursement contre l'emprunteur, qui, substitué provisoirement à la direction, exerce pendant toute la durée du prêt de main-d'œuvre son autorité sur le personnel

emprunté. Par ailleurs sur le terrain plus large de la responsabilité l'autorité technique de l'employeur étant exercée par X et A ayant l'obligation de s'y soumettre, celui ci est considéré comme le commettant au sens des dispositions de l'article 1384 al.5 Cciv. En conséquence X prend les mesures nécessaires à la couverture de sa responsabilité civile du fait des salariés mis à sa disposition, et en fait son affaire personnelle. Concernant enfin la durée, la rémunération et la facturation, la durée est, dans le cas cité un mois, la durée moyenne allant de un mois à deux. A demeure administré par Y qui continue à lui verser sa rémunération. La mise à disposition fait l'objet d'une facturation mensuelle par Y à X sur la base de la masse salariale, des charges sociales et des frais de gestion (5%).

Cet exemple illustre assez bien, dans une hypothèse ne faisant intervenir, outre le travailleur que deux acteurs, la difficulté à appréhender dans sa cohérence l'emploi en cas de démantèlement du paradigme classique de l'emploi et la division * entre plusieurs mains + de la charge des différents éléments du rapport d'emploi. Le manque de lisibilité et la difficulté à déterminer les responsabilités de chacun constituent en soi, en dehors de toute fraude de la part de l'employeur et/ou de l'utilisateur, un facteur possible de sous protection, en l'absence de règles claires de répartition.

Autres dispositions actuelles

Il faut noter d'autres dispositions qui attachent des conséquences, autres que la sanction pénale, à des opérations portant essentiellement sur une fourniture de main-d'œuvre : l'article L. 200-3 CT prévoit par exemple que lorsqu'un contrat de sous entreprise porte essentiellement sur de la main-d'œuvre et que le sous entrepreneur n'est pas un chef d'établissement propriétaire d'un fonds de commerce, l'entrepreneur principal est tenu d'observer toutes les prescriptions relatives aux conditions de travail, à la durée du travail, au travail de nuit, aux femmes et aux jeunes travailleurs, au repos et congés et en fin à l'hygiène et sécurité et à la médecine du travail.

Ces dispositions du livre deux du code de travail, intitulé * Réglementation du travail + traitent prioritairement et principalement des mesures applicables à des travailleurs exerçant leur activité en un même lieu de travail. La référence essentielle est l'établissement où s'applique la réglementation et non pas le fait d'y être employé ou salarié (article L.200-1CT). C'est pourquoi il n'est pas aberrant de soutenir que l'article L. 200-3 devrait avoir une portée plus générale, l'entrepreneur étant tenu de faire respecter les prescriptions légales de la réglementation du travail à tous les travailleurs qui peuvent être amenés à travailler dans son établissement (et pas seulement dans l'hypothèse de sous entreprise de main-d'œuvre), dans un souci d'amélioration des protections offertes aux travailleurs. D'autre part cette extension devrait à notre sens ne pas viser seulement les travailleurs concernés mais les protections attachées, et plus généralement la réglementation du travail applicables au travail sur le même site. Les règles applicables à un établissement participent en effet de la constitution de pôles de cristallisation des

règles de droit, comme le lieu de travail de manière générique (même ponctuel), permettant le dépassement de la nature et du nombre des acteurs, des relations nouées entre ceux-ci, et des montages opérés.

Une deuxième disposition à signaler est celle de l'article L.125-2 CT qui prévoit que lorsqu'un chef d'entreprise passe un contrat avec un entrepreneur non propriétaire d'un fonds de commerce qui recrute lui-même la main-d'œuvre nécessaire, il peut être substitué à l'entrepreneur si la prestation est exécutée dans son établissement en cas de défaillance pour le paiement des salaires, congés et charges sociales. Par ailleurs, pour des travaux exécutés en dehors de ses établissements, mais dont il a la responsabilité économique finale, et en cas de défaillance de l'entrepreneur, l'entrepreneur principal peut de même lui être, dans certains cas, substitué et les travailleurs et caisses de sécurité sociale disposent d'une action directe contre le chef d'entreprise pour qui le travail a été effectué. Au terme de la présentation des différentes dimensions juridiques associées à l'intermédiation portant sur la main-d'œuvre, nous étudierons successivement différentes configurations d'intermédiation.

2-1 - Le portage salarial

Un premier type de relations intermédiées est illustré par le montage juridique opéré par les sociétés de portage. Apparu dans les années 1980 sous la pression du chômage des cadres, elles ont pour but de permettre à un cadre d'exercer une activité de consultant tout en conservant un statut de salarié. Les **sociétés de portage** constituent un tiers employeur utilisé pour mettre en relation des cadres de haut niveau au chômage et des entreprises. Le principe est simple : le cadre en recherche d'emploi trouve une mission à accomplir dans une entreprise. Celle-ci souhaite utiliser ses compétences mais refuse de l'embaucher pour des raisons diverses (coût de recrutement, de formation, de rupture, seuils pour l'établissement des institutions représentatives du personnel, etc.). Le cadre ne peut donc pas travailler pour cette entreprise, sauf à prendre un statut d'indépendant, ce qui lui ôterait le bénéfice des allocations pour perte d'emploi en cas de retour au chômage. La solution consiste à utiliser l'intermédiation d'une société de portage qui va conclure :

un contrat d'entreprise avec l'entreprise cliente : le prix (forfaitaire) de la prestation sera négocié par le cadre lui-même, et non par la société de portage ;

un contrat de travail (qualifié contrat d'intervention) avec le cadre : la durée du contrat est définie selon la durée de la mission et la rémunération correspond au prix forfaitaire négocié, avec déduction des frais de gestion et des charges sociales. La société "porte" donc le contrat de travail du cadre. Le "salaire" sera versé en fonction de l'encaissement des factures que le cadre fera établir au fur et à mesure de l'avancement de sa mission. Le contrat spécifie, en outre, qu'il ne peut exister de lien de subordination entre le cadre et l'entreprise utilisatrice.

L'analyse montre que le cadre assume la responsabilité de l'exécution de sa mission, est rémunéré en fonction de l'encaissement des factures, est porteur de son emploi dans la mesure où celui-ci dépend de

⁵⁸ Sur la sous-traitance de * façade + Soc 21 janvier 1987

sa capacité à "vendre" ses compétences sous formes de "missions" auprès d'entreprises (que l'on peut apparenter à des clients) diverses. Il supporte donc le risque économique (lié au risque sur le résultat de l'activité de travail), le risque de l'emploi (lié à la pérennité de la situation de travail dans une organisation productive) et le risque clientèle (lié à la responsabilité de trouver de nouveaux clients ou contrats). Mais, ce type de montage juridique présente pour lui un triple intérêt : i) il continue de bénéficier des avantages sociaux propres au salarié (et notamment des allocations chômage à la fin de la mission), ii) il n'a pas à assurer la gestion administrative de son activité et iii) s'il a pour objectif de se mettre à son compte, le portage est une occasion de tester le marché.

Cette forme de mobilisation du travail rend compte de la transition opérée progressivement entre une logique salariale et une logique de marché. Elle peut être analysée comme le reflet de la volonté de l'entreprise cliente d'extérioriser la gestion de la relation d'emploi.

