

# La subordination en cause

Cécile Nicod, Maître de conférences à l'Université Lumière Lyon 2

Jean-François Paulin, Maître de conférences à l'Université Lyon 1, Directeur de l'Institut de formation syndicale de Lyon 2

Concept clé du droit du travail, puisqu'il en conditionne largement l'application, la subordination ne cesse, depuis bientôt un siècle, de susciter discussions, analyses, mises en perspectives et en débat. Les interrogations autour du contenu du critère de la subordination, de ses contours semblent sans fin. Il s'agit d'une question récurrente, remise périodiquement sur le métier de l'analyse doctrinale, depuis les années trente et la célèbre controverse entre les tenants d'une subordination juridique et ceux pour qui la dépendance économique était l'élément révélateur de l'état de subordination. La Cour de cassation ayant nettement tranché en faveur de la première conception dans l'arrêt Bardou (*C. civ.*, 6 juill. 1931, *Les grands arrêts du droit du travail*, n° 1), c'est ensuite dans les années cinquante (*v. P. Durand*, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.* 1952, p. 437) puis 70 que la question rebondit, à la faveur d'articles interrogeant tantôt le critère du contrat de travail (*Groutel*, « Le critère du contrat de travail », *Mélanges Camerlynck*, 1977, p. 49) tantôt sa pertinence au regard de certains salariés (*G. Lyon-Caen*, « Quand cesse-t-on d'être salarié ? », *D.* 1977, *chron. p.* 109), les cadres notamment.

Mais c'est au cours des années quatre-vingt-dix que le discours sur la subordination juridique prend un relief nouveau. La loi du 11 février 1994 (*loi n° 94-126 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle*, *C. trav.*, art. L. 8221-6), les arrêts « Société Générale » (*Cass. soc.*, 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Bull. civ. V*, n° 386, p. 275 ; « *Les grands arrêts du droit du travail* » 4<sup>e</sup> Éd., n° 2 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1067, *obs. J.-J. Dupeyroux* ; *JCP Éd. E*, 1997, II, p. 911, *note Barthélémy* ; *RJS* 12-96, n° 1320), puis « Labanne » (*Cass.*, *soc.*, 19 déc. 2000, *Bull. civ. V*, n° 437 ; *Dr. soc.* 2001,

p. 227, *note A. Jeammaud* « L'avenir sauvegardé de la qualification contrat de travail » ; *Les grands arrêts du droit du travail*, n° 3), mettent de nouveau en question le contenu de ce critère souvent déterminant du contrat de travail. C'est à cette même période que, dans un autre registre, la pertinence du recours au critère de la subordination juridique se voit discutée. La subordination comme critère opératoire dans la qualification des relations de travail salariées est ainsi mise en cause.

La présente étude vise à rendre compte des différents aspects et enjeux de ce discours, récurrent depuis plus d'une dizaine d'années, mais dont on verra qu'il est loin d'être univoque. Les premiers écrits mettant en question la pertinence du critère de la subordination juridique datent du début des années quatre-vingt-dix. Le questionnement intervient sous deux angles. Le développement des technologies de l'information et de la communication et ses incidences sur les modes d'organisation du travail est ainsi très tôt perçu comme étant de nature à affecter la mise en évidence d'un lien de subordination (*v. J.-E. Ray*, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination » *Dr. soc.* 1992, p. 525, « De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Dr. soc.* 1995, p. 634. « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut de télétravailleur », *Dr. soc.* 1996, p. 121). Par ailleurs, le constat d'un état de « parasubordination » de certains professionnels, qui pose la question de la frontière entre travail salarié et indépendant, est mis en exergue dans la même période (*v. not. J. Barthélémy*, « Le professionnel parasubordonné », *JCP* 1996 Éd. G, *chron. p.* 606). Ensuite et plus largement, ce sont les enjeux liés aux nouvelles formes d'organisation de l'activité productive qui ont été analysés, dans des travaux isolés (*v. M.-Th. Aubert-Montpeyssen*, « Les frontières du ●●●

●●● *salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail* », Dr. soc. 1997, p. 616), mais également dans le cadre d'études de grande ampleur réalisées dans un premier temps sous la direction de Monsieur Alain Supiot : « *Le travail en perspectives* » et « *Au-delà de l'emploi* », publiés respectivement en 1998 et 1999<sup>1</sup>. Plus récemment, la question a fait l'objet de deux ouvrages collectifs « *La subordination dans le travail* » (dir. J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet, La Doc. Française, 2003), et dans une approche pluridisciplinaire cette fois, « *Les nouvelles frontières du travail subordonné* » (Approche pluridisciplinaire, sous la direction de H. Petit et N. Thévenot, Éd. La découverte, 2006).

