

DOCTRINE

Fondée par le Traité de Versailles, l'Organisation internationale du Travail (OIT) fête ses 100 ans en 2019 et a lancé l'Initiative sur l'avenir du travail. À cette occasion, les Professeurs Marco Rocca et Fabienne Kéfer ont organisé un séminaire le 21 mars 2019 sur le thème « Qu'est-ce qu'un travailleur aujourd'hui? ». Quelle protection sociale le travailleur peut-il espérer dans un monde confronté à la fois à des changements technologiques majeurs et à des marchés toujours plus ouverts et plus compétitifs, à une organisation de la production sans cesse plus complexe et segmentée? Le numérique va-t-il faire disparaître les travailleurs salariés et les remplacer par des travailleurs indépendants intermittents et précaires? L'intelligence artificielle va-t-elle tout simplement supprimer le travail? L'ensemble des textes présentés par les orateurs sont disponibles sur le site de l'Unité de recherche *Cité* (https://www.cite.uliege.be/cms/c_4033614/fr/qu-est-ce-qu-un-travailleur-aujourd-hui).

Sont publiés ci-après le rapport général rédigé par Fabienne Kéfer, professeur de droit du travail à l'ULiège, et la contribution de Ljupcho Grozdanovski, chercheur post-doctoral au sein de l'UR *Cité*, consacrée à l'intelligence artificielle.

L'avenir du travail: les défis lancés au droit du travail et de la sécurité sociale

Fabienne KÉFER

Professeur ordinaire à l'ULiège

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

I.	Le travailleur d'hier	224
II.	Le travailleur d'aujourd'hui menacé et protégé par son autonomie	226
	A. L'autonomie financière, réduite par la flexibilité et la précarité	227
	B. L'autonomie dans l'organisation du travail et du temps de travail, un produit de la révolution numérique	228

C. L'autonomie, facteur de déstabilisation de la notion de salariat	230
D. L'autonomie, outil de protection contre l'obsolescence des compétences	233
III. En guise de conclusion	237



1. Dans le domaine juridique, le droit social est certainement l'une des plus grandes réalisations du XX^e siècle. Il apparaît pourtant de plus en plus dans les débats sur l'avenir du travail qu'il doit s'adapter à l'environnement économique et social contemporain: une économie plus ouverte, plus compétitive, des changements démographiques, une production contrainte par une évolution technologique rapide, les nouvelles formes d'organisation et de gestion du travail, les défis environnementaux.

Le droit du travail s'est construit sur le modèle de l'entreprise fordiste, l'usine avec sa production de masse, caractérisée par une unité de lieu et de temps de travail, une forte verticalité dans les relations interpersonnelles, une organisation collective de travailleurs occupés dans la même fabrique, etc. Le droit de la sécurité sociale s'est lui aussi forgé sur le modèle du travailleur d'usine, occupé à temps plein et pour une durée indéterminée. C'est de cette époque aussi que date la dichotomie salarié/indépendant (I).

Ce modèle ne correspond plus au travailleur d'aujourd'hui, qui se caractérise, dans bien des cas, par une autonomie beaucoup plus grande dans la conception et l'exécution de son travail. Cette autonomie, qui tout à la fois menace et protège le travailleur, apparaît comme un élément central de la réflexion sur l'avenir du travail (II).

I. LE TRAVAILLEUR D'HIER

2. À quelques exceptions près, l'essentiel du droit du travail du XX^e siècle a d'abord été élaboré en Europe de l'Ouest en réponse à ce que l'on a nommé la «question sociale».

Né en réaction à cette question sociale, le droit du travail visait, par ses premières manifestations, à améliorer la condition des ouvriers qui, se trouvant dans un état de dépendance économique vis-à-vis de leur employeur réputé leur égal en droit, se voyaient contraints d'accepter les conditions de travail dictées par ce dernier. L'autonomie des volontés individuelles, épaulée par l'interdiction des associations professionnelles et des coalitions, a conduit rapidement, dans le contexte de la première révolution industrielle, à une concurrence sans limite entre employeurs et entre travailleurs. Selon les règles du libéralisme économique, la loi de l'offre et de la demande était seule à dicter le prix du travail⁽¹⁾.

⁽¹⁾ M. RIGAUD, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 14 et s., n^{os} 13 et s.

La classe ouvrière a été progressivement réduite à l'état de misère. C'est donc en vue de corriger un déséquilibre criant que les premières lois de protection ouvrière furent adoptées.

3. Le droit social est né avec la civilisation de l'usine. L'absence d'autonomie du travailleur de cette époque prend le nom de taylorisme ou organisation scientifique du travail. Ce modèle industriel apparu à la fin du XIX^e siècle est fondé sur la division des tâches dans le but d'organiser scientifiquement le travail; plutôt que de recourir à des ouvriers qualifiés, autonomes eu égard à leur savoir-faire, Taylor préconisait, en vue d'assurer l'augmentation de la rentabilité et d'éviter les pertes de temps inutiles, de diviser le travail à la fois de manière horizontale (chaque ouvrier avait une tâche élémentaire à effectuer et pouvait ainsi être rémunéré à la pièce) et verticale (les experts se chargeaient de la conception du travail, dont les ouvriers n'étaient que les exécutants)⁽²⁾.

La protection offerte par le droit du travail s'inscrit dans un contexte très particulier. En effet, alors que le droit du travail est né des excès et déséquilibres permis par l'égalité juridique, le contrat de travail engendre, par définition, une inégalité juridique entre les parties. Cette convention se singularise par la subordination, état créé par le contrat lui-même⁽³⁾, qui consiste dans le droit de l'employeur de donner des ordres et dans l'obligation corrélatrice du salarié d'obéir. Puisque le contrat de travail place le salarié en état de subordination vis-à-vis de l'employeur, la convention confère à celui-ci un pouvoir de direction, de surveillance et de contrôle de son cocontractant, sur lequel repose une obligation correspondante d'obéissance.

