

L'Irlande : débat sur la liberté de négociation des travailleurs indépendants Confrontation entre la jurisprudence de l'UE et les principes de l'OIT

Les nouveaux mouvements de travailleurs indépendants posent la question de leur bénéfice du droit de négociation collective. Les réponses données par l'Union européenne et par l'Organisation internationale du Travail divergent. Jusqu'à présent, ces deux ordres juridiques n'avaient pas eu l'occasion de confronter leur point de vue. En juin, la Commission de l'application des normes de l'OIT a ouvert les débats. Cet article introduit la problématique et reproduit le discours prononcé par le représentant du groupe des travailleurs.

J.-B. M, le 17 novembre 2016

Le monde du travail évolue fortement. La dernière décade a vu l'émergence d'une catégorie nouvelle de travailleurs. Ils ne sont plus salariés. Ils ne sont pas tout à fait indépendants, au sens littéral du terme. Une dépendance économique vis-à-vis d'un donneur d'ordre principal s'installe fréquemment. L'évolution du contenu du travail et le raccourcissement des prestations fait douter quant à l'existence d'un lien de subordination. Ces individus exécutent des contrats de louage de travail régis par le Code civil. Ils ne bénéficient pas des statuts longuement revendiqués et négociés propres au monde des salariés.

Instinctivement, l'insuffisante protection dont bénéficient les indépendants en situation de dépendance économique appelle à son amélioration. Une telle amélioration passe, comme c'est le cas en droit social, par des mouvements de revendication, de négociation et, enfin, de sanction par des instruments rendus obligatoires. Une question initiale se pose toutefois : dans quelle mesure ces travailleurs bénéficient-ils de la liberté de négociation collective ? Sans ce sésame, les mouvements d'émancipation restent en germe.

À la recherche de la liberté de négociation collective

Un texte fondamental donne une réponse à la question de la liberté de négociation des travailleurs indépendants. La convention 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949) de l'Organisation internationale du Travail (OIT) consacre le droit de négociation collective de tous les travailleurs. C'est la manière dont il faut comprendre l'article 4 de la convention 98, lu en parallèle avec les commentaires des experts. Les études d'ensemble de 1994 sur la liberté syndicale et négociation collective et de 2012 sur les conventions fondamentales sont éclairantes à ce propos. Dans l'étude d'ensemble de 2012, les experts déclarent par exemple que le droit de négociation collective devrait couvrir notamment les organisations de travailleurs indépendants¹.

Les travailleurs indépendants en situation de dépendance économique bénéficient dès lors de l'outil nécessaire à la reconstitution d'un statut. Ce travail semble désormais inévitable. Nos traditions juridiques font reposer l'existence d'une relation de travail sur le lien de subordination. Les travaux internationaux visant à déplacer le curseur, depuis le lien de subordination vers la dépendance économique, ont échoué. Une telle évolution aurait permis d'intégrer les nouvelles formes de travail dans un paysage réglementaire préexistant. Mais les organisations d'employeurs n'ont pas approuvé la convention qui devait être le texte principal de la recommandation 198 sur la relation de travail (2006) de l'OIT.

¹ Paragraphe 209

Les bâtons de la concurrence dans les roues

Les travailleurs indépendants seraient dès lors des individus sans protection mais en droit de la réclamer. Toutefois, l'exclusion des systèmes de protection préexistants ne semble pas être la seule mauvaise nouvelle à leur sujet. Fin 2014, l'arrêt *FNV Kunsten*² de la Cour de justice de l'Union (la Cour) a fait le point sur cette question. La Cour nous a rappelé que « À cet égard, il est de jurisprudence constante que la caractéristique essentielle de [la relation de travail] est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération »³.

La Cour précise de même que « la qualification de «prestataire indépendant», au regard du droit national, n'exclut pas qu'une personne doit être qualifiée de «travailleur», au sens du droit de l'Union, si son indépendance n'est que fictive, déguisant ainsi une véritable relation de travail »⁴.