Dans ces différents ouvrages, ou articles, le recours à la notion de subordination juridique comme instrument d'identification des relations de travail salarié est mis en question, sans pour autant que sa pertinence soit nécessairement mise en cause. L'objet de la présente contribution vise à présenter les divers aspects et enjeux de ce discours, avant de voir quelles sont, ou quelles ont pu être, les différentes propositions avancées afin de dépasser les difficultés mises en exergue.

## 1 UN CRITÈRE MIS EN QUESTION

Rendre compte des discours mettant en cause la pertinence de la subordination juridique comme instrument d'identification des relations de travail salariées est une entreprise délicate. Les auteurs n'envisagent pas tous la question sous le même angle. Les positions des uns et des autres sont plus ou moins nuancées, elles s'inscrivent dans des perspectives parfois très différentes. Dans certains cas, le propos vise uniquement à rendre compte, ou à mettre en lumière les évolutions dans les conditions d'exécution des prestations de travail (v. les écrits précit. de J.-E. Ray, ou encore J. Barthélémy, « *Civilisation du savoir et nouveau droit social* », Les cahiers du DRH, n° 142, avril 2008, p. 33). Il est parfois construit dans la perspective de proposer de nouvelles règles permettant d'appréhender les relations de l'individu au travail (not., pour ne citer que les études les plus abouties : « *Au-delà de l'emploi* », précit., « *La subordination*

*dans le travail* », précit. ; v. également les écrits relatifs au concept de « *parasubordination* », infra). La question est enfin abordée par d'autres sous l'angle des fondements même des rapports de pouvoir dans l'entreprise (not. B. Boubli, « *Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI<sup>e</sup> siècle* », JSL, 1999, chron. n° 35).

À la lecture de l'ensemble des écrits se rapportant à cette discussion, deux types de critiques, formulées de manière plus ou moins tranchée, apparaissent. La mise en évidence d'un lien juridique de subordination suppose d'identifier le détenteur d'un pouvoir de direction de l'activité de l'autre<sup>2</sup>. La pertinence de cette quête est tout d'abord discutée au regard de l'évolution des conditions réelles de l'exécution du travail dans l'entreprise. Le concept de subordination juridique ne serait ainsi plus adapté, ou serait devenu mal adapté, moins pertinent, au vu des formes actuelles d'exercice du travail. Il serait aujourd'hui trop éloigné des réalités du travail salarié.

Le recours à la subordination juridique comme critère essentiel du contrat de travail est également discuté sous un autre angle. La mise en œuvre de ce critère, souvent déterminant lorsqu'il s'agit de distinguer activité salariée et non salariée, aboutit à tracer une frontière entre travail salarié et travail indépendant. Or, la pertinence de la frontière ainsi tracée est également discutée en ce qu'elle conduit à exclure certains travailleurs d'une forme de protection qui serait pourtant justifiée vu leur situation de dépendance à l'égard de leur cocontractant.

### ► Un critère dépassé

Dans le discours, le recours à la subordination juridique pour qualifier le contrat de travail est mis en question au regard de l'évolution des formes d'organisation du travail dans l'entreprise. Le postulat de départ est généralement le même : la distinction entre travail salarié et travail indépendant est issue du développement du capitalisme industriel. Ainsi, la subordination juridique est un concept conçu au début du XX<sup>e</sup> siècle sur la base d'un mode fordiste d'organisation du travail. Ce modèle supposait l'exécution d'une prestation de travail segmentée, visant à produire des biens

1. « *Le travail en perspectives* », dir.