L'employeur a le droit de donner les ordres, jouit du produit du travail et a l'obligation de rémunérer le travailleur même si le travail n'engendre aucun profit (ou cause une perte). En quelque sorte, le salarié échange sa liberté contre une sécurité économique; aussi longtemps qu'il garde son emploi, il ne subit pas les inconvénients économiques de l'exploitation de l'entreprise puisqu'il bénéficie de son salaire quel que soit le résultat de son travail⁽⁴⁾. L'autorité patronale est ainsi souvent tenue pour la contrepartie de l'absence de risque économique endossé par le salarié⁽⁵⁾.

À l'inverse, le travailleur indépendant est, en droit, sur un pied d'égalité avec ses partenaires. Il est juridiquement libre. Il négocie à égalité avec ses partenaires contractuels les conditions auxquelles il accomplit ses prestations et finance lui-même une couverture sociale plus modeste que celle du salarié.

⁽²⁾ Voy. J.-Y. CAPUL et O. GARNIER, *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Paris, Hatier, 2008, p. 453.

⁽³⁾ K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Bruges, die keure, 2011, pp. 104 et s.

⁽⁴⁾ J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, 11^e éd., Paris, PUF, 1989, p. 74. Comp. P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Deurne, Kluwer Wetenschappen, 1994, pp. 69 et s.

⁽⁵⁾ Not. P. DURAND, *Traité de droit du travail*, t. 2, Paris, Dalloz, 1950, p. 241.

L'indépendant subit parfois de fortes contraintes économiques de la part de ses commanditaires – par exemple le franchisé, ou le petit sous-traitant d'une grosse entreprise, qui n'a qu'elle comme cliente, mais il n'a aucune obligation d'obéir. Or, le critère qui déclenche la protection du droit du travail n'est pas le déséquilibre économique d'une relation mais l'obligation d'obéir.

Le droit offre à l'indépendant une protection moindre pour des raisons tenant à l'histoire de la naissance du droit social. Tout d'abord, l'indépendant, ce peut être le patron, qui est précisément celui contre qui les protections ont été érigées. Ensuite, se trouve à la base de cette dichotomie l'idée ancienne que, à la différence du prolétariat, les classes moyennes sont intellectuellement et économiquement capables de se défendre⁽⁶⁾.

4. Caractérisée de manière purement négative par la circonstance que l'intéressé n'est pas subordonné⁽⁷⁾, la notion de travailleur indépendant renvoie aujourd'hui à une catégorie très hétérogène: elle comprend les commerçants, les artisans, les titulaires de professions libérales, les agriculteurs, etc.; elle inclut tout autant celui qui choisit le statut de travailleur indépendant pour maximiser sa liberté, que l'individu aux qualifications faibles ou dépassées, pour qui «l'emploi salarié est devenu hors d'atteinte [...] et qui n'a d'autre solution que de vendre ponctuellement sa force de travail en fonction des opportunités»⁽⁸⁾, notamment par l'intermédiaire des plateformes numériques. Dans l'économie contemporaine, globalisée et organisée en réseaux, il apparaît de plus en plus que, parmi les travailleurs considérés comme indépendants, il s'en trouve une bonne part qui ne disposent que d'une faible autonomie financière ou d'organisation, tandis que l'autonomie de bon nombre de salariés a augmenté par l'effet de divers facteurs, au premier rang desquels le développement des technologies modernes de communication. Cette évolution suscite un certain nombre de questions d'ordre juridique.

II. LE TRAVAILLEUR D'AUJOURD'HUI MENACÉ ET PROTÉGÉ PAR SON AUTONOMIE

5. Regardée sous un certain angle – l'angle financier –, on peut sans doute affirmer que l'autonomie dont dispose une partie des travailleurs à l'heure actuelle est faible par rapport à ce qu'elle était il y a quelques décennies (A). En revanche, à bien des égards, le travailleur contemporain bénéficie d'une autonomie sans précédent, favorisée par le numérique (B). Cette autonomie risque de le priver de la protection du droit du travail de sorte que diverses pistes sont

⁽⁶⁾ W. VAN EECKHOUTTE, «Conclusions générales», *Le statut social des travailleurs indépendants*, Limal, Anthemis, 2013, p. 702.

⁽⁷⁾ W. VAN EECKHOUTTE, «Conclusions générales», *op. cit.*, p. 702; E. PESKINE, «Entre subordination et indépendance: en quête d'une troisième voie», *Rev. Dr. Trav.*, 2008, p. 371.

⁽⁸⁾ M. DAGNAUD, *Le Modèle californien*, Paris, Odile Jacobs, 2016, pp. 139-141.

avancées pour faire évoluer le modèle de protection légale du travailleur (C). Enfin, c'est encore l'autonomie qui protège le travailleur de son éviction par l'intelligence artificielle (D).

A. L'autonomie financière, réduite par la flexibilité et la précarité

6. La fin de l'ère fordiste, l'apparition et le développement des contrats flexibles, la globalisation, etc., ont conduit à l'émergence de ce que l'on appelle les « travailleurs pauvres » (*working poor*), c'est-à-dire des citoyens dont les revenus sont inférieurs au seuil de pauvreté alors qu'ils travaillent et qui ne disposent donc pas de l'autonomie financière que procurait par le passé un contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein.

Ce phénomène s'est accru avec le développement de l'économie de plateformes – externalisation, triangulation des rapports de travail, flexibilisation accrue permettant d'offrir aux entreprises « la main-d'œuvre juste à temps »⁽⁹⁾ en éliminant le coût du temps improductif, etc. – qui exacerbe une tendance constatée depuis plusieurs décennies : la précarisation du travail, d'une part, par le jeu des formes d'emploi dites atypiques caractérisées par l'intermittence et qui s'inscrivent dans un schéma triangulaire⁽¹⁰⁾ (modèle « de l'emploi bref ») et, d'autre part, par l'augmentation de l'activité indépendante aux dépens de l'emploi salarié (modèle de « l'emploi sans employeur »)⁽¹¹⁾.