Il importe de préciser ici, qu'à la différence des sociétés d'intérim (qui constituent également un tiers employeur), les sociétés de portage ne proposent pas d'emploi ; ce sont les cadres eux-mêmes qui recherchent des missions à accomplir dans diverses entreprises. Une deuxième différence repose sur la reconnaissance par le droit, de l'intérim, comme forme d'intermédiation alors que le portage salarial n'est, en l'état actuel du droit, qu'une forme tolérée d'intermédiation, non reconnue explicitement et non encadrée par des règles protectrices des travailleurs. L'absence de prise en compte de ce montage complexe, dans son architecture globale, par le droit, autre que par les relations bilatérales (contrat de travail entre société de portage et travailleur et contrat d'entreprise entre société de portage et client) qui en constituent les briques élémentaires, a d'importantes conséquences sur le niveau de protection des travailleurs concernés. Ils ne bénéficient notamment pas des règles visant l'égalité des droits avec les travailleurs permanents de l'entreprise utilisatrice dans l'hypothèse où ils seraient intégrés dans la collectivité de travail du donneur d'ordres pendant l'exécution de la mission. Le débat sur la protection des travailleurs se déplace donc des protections dont pourraient bénéficier les travailleurs si cette forme de mobilisation de la main-d'œuvre était saisie dans son originalité à la licéité des contrats passés entre les différents acteurs de ce montage complexe. Le contrat de travail entre le travailleur et la société de portage est-il justifié étant donné l'absence de subordination ? Ne devrait-il pas exister un contrat de travail entre le travailleur et la société cliente dans l'hypothèse où le premier se trouve intégré durablement et de manière stable à la collectivité de travail de la seconde ? En effet si le portage salarial constitue, comme l'intérim une hypothèse de tiers employeur, il n'en a pas les contraintes.

L'intérimaire ne doit pas en principe, et sauf durées particulières, être employé par la même entreprise et pour les mêmes motifs plus de 18 mois (compte tenu, le cas échéant, du renouvellement du contrat -une fois maximum) sans que son contrat ne se transforme en CDI. De même si l'utilisateur continue à faire travailler après la fin de la mission un salarié temporaire sans avoir conclu avec lui un contrat de travail ou sans nouveau contrat de mise à disposition, ce salarié est réputé lié à l'utilisateur par un contrat de travail à durée indéterminée, avec prise en compte de l'ancienneté. De même, la violation des droits de l'intérimaire par l'utilisateur entraîne pour le salarié la possibilité de faire valoir les droits afférents à un contrat à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission (article L.124-7CT).

L'enjeu d'une prise en compte globale du portage salarial est donc l'application ou non de règles

⁵⁹ Le contrat de travail liant le travailleur à la société de portage voit son terme conditionné par la durée du contrat d'entreprise liant le client à la société de portage.

spécifiques à une forme de mobilisation du travail spécifique, nécessitant un régime de protection ad hoc. L'approche microscopique (relations de travail analysées deux à deux) conduit donc à une certaine forme de sous protection des travailleurs impliqués. La question fondamentale en termes de protection des travailleurs semble donc bien être celle d'une intervention possible du droit pour saisir dans sa complexité et globalité la configuration originale du portage salarial pour lui faire produire des effets spécifiques différents de ceux attachés à l'existence de relations bilatérales, détachées du schéma d'ensemble.

Deux sous-questions sont à envisager.

à La reconnaissance juridique et le traitement spécifique global dans un souci d'amélioration de la protection des travailleurs concernés doivent-ils conduire à un régime bis de l'Intérim ? En effet le portage est une autre forme de tiers employeur et dans les deux cas le contrat de travail lie un tiers et le travailleur. Mais la démarche est différente : le volontarisme est beaucoup plus marqué en ce qui concerne les travailleurs mobilisés dans le cadre du portage puisque ceux-ci recherchent la clientèle et la renouvellent. Les sociétés d'Intérim au contraire fournissent à leurs Intérimaires les différentes missions. D'autre part les Intérimaires sont presque toujours intégrés (même de manière non durable) à la collectivité de travail, alors que les cadres insérés dans une logique de portage salarial interviennent normalement toujours comme des indépendants réalisant une prestation spécifique. Il existe donc ici des degrés dans l'intermédiation. Entre Intérim et portage se révèle une distinction selon le degré d'initiative requis de la part du travailleur (recherche ou non des clients) et d'autonomie dans le travail (subordination/indépendance). Ces critères tendent d'une manière ou d'une autre à définir l'intermédiation selon qu'elle porte sur un travail subordonné ou un travail indépendant. Ainsi envisagé, il ne semble pas souhaitable que la reconnaissance juridique du portage passe par un rapprochement avec l'Intérim dont les règles s'appliquent à de la main-d'œuvre destinée à s'intégrer le plus souvent dans une structure * hiérarchique + (en forçant le trait).

à Ceci conduit à une seconde question : peut on comparer la reconnaissance juridique du tiers employeur, constitué par la société de portage, avec la séparation réalisée (entre employeur et utilisateur) dans les groupements d'employeurs ?

Il est possible de considérer que les groupements d'employeurs constituent une forme légale de séparation entre employeur et utilisateur de la main-d'œuvre par l'intermédiaire du groupement. Mais le groupement est une émanation des entreprises qui le constituent. Si l'on peut parler de tiers employeur, celui-ci reste dépendant des décisions des entreprises utilisatrices et membres du groupement. Il se rapproche en termes de logique des groupements d'intérêt économique créés entre plusieurs sociétés afin de mettre en commun par exemple la recherche et développement et de réaliser des économies d'échelle par un partage des coûts de recherche et d'infrastructures. Mais l'activité demeure hautement intégrée. De plus le groupement a un autre rôle lié à l'organisation du partage du temps de travail du travailleur entre les différentes entreprises à la différence du portage et

⁶⁰ Ces critères peuvent servir à classer certaines configurations de travail intermédiées (critères portant sur la nature de la prestation fournie par le travailleur). Ils doivent être distingués des critères portant sur l'objet de l'intermédiation, notamment sur les éléments du rapport d'emploi concernés par celle-ci.

⁶¹ Les frontières sont effectivement beaucoup plus floues si l'on considère que le cadre mobilisé par l'intermédiaire d'une société de portage peut être intégré dans la collectivité de travail du client, que les Intérimaires sont parfois recrutés pour des compétences pointues qui les font agir au sein des entreprises comme des experts indépendants et qu'au contraire certains, recrutés pour des tâches de pure exécution correspondent au profil type, paradigmatique du travailleur subordonné, inséré dans une hiérarchie.

⁶² voir la partie sur les groupements d'employeurs

même de l'interim où le travailleur ne réalise en principe une prestation, pour une période donnée, que pour une seule entreprise.

En revanche, la société de portage existe indépendamment des clients qui peuvent être liés à elle pour bénéficier de la prestation du travailleur et même indépendamment des travailleurs qui peuvent faire appel à elle pour porter leur contrat. Elle sert véritablement d'intermédiaire entre deux parties pour faciliter, non pas l'appariement, la mise en relation (le cadre trouve lui-même ses missions), ou la mise à disposition d'entreprises clientes de main-d'œuvre, mais pour fournir une prestation de service aux deux parties. Cette prestation de service se caractérise par la fourniture d'un cadre juridique, une prestation formalisée par un contrat d'entreprise pour le client, une prestation formalisée par un contrat de travail pour le travailleur. Elle sert donc d'interface juridique de transformation, permettant un échange mutuellement bénéfique entre les parties sans que celles-ci ne soient juridiquement liées par le même contrat. La logique pour le client est de bénéficier d'un travailleur souvent hautement qualifié sans avoir à l'embaucher ; celle du travailleur est de bénéficier de la protection associée au contrat de travail et de ne pas subir la charge liée à l'exercice de l'activité sous forme indépendante (gestion administrative). Il existe donc une différence d'objet.