A. Supiot, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1998 ; « *Au-delà de l'emploi*.

Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe », rap. pour la commission européenne (dir. A. Supiot), Flammarion, 1999 ; « *Le travail* ». À propos de ces travaux :

A. Jeammaud, « *Programme pour qu'un devenir soit un avenir* », Dr. soc. 1999, n° 5, p. 447 ;

C. Didry, « *Regards sur l'Europe, une lecture de l'ouvrage dirigé par A. Supiot* », Droit et société, 41-1999, p. 63.

2. Ceci d'autant plus que l'intégration dans un service organisé n'est plus un élément suffisant pour établir ce lien de subordination, mais seulement un indice parmi d'autres : Cass. soc., 13 nov. 1996, Société Générale, précit.

standardisés destinés à une consommation de masse, sous le regard et le contrôle du supérieur, dans un cadre uniformisant et strictement hiérarchisé ne laissant pas de place à l'initiative individuelle, et encore moins à la prise en compte de la situation individuelle de chacun. D'évidence, l'organisation de l'activité productive dans l'entreprise a évolué depuis<sup>3</sup>.

L'évolution serait de nature à « affecter » (J.-E. Ray, « *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination* », *Dr. soc.* 1992, p. 525) « affadir » ou encore « diluer » (A. Supiot, « *Les nouveaux visages de la subordination* », *Dr. soc.* 2000, p. 131) le lien de subordination juridique. La subordination relèverait d'une conception « dépassée » (v. *Th. Aubert-Monpeyssen, précit.*) du salariat. Elle contribuerait ainsi à rendre parfois malaisée l'identification des salariés, ne permettrait pas de les distinguer clairement des travailleurs indépendants, dont l'activité s'exerce parfois dans des conditions proches, et serait ainsi source d'insécurité juridique. De là de multiples interrogations. Celles-ci s'opèrent tantôt eu égard à l'évolution des conditions matérielles d'exécution du travail (v. *Th. Aubert-Monpeyssen, précit.*), tantôt eu égard à l'évolution de la teneur des règles encadrant l'exercice du pouvoir par l'employeur (v. *B. Boubli, précit.*). Dans tous les cas, c'est le constat d'un pouvoir en apparence moins prégnant sur le salarié qui justifie le propos.

### Le cadre renouvelé des prestations de travail

L'évolution des politiques managériales donne à voir une représentation renouvelée de l'exécution de la prestation de travail. À la prise en compte des qualifications professionnelles a été substituée une gestion des carrières basée sur les compétences de chaque salarié. L'accent est porté sur la capacité d'initiative individuelle du salarié, qui dispose de plus de latitude dans l'exécution de son travail, l'objet du contrôle ne portant plus sur la manière de réaliser le travail, mais sur le résultat attendu (« *Au-delà de l'emploi* », ouvrage précit. p. 36-37), dans un contexte où les exigences de qualité des produits réalisés sont très fortes (A. Supiot, « *La subordination dans le travail* », précit. préface p. 8). Dans ce modèle, « *il ne s'agit plus de se conformer à des ordres, mais de répondre continûment et par-*

*faitement à des attentes* ». Ces évolutions paraissent parfois antinomiques avec la conception traditionnelle de la subordination juridique, qui peut même sembler pour certains désresponsabilisante, dans un environnement où l'initiative et la créativité des salariés sont des qualités de plus en plus requises (v. *Th. Aubert-Monpeyssen et J.-E. Ray, précit.*). De manière plus nuancée, il est également relevé que ces évolutions tendent à rapprocher travail indépendant et travail salarié, chacun empruntant des caractères traditionnellement dévolus à l'autre (A. Supiot, « *Les nouveaux visages de la subordination* », précit.)<sup>4</sup>. Ainsi, à les regarder travailler, on ne perçoit pas toujours la différence entre un travailleur indépendant et un travailleur salarié.

L'apparition et le développement des nouvelles technologies de l'information et la communication interrogent également quant à la nécessité d'une évolution de ce critère du contrat de travail (v. *J.-E. Ray précit., v. également « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », Dr. soc. 1992, p. 525*). Ces technologies confèrent davantage d'autonomie au salarié, « effacent les niveaux hiérarchiques de l'entreprise d'antan », brouillent les limites spatiales et temporelles de l'exécution du travail.