Ces évolutions ont engendré, comme le souligne Chiara Garbuio, « l'impuissance du modèle de sécurité sociale à constituer un parapluie suffisamment large pour protéger les nouveaux travailleurs précaires, tant d'un point de vue juridique qu'économique » et un déséquilibre entre prévoyance sociale et aide sociale⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ V. DE STEFANO, « The Rise of the “Just-in-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labour Protection in the “Gig-Economy” », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2016, vol. 37, n° 3, pp. 471 et s.

⁽¹⁰⁾ Suivant le Bureau international du travail, la précarité n'est pas synonyme d'emploi atypique. La première réfère généralement à un travail faiblement rémunéré, sans certitude quant au maintien dans l'emploi et moins bien protégé par le droit. De son côté, le caractère standard ou au contraire atypique d'un emploi dépend des caractéristiques du contrat : bilatéral, continu et à temps plein pour le premier, alors que le second s'écarte de ce schéma sur au moins l'un de ces traits (voy. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Non-standard employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects*, Genève, 2016, p. 41).

⁽¹¹⁾ Y. KRAVARITOU, « Les nouvelles formes d'embauche et la précarité de l'emploi », *R.I.D.C.*, vol. 42, n° 1, 1990, pp. 129 et s. Voy. aussi M. JAMOULLE, « Les transformations du droit belge du travail depuis 1975 », *Contradictions*, 1996, pp. 118-121.

⁽¹²⁾ Voy. sa contribution « Du travailleur pauvre au citoyen actif : un nouveau statut et un nouvel système de sécurité sociale », disponible sur https://www.news.uliege.be/upload/docs/application/pdf/2019-02/garbuio_-_travailleur_pauvre_citoyen_actif.pdf.

B. L'autonomie dans l'organisation du travail et du temps de travail, un produit de la révolution numérique

7. La révolution numérique a favorisé la culture de la liberté, de l'autonomie dans l'organisation du travail et du temps de travail, ce qui correspond assez bien aux aspirations d'une partie des travailleurs intellectuels. Cette liberté accrue ne profite certes pas aux caissières, aux préposés de *call centers*, aux ouvriers des entrepôts d'Amazon, aux travailleurs dont les voitures ou les colis transportés sont équipés de puces (*track and trace*) permettant de les suivre à la trace, encore plus sûrement que dans l'univers de *Big Brother*; pour eux, le numérique a intensifié la surveillance par les supérieurs hiérarchiques et réduit l'autonomie⁽¹³⁾. Mais pour tous ceux qui exécutent un travail reposant sur le savoir et la créativité – les ingénieurs, les consultants, les informaticiens, les juristes, les économistes, etc. – les technologies modernes offrent incontestablement la perspective d'une immense flexibilité dans l'organisation de leur temps et dans la conciliation de leurs obligations familiales et professionnelles.

8. Cette liberté est aussi recherchée par les jeunes travailleurs, ceux de la «génération Y» alias «génération Millenium» ou «digital natives», c'est-à-dire ceux qui sont nés entre 1980 et 2000 dans un monde numérique et ont grandi avec l'internet; ils vivent connectés en permanence et ont besoin de communiquer ATAWAD (*any time, anywhere, any device*); habitués depuis l'enfance à négocier l'heure du coucher comme le jour où ils font leurs devoirs, ils sont d'autant moins enclins à l'autorité un tant soit peu formelle qui caractérise le contrat de travail.

9. L'internet contribue en outre à renforcer la méthode de gestion par objectif; le salarié se voit assigner un objectif à atteindre dans un certain délai; il lui appartient de faire usage de l'autonomie qui lui est consentie pour organiser lui-même son temps de manière à réaliser son objectif dans le délai indiqué. D'obligation de moyens qu'elle est légalement, l'obligation du travailleur tend à se transformer en obligation de résultat⁽¹⁴⁾. Le temps travaillé n'est plus compté; seul importe l'objectif, ce qui, naturellement, conduit le salarié – dont la rémunération et les possibilités de promotion en dépendent – à mettre à profit le temps libre dont il dispose pour se connecter chez lui et avancer dans son travail⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ C. DEGRYSE, *Impacts sociaux de la digitalisation de l'économie*, Working paper 2016.02, ETUI, Bruxelles, p. 41, disponible sur <https://www.etui.org/fr/Publications2/Working-Papers/Les-impacts-sociaux-de-la-digitalisation-de-l-economie>; F. WILLEMS, «Track & trace van internationaal mobiele werknemers: privacy-aspecten», *Expat News*, 2017, liv. 10, pp. 8-9.

⁽¹⁴⁾ L. BALLARIN, «Télétravail – travail à domicile – travail à distance et flexibilité», *Le contrat de travail dans la nouvelle économie*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2001, p. 254.

⁽¹⁵⁾ J.-P. CHAUCHARD, «Les avatars du travail indépendant», *Droit social*, 2009, p. 1068; L. GRATTON, «Révolution numérique et négociation collective», *Droit social*, 2016, p. 1050; R. KRAUSE, «Numérisation du monde du travail: défis et besoin de réglementation en droit allemand», *Rev. Dr. Trav.*, 2016, p. 640.