2-2 - Les sociétés d'indépendants

Comme les sociétés de portage, les sociétés d'indépendants ont été créées pour jouer un rôle d'intermédiation sur le marché du travail. Dans ce cas, l'intermédiation s'effectue entre un (ou des) indépendant(s) (des vrais indépendants) et une entreprise cliente qui souhaite acheter une prestation. Ainsi, une entreprise cliente souhaitant acheter une prestation contacte la société d'indépendants et celle-ci confie à un de ses adhérents le soin de réaliser la prestation. Le montage juridique est le suivant : l'indépendant adhère à une société d'indépendants. Le contrat passé entre ces deux acteurs est un contrat de prestation de services, la société d'indépendants étant le prestataire de services (gestion administrative et commerciale de l'activité de l'indépendant). L'entreprise cliente contacte la société d'indépendants qui répercute l'offre à l'indépendant. L'indépendant conclut alors un contrat d'entreprise avec la société cliente.

Pour les entreprises clientes et les indépendants, l'intérêt majeur des sociétés d'indépendants réside dans leur rôle d'intermédiation. Elles concentrent et centralisent les offres et demandes de prestation dans un secteur donné (informatique, bâtiment,...) et facilitent donc leur adéquation. Elles jouent en quelque sorte le rôle de réducteur de l'asymétrie de l'information.

Plus précisément, pour les indépendants adhérents, ces sociétés présentent un triple avantage : elles dispensent l'indépendant de démarches commerciales lourdes et coûteuses, elles prennent en charge la gestion administrative et la facturation de l'activité (paiement de la TVA, facturation des prestations, relance des clients...), elles offrent une certaine stabilité à l'indépendant et le préserve de trop longues périodes d'inactivité.

Ainsi, les sociétés d'indépendants satisfont deux besoins élémentaires des organisations productives aujourd'hui : d'une part, le besoin de flexibilité des entreprises qui, face à des fluctuations de charges vont pouvoir faire appel facilement à la prestation de services, d'autre part, le besoin de stabilité des travailleurs indépendants : leur adhésion à une société d'indépendants leur assure des charges plus régulières et apparaît de fait comme un réducteur d'incertitude.

C'est dans la distinction entre travail salarié et travail indépendant que les sociétés d'indépendant trouvent leurs limites. Lorsque la société d'indépendants se charge, à la demande d'un client, de réunir une équipe de professionnels (par exemple la réalisation d'opérations complexes nécessitant une coordination comme la construction d'une maison par une entreprise générale qui peut être une société d'indépendants) et d'organiser leurs interventions (ne serait-ce que la chronologie de celles-ci), on passe

tendancieusement d'une intermédiation sur le travail à une intermédiation sur l'activité de production (nécessitant une structure hiérarchique). L'ombre de la subordination plane alors sur la relation établie entre la société d'indépendants et l'indépendant. Une autre limite des sociétés d'indépendants se trouve dans leur fonction même d'intermédiation de la main-d'œuvre, le risque étant alors d'une dérive vers le marchandage. En effet, lorsque le travailleur indépendant s'insère dans une équipe projet au sein de l'entreprise cliente, il est parfois difficile de distinguer précisément ce qui est subordination de ce qui ne l'est pas (cf. infra). A notre connaissance cependant, aucune société d'indépendants n'a été à ce jour condamnée pour délit de marchandage. Les risques de sous protection résident donc essentiellement dans la délimitation des frontières entre travail indépendant et travail salarié et la non application possible du statut le plus protecteur que constitue sans doute le statut salarié, alors que les critères de la subordination trouveraient à s'appliquer à l'organisation des rapports de travail sous la forme de société d'indépendants

Ainsi, si les sociétés d'indépendants apparaissent, d'un point de vue socio-économique, comme un moyen d'assurer une plus grande fluidité de l'information sur le marché du travail, elles renvoient à toute une série d'interrogations articulées autour de la responsabilité en matière de risque économique et de l'emploi, qui peuvent avoir des conséquences importantes en matière de protection des travailleurs. Ces interrogations ayant déjà été évoquées précédemment à propos d'autres formes d'intermédiation, il ne semble pas utile de les détailler ici à nouveau.

2-3 - Les groupements d'employeurs

Les groupements d'employeurs s'inscrivent dans une logique de mutualisation et de partage de l'emploi entre entreprises. Autorisés et organisés par la loi du 25 juillet 1985, les groupements d'employeurs sont, comme leur nom l'indique, des associations à but non lucratif regroupant des petites et moyennes entreprises qui souhaitent établir des complémentarités en matière d'emploi. Ainsi, par exemple, trois petites entreprises ont des besoins en matière de secrétariat administratif mais aucune ne souhaite embaucher une secrétaire à plein temps. Leur association au sein d'un groupement va leur permettre d'embaucher une secrétaire qui cumulera trois tiers temps. C'est le groupement qui est l'employeur et qui embauchera la secrétaire sous CDI à 80%. Les entreprises n'apparaissent que comme utilisatrice de main-d'œuvre. Un autre exemple est celui de deux entreprises qui ont des pointes d'activités saisonnières, la première de novembre à mars et la seconde de avril à août. En adhérant à un groupement d'employeurs, elles pourront recourir aux mêmes travailleurs sur des périodes différentes et ceux-ci bénéficieront d'un emploi stable et régulier.

L'architecture est donc la suivante : un contrat d'adhésion initial lie les entreprises à un groupement d'employeurs. Les travailleurs ont un contrat de travail avec le groupement, et des contrats de mise à disposition permettent aux entreprises utilisatrices de bénéficier de la main-d'œuvre. L'originalité juridique des groupements d'employeurs est multiple. Ils constituent tout d'abord une forme d'intermédiation portant directement sur la main-d'œuvre, *reconnue et organisée par le droit*. Le groupement est la forme matérialisée de l'intermédiation et centralise tous les aspects liés à la gestion de la main-d'œuvre (gestion administrative, formation, recrutement). Il est donc la consécration juridique (légale) de la séparation entre employeur et utilisateur (tendance forte aujourd'hui), i.e. de façon plus schématique, séparation entre règles de l'emploi et règles du travail (condition d'exécution du travail : durée du travail, travail de nuit, hygiène et sécurité-article L.127-3CT). Il constitue donc une forme transparente d'intermédiation portant sur la main-d'œuvre et bien plus une solution au dilemme entre flexibilité exigée des entreprises et protection des travailleurs, qu'une manifestation pathologique.

⁶³ Cette disposition a été élargie pour les groupements locaux d'employeurs pour lesquels il n'y a pas de contrainte d'effectif.

En 1997, il y avait en France plus de 1500 groupements d'employeurs agricoles et 150 groupements non agricoles. Le groupement agricole est la première forme à avoir été reconnue par la loi (loi du 25 juillet 1985). La part des groupements non agricoles est en constante augmentation, due au succès rencontré par cette forme de mobilisation du travail. Celle-ci est en effet considérée comme viable économiquement par les entreprises elles-mêmes (qui peuvent se procurer de la main-d'œuvre compétente en établissant des économies d'échelle notamment sur la gestion administrative, l'organisation du temps de travail et le coût de formation). Les dispositifs légaux récents sur le travail intègrent par touches successives des élargissements des hypothèses où les entreprises peuvent constituer des groupements. Ainsi en est-il du plan quinquennal pour l'Emploi de 1993 ou du tout récent projet de loi sur les 35 heures.