Sur ces deux aspects, le discours est toutefois ambivalent. Les différents éléments qui tentent à donner plus de liberté au salarié dans le cadre de l'exécution de sa prestation de travail, qui donnent au salarié les traits d'un travailleur indépendant sont également de nature à renforcer la subordination, laquelle se manifeste désormais sous d'autres formes (ces évolutions mettent d'ailleurs en jeu des questions variées, v. not. « *Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication* », *Dr. soc.*, janvier 2002, numéro spécial). À la surveillance physique et présente exercée par le supérieur hiérarchique dans l'usine fordiste succède une possible surveillance électronique tout autant voire davantage efficace. La contrainte dans l'exécution de la prestation de travail prend d'autres figures (v. *J.-E. Ray précit.*; également « *De la subordination à la sub/organisation* », *Dr. soc.* 2002, p. 5). D'ailleurs, certains ont très tôt observé que ces évolutions n'étaient pas de nature à priver de pertinence la ●●●

3. L'évolution n'est pas récente, le modèle fordiste pourrait dès lors ne pas être le seul modèle de l'emploi salarié : R. Castel, « *Droit du travail : redéploiement ou refondation ?* », *Dr. soc.* 1999, p. 438.

4. Des auteurs ont dressé une forme de typologie des différentes situations de travail, basée sur deux critères : l'organisation du travail et les modalités de prise en charge du risque de l'activité : Y. Dupty et F. Larré, « *Entre salariat et travail indépendant : les formes hybrides de mobilisation du travail* », *Travail et Emploi* n° 77, p. 1.

●●● recherche d'un état de subordination du salarié (v. Ch. Radé, « *Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination* », *Dr. soc.* 2002, p. 27). On observe également que la question de la préservation des libertés des salariés dans ce contexte suit souvent la mise en évidence d'une subordination pourtant moins visible dans les faits.

Dans le même ordre d'idée, les méthodes modernes de management, sont assorties de mécanismes d'évaluation, d'entretiens individuels basés sur des objectifs qui sont autant de contraintes supplémentaires, parfois très lourdes, pesant sur le salarié<sup>5</sup>. La pression se révèle par ailleurs d'autant plus forte que le contexte économique est défavorable aux salariés (il en résulte un accroissement du poids de la subordination, qui pèse principalement sur les plus précaires et les moins qualifiés : « *Au-delà de l'emploi* », *précit.*, p. 36-38).

Les nouveaux modes d'organisation des activités productives, leur structuration en réseaux, les diverses formes d'externalisation de l'emploi concourent également à mettre en question la subordination<sup>6</sup>. Non seulement, elles rendent plus difficile l'identification du détenteur réel du pouvoir patronal, mais de plus, la décentralisation du pouvoir qui en résulte affaiblit son poids hiérarchique. Elle donne toutefois lieu à l'émergence de nouvelles formes de manifestation du pouvoir dans les faits et accentue la pression informelle sur les travailleurs (« *Au-delà de l'emploi* », *précit.*, p. 38. ; A. Lyon-Caen, *Droit du travail*, « *Subordination et décentralisation productive* », dans « *Les nouvelles frontières du travail subordonné* », *précit.*, p. 87).

La mise en cause de la subordination comme instrument d'identification des relations de travail salariées n'est donc pas absolue. Elle est liée au constat d'une moindre visibilité des éléments permettant traditionnellement de l'établir, d'où la mise en avant de nouveaux indices permettant de caractériser cette subordination, par exemple le fait d'exécuter un travail qui profite à autrui, de ne pas supporter les risques de l'exploitation<sup>7</sup>, voire d'être placé en situation de dépendance économique<sup>8</sup>. Or, même si la subordination envisagée de manière empirique est moins visible, elle n'en reste pas moins présente dans le rapport juridique de travail. Même si l'exécution de la prestation

de travail se réalise dans des conditions *a priori* très libres, même si le pouvoir ne se manifeste pas de manière continue, il peut être identifié. L'état de subordination du salarié tient au fait que si l'employeur donne un ordre, il doit s'y soumettre. L'un a le droit de commander et l'autre le devoir de se soumettre aux ordres. C'est d'ailleurs pour cette raison que dès 1932, le doyen Ripert affirmait que ce critère était le seul admissible, par opposition à la dépendance économique, car lui seul correspond à un droit ou une obligation juridique<sup>9</sup>. L'un est soumis au pouvoir que le droit reconnaît à l'autre et il en résulte une situation de fait de subordination, un « *état de subordination* », selon les termes de l'arrêt Labanne<sup>10</sup>. La subordination constitue dès lors un outil permettant d'identifier l'employeur, y compris dans les structures complexes ou en réseau.