10. Les lieux et temps de travail sont donc moins unifiés que par le passé; puisqu'il est désormais possible de travailler partout et tout le temps, le travailleur se connecte en permanence, peut travailler chez lui, développer le télétravail et n'être présent au bureau que quelques jours par mois mais, par ailleurs, être perpétuellement à la disposition de son employeur sauf pendant qu'il dort. Il se connecte et répond déjà à des courriels professionnels pendant le petit déjeuner et il se connecte pour la dernière fois au moment d'aller au lit. La journée de travail s'étire ainsi, entrecoupée d'occupations privées, lesquelles sont à leur tour interrompues par des temps de connexion numérique pour motif professionnel. Cette connexion permanente ou à répétition pose de nombreuses questions, qui préoccupent tant les juristes et les médecins que les dirigeants de société. On ne s'y attardera pas ici. En synthèse, outre des difficultés au regard de la réglementation de la durée du travail⁽¹⁶⁾, on peut relever «un risque de surcharge cognitive et émotionnelle, avec un sentiment de fatigue, d'excitation», avec, «en creux la question des risques psycho-sociaux, ainsi que l'enjeu de concurrence du temps d'attention disponible»⁽¹⁷⁾; l'hyperconnexion est également à l'origine d'autres problèmes de santé⁽¹⁸⁾ et fait perdre en qualité de vie ce qu'elle fait gagner en autonomie d'organisation⁽¹⁹⁾. Les législateurs français⁽²⁰⁾ et belge⁽²¹⁾ ont adopté des dispositions en vue d'enrayer le phénomène.

11. L'internet a encore favorisé l'éclosion d'une nouvelle organisation du travail, l'intermédiation numérique mettant en présence des plateformes. L'aspiration des travailleurs à une plus grande autonomie est à son tour bien rencontrée par les formes de travail indépendant et intermittent que ces plateformes proposent⁽²²⁾.

⁽¹⁶⁾ R. KRAUSE, «Numérisation du monde du travail: défis et besoin de réglementation en droit allemand», *op. cit.*, p. 640.

⁽¹⁷⁾ B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, septembre 2015, p. 52, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>.

⁽¹⁸⁾ S. FANTONI-QUINTON et C. LEBORGNE-INGELAERE, «L'impact des TIC sur la santé au travail», *J.C.P. S.*, 2013, 1452.

⁽¹⁹⁾ Parmi de nombreuses publications, voy. J.-E. RAY, «De la sub/ordination à la sub/organisation», *Droit social*, 2002, pp. 5 et s. et J.-E. RAY, «Vie professionnelle, vie personnelle et TIC», *Droit social*, 2010, pp. 44 et s.

⁽²⁰⁾ Loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (dite «Loi El Khomri»). Voy. C. FROUIN, «L'entreprise face au numérique: incidences de la loi Travail et de la loi pour une république numérique», *Gaz. Pal.*, 2017, n° 10, pp. 81 et s.

⁽²¹⁾ Art. 16 et 17 de la loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale. Voy. F. KÉFER, «Le droit à la déconnexion: une réponse à l'un des défis de la transition numérique?», in R. DE CORTE, M. DE VOS, P. HUMBLET, F. KÉFER et E. VAN HOORDE (éds), *De taal is gans het recht. Liber amicorum Willy van Eeckhoutte*, Malines, Wolters Kluwer, 2018, pp. 359 et s.

⁽²²⁾ M. DAGNAUD, *Le Modèle californien*, *op. cit.*, p. 139; S. GRACEFFA, *Refaire le monde... du travail: une alternative à l'ubérisation de l'économie*, Valence, Les Éditions Repas, 2016, p. 22.

C. L'autonomie, facteur de déstabilisation de la notion de salariat

12. Le modèle industriel qui a inspiré le droit du travail se trouve dépassé par la révolution numérique. Grâce aux outils numériques de communication, bon nombre de travailleurs d'aujourd'hui bénéficient d'une autonomie inimaginable il y a une vingtaine d'années. Mais cette autonomie, en retour, risque de les «pousser en dehors du droit du travail»⁽²³⁾, parce qu'elle rend difficile l'identification du lien de subordination, qui est la condition pour bénéficier de la protection du droit du travail. Quel est le statut des travailleurs de plateforme ? Sont-ils salariés ou indépendants ? Lorsqu'un salarié se connecte volontairement, via son smartphone, à sa messagerie professionnelle durant ses soirées ou ses week-ends, travaille-t-il sous l'autorité de son employeur ? S'agit-il d'un travail commandé ou volontaire ? On hésite d'ailleurs à inclure cette activité dans le temps de travail. Peut-on même encore parler de travail ? On assiste donc à un brouillage des frontières traditionnelles entre le travail et les loisirs et entre le salariat et l'indépendance.

Alors qu'à partir de la fin du XIX^e siècle, le droit du travail s'est érigé contre les conditions sanitaires déplorables et les journées de travail inhumainement longues, menaçant la santé et la vie des salariés, aujourd'hui c'est la liberté que confèrent la technologie et une souplesse assumée dans l'organisation du travail qui menace la condition des travailleurs : la dépendance économique, la précarité et une certaine déshumanisation du travail⁽²⁴⁾, mais aussi l'isolement, peu propice à l'organisation de la défense des intérêts professionnels.

13. Le rapport de la commission mondiale sur l'avenir du travail⁽²⁵⁾ incite à «saisir le moment et redynamiser le contrat social [...] qui assure aux travailleurs une juste part du progrès économique, le respect de leurs droits et la protection contre le risque en échange de leur contribution permanente à l'économie». Quelles solutions s'offrent aux législateurs pour un nouveau contrat social, un nouveau modèle de droit du travail et de la sécurité sociale ?

Les modifications de l'organisation du travail induites notamment par l'essor de l'internet sont de nature à relancer la réflexion sur la raison d'être, la fonction et la consistance de la protection juridique et sociale du travailleur du XXI^e siècle. Elles donnent un nouveau relief à deux questions en particulier, qui ne sont pas neuves, à savoir celle de la dépendance économique qui n'est pas,

⁽²³⁾ P. LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail!*, Paris, Odile Jacobs, 2015, p. 30.