Du point de vue des entreprises, le groupement d'employeurs présente l'intérêt de faciliter la gestion des fluctuations d'activité (prévisibles ou non), de fidéliser leur main-d'œuvre saisonnière et d'améliorer ainsi la qualité de son travail, de rentabiliser les coûts de formation afférents. Elle apporte une réponse en terme de gestion de l'emploi à leur besoin de flexibilité, les hausses de charges des uns compensant les diminutions d'activité des autres entreprises.

Du point de vue du salarié, l'intérêt essentiel de ce type d'opération réside, selon la conception originelle, dans la stabilité du contrat et dans la simplification de la gestion de l'emploi (comparativement, par exemple, au multi-salariat). Le salarié a un statut salarial unique, un seul employeur, un seul contrat de travail, un temps de travail organisé, un travail régulier, une moindre vulnérabilité au chômage, une couverture sociale simplifiée (il ne dépend que d'une seule convention collective).

Au regard de ces avantages, il convient néanmoins de souligner certaines insuffisances ou risques de dérive des groupements d'employeurs. Tout d'abord, tous les salariés ne sont pas en CDI à 80% ; il existe également des salariés en CDD ou en temps partiel à moins de 50%. La stabilité n'est donc pas la règle pour tous. Ensuite, certains groupements jouent un rôle d'intermédiaires de recrutement. La principale critique aujourd'hui à l'égard de certains groupements d'employeurs est qu'ils se comportent parfois comme des pourvoyeurs de main-d'œuvre flexible par un recours toujours plus accru à des CDD, alors que le projet initial, lors de l'extension des groupements d'employeurs hors du domaine agricole était de pouvoir reconstituer de véritables emplois stables (à 80% d'un temps plein). Par ailleurs il arrive que le salarié soit, dans la perspective de son embauche définitive dans une entreprise, testé en étant sous contrat avec le groupement. Certains groupements organisent ainsi l'allongement des périodes d'essai au bénéfice des entreprises utilisatrices, en recrutant d'abord les travailleurs sous CDD. Les entreprises utilisatrices qui souhaitent embaucher les travailleurs les prennent ensuite en période d'essai dans leur entreprise. Le risque que certaines entreprises utilisent le groupement en lui faisant gérer la main-d'œuvre occasionnelle n'est donc pas négligeable. Enfin, lorsque plusieurs conventions collectives sont en concurrence (lorsque les entreprises ne sont pas du même secteur d'activité), le problème du choix de la ou des conventions collectives applicables n'est pas toujours résolu par les groupements d'employeurs.

⁶⁴ Le projet de loi sur les 35 heures propose un nouvel élargissement des groupements d'employeurs : l'article L.127-1-1 nouveau précise que toute entreprise peut désormais devenir membre d'un groupement d'employeurs, quelque soit son effectif. L'adhésion des entreprises de plus de 300 salariés est cependant subordonnée à une information préalable de l'administration et à la conclusion d'un accord d'entreprise précisant les droits des salariés du groupement.

2-4 - Les entreprises de travail temporaire

L'intérim a connu une forte évolution au cours de la décennie 1990. On comptait en 1987 environ 130 000 intérimaires, 290 000 en 1996, 340 000 en 1997 et 447 000 en équivalent temps plein en janvier 1999. Tous les secteurs recourent à l'intérim, mais c'est l'industrie qui emploie la majorité (55%) des intérimaires.

Longtemps circonscrites aux emplois peu qualifiés, les missions d'intérim s'étendent désormais aux cadres.

Tableau 8 : Répartition des emplois intérimaires par catégorie socio-professionnelle et évolution sur un an, au 30 avril 1999.

	En % du total des intérimaires	Evolution sur un an
Cadres et professions intermédiaires	5%	30.8%
Employés	8%	- 10%
Ouvriers qualifiés	35%	12.1%
Ouvriers non qualifiés	42%	14.6%

Source : Alternatives

économiques, n° 173, septembre 1999

Cette extension de l'intérim aux cadres révèle une transformation structurelle des modes de gestion de la main-d'œuvre. Si l'intérim a longtemps été considéré comme un moyen pour les entreprises de remplacer un salarié absent ou de répondre à un surcroît temporaire d'activité, sa croissance semble être révélatrice aujourd'hui de certains dysfonctionnement techniques et sociaux des entreprises. C'est le cas par exemple, lorsque les entreprises calculent leur besoin d'effectif permanent sur la base de la production mensuelle la plus basse... elles sont alors en surcroît temporaire d'activité de façon quasi-permanente. Cette logique de "flexibilité à tout prix" s'accompagne d'une logique d'externalisation de la gestion du personnel et de la formation, ainsi que d'une logique de minimisation des coûts salariaux. Le Centre d'études de l'emploi montre qu'aujourd'hui, le gain de l'intérim par rapport à un CDD est de 10 000 francs par personne et par an et de 5400 francs par rapport à un CDI. Le faible coût de l'intérim explique donc largement le recours croissant à ces formes d'emploi.

Les enjeux économiques et sociaux attachés au développement de l'intérim sont évidents : quand le poids de la flexibilité est entièrement reporté sur les salariés, leur productivité et leurs compétences s'émoussent, c'est donc la base même de la compétitivité des entreprises qui est remise en cause.

La consécration de la séparation entre l=employeur et l=utilisateur

La principale caractéristique de l'intérim est qu'il constitue une intermédiation * ouverte + consacrée et organisée par le droit. Ouverte, car les travailleurs concernés, ou les entreprises utilisatrices peuvent changer à tout moment et ne sont pas liés de manière stable (les relations sont fonction de l'offre et de la demande de travail). La société d'intérim procure des missions aux travailleurs inscrits dans ses fichiers comme elle fournit des travailleurs pour les entreprises qui le lui demandent. Il y a là une grande

⁶⁵ Gorgeu A., Mathieu R et Pialoux M. (1998). Organisation du travail et gestion de la main-d'œuvre dans la filière automobile. Dossier n° 14 du Centre d'études de l'emploi, 1998.

différence avec par exemple les groupements d'employeurs dont la logique est l'intégration et le partage de travailleurs entre plusieurs entreprises au sein du groupement et donc normalement une logique fermée. D'autre part, le groupement d'employeurs fonctionne au bénéfice unique des membres du groupement, il fonctionne pour et par les entreprises qui en sont à l'origine. Le recrutement se fait normalement en CDI, et vise donc la stabilité dans le partage, la reconstitution d'un emploi temps plein par la réunion de demandes partielles. Au contraire, l'architecture de l'Intérim est la suivante : organisée par la loi du 3 janvier 1972, elle sépare les rapports entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire d'une part et les rapports entre entreprises de travail temporaire et travailleur temporaire d'autre part. Les premiers sont liés juridiquement par un contrat de mise à disposition, les seconds par un contrat de mission. L'employeur juridique du travailleur est donc l'entreprise de travail temporaire et il n'existe en principe aucun lien juridique direct entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur temporaire. Elle réalise donc juridiquement la séparation entre employeur et utilisateur, en servant d'intermédiaire entre une demande de travail émanant d'entreprises multiples et une offre de travail émanant de travailleurs. Cette intermédiation réalisant la mise à disposition à but lucratif de main-d'œuvre est une exception légale à l'interdiction de fourniture de main-d'œuvre à but lucratif prévue aux articles L. 125-1 et L.125-3 CT. L'organisation juridique de cette forme d'intermédiation, la consécration juridique de la séparation entre employeur et utilisateur a d'importantes conséquences en termes de protection. La loi prévoit un certain nombre de protections attachées à la qualité de travailleur temporaire. Ces protections ont été organisées avec d'autant plus de soin que le travail temporaire a toujours été considéré comme une forme de travail précaire, flexible, à l'avantage exclusif des employeurs recherchant à ne pas être liés durablement au travailleur. Dans cette optique, cette forme de travail dérogeant à l'emploi typique devait être strictement réglementée et prévoir des passerelles avec le travail sous forme de contrat à durée indéterminée classique (requalification facilitée en cas de non respect des prescriptions légales visant à protéger le travailleur intérimaire). L'existence de travailleurs satisfaits par l'Intérim et choisissant délibérément cette forme de mobilisation de leur travail ne remet pas en cause le schéma élaboré pour protéger les travailleurs et promouvoir une certaine vision du marché du travail.