Mais dans le discours de ces dernières années, la pertinence du recours à la subordination comme critère essentiel du contrat de travail est également mise en question au regard de l'évolution de la teneur des règles de droit du travail, qui confèrent aux salariés des espaces de liberté plus importants que naguère.

## Des espaces de liberté plus importants

Divers mécanismes permettent en effet au salarié d'échapper à l'organisation du travail telle qu'elle est décidée par l'employeur, de « *s'affranchir momentanément du lien de subordination* » (*aménagements d'horaires, congés divers, droit de retrait* : A. Supiot., « *Les nouveaux visages de la subordination* », *précit.*, spéc. p. 136). La possibilité qu'ont les salariés de profiter ainsi de temps soustraits au pouvoir (v. J.-F. Paulin, « *Les temps soustraits au pouvoir* », *Semaine sociale Lamy, suppl. n° 1340*, p. 55), cette forme d'émancipation par rapport au pouvoir, les rapprocherait de la situation des travailleurs indépendants. On sait toutefois que la portée de ces mécanismes doit être relativisée (v. C. Mathieu, « *L'individu confronté à l'organisation collective du travail* », in « *Le singulier en droit du travail* », dir. J.-M. Béraud et A. Jeammaud, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2006, p. 51). Rares sont les hypothèses dans lesquelles le salarié peut exiger de s'affranchir de l'autorité de l'employeur, sans que ce dernier

5. B. Grassi, « *L'autonomie du salarié* », *La subordination dans le travail*, dir. J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet, La Doc. Française, 2003, p. 191 et s., spéc. p. 202.

6. *L'observation a été très tôt faite* : J. de Maillard, « *Scolie sur le rapport de subordination* », *Dr. soc.* 1982, p. 20. Elle est toujours d'actualité.

7. Not. E. Peskine, « *Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie* », *RDT* 2008, p. 371.

8. O. Leclerc et T. Pasquier, « *La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé* », 1<sup>re</sup> Partie : la tentation de la dépendance économique », *RDT* 2010, p. 83, spéc. p. 85 et s.

9. Pour G. Ripert, à la différence de la dépendance économique, la subordination juridique correspond à un droit ou une obligation juridique : Planiol et Ripert, *Droit civil français, tome XI Contrats civils* (1932), II, p. 1 s.

10. Le lien juridique de subordination est d'une part la condition de la reconnaissance d'un contrat de travail et également, le premier effet de ce contrat, les deux aspects ne devant pas être confondus : A. Jeammaud, « *Programme pour qu'un devenir soit un avenir* », *Dr. soc.* 1999, p. 447, spéc. note 7.

puisse y opposer un refus, notamment justifié par la bonne organisation de l'entreprise <sup>11</sup>.

Au-delà encore, certains ont souligné que l'évolution du droit du travail a été de nature à conférer aux salariés un droit de s'opposer aux décisions patronales, principalement en faisant valoir leurs contrats de travail. Dans ces conditions, il y aurait un paradoxe à considérer la subordination juridique comme un critère du contrat de travail. Mais dès lors, la discussion ne porte plus sur la question des périmètres du droit du travail, mais sur celle des fondements du pouvoir patronal (v. B. Boubli, « le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI<sup>e</sup> siècle », *Jurisprudence sociale Lamy*, 1999, *chron. n° 35*).

On le voit, ces différentes critiques ne sont pas de nature à priver de toute pertinence le recours à la subordination juridique comme critère souvent essentiel du contrat de travail, de l'avis même de ceux qui les émettent. L'effet induit par la mise en œuvre du critère de la subordination juridique, à savoir l'état de la frontière tracée entre travail dépendant et indépendant, constitue une autre forme de critique, dont le dépassement est cette fois plus délicat.

### ► Une frontière inadaptée

La question de la pertinence de la frontière dessinée par la mise en œuvre du critère de la subordination juridique se pose depuis longtemps. On sait que l'exigence d'une activité s'exerçant dans un cadre subordonné n'a pas empêché de reconnaître la qualité de salarié dans des situations où l'exercice du travail requiert par nature une grande indépendance (médecins, avocats, journalistes, par exemple).