Selon la Cour, sur base de la preuve d'un lien de subordination, une relation peut donc être requalifiée en relation de travail. Il s'agit toutefois d'une opération délicate dont les indices varient en fonction des contextes nationaux et qui est toujours basée sur des situations de fait complexes.

À l'opposé, une autre opération ne s'ennuie pas de précautions équivalentes. Il s'agit de la qualification d'entreprise au sens du droit communautaire, laquelle impose le respect du droit européen de la concurrence. La notion d'entreprise utilisée par la Cour est plus large que celle d'entreprise privée : doit être qualifiée ainsi toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de sa forme juridique et de son mode de financement⁵. Une activité économique est une activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné⁶. Il s'agit d'une notion de droit européen qui reçoit une large interprétation⁷. Seules les activités régaliennes, qui sont des prérogatives de la puissance publique⁸ et certaines activités, du fait de leur caractère social, comme la sécurité sociale⁹, échappent à cette définition.

Dans l'arrêt *FNV Kunsten*, la Cour rappelle qu'en l'absence de mise au jour d'un lien de subordination, les travailleurs « constituent, en principe, des «entreprises», au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE »¹⁰. La conclusion lapidaire est qu'une convention collective « en ce qu'elle a été conclue par une organisation de travailleurs au nom et pour le compte des prestataires de services indépendants qui y sont affiliés ne constitue pas le résultat d'une négociation collective entre partenaires sociaux et ne saurait être exclue, en

² C.J.U.E., 4 décembre 2014, *FNV kunsten*, aff. C-413/13

³ *Ibid.*, # 34

⁴ C.J.U.E., 4 décembre 2014, *FNV kunsten*, aff. C-413/13, # 35

⁵ L. VOGEL, *Droit européen de la concurrence. Tome I. Domaine d'application, ententes*, Paris, LawLex, 2005, p. 196 ; C.J.U.E., 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, # 21

⁶ C.J.U.E., 12 sept. 2000, *Pavlov*, aff. C-180/98 à C-184/98, # 75

⁷ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 369

⁸ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, op. cit., p. 371 ; C.J.U.E., 16 juin 1987, *Commission c/ République italienne*, aff. C-118/85, ## 7-8

⁹ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, op. cit., p. 378 ; C.J.U.E., 17 févr. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91

¹⁰ C.J.U.E., 4 décembre 2014, *FNV kunsten*, aff. C-413/13, # 27

raison de sa nature, du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE »¹¹. Ces accords, susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres, sont interdits.

Sur base du droit européen, les travailleurs indépendants dans des situations de dépendance économique ne bénéficient donc pas d'une liberté de négociation collective. Parallèlement aux principes de l'OIT, il y a lieu de constater une contradiction entre des normes d'ordres juridiques concurrents.

Un premier cas polonais à l'OIT

Le problème de l'inexistence de liberté de négociation collective complète au profit des travailleurs indépendants percole dans tous les systèmes nationaux. Le Comité de la liberté syndicale de l'OIT a traité une situation de ce type à propos de la Pologne. Il s'agit du cas 2888. La plainte concernait une compréhension restrictive du terme d'employé par le Code du travail. Ce faisant, le législateur refusait le bénéfice de la liberté syndicale aux individus employés sur base de contrats civilistes, d'indépendants et d'autres individus qui réalisent des prestations de travail autrement que par un contrat d'employé. Or, ces catégories de travailleurs constituent en Pologne une proportion significative de la force de travail.

Le Comité de la liberté syndicale a déclaré que le modèle polonais des relations collectives de travail ne permet pas aux sous contractants ou aux indépendants de participer aux négociations collectives. Le Comité a demandé au gouvernement de prendre les mesures nécessaires afin que tous les travailleurs, sans égard à des distinctions particulières, bénéficient du droit de créer ou de rejoindre les organisations de leur choix. Le Comité a rejeté une distinction excluant les travailleurs indépendants.