L'organisation du contrat d'intérim

Le contrat de mission entre l'entreprise de travail temporaire et le travailleur doit être écrit et doit préciser les conditions de travail, la qualification du salarié et la rémunération, le terme de la mission. Des mentions spéciales doivent préciser les caractéristiques particulières du poste de travail et la nature des équipements de protection individuelle fournis par l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire. Cette règle vise, dans un objectif de protection à imposer la transparence des informations sur les conditions de travail par une inscription formelle de certaines informations dans le contrat. Il doit également préciser le motif de recours (remplacement d'un salarié en cas d'absence, suspension, Y, accroissement temporaire d'activité, emplois à caractère saisonnier ou par nature temporaire). La règle directrice est que l'utilisation de cette forme de travail ne doit pas avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice (article L.124-2CT). Il s'agit donc de promouvoir une certaine vision de ce que doit être la répartition sur le marché du travail entre formes précaires et stables. La protection des travailleurs a pour objet ici la nature de la relation de travail. La fixation d'un terme précis et les règles concernant le renouvellement (une fois), la durée maximale de principe (18 mois) vont dans le même sens d'une volonté de restreindre le recours à une forme considérée comme dérogatoire. C'est également pour éviter la mise en concurrence des formes d'emploi que le législateur a interdit l'utilisation du travail temporaire suite à un conflit collectif ou pour effectuer des travaux particulièrement dangereux (article L.124-2-3), ou dans l'hypothèse d'un licenciement préalable pour motif économique pendant six mois (article L.124-2-7 CT). Notons que malgré des dispositions restrictives, le travail intérimaire s'est considérablement développé en France en dehors des hypothèses légales de recours, beaucoup plus d'ailleurs que dans beaucoup de pays industrialisés à

l'exception des pays anglo-saxons. La sanction du recours au travail intérimaire en dehors des hypothèses légales est rare, et le débat sur l'amélioration de l'effectivité des prescriptions légales est partagé entre d'une part, la volonté de promouvoir une certaine vision du marché du travail et des protections attachées à l'obtention par le travailleur d'un contrat à durée indéterminée typique et d'autre part, le constat numérique, que les seuls emplois créés le sont par l'emploi atypique (cf. chapitre I). Il faut noter que certaines causes du fort développement de l'Intérim résident paradoxalement dans le dispositif légal : par exemple, les travailleurs intérimaires en France ont un contrat de travail avec l'entreprise de travail temporaire limité à la durée de la mission chez l'utilisateur. L'entreprise de travail temporaire n'a donc pas à payer de salaires aux travailleurs en dehors du cadre de leur mission, à la différence notamment de la situation en Allemagne où le travail temporaire n'est pas aussi développé : les entreprises de travail temporaire doivent continuer de payer les travailleurs intérimaires s'ils n'arrivent pas à leur trouver de missions. Concernant les conditions de rémunération, le travailleur bénéficie (outre les rémunérations liées à l'exécution du travail) d'une indemnité compensatrice de congé payé et d'une indemnité compensatrice de précarité quand il n'est pas embauché par l'utilisateur en contrat à durée indéterminée. En ce qui concerne les conditions d'emploi, la règle est normalement celle de l'égalité de traitement avec les travailleurs permanents. Notamment le salaire versé au travailleur est au moins égal à celui que percevrait le travailleur dans l'entreprise utilisatrice (article L.124-3CT). La garantie de paiement des salaires et charges afférentes est assurée par l'organisation de cautions à la charge de l'entreprise utilisatrice en cas de défaillance. Dans l'hypothèse de défaillance de l'entreprise de travail temporaire et d'insuffisance de la caution, l'utilisateur est substitué à l'entrepreneur de travail temporaire (article L.124-8CT). Concernant la liberté syndicale, la négociation collective et l'accès à la justice, les problèmes posés en termes de protections ainsi que les éventuelles solutions, peuvent être rapprochés de ceux posés en cas de recours aux contrats à durée déterminée (Partie 1) puisque rappelons le, le travail intérimaire, mode d'organisation de la mise à disposition de main-d'œuvre, se réalise grâce à l'utilisation de contrats à durée déterminée, comme forme de mobilisation de main-d'œuvre à durée limitée. Cependant le contrat à durée déterminée n'est pas entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur mais entre le travailleur et l'entreprise de travail temporaire. La difficile intégration dans une collectivité de travail associée à l'absence de lien juridique direct entre l'utilisateur et le travailleur conduit à des possibilités plus limitées d'exercice des droits liés au travail et à l'emploi. C'est pourquoi le législateur a prévu par exemple, de la même manière que pour les travailleurs sous contrat à durée déterminée une action en substitution des syndicats pour exercer tous les droits en faveur d'un salarié sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, sous réserve de son information et de sa non opposition (article L.124-20CT).

Le partage de la responsabilité des différents éléments du rapport d'emploi

En cas de non respect des règles concernant la mise à disposition et les mentions obligatoires dans le contrat, ou de travail chez l'utilisateur après la fin de la mission (article L.124-7CT), la protection peut découler d'une qualification ou requalification en salarié de l'entreprise utilisatrice, sous CDI, ce qui permet de faire bénéficier le travailleur des droits afférents à la qualité de salarié. Le législateur a prévu d'ailleurs une procédure rapide (article L.124-7-1CT : un mois). Il faut noter sur le terrain des conditions d'exécution du travail, que l'utilisateur est responsable pendant la durée de la mission, des conditions d'exécution du travail, telles qu'elles sont déterminées par celles des mesures législatives, réglementaires et conventionnelles qui sont applicables au lieu de travail (article L. 124-4-6CT). On

⁶⁶ Qu'il faut distinguer de la nullité qui peut intervenir en cas par exemple d'absence de contrat écrit