Le législateur est également intervenu à plusieurs reprises, dans des sens contradictoires, tantôt pour accorder le bénéfice de certaines dispositions du Code du travail sans que la preuve de l'existence d'un contrat de travail et donc la preuve de l'existence d'un lien de subordination juridique, soit requise <sup>12</sup>, tantôt au contraire pour confirmer l'exclusion de toute assimilation au salariat (ou encore pour poser une présomption de non-salariat, comme l'opèrent les articles C. trav., L. 8221-6 et L. 8221-6-1).

Ainsi, alors que les gérants de succursale, les franchisés pour ne citer qu'eux <sup>13</sup> se sont vus reconnaître des droits tirés de l'application du Code du travail, d'autres travailleurs en situation de dépendance ont vu leur situation envisagée de toute autre manière. Il en va ainsi des agriculteurs intégrés dont l'activité de production est totalement dirigée, par le contrat d'intégration conclu avec les firmes agroalimentaires <sup>14</sup>. Leur situation ne cesse de susciter débats et discussions depuis plus de trente ans, tant leur activité est conditionnée et dictée par des cahiers des charges précis. En 1964, le législateur a exclu toute assimilation au salariat, a réaffirmé leur indépendance, tout en leur accordant une forme de protection, les contrats d'intégration, étant depuis assortis d'une obligation d'information à peine de nullité (*loi 6 juill. 1964, codifiée aux art. L. 236 et s. du Code rural*). La protection est minime, très éloignée de ce qui aurait résulté de l'application, même partielle, du droit du travail. Elle garantit seulement que l'agriculteur a bien été informé de l'étendue de son engagement, mais ne tire aucune conséquence de l'état de subordination induit par cette situation de fait. De plus, la loi limite par là tout contentieux tendant à la requalification du contrat d'intégration en contrat de travail. Tel semble également être l'objet des dispositions relatives au statut du gérant-mandataire ou encore du collaborateur libéral, issues de la loi du 2 août 2005 (*loi n° 2005-882, 2 août 2005*), et renforcées par la loi du 23 juillet 2010 (*loi n° 2010-853, 23 juill. 2010, C. com., art. L. 146-1 al. 2*) <sup>15</sup>. Le gérant-mandataire doit être informé des conditions d'exercice de sa mission pour s'engager en connaissance de cause et perçoit en cas de rupture du mandat, possible à tout moment, une indemnité, sauf en cas de faute grave (*C. com., art. L. 146-1 et s.*). Le contentieux lié à la qualification de ces contrats perdurant, le législateur a précisé que les clauses prévoyant les normes de gestion ou d'exploitation ou encore de contrôle de l'activité du gérant sont des clauses commerciales qui ne sauraient modifier la nature du contrat. Il est peu probable toutefois que cette présomption simple aboutisse à tarir le contentieux en ce domaine.

11. Mis à part le droit de retrait ou encore les clauses de conscience, seuls les droits fondamentaux peuvent être efficacement mobilisés par le salarié pour imposer une prise en compte de sa situation particulière.

12. Des gérants de succursale par ex. (ce qui englobe les franchisés, les gérants libres de stations services) : art. L. 7321-1 et s. ; A. Jeammaud, « L'assimilation de franchisés aux salariés », *Dr. soc.* 2002, p. 158.

La technique est la même concernant le statut de conjoint salarié : *Cass. soc.*, 13 déc. 2007, n° 06-45.243, RDT 2008, p. 100, obs. B. Lardy-Pélessier. V. aussi, E. Peskine, art. précit., spéc. p. 373.

13. V. le cas des conjoints de chef d'entreprise. V. F. Favennec-Héry, « Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans la subordination », *Dr. soc.* 2002, p. 403, l'auteur s'interrogeant en conclusion sur la cohérence d'ensemble d'une législation qui décide de l'application du droit du travail à certains sans exiger qu'ils soient juridiquement subordonnés, tout en privant des salariés (cadres dirigeants) du bénéfice de nombre de ses dispositions.

14. Peu d'agriculteurs ne sont pas sous contrat : L. Lorvellec, « L'agriculteur sous contrat », in « Le travail en perspectives », dir. A. Supiot, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1998, p. 179 : l'intégration n'est pas la seule forme de contrat de nature à lier l'agriculteur, confère notamment la place de la politique agricole commune, ou les liens entre agriculteurs et coopératives. H. Gilbert, « Contrat et production : l'agriculteur intégré ou un exemple de la dépendance dans l'indépendance », in « La subordination dans le travail », dir. J.-P. Chaubard et A.-C. Hardy-Dubernet, *La Doc. F.*, 2003, p. 227.