L'Irlande devant la Commission des normes

Les mécanismes de contrôle de l'OIT ne résident pas uniquement dans le Comité de la liberté syndicale et la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR). Le tripartisme y a sa place et c'est dans la Commission de l'application des normes qu'il s'incarne le mieux. Chaque année, durant la session de la Conférence internationale du Travail, tous les représentants des mandants tripartites se réunissent au sein de cette Commission. Préalablement au début des travaux, le groupe des employeurs et celui des travailleurs s'accordent sur une liste de 24 cas. Il s'agit de 24 cas sélectionnés au départ des observations par pays du rapport des experts¹².

La première quinzaine de juin est l'occasion d'examiner les 24 cas et d'adopter des conclusions qui sont autant de recommandations pour les gouvernements. Elles suggèrent de modifier la législation ou de prendre les mesures nécessaires pour respecter les normes internationales du travail, en droit et dans la pratique. Le groupe des travailleurs et celui des employeurs y jouent un rôle moteur.

En juin 2016, pour la première fois, la Commission de l'application des normes s'est penchée sur la question de la liberté syndicale des travailleurs indépendants. Une observation des experts à propos de l'Irlande a créé l'opportunité¹³. Il y est question d'une convention collective au bénéfice de travailleurs indépendants du secteur culturel. Ces travailleurs ont

¹¹ *Ibid*, # 30

¹² Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 2015, partie 1A

¹³ *Ibid*, p. 85

conclu une convention collective avec l'Institut des publicitaires. La convention fixe les taux de rémunération et les conditions d'emploi des travailleurs de la radio, de la télévision, du cinéma et des arts visuels. L'autorité irlandaise de la concurrence a déclaré nulle la convention.

Dans la lignée des principes de liberté de négociation collective attachés à l'article 4 de la convention 98, le commentaire des experts « *invite le gouvernement à tenir des consultations avec toutes les parties concernées en vue de limiter les restrictions à la négociation collective créées par la décision de l'Autorité de la concurrence de manière à garantir que les travailleurs indépendants puissent négocier collectivement* ». La CEACR suggère de « *mettre au point des mécanismes de négociation collective spécifiques pour les travailleurs indépendants* ».

Le commentaire des experts prend par ailleurs une dimension toute politique en ce que le gouvernement irlandais a agi sous tutelle de la Troïka. Il s'agit, au-delà de la méconnaissance du droit de négociation collective à une catégorie de travailleurs, d'une ingérence interdite dans les relations collectives de travail, qui plus est de la part d'acteurs non démocratiques.

La suite du débat s'est tenue au sein de la Commission de l'application des normes. Le discours, reproduit ci-après, du vice-président travailleur de la Commission porte la voix de son groupe. Les gouvernements s'en sont tenus, lors des débats, à une approche légaliste de la problématique. Les employeurs ont de leur côté refusé l'acception consacrée par les experts de la notion de travailleurs incluant les travailleurs indépendants.

Le groupe des employeurs est en effet allergique à l'idée que l'organisation tripartite se saisisse de thématiques qui élargissent son champ d'action classique. Un paradoxe lorsque ceux-là mêmes déplorent l'archaïsme de l'institution. Force est de constater qu'ils exècrent plus le tripartisme que la concurrence déloyale créée par les nouvelles formes de sous-traitance.

Ces différences de point de vue prennent forme dans le manque de volontarisme des conclusions adoptées. On peut y lire que la Commission « *suggère que le gouvernement et les partenaires sociaux devraient identifier les types d'arrangements contractuels qui ont une portée sur les mécanismes de négociation collective* ». Il n'y est malheureusement pas fait mention d'un droit de négociation collective des travailleurs indépendants. Il ne s'agit toutefois que d'une première étape : Le gouvernement irlandais est invité à faire rapport à la Commission des experts pour leur session de novembre 2016.