⁶⁷ Peut également être envisagé, en cas d'irrégularités dans les rapports ETT/salarié, la requalification du contrat liant l'entreprise de travail temporaire au travailleur en contrat de droit commun (Cass soc. 21 mai 1985)

a donc bien un partage de la charge et de la responsabilité des différents éléments du rapport d'emploi lié ici à la séparation entre l'employeur du travailleur temporaire et l'utilisateur. La répartition des * compétences + est difficile à tracer : le critère du lieu de travail semble bien pouvoir constituer un pôle de cristallisation de certaines règles indépendantes de la nature juridique de la relation de travail mais il est difficile à mettre en œuvre. Le texte de l'article L.124-4-6 précise que les conditions d'exécution du travail applicables au lieu sont celles qui ont trait à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et aux jours fériés, à l'hygiène et à la sécurité, au travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs. Mais par exemple la surveillance médicale des travailleurs temporaires est répartie entre la surveillance médicale normale incombant à l'entreprise de travail temporaire, et la surveillance spéciale incombant à l'utilisateur. De même les équipements de protection individuelle sont fournis normalement par l'utilisateur, mais certains équipements de protection individuelle personnalisés définis par voie de convention ou d'accord collectif, peuvent être fournis par l'entreprise de travail temporaire. En outre, si l'utilisateur peut être tenu pour responsable d'un accident du travail survenu au travailleur temporaire, l'entreprise de travail temporaire est responsable vis-à-vis du salarié de la faute inexcusable de l'entreprise utilisatrice (Cass. Soc 15 mai 1997). Est perceptible la difficulté d'établir une répartition claire du rôle confié à chacun des protagonistes du rapport d'emploi dans le traitement des protections du travailleur. Or l'enjeu est extrêmement important puisqu'il s'agit de définir des règles de protection qui pourraient s'appliquer quels que soient la nature, le nombre des acteurs en jeu et les liens tissés entre eux, et qui prendraient comme point de référence notamment le lieu d'exécution du travail, mais aussi peut être le degré de responsabilité confiée au travailleur, la nature de l'activité ou tout simplement la personne du travailleur.

Conclusion générale

La question de la protection des travailleurs est une question éminemment complexe et les enjeux qui y sont attachés sont multiples. Nous avons tenté, dans ce rapport, de souligner ceux qui semblent aujourd'hui les plus importants, tout en restant conscient du fait que chaque enjeu est porteur de sens à la fois politique, économique, juridique et sociologique qui peuvent être profondément différents, voire divergents et qui sont en outre, situés, à la fois dans l'espace et dans le temps. En effet, l'analyse de la protection des travailleurs n'échappe pas, du point de vue juridique à la référence que constitue la construction historique des règles de droit et, du point de vue économique, à la référence que constitue la construction historique des modes d'organisation et de régulation du marché du travail, dans notre pays. C'est en référence à cette notion * d'analyse située + que nous avons choisi de bâtir cette conclusion qui se veut volontairement davantage une tentative d'ouverture sur des perspectives à venir qu'un récapitulatif des deux chapitres structurant ce rapport.

La vision traditionnelle de la relation de travail est une vision binaire, focalisée sur le contrat conclu entre un offreur de travail et un demandeur de travail (contrat de travail ou contrat d'entreprise). Cette focalisation conduit souvent à l'ignorance de l'ensemble des parties impliquées dans la transaction. Il en découle que la protection des travailleurs n'est souvent appréhendée que par rapport à l'interlocuteur économique directe du travailleur sans que le schéma organisationnel général de leur relation ne puisse être déroulé. Cette * technique + découle directement des formes de mobilisation du travail issues du modèle taylorien-fordien.

Elle se heurte aujourd'hui aux configurations de relation de travail nées des évolutions économiques et du passage à ce que certains auteurs qualifient de modèle * post-fordiste +. La multiplication du nombre d'acteurs impliqués dans un même processus de production constitue un élément important de ces évolutions. De notre point de vue, l'existence et l'interaction entre de nombreux acteurs économiques ayant chacune une incidence particulière sur la protection des travailleurs, nécessitent une approche spécifique. En effet, dans cette hypothèse, l'employeur-utilisateur typique intégré dans une relation binaire claire se démultiplie ou se sépare entre l'employeur juridique, l'utilisateur, le payeur des salaires, le responsable des conditions de travail et du respect de l'hygiène et de la sécurité sur le lieu du travail, etc. Ainsi, chaque acteur a en charge l'organisation d'un des éléments du rapport d'emploi. On assiste donc à *une fragmentation du rapport d'emploi*, fragmentation qui

doit être considérée comme un objet d'analyse en tant que tel. Ce n'est qu'à cette condition qu'il sera possible d'identifier la responsabilité des différents acteurs en matière de protection des travailleurs (mais également et plus généralement dans d'autres domaines comme la gestion des ressources rares ou la protection de l'environnement) et de rétablir la cohérence des actions. L'emploi typique (unicité de lieu, d'employeur, etc.) a justement pour principale qualité l'unité mais aussi une relative transparence, quand il s'agit de déterminer par exemple le responsable en cas d'accident du travail. En revanche, les configurations atypiques d'emploi conduisent bien souvent à *une absence de lisibilité du rôle joué par chacun des acteurs dans le rapport d'emploi*

L'analyse des relations et des situations de travail rapportée au niveau de protection des travailleurs conduit à observer ce que l'on pourrait appeler les briques élémentaires définies comme les différents éléments de la relation de travail organisée sous la forme de contrat de travail ou de contrat d'entreprise. Il s'agit ensuite de comprendre comment, à partir de ces briques élémentaires, des constructions complexes peuvent se constituer, utilisant ces briques tout en les dénaturant par un changement de leurs caractéristiques et une dispersion de ce que l'on pourrait appeler * les forces incidentes + du rapport d'emploi. Enfin, il convient de reconstituer la cohérence des briques élémentaires en allant au-delà de la nature des contrats liant les parties et en intégrant une vision globale des agents participant à l'opération. C'est cette perspective de reconstitution de cohérence qu'il convient, selon nous, de rechercher. Cette prescription se justifie par trois évolutions majeures.

- On note tout d'abord la multiplication des situations intermédiaires entre travail subordonné et travail indépendant, mais surtout un rapprochement notable des deux situations : diminution du nombre de travailleurs subordonnés *typiques + (hiérarchie, intégration dans une collectivité de travail, employeur/utilisateur, ordre et directives de l'employeur) au profit de l'autonomisation des travailleurs (large autonomie dans la réalisation du travail) mais encadrée (fixation d'objectifs quantifiés). Cet affaiblissement du lien de subordination ne signifie cependant pas nécessairement un passage à l'indépendance : * s'il s'agit de promouvoir les compétences et l'autonomie dans le travail, la flexibilité fonctionnelle n'est pas contradictoire avec le salariat + (Morin, 1999). Au contraire on assiste bien souvent à un rapprochement des conditions d'exécution du travail des travailleurs indépendants de celles des travailleurs subordonnés, la réalisation de la prestation nécessitant toujours plus d'intégration dans la collectivité de travail (utilisation des infrastructures, équipes de travail, coordination poussée), sans que cette évolution ne conduise à coup sûr à une requalification (maintien par exemple d'une compétence propre). Ces deux tendances convergentes conduisent à rapprocher les deux pôles juridiques de qualification des situations de travail et à rendre moins pertinente la distinction (les relations sont parfois plus stables entre un travailleur indépendant fidélisé et l'entreprise cliente, qu'entre un travailleur salarié -même sous CDI- et son employeur par exemple). La dichotomie traditionnelle ne présente donc d'intérêt analytique qu'au regard de la détermination du dosage entre éléments de la qualification classique de travailleur salarié et indépendant qu'une relation particulière de travail réalise. Au plan descriptif, cette dichotomie est bien sûr encore essentielle, dans la mesure où elle commande l'application d'un régime différent, en termes de protection, en cas de qualification de travail salarié ou indépendant. Mais les régimes

⁶⁸ Le rapport d'emploi est ainsi perçu comme un champ de forces. La particule est le travailleur qui se trouve en gravitation entre plusieurs forces d'intensité différente. L'intensité de ces différentes forces détermine la position du travailleur dans l'ensemble des configurations d'emploi possibles.

tendent à se rapprocher (sécurité sociale, règles applicables au lieu de travail, retraite). Surtout, cette application différenciée de régime de protection est sujette à critique : à situation de travail comparable, l'application de régime différent en fonction d'un subtil dosage faisant pencher la balance plus vers une condition que vers une autre, ou même dans certains cas choix du régime de protection laissée à la décision des parties est discutable. Il semble que ce brouillage doit conduire à un dépassement de cette distinction.