⁽²⁴⁾ Cette déshumanisation du travail est particulièrement à l'œuvre sur les plateformes telles celle de *Amazon Mechanical Turk*, qui qualifie son mode de fonctionnement d'*intelligence artificielle*. La technologie fait penser que les micro-tâches – réalisées par des humains – sont exécutées par des ordinateurs (O. SCHWARTZ, *Humans pretending to be computers pretending to be humans*, 2016, disponible sur <https://www.theliftebrow.com/liftebrow/humans-pretending-to-be-computers-pretending-to>).

⁽²⁵⁾ COMMISSION MONDIALE SUR L'AVENIR DU TRAVAIL, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, Genève, Bureau international du Travail, 2019, p. 11, disponible sur https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/publications/WCMS_662540/lang--fr/index.htm.

comme telle, saisie par le droit du travail, ainsi que celle de l'adéquation de la bipartition entre salariés et indépendants. La situation des travailleurs précaires, et en particulier celles des travailleurs de plateforme, n'est, en effet, pas sans évoquer la dépendance économique de la classe ouvrière à la fin du XIX^e siècle, laquelle avait justifié l'intervention du législateur. Celle-ci, on le sait, est insuffisante à caractériser le contrat de travail. Le critère retenu pour distinguer les bénéficiaires de la protection du droit social ne fait pas référence à la situation de faiblesse économique. Le législateur a décidé de protéger ceux qui doivent obéir. Le critère tiré de la subordination juridique a pour conséquence que le droit du travail inclut dans son champ d'application les cadres supérieurs bien que, à l'origine, il n'ait pas été conçu en leur faveur, tandis qu'il ne protège pas certains travailleurs indépendants «sans initiative et sans profit»⁽²⁶⁾, économiquement dépendants et susceptibles de se faire exploiter par leur partenaire contractuel économiquement fort.

Faut-il modifier le critère d'application du droit du travail, troquer la subordination contre la dépendance économique? Cette idée, très ancienne – telle était déjà, en 1913, l'opinion de P. Cuche⁽²⁷⁾ –, est régulièrement débattue mais ne prospère guère, en raison de sa difficile mise en application.

Dans une version plus contemporaine, la Recommandation n° 198 de l'Organisation internationale du travail permet de recourir à la dépendance, plutôt qu'à l'autorité, comme critère de l'existence d'une relation de travail⁽²⁸⁾. Dans la foulée, un groupe de chercheurs français emmené par E. Dockès a élaboré une proposition de code du travail où le salarié est défini, sans aucune référence à l'état de subordination, comme «une personne physique qui exécute un travail sous le pouvoir de fait ou sous la dépendance d'autrui». La dépendance est définie par ces chercheurs comme «la situation de faiblesse qui

⁽²⁶⁾ J.-P. CHAUCHARD, «Les avatars du travail indépendant», *op. cit.*, p. 1069.

⁽²⁷⁾ P. CUCHE, «Le rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail», *Rev. crit. Lég. Jur.*, 1913, pp. 412 et s.

⁽²⁸⁾ Recommandation R198 sur la relation de travail, 2006, article 12. L'article 13 précise en outre que «Les Membres devraient envisager la possibilité de définir dans leur législation, ou par d'autres moyens, des indices spécifiques de l'existence d'une relation de travail. Ces indices pourraient comprendre :

(a) le fait que le travail est exécuté selon les instructions et sous le contrôle d'une autre personne; qu'il implique l'intégration du travailleur dans l'organisation de l'entreprise; qu'il est effectué uniquement ou principalement pour le compte d'une autre personne; qu'il doit être accompli personnellement par le travailleur; qu'il est effectué selon un horaire déterminé ou sur le lieu spécifié ou accepté par la personne qui requiert le travail; qu'il a une durée donnée et présente une certaine continuité; qu'il suppose que le travailleur se tient à disposition; ou qu'il implique la fourniture d'outils, de matériaux ou de machines par la personne qui requiert le travail;

(b) le caractère périodique de la rémunération du travailleur; le fait qu'elle constitue son unique ou principale source de revenus; le paiement en nature sous forme de vivres, de logement, de transport, ou autres; la reconnaissance de droits tels que le repos hebdomadaire et les congés annuels; le financement des déplacements professionnels du travailleur par la personne qui requiert le travail; ou l'absence de risques financiers pour le travailleur».

peut être constatée lorsque l'activité professionnelle d'une personne dépend des moyens ou de la volonté d'autrui»⁽²⁹⁾. La proposition de code préconise l'extension du droit du travail aux «salariés autonomes», ainsi nommés parce qu'ils sont dépendants – et donc doivent être protégés par le Code du travail – sans être subordonnés; il s'agit de travailleurs qui ne reçoivent pas de directives quant aux modalités d'exécution de leur tâche et sont autonomes dans l'organisation de leur emploi du temps⁽³⁰⁾. Pour rendre le statut de salarié autonome compatible avec les modes d'organisation moderne du travail liés à l'évolution des technologies de la communication, des aménagements des règles sont recommandés principalement pour ce qui a trait à la durée du travail. Les travailleurs de plateforme sont expressément visés par le groupe de chercheurs comme relevant de cette catégorie particulière⁽³¹⁾.

Lisa Rogders suggère de dépasser la dichotomie traditionnelle en privilégiant une approche relationnelle de l'autonomie, qui deviendrait un critère de l'attribution des droits, et ce de manière à mieux protéger les personnes vulnérables⁽³²⁾.