Conclusion

Que ce soit à Genève ou à Luxembourg, il faut en conclure que la reconnaissance complète d'une liberté fondamentale –la négociation collective– à une part grandissante des travailleurs demeure problématique. Du côté de Luxembourg, les normes relatives à la concurrence sont de première importance. Il en existe toutefois d'autres, telles les conventions 87 et 98. Elles ne font malheureusement pas suffisamment partie de l'arsenal de contrôle des juges. Du côté de Genève, les obstacles à la tenue d'un débat large proviennent du groupe des employeurs. Ils préfèrent jouer le jeu de la dérégulation, au risque de se tuer soi-même.

Discours tenu par le vice-président de la Commission d'application des normes de l'OIT, représentant du groupe des travailleurs.

Genève, le 3 juin 2016

Le cas de l'Irlande en lien avec la Convention 98 pose des questions fondamentales sur le futur du travail. Il plonge les travaux de la Commission d'application des normes dans une page sombre de l'Union européenne. Une page éloignée de l'idéal de paix et de prospérité de 1957. Il s'agit de la mise sous tutelle de la démocratie par des institutions internationales. Il s'agit aussi de la domination du libre marché sur la justice sociale.

Avant de rentrer dans le vif du sujet, je souhaite rappeler trois principes fondamentaux liés aux conventions 87 et 98 :

- Le droit de négociation collective est un droit fondamental accepté par les membres de l'OIT, du seul fait de leur appartenance à l'organisation. Ils ont l'obligation de le respecter, de le promouvoir et de le réaliser de bonne foi ;
- La reconnaissance du droit de négociation collective a une portée générale tant dans le secteur privé que dans le secteur public et seuls peuvent être exclus de ce droit les forces armées, la police et les fonctionnaires publics commis à l'administration de l'Etat ;
- Lorsque les résultats des négociations collectives sont mis en cause ou annulés par une décision des autorités administratives, les relations professionnelles sont déstabilisées. Ces interventions ne sont pas compatibles avec le principe de négociation libre et volontaire des conventions.

La situation irlandaise

Ce cas concerne une convention collective, entrée en vigueur le 1er octobre 2002. Cette convention prévoyait, entre autres, la rémunération des travailleurs indépendants du secteur audio-visuel. L'autorité irlandaise de la concurrence l'a déclarée nulle. Les interlocuteurs sociaux ont été forcés de négocier une nouvelle convention.

Le droit irlandais et européen

Le rapport du gouvernement irlandais l'affirme : selon le droit européen, les travailleurs indépendants sont considérés comme des entreprises. La Cour de justice de l'Union européenne l'a souvent rappelé : l'entreprise est, en droit européen, une notion très large.

Par conséquent et, du fait de l'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tous les accords entre les travailleurs indépendants et leurs commanditaires sont interdits. C'est le cas dès lors qu' « ils qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ».

Il s'agit d'une restriction importante du droit des travailleurs indépendants de s'organiser collectivement.

Les demandes directes

Depuis 10 ans, la Commission des experts (CEACR) est saisie de cette question.

En 2006, une première demande directe des experts fait état de restrictions du droit d'organisation et de négociation collective. En effet, l'autorité irlandaise de la concurrence a déclaré que l'accord collectif conclu entre Equity/SIPTU et l'Institut des praticiens de la publicité est contraire à la loi. Les experts ont demandé au gouvernement de fournir des informations.

Cette demande directe a été répétée en 2007 et en 2008.

La réponse du gouvernement est reprise dans une demande directe en 2009. Les experts prennent note d'un engagement du gouvernement. Celui-ci promet de modifier la réglementation sur la concurrence, en vue de permettre la conclusion de conventions collectives. À cette occasion, les experts ont souligné que l'intervention d'une autorité quelconque qui aboutirait à un changement unilatéral des termes et des conditions négociés est, en général, contraire à la C.98.

Le gouvernement n'a pas répondu aux souhaits des experts. Ceux-ci ont donc répété la demande directe en 2011.