- On constate ensuite l'augmentation de la distance entre les deux pôles extrêmes d'organisation de la relation de travail que sont le travailleur et l'employeur ou le client sur un plan vertical par la multiplication d'intermédiaires : allongement de la chaîne productive. Cette distance croissante ne conduit pas forcément à une dispersion de l'emploi en tant que somme d'éléments permettant de caractériser la relation de travail (par exemple l'employeur est souvent également aussi l'utilisateur), mais sans aucun doute à une dilution de la responsabilité.

- Enfin, on observe la multiplication du nombre d'acteurs en charge d'un élément du rapport d'emploi avec des conséquences fortes sur la détermination du rôle de chacun dans la construction de l'emploi et dans le partage des responsabilités. La fragmentation du rapport d'emploi doit ici être perçue de manière * sphérique + : le travailleur forme le centre, les différents acteurs gravitent autour du travailleur en prenant chacun en charge un élément ou une des caractéristiques du rapport d'emploi. Le critère n'est plus ici forcément la distance existant par exemple entre le travailleur et le client final ou entre le travailleur et l'utilisateur de la main-d'œuvre, mais la dispersion du rapport d'emploi. L'éclatement de la collectivité de travail (le norme de l'unicité de lieu, de temps et d'employeur est remise en cause), la séparation réalisée entre l'employeur juridique et l'utilisateur, entre celui qui paie la prestation, celui qui commande le travail, celui qui le dirige et celui qui organise et coordonne la mise à disposition du travailleur sont autant de signes de cette configuration fragmentée du travail.

L'approfondissement de cette réflexion conduirait à rechercher dans les formes intermédiaires de travail la figure du travail post salariale. L'association actuelle et généralisée entre relation intermédiée et vulnérabilité ou précarité des travailleurs est fortement liée au développement de l'intérim qui continue d'avoir * mauvaise presse + malgré l'évolution de la législation qui a contribué à mieux encadrer cette pratique, au bénéfice des travailleurs. Pourtant, d'une part les conditions de mobilisation du travail intérimaire ont considérablement évoluées et d'autre part, il existe d'autres formes de relations intermédiées et d'autres types d'intermédiaires sur le marché du travail. Ces formes d'intermédiation sont nées du fonctionnement du marché, sous la pression des contraintes économiques mais il ne paraît pas impensable de les organiser et de les réguler sans leur ôter sinon leur intérêt originel, du moins leur intérêt relativement aux formes de relations non intermédiées. Le développement de ces formes d'intermédiation doit s'appuyer non pas sur une dérégulation mais sur une régulation positive assurant l'harmonisation du triangle flexibilité B sécurité B compétitivité, qui pour l'heure semble incompatible. La démultiplication des figures de l'employeur, la fragmentation des éléments de l'emploi et de leur prise en charge devrait conduire à un nouveau modèle des relations du travail tendant à faire de la décomposition de l'emploi la règle. Les enjeux sont importants : comment assurer alors la cohérence de l'emploi ? Comment organiser la répartition des compétences entre les différents acteurs masqués ou déclarés dont l'existence ou l'action influence la relation de travail d'un travailleur donné ? La mise en œuvre d'une construction fragmentée de l'emploi doit elle reposer sur la simple volonté des parties ou faire l'objet d'un encadrement par le droit ?

La matérialisation du tiers employeur ou du tiers gestionnaire dans les nouvelles configurations d'emploi semble augurer une nouvelle partition. Elle pourrait s'articuler entre des acteurs

économiques organisés ayant en charge chacun un élément de l'emploi et un tiers gestionnaire assurant la cohérence de l'emploi et la répartition de ses éléments. Ce tiers gestionnaire, dont la nature est à définir (tiers administratif, un des acteurs du rapport d'emploi, le plus important, un tiers mandaté par les acteurs), constituerait la matérialisation de l'intermédiation de gestion et de mise à disposition du personnel, et se différencierait donc des acteurs économiques organisés, intermédiaires simples prenant en charge certains éléments de l'emploi.

Annexe : Un cas particulier d'intermédiation

Les merchandisers dans le secteur de la grande distribution

Cette annexe a pour objectif de fournir une illustration concrète d'une situation de gestion intermédiée de la main-d'œuvre : le cas des merchandisers du secteur de la grande distribution. Cette situation repose purement sur une logique d'extériorisation de la gestion de la main-d'œuvre et peut être considérée comme étant à la limite de la légalité. Elle présente l'intérêt de synthétiser l'ensemble des difficultés qui peuvent se poser lorsque l'intermédiation porte uniquement sur la gestion de la main-d'œuvre. Elle constitue, en quelque sorte, un cas limite mettant en exergue les questions, tant économique que juridique, que pose l'intermédiation lorsqu'elle est réalisée en dehors de tout cadre institutionnel. La présentation de la situation des merchandisers s'appuiera essentiellement sur les travaux de Morin (1999), qui présente une analyse détaillée de leurs conditions de travail.

Les **merchandisers** ont pour fonction d'assurer la mise en rayon dans le secteur de la grande distribution. Ils sont embauchés et rémunérés par un ou des fournisseurs du ou des grand(s) distributeur(s) et travaillent pour et chez ce(s) dernier(s), sous l'autorité hiérarchique des responsables de rayons. Ni le(s) fournisseur(s), ni le(s) grand(s) distributeur(s) ne se sentent responsables de cette main-d'œuvre : le distributeur, qui est celui qui mobilise effectivement le travail, n'en assume pas la responsabilité juridique et économique ; quant aux fournisseurs, employeurs officiels, ils ne considèrent pas les merchandisers comme faisant partie de leur personnel mais comme une offre de travail "gratuit", une remise accordée aux distributeurs sur la vente des produits ou comme une opération de promotion-publicité visant à entretenir de bonnes relations avec leurs clients. Ce sont donc les merchandisers qui doivent gérer leurs contrats de travail en fonction du contrat commercial qui lie le distributeur au fournisseur et notamment, en fonction des aléas de changement de fournisseurs (puisque leur contrat est directement lié au contrat commercial entre le fournisseur et le distributeur).

Ainsi, outre l'aspect triangulaire de la relation, trois mécanismes contractuels atypiques sous-tendent cette forme transactionnelle de mise au travail : i) un mécanisme de spécialisation et d'extériorisation

⁶⁹ Le terme "merchandiser" est également utilisé pour désigner les personnes assurant la promotion des produits dans les magasins de grande distribution. L'intermédiation passe alors par des agences spécialisées. La situation est donc très différente de celle présentée ici ; elle relève de la situation "classique" de la prestation de services, avec toutes les difficultés que posent ce type d'opération en matière de protection des travailleurs.