Faut-il plutôt sortir de la dichotomie salariat/indépendance par la création d'une catégorie intermédiaire de travailleurs, ni indépendants ni subordonnés, qui absorberait toutes les personnes accomplissant leur travail avec un fort degré d'autonomie (les *crowdworkers* mais aussi les franchisés, les sous-traitants, les concessionnaires de vente, les agents commerciaux, etc.)? Aussi séduisante que puisse paraître la mise en place d'un troisième statut, cette solution présente plus d'inconvénients que d'avantages, si l'on suit l'expérience des pays qui l'ont mise en place (Espagne, Italie, Royaume-Uni, Allemagne, Canada, notamment). En effet, comme le souligne Luca Ratti, le risque de classer les travailleurs sous un statut inapproprié, de contourner les règles en principe applicables au profit de règles moins coûteuses socialement n'est pas épargné⁽³³⁾. En outre, en instaurant un statut juridique intermédiaire tout en étant moins protecteur, on risque de susciter un déplacement du salariat vers ce nouveau statut, effet opposé à celui recherché par le législateur.

Une autre voie enfin consiste à repenser le travail et les droits qui en découlent et de créer un droit de l'activité professionnelle, d'embrasser l'ensemble du travail et de lui donner un statut à plusieurs paliers. Epousé, parfois

⁽²⁹⁾ E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de Code du travail*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 5 et s., art. L. 11-3 et L. 11-5.

⁽³⁰⁾ E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de Code du travail*, *op. cit.*, pp. 7 et s., art. L. 11-7 à L. 11-9.

⁽³¹⁾ E. DOCKÈS (dir.), *Proposition de Code du travail*, *op. cit.*, p. 4 et pp. 207 et s., art. L. 44-3 et s.

⁽³²⁾ Voy. sa contribution «The Future of Employment Status: Exploring the Notion of Autonomy», disponible sur https://www.news.uliege.be/upload/docs/application/pdf/2019-02/rodgers_-_personal_scope_and_autonomy.pdf.

⁽³³⁾ Voy. sa contribution «On the rationales and pitfalls behind grey zones: is it right to overcome labour law's great dichotomy?», disponible sur https://www.news.uliege.be/upload/docs/application/pdf/2019-02/ratti_-_on_the_rationales_behind_grey_zones_.pdf.

avec quelques nuances, par une fraction non négligeable de la doctrine⁽³⁴⁾, mais repoussé par d'autres⁽³⁵⁾, ce courant de pensée promeut non pas l'extension du droit du travail à tous mais la mise en place d'un noyau dur de droits sociaux applicable à tous les rapports de travail professionnel⁽³⁶⁾ quelle que soit leur qualification formelle. Tous les actifs sont soumis à un statut minimal unifié. Un degré de protection plus élevé bénéficie à certaines catégories de travailleurs – et notamment aux travailleurs salariés – par le biais de régimes particuliers selon leurs spécificités. C'est dans ce courant que s'inscrit Valentina Cagnin, qui plaide quant à elle pour un droit social «durable»⁽³⁷⁾. Il s'agit d'une véritable refondation du droit du travail, d'un changement radical de paradigme, dont les enjeux politiques sont considérables, sans compter l'ampleur de la tâche entraînée par la réalisation technico-juridique d'un tel projet. De toute évidence, une telle solution ne pourrait voir le jour avant longtemps.

D. L'autonomie, outil de protection contre l'obsolescence des compétences

14. L'économie numérique et le développement de l'intelligence artificielle ont régénéré un débat ancien, celui de l'avenir du travail et de la disparition de l'emploi, par l'effet du développement des technologies⁽³⁸⁾.

Vue par certains comme une source potentielle de développement de l'activité économique de régions rurales ou sinistrées, comme moyen d'accès facile au marché du travail pour les *freelancers* ou encore comme pourvoyeuse d'expérience professionnelle valorisable sur le CV des jeunes qui entrent sur le marché du travail, l'économie numérique suscite chez d'autres toutes sortes d'inquiétudes. La crainte est forte de la voir détruire plus d'emplois qu'elle n'en crée⁽³⁹⁾.

⁽³⁴⁾ P. DURAND, «Naissance d'un droit nouveau: du droit du travail au droit de l'activité professionnelle», *Droit social*, 1952, pp. 435-437; G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, cité par Th. PASQUIER, «Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt FORMACAD aux travailleurs "ubérisés"», *Rev. Dr. Trav.*, 2017, pp. 95 et s., note 91; A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, 1999 et 2016; M. FREEDLAND, «Le contrat de travail et les paradoxes de la précarité. Leçon au collège de France», *op. cit.*, pp. 289 et s.; J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, «Vers un droit de l'activité professionnelle», *op. cit.*, pp. 188-195.

⁽³⁵⁾ Voy. not., P.-H. ANTONMATTEI et J.-Chr. SCIBERRAS, «Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection?», *Droit social*, 2009, p. 223.

⁽³⁶⁾ A. Supiot (*Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*) va encore plus loin en préconisant l'octroi de droits fondamentaux aux personnes qui effectuent un travail non professionnel (mères au foyer, etc.).

⁽³⁷⁾ Voy. sa contribution «Digitalization and its impacts of de-spatialization and de-temporalization of work and de-territorialization of the labour market. Is it time to rethink a "sustainable" labour law?», disponible sur https://www.news.uliege.be/upload/docs/application/pdf/2019-02/cagnin_-_a_sustainable_labour_law.pdf.

⁽³⁸⁾ J. RIFKIN, *La fin du travail*, Paris, La découverte, 1996.