15. Cette loi visait à mettre un terme au contentieux tendant à la requalification des contrats de gérance-mandat en contrat de travail, v. E. Peskine, art. précit. ; ○○○

●●● Ainsi, ces dispositions ponctuelles n'écartent pas toutes les difficultés. Il demeure en outre des situations de dépendance forte, dénuées de toute forme de protection au titre de l'application du droit du travail ou d'un autre dispositif d'ailleurs. Ainsi, la loi du 6 juillet 1964, ne s'applique pas à toutes les formes de relations contractuelles dans le monde agricole. Elle ne vise que les contrats passés entre un producteur agricole ou un groupe de producteurs et une entreprise industrielle ou commerciale. Or, la situation de dépendance d'un producteur agricole peut résulter de son adhésion à une coopérative ou d'un contrat passé avec un autre agriculteur (en pratique, les coopératives définissent souvent des chartes de production précises qui peuvent si elles ne sont pas respectées par le producteur, l'exclure de l'accès au marché). La coopération ne pouvant être assimilée à l'intégration, seuls les contrats passés entre la coopérative et un non-adhérent relèvent de la loi de 1964, excluant de fait toutes les autres situations. Par ailleurs, les conventions entre agriculteurs<sup>16</sup> ne sont envisagées à aucun moment, la pratique semblant plus récente. Ces nouvelles formes d'organisation de la production agricole, le poids des certifications et des exigences de qualité, sont de nature à induire une situation de dépendance forte parmi les exploitants, qui répugnent cependant à se considérer comme subordonnés. Les enjeux liés à la forme de la protection à accorder dans ce contexte sont ainsi particulièrement complexes ; ils dépassent le cadre de l'application du droit du travail (de nombreux dispositifs sont ainsi conçus pour bénéficier aux exploitants agricoles).

Tout aussi délicate est la question des relations entre donneurs d'ordres et sous-traitants, filiales. La question de la dépendance résultant des diverses formes de contrats d'entreprise organisant la décentralisation productive paraît d'ailleurs la plus préoccupante. Le contentieux en la matière n'est pas rare. Si les conditions d'une subordination caractérisée en droit sont réunies et si le sous-traitant est une personne physique qui réalise personnellement le travail, qui plus est pour un client unique, la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail peut intervenir, au prix, regrettent certains, d'un manque de sécurité

juridique. Les exemples sont légion dans le domaine du transport<sup>17</sup>. Mais encore faut-il que la dépendance ne soit pas à ce point forte que la demande de requalification peine à être formulée devant les juges. De plus, pareille requalification n'est plus possible lorsque le sous-traitant est lui-même un industriel employeur alors que la dépendance économique entre entreprises industrielles ou commerciales est une réalité, en témoignent les relations des petites et moyennes entreprises en contrat avec la grande distribution ou des sous-traitants dans certains secteurs industriels. Ici se loge sans doute la pierre d'achoppement la plus délicate à franchir. Aussi, ces constats, les analyses qu'ils suscitent ont conduit certains auteurs à proposer des solutions complémentaires ou alternatives au critère de la subordination juridique.

## 2 LES PISTES ENVISAGÉES

Les transformations, non contestées, affectant le travail et l'organisation des entreprises, tiennent une place importante dans la justification de la mise en cause du critère de subordination. Toutefois, on peut observer que le sens et la portée de ces mutations ne sont pas unanimement partagés. Par exemple, Robert Castel, à propos du rapport intitulé « *Au-delà de l'emploi* » dirigé par M. Alain Supiot en 1998, souligne que, si le diagnostic sur la crise actuelle du salariat, entendu comme une crise du « *modèle fordiste* » au sens strict, est tout à fait exact, il faut, pour autant, se garder de proclamer la fin du salariat<sup>18</sup>. Cette observation, essentielle, ne doit pas être perdue de vue lorsque les pistes envisagées travaillent le contenu de catégories juridiques dont les critères conditionnent le champ d'application du droit du travail. Dès lors, si l'apport d'autres sciences prenant pour objet le travail est indispensable à toute réflexion juridique pour l'éclairer, la question se pose de savoir s'il suffit de s'appuyer sur ces connaissances, comme le justifient certains<sup>19</sup>, pour repenser l'articulation entre travail salarié et travail indépendant, ou bien, au contraire, si les propositions doivent s'inscrire dans une dynamique juridique propre détachée des évolutions