⁷⁰ La situation est encore plus complexe en termes de charge de la responsabilité liée au travail du merchandiser dans les hypothèses où existent trois acteurs en plus du travailleur concerné (relation quadrangulaire). Voici un montage relativement courant dans le secteur de la distribution : un comité professionnel charge une société de communication de recruter un travailleur pour promouvoir ses produits dans une grande surface. La société de communication rémunère le salarié avec les fonds versés par le comité professionnel. Quelle est la responsabilité de chaque acteur vis-à-vis des différents aspects du travail et de l'emploi ?

d'une activité qui reste paradoxalement totalement dirigée et gérée par le distributeur, ii) un mécanisme d'indexation du contrat de travail à un contrat commercial ou d'entreprise, le premier ayant pour objet une mission liée au second et iii) un mécanisme de balkanisation des contrats au sens où ce sont des contrats à temps très partiel impliquant souvent une multiplicité d'employeurs et n'entrant dans le cadre ni du CDI classique, ni du CDD. Le cumul de ces trois mécanismes a pour effet de reporter aussi bien l'aléa de fourniture que l'aléa de l'emploi sur l'agent lui-même qui doit assumer et gérer le risque de son propre emploi. Il est clair ici que le risque est directement associé à l'aspect durabilité de la relation d'emploi. Même si c'est l'employeur qui supporte le risque économique durant la période de déroulement du contrat (3 heures, 3 jours, 3 mois), on peut considérer que le risque de la prestation est bien supporté par le marchandiser dans la mesure où son emploi dépend de sa capacité à accumuler des contrats et à "dénicher" des employeurs successifs. L'agent supporte donc bien le risque de l'emploi et, dans une certaine mesure, également le risque économique.

En terme de mobilisation du travail, cette situation résulte clairement d'une stratégie d'extériorisation de l'emploi associée à une volonté de flexibilisation externe (flexibilité numérique). Elle s'explique aussi par des raisons d'ordre institutionnel : il s'agit pour les entreprises de se débarrasser de leurs obligations en matière de couverture sociale, d'assurance chômage, d'échapper à certaines réglementations et/ou d'extérioriser le risque de gestion de l'emploi. Elle se caractérise par une forte précarité des travailleurs concernés. Ceux-ci ne bénéficient d'aucun statut individuel ou collectif qui assurerait une certaine stabilité de leur emploi ou leur insertion dans une collectivité de travail. L'externalisation du risque de l'emploi passe donc par la "marchandisation" du travail (Keenoy et Anthony, 1992).

Cette logique d'extériorisation du risque a aussi des conséquences sur les relations interentreprises puisqu'elle conduit les grandes entreprises à transférer la gestion du risque de l'emploi auprès de leurs fournisseurs, sous-traitants ou autres entreprises liées. Les relations entre entreprises ne sont alors plus fondées sur la recherche d'une synergie assise sur une réciprocité d'intérêts, mais sur une asymétrie forte des relations qui permet aux grandes entreprises de ne conserver qu'un noyau dur de salariés et de s'appuyer sur de plus petites entreprises, dans lesquelles les conditions de travail sont inférieures, pour assurer la flexibilité du processus productif.

* Cette situation pose de multiples problèmes juridiques. Peut-on, par exemple, considérer comme fondé sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un marchandiser à la suite du déréférencement du produit de son employeur ? Pour le fournisseur, la fonction de publicité à laquelle participe le marchandiser n'est pas nécessairement liée à tel ou tel contrat de fourniture. Cette liaison existe parce que le merchandising est, dans les rapports fournisseurs/distributeurs, une clause du contrat de fourniture. Le contrat de travail est alors un contrat pour une tâche limitée de merchandising pour telle ou telle fourniture. Juridiquement, cette construction est fort discutable, car il faut admettre alors que le déréférencement constitue en soi une cause économique réelle et sérieuse de licenciement, alors que le fournisseur peut avoir d'autres clients. Certes, on peut considérer aussi qu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée pour une mission précise dont le terme constitue d'emblée pour les parties une cause réelle et sérieuse de licenciement. Certains auteurs ont plaidé pour la licéité d'une telle construction qui reste contestable car la législation du licenciement est une législation d'ordre public : la notion de cause réelle et sérieuse de licenciement ne peut être laissée à l'appréciation des parties, ni être préconstituée (Lyon-Caen, 1996). Il y a donc pour le moins matière à débat. + (Morin, 1999, p. 126).

* S'agissant du but lucratif de l'opération, si le prix du merchandising est au pourcentage du prix de vente, il y a bien rémunération d'une fourniture de main-d'œuvre. Le montage est également illicite

lorsque le service est pris en charge par le fournisseur à titre d'avantage commercial pour le distributeur. Il y a bien alors profit pour le distributeur pour lequel le travail est gratuit, et but lucratif pour le fournisseur qui peut ainsi conclure le contrat commercial. De plus, cette pratique peut être frauduleuse au regard des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence et de la loi Raffarin du 1^{er} juillet 1996 qui sanctionne les prix abusivement bas. C'est en présence de ces deux éléments que la Cour de cassation dans un arrêt du 26 septembre 1995 (Pabiou et alii) a caractérisé le délit de fourniture de main-d'œuvre.

(Y) Les conditions d'exécution concrètes du travail sont (également) de nature à caractériser un contrat de travail avec le distributeur. Les merchandisers doivent respecter les horaires de travail du magasin et, en principe, ils doivent opérer la mise en gondole dans le temps qui leur est imparti, avant l'ouverture du magasin ou pendant celle-ci. Une fois terminée leur tâche pour leur fournisseur, ils peuvent être appelés à en effectuer d'autres pendant le temps qui leur est imparti sous l'autorité du chef de rayon qui contresigne leur compte rendu d'activité. Les liens avec le fournisseur ou ses représentants sont des plus réduits. Souvent, ils ne les ont jamais vus. En cas de problème disciplinaire, qui normalement devrait être réglé par l'employeur, les sanctions sont demandées par les chefs de rayon. Les employeurs n'ont guère d'autres possibilités que de les confirmer, faute d'être présents sur les lieux et compte tenu des rapports commerciaux avec les distributeurs. L'existence de plusieurs employeurs conforte sur ce plan le pouvoir du chef de rayon.

En termes de conditions de travail, les merchandisers sont considérés comme du personnel extérieur à l'entreprise. Ils n'ont donc pas accès aux avantages sociaux du distributeur, ni même parfois aux installations prévues pour les salariés comme les vestiaires. Ils n'ont pas de convention collective sinon celle du fournisseur. A l'évidence d'ailleurs, les différences salariales observées avec les salariés du distributeur tiennent aux taux horaires pratiqués, aux primes et aux avantages liés à l'ancienneté. Tous ces éléments caractérisent le préjudice que leur cause cette situation au sens de l'art. L. 125.1.

Du point de vue collectif, les représentants du personnel du distributeur ne connaissent pas les merchandisers et ont difficilement accès aux informations concernant leurs conditions de travail. Ils en ignorent le nombre exact, etc. Il s'agit donc d'une main-d'œuvre invisible dans la collectivité de travail du distributeur. Les organisations syndicales ont du mal à appréhender leur situation et souhaiteraient l'aide de l'inspection du travail.

Il y a là une des caractéristiques de la relation d'emploi des merchandisers. Ils ne sont pas connus dans la collectivité de travail, même s'ils sont là depuis longtemps et restent inconnus de leurs employeurs qui n'ont pas de contact avec eux. Leur * transparence + n'est pas sans conséquences en matière de sécurité. Personne n'assure véritablement la gestion des relations d'emploi, sinon les travailleurs eux-mêmes.

Lorsqu'il y a multiplicité d'employeurs, ce qui est fréquent, la situation des merchandisers est particulièrement difficile, puisqu'ils doivent s'adresser à chacun d'eux pour obtenir leur paye, régulariser leurs congés pour une même période, faire prendre en charge leurs arrêts maladie, etc. + (Morin, 1999, p. 128-129).