⁽³⁹⁾ Voy. l'étude approfondie de C. JOLLY et E. PROUET (coord.), *L'avenir du travail: quelles redéfinitions de l'emploi, des statuts et des protections?*, France Stratégie, document de travail n° 2016-04, pp. 24 et s., disponible sur http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/ddt-avenir-travail-10-03-2016-final_0.pdf; M. DAGNAUD, *Le Modèle californien*,

Elle est qualifiée régulièrement d'«arme de destruction massive d'emplois» par ceux qui prédisent la suppression du travail humain tant comme facteur d'intégration que comme moyen d'assurer sa survie dans notre modèle économique. Les moins pessimistes redoutent à tout le moins la substitution au travail salarié d'une forme de travail indépendant intermittent, échappant à la protection procurée par le droit du travail; par un effet de domino, c'est la fragilisation de la sécurité sociale qui préoccupe. Si le travailleur du XXI^e siècle est constamment confronté à la nécessité, pour assurer sa subsistance, de conclure une multitude de contrats en vue de la réalisation de diverses micro-tâches faiblement rémunérées, l'objectif de sécurisation de l'emploi, poursuivi par le droit du travail, et celui de redistribution des richesses par le truchement de la sécurité sociale s'évanouiront rapidement.

Un débat similaire a surgi au sujet du développement des procédés d'intelligence artificielle ou des «robots», on va y revenir⁽⁴⁰⁾. L'arrivée à maturité de cette technologie ferait disparaître à son tour tout ou partie du travail humain.

C'est, entre autres, pour juguler les inconvénients de cette évolution que les défenseurs de l'allocation universelle entendent déconnecter le revenu et le travail.

Avant d'aller plus loin, il faut souligner que les travailleurs de plateforme ne représentent, pour l'heure, qu'une part modeste de la population active et que le phénomène de raréfaction du travail salarié ne semble pas encore une réalité. Si tel était le cas, on devrait assister à une chute du nombre relatif de travailleurs salariés. Or, on n'observe pas, à l'heure actuelle, d'incidence significative de la numérisation sur la répartition, au sein de la population active, entre travailleurs salariés et travailleurs indépendants⁽⁴¹⁾. Selon les données d'Eurostat, la proportion de travailleurs salariés et de travailleurs indépendants demeure stable au niveau européen⁽⁴²⁾.

op. cit., pp. 129 et s.; C. DEGRYSE, «Les impacts sociaux de la digitalisation de l'économie», *E.T.U.I.*, 2016, pp. 22 et s. (disponible sur <http://www.etui.org/fr/Publications2/Working-Papers/Les-impacts-sociaux-de-la-digitalisation-de-l-economie>).

⁽⁴⁰⁾ Voy., en ce sens, M. FREEDLAND, «Le contrat de travail et les paradoxes de la précarité. Leçon au collège de France», *Dr. soc.*, 2016, p. 289; J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, «Vers un droit de l'activité professionnelle», *Dr. soc.*, 2017, p. 188.

⁽⁴¹⁾ Il est observé qu'en France, la part d'emplois non salariés a légèrement augmenté avec la mise en place du statut d'auto-entrepreneur, tandis qu'un peu partout ailleurs, elle diminue de manière continue depuis longtemps, exception faite du Royaume-Uni et des Pays-Bas (J. BARTHÉLÉMY et G. CETTE, «Vers un droit de l'activité professionnelle», *op. cit.*, p. 188).

⁽⁴²⁾ Voy. notamment CONSEIL D'ÉTAT (fr.), «Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«ubérisation». Étude annuelle 2017», juillet 2017, p. 84, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/174000714-etude-annuelle-2017-du-conseil-d-etat-puissance-publique-et-plateformes-numeriques>. La même constatation est faite dans la zone urbaine de San Francisco (C. JOLLY et E. PROUET (coord.), *L'avenir du travail: quelles redéfinitions de l'emploi, des statuts et des protections?*, *op. cit.*, p. 38). Pour la Belgique, voy. les statistiques de la Banque Nationale de Belgique disponibles sur <http://stat.nbb.be/>.

Il semblerait donc, du moins à l'heure actuelle, que le développement du *crowdworking* en Europe n'implique pas un remplacement des travailleurs salariés par des travailleurs indépendants⁽⁴³⁾. Il s'inscrirait plutôt dans la tendance croissante au développement des emplois dits atypiques déjà évoquée⁽⁴⁴⁾. Ainsi, la crise de l'emploi que nous traversons ne résulterait pas « de la rareté mais de la qualité des emplois créés, précaires et à temps partiel »⁽⁴⁵⁾.

15. De son côté, l'automatisation, si elle accélère l'obsolescence des compétences des travailleurs les moins qualifiés, dont les tâches sont répétitives et prévisibles, ne menace pas les activités requérant la créativité, la sensibilité, l'interaction, le raisonnement critique et contenant une part d'imprévisibilité. Ainsi que le démontre Ljupcho Grozdanovski, si l'automatisation fait peser une menace sérieuse sur une partie des emplois et des activités, elle pourrait non seulement en épargner beaucoup d'autres, qui sollicitent la capacité du travailleur à (ré)agir de manière autonome, mais aussi conduire à la création de millions de nouveaux emplois liés à l'émergence de cette technologie de pointe⁽⁴⁶⁾.

Un parallèle peut être tracé avec « l'écologisation » des économies, qui, à terme, fera disparaître de nombreux emplois parce que les industries qui consomment une grande quantité de carbone et de ressources naturelles disparaîtront; mais en revanche elle créera des millions de nouveaux emplois à mesure que les entreprises et les pouvoirs publics développeront des pratiques durables et des technologies propres⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴³⁾ Voy. pour une analyse générale du lien entre les investissements dans les TIC et l'emploi : « Employment and Social Developments in Europe. Annual Review 2016 », European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, décembre 2016, pp. 153 et s., disponible sur <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=7952&visible=0&>.