En 2012, le gouvernement n'a toujours pas exécuté son engagement. La demande directe fait alors apparaître que le plan d'aide financière accordé par le FMI, la Commission européenne et la Banque centrale européenne interdit au gouvernement de modifier la loi sur la concurrence. Le gouvernement ne peut donc honorer son engagement vis-à-vis des interlocuteurs sociaux. Les autorités nationales sont mises sous tutelle.

Par la suite, les experts ont redit leur souhait que le gouvernement tienne ses promesses.

La demande directe de 2014 répète la même requête.

L'observation

L'observation des experts de 2015 fait état de certains progrès législatifs. Toutefois malgré les demandes directes, la question du droit de négociation collective des travailleurs indépendants n'est pas réglée. L'autorité de la concurrence continue à affirmer que les dispositions sur la concurrence prévalent sur celles de la loi sur les relations collectives.

L'argumentation de l'autorité de la concurrence manque de fondement lorsqu'elle fait prévaloir une législation sur une autre. Elle se base, entre autres, sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, notamment l'arrêt FNV Kunsten.

À cet égard, les normes de contrôle de la Cour de Justice de l'Union et la mission qui lui est impartie la confinent dans un rôle spécifique. Elle doit interpréter le droit de manière conforme aux libertés économiques. Il s'agit d'un examen trop restrictif.

La nature de l'examen réalisé par l'Organisation internationale du Travail est d'une autre sorte.

La notion de travailleur selon l'OIT

Au sein de notre institution, la notion de travailleur reçoit une signification plus large qu'en droit européen.

L'article 2 de la convention n° 87 dispose que « les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations ».

La Conférence internationale du Travail a retenu les termes « sans distinction d'aucune sorte ». Elle les a considérés adéquats pour exprimer la portée universelle du principe de la liberté syndicale.

En effet, l'étude d'ensemble de 2012 le rappelle au sujet de la convention 98 : à l'exception des organisations des catégories de travailleurs qui peuvent être exclus du champ d'application de la convention – forces armées, police et fonctionnaires commis à l'administration de l'Etat – la reconnaissance du droit à la négociation collective a une portée générale. Cela a amené les experts à rappeler que le droit de négociation collective devrait couvrir notamment les travailleurs indépendants.

Le comité de la liberté syndicale ne dit pas autre chose. Dans le cas 2602 relatif à la République de Corée, le comité a rappelé que, en vertu des principes de la liberté syndicale, tous les travailleurs – à la seule exception des membres des forces armées et de la police – devraient avoir le droit de constituer les organisations de leur choix et de s'y affilier. Le comité ajoute que le critère à retenir pour définir les personnes couvertes n'est donc pas la relation d'emploi avec un employeur. Cette relation est en effet souvent absente, comme pour les travailleurs de l'agriculture, les travailleurs indépendants en général ou les membres des professions libérales, qui doivent pourtant tous jouir du droit syndical.

Par conséquent, le comité a prié le gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour garantir que les travailleurs «indépendants» puissent jouir pleinement des droits de liberté syndicale. Selon le comité, les travailleurs indépendants doivent pouvoir promouvoir et défendre leurs intérêts, y compris par le biais de la négociation collective.

En octobre 2015, le même comité s'est penché sur le cas 2786 au sujet de la République dominicaine. Le comité a répété les mêmes principes, à savoir le droit des travailleurs indépendants de jouir pleinement de leurs droits syndicaux pour promouvoir et défendre leurs intérêts, y compris par le biais de la négociation collective.

L'étude d'ensemble de 2015 sur les travailleurs ruraux va dans le même sens. Les experts y remarquent que dans de nombreux pays, les travailleurs indépendants et à leur compte sont exclus des lois nationales garantissant les droits syndicaux. Selon eux, ces travailleurs sont couverts par les conventions et bénéficient notamment du droit de constituer des organisations de travailleurs.