⁽⁴⁴⁾ Voy. notamment V. DE STEFANO, « The Rise of the “Just-in-Time Workforce” : On-Demand Work, Crowdwork, and Labour Protection in the “Gig-Economy” », *op. cit.*, pp. 480 et s. ; M. FREEDLAND, « Le contrat de travail et les paradoxes de la précarité. Leçon au collège de France », *op. cit.*, p. 289 ; C. CODAGNONE, F. ABADIE et F. BIAGI, *The Future of Work in the « Sharing Economy »*, *The Future of Work in the « Sharing Economy » : Market Efficiency and Equitable Opportunities or Unfair Precarisation?*, JRC Science for Policy Report, 2016, pp. 20 et s., disponible sur <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/future-work-sharing-economy-market-efficiency-and-equitable-opportunities-or-unfair> ; M. FREEDLAND et J. PRASSL, *Employees, Workers, and the « Sharing Economy » : Changing Practices and Changing Concepts in the United Kingdom*, Oxford Legal Studies Research Paper, 2017, n° 19, pp. 8-9, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2932757>.

⁽⁴⁵⁾ M. ALALOUF, « Tout salaire mérite-t-il travail ? », *La lettre des académies*, n° 41, 2017, p. 5.

⁽⁴⁶⁾ Voy. ci-après, Lj. GROZDANOVSKI, « L'automatisation du travail et l'obsolescence du statut de travailleur : réflexions sur l'avenir du travail et de la protection des travailleurs », *cette revue*, pp. 21 à 48.

⁽⁴⁷⁾ COMMISSION MONDIALE SUR L'AVENIR DU TRAVAIL, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, *op. cit.*, p. 10, disponible sur https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/publications/WCMS_662540/lang--fr/index.htm.

Il est donc vraisemblable que, «comme lors des révolutions technologiques précédentes, [...] la société du futur sera intensive en travail»⁽⁴⁸⁾.

L'automatisation n'est dès lors pas uniquement synonyme de destruction de l'emploi. Elle charrie aussi d'autres effets bénéfiques pour les travailleurs. Outre la création d'emplois, l'intelligence artificielle autorise à envisager, par exemple, une efficacité accrue des contrôles réalisés par les services d'inspection. Elle permet surtout d'imaginer une amélioration des conditions de travail en libérant les travailleurs des tâches pénibles, ennuyeuses, bruyantes, salissantes, etc.; en d'autres termes, elle laisse entrevoir un monde où n'existe de travail que proprement humain – au sens défini par A. Supiot comme le travail qu'aucune machine ne peut accomplir et dans lequel celui qui l'exécute peut mettre une part de lui-même⁽⁴⁹⁾ – avec en perspective «de nouvelles opportunités pour plus de liberté et de créativité dans le travail»⁽⁵⁰⁾.

Il faut cependant souligner le rôle fondamental que joue, dans la transition technologique, l'aptitude des travailleurs à changer de fonction, aptitude qui est d'autant plus développée que le travailleur a un haut niveau de formation⁽⁵¹⁾. Une politique de l'emploi suffisamment dynamique pour apprendre aux travailleurs à s'adapter à l'inattendu et à faire face aux conséquences des changements technologiques est le seul moyen de faire reculer le niveau du chômage des travailleurs les moins qualifiés et dont l'emploi est directement menacé par les évolutions technologiques, singulièrement l'automatisation. À ce sujet, la convention de l'OIT n° 142 (concernant le rôle de l'orientation et de la formation professionnelles dans la mise en valeur des ressources humaines) encourage les États à «adopter et développer des politiques et des programmes complets et concertés d'orientation et de formation professionnelles en établissant, en particulier grâce aux services publics de l'emploi, une relation étroite entre l'orientation et la formation professionnelles et l'emploi» (art. 1^{er}).

En d'autres termes, pour autant que les pouvoirs publics et les entreprises stimulent la formation professionnelle et adoptent une politique d'éducation qui développe l'autonomie du travailleur, celui-ci aura la capacité de s'adapter aux changements technologiques.

⁽⁴⁸⁾ M. ALALOUF, «Tout salaire mérite-t-il travail?», *op. cit.*, p. 5.

⁽⁴⁹⁾ A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, pp. 330-332.

⁽⁵⁰⁾ A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*, p. XLIII.

⁽⁵¹⁾ De même, on a pu constater que les pays qui ont le mieux absorbé le choc de la mondialisation sont ceux qui se sont dotés de systèmes d'éducation et de formation professionnelle performants (J.-M. SERVAIS, *To be a worker in the XXIst century*, Conférence introductive au «International Labour Forum» organisé les 1-3 mars 2018 par l'Université de Saint-Petersbourg conjointement avec les autorités locales et nationales, p. 14).

III. EN GUISE DE CONCLUSION

16. Le législateur – international, européen, national – est invité à réfléchir à une nouvelle manière d'apporter une protection sociale au travailleur d'aujourd'hui, œuvrant dans un environnement économique globalisé très compétitif, soumis à des « nouvelles manières de travailler » (*New Ways Of Working*) et doté d'une autonomie de conception et d'exécution de son travail sans précédent, qui porte en elle autant de menaces que de bienfaits.

Le défi est important, la réalisation s'avère complexe du point de vue juridique. Faire entrer le droit du travail dans le XXI^e siècle, c'est réfléchir à un cadre juridique ajusté à la société contemporaine pour en accompagner l'évolution. C'est aussi tirer les leçons de l'histoire et éviter de reproduire les conséquences désastreuses que, au XIX^e siècle, une totale dérégulation a engendrées. La solution à ces questions dépend non du juriste mais du rapport de force qui s'établit entre les forces syndicales et patronales et, en dernière instance, du pouvoir politique; à celui-ci, il revient de combiner le souci de ne pas tuer le dynamisme des entreprises innovantes et la préoccupation de ne pas laisser une partie des travailleurs sans protection, sans garantie de conditions de travail décentes – que ce soit en matière de santé et sécurité au travail, de stabilité d'emploi, de rémunération décente, etc. Assurément, il y a, pour répondre aux défis contemporains lancés aux conditions de travail et à l'organisation du travail, de la place pour un projet politique ambitieux.