La conclusion est limpide : selon les principes de base que se sont donnés les constituants tripartites, les travailleurs indépendants bénéficient pleinement du droit de négociation collective.

Pourtant, quand, en 2013, le Congrès irlandais interroge la Commission européenne, celle-ci a une réponse surprenante : elle répond que le droit de l'Union ne permet pas aux travailleurs indépendants de négocier collectivement.

Il apparaît dès lors que les droits irlandais et européens de la concurrence viennent en contradiction avec les principes de notre organisation. Si bien qu'il est nécessaire d'affirmer que le droit de la concurrence, en ce qu'il restreint la liberté de négociation collective des travailleurs indépendants, est contraire à la convention 98.

La liberté de négociation collective

Par ailleurs, sans avoir égard au statut spécifique des travailleurs indépendants, la liberté de négociation collective a été bafouée. Lorsque les autorités irlandaises ont été mises sous tutelle par les organismes internationaux, les principes de liberté de négociation collective n'ont pas été respectés.

A cet égard, la commission a formulé le principe de base suivant :

Si, au nom d'une politique de stabilisation économique, c'est-à-dire pour des raisons impérieuses d'intérêt national économique, les taux de salaire ne peuvent pas être fixés librement par la négociation collective, ces restrictions doivent être appliquées comme une mesure d'exception, se limiter au nécessaire et ne pas dépasser une période raisonnable.

Le Comité de la liberté syndicale s'est prononcé en des termes semblables. Il a souligné qu'une période de trois ans de limitation de la négociation collective en matière de rémunération dans le cadre d'une politique de stabilisation économique constitue une restriction considérable.

Or, les trois institutions internationales, le FMI, la Commission européenne et la Banque centrale européenne, ont interdit au gouvernement irlandais d'honorer les engagements pris. Ces mesures durent depuis trop longtemps : l'accord qui a été invalidé est entré en vigueur le 1er octobre 2002. Par la suite, les partenaires sociaux ont été forcés de conclure un nouvel accord. Aujourd'hui encore, la Commission européenne maintient son point de vue. La période raisonnable d'intervention des autorités publiques est depuis longtemps dépassée.

L'examen de ces principes importants fait apparaître que l'attitude des trois institutions internationales est en contradiction avec la liberté de négociation collective.

Le rôle du droit du travail

L'examen technique du cas irlandais ne doit pas cacher les enjeux essentiels. Comme il y a plus d'un siècle, il s'agit de reconnaître à une catégorie de travailleurs le droit de négocier collectivement.

Ceux qui affirment l'inexistence de ce droit de négociation collective, parce qu'il crée une entorse à la concurrence, oublient la signification du droit social. Le droit social est un droit interventionniste. Il a pour mission de réguler l'économie. En ce sens, refuser d'appliquer un accord collectif parce qu'il restreint le jeu de la concurrence, c'est plaider pour une dérégulation complète.

Les travailleurs n'en seront pas les seules victimes. La création d'un « level playing field » pour les acteurs économiques nécessite une réglementation. Dans le cas contraire, un « race to the bottom » s'enclenche, empêchant tout projet économique sur le long terme.

La catégorie de travailleurs dont nous parlons est de plus en plus importante. Notre économie change et les travailleurs avec des contrats salariés diminuent. Au contraire, le nombre de travailleurs réalisant leurs prestations au travers de plateforme informatique explose.

La reconnaissance du droit de négociation collective des travailleurs indépendants est, pour le XXI^e siècle, de même importance que la dépénalisation des activités syndicales au XIX^e siècle.

Nous exigeons donc du gouvernement qu'il tienne tout d'abord des consultations avec toutes les parties concernées en vue de limiter les restrictions à la négociation collective. Le gouvernement doit ensuite modifier la législation sur la concurrence afin de permettre aux travailleurs indépendants d'exercer leur droit de négociation collective. Le gouvernement doit enfin mettre au point des mécanismes de négociation collective spécifiques pour les travailleurs indépendants.

Je vous remercie.