○○○ B. Saintourens, « Le nouveau statut du gérant-mandataire d'un fonds de commerce ou d'un fond artisanal », RDT Com 2005, p. 704 ; G. Auzero, « Les dispositions à caractère social de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », Bull. Joly Sociétés, 2005, n° 10, p. 1083.

16. Pratique que l'on constate fréquemment dans le domaine de l'élevage.

17. Divers types de contrats encadrent les transports routiers de marchandises dans des conditions qui posent question : voir S. Carré, « Les "artisans-chauffeurs" : l'alégerie dans l'indépendance », dans « La subordination dans le travail », précit., p. 263.

18. R. Castel, *Droit du travail : redéploiement ou refondation ?* Dr. soc. 1999, 438, spéc. § 3. V. aussi, du même auteur, *La fin du salariat n'est pas pour demain, Alternatives Économiques*, n° 186, novembre 2000 ; add. *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ? La République des idées, Seuil*, 2003, spéc. p. 79 s. *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Rapport pour la Commission européenne sous la direction de A. Supiot, Flammarion*, 1999.

19. Entre autres, J.-E. Ray, « De *Germinal* à *Internet*, une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », précit. ; *Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination ?*, précit. ; « De la subordination à la sub/organisation », précit.

économiques et/ou sociales<sup>20</sup>? En d'autres termes, la mise en question de la subordination et les propositions alternatives ne devraient-elles pas être recherchées, avant tout, par rapport à des fins cohérentes au système qu'elles se proposent de modifier? Or de ce point de vue, on peut regretter que les objectifs ne soient pas toujours explicitement posés même si, bien sûr, on peut les deviner. En tout cas, pour la question posée, toutes les actions envisagées sur la règle affectent par leur onde de choc l'ensemble du système. On constatera, que ces propositions tendent moins à substituer un autre critère à celui de la subordination juridique qu'à forger soit une nouvelle catégorie à la frontière du travail subordonné soit à promouvoir un nouvel état de la personne au travail.

### ► De nouveaux périmètres

Une frontière est une limite déterminant l'étendue d'un domaine; elle marque une séparation entre deux choses différentes; elle nécessite de poser un critère (*G. Lyon-Caen*, « *Le travail non salarié* », *Sirey*, 1990). Prenant pour objet la question de la délimitation du champ d'application du droit du travail, trois alternatives peuvent être envisagées : le statu quo, l'élargissement ou, au contraire, le rétrécissement quant à l'appréciation du critère de la subordination. Aucun auteur ne semblant considérer opportun de s'en tenir à l'état actuel de la dichotomie opposant travail subordonné et travail indépendant, l'alternative se résout donc à des orientations opposées (*v. spéc.*, « *Au-delà de l'emploi* », *précit.*; *v. également A. Supiot*, « *Les nouveaux visages de la subordination* », *Dr. soc.* 2000, p. 131).

Il s'agirait, en premier lieu, de retenir, sinon revenir, à une conception essentialiste (pure) de la subordination caractérisant la situation du travailleur soumis à l'autorité de l'employeur auquel il doit rendre compte dans une organisation hiérarchisée. La subordination se limiterait à la direction et au contrôle effectif du travail; elle ne pourrait être appréhendée, dans cette configuration, que par l'observation des effets qu'elle engendre (*v. B. Teyssié*, « *Sur le nouvel article L. 120-3 du Code du travail* », *Dr. soc.* 1994,

p. 667). Assurant plus de sécurité juridique, cette proposition permettrait d'ouvrir un espace plus large au travail indépendant.

Si cette opinion fut un temps défendue, elle est aujourd'hui moins présente dans la littérature sans doute tant en raison de l'évolution législative initiée par la loi du 11 février 1994 dite loi Madelin (*loi n° 94-126, 11 févr. 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle*), créant une présomption de non-salariat, que de l'arrêt Société Générale qui consacra une compréhension plus exigeante de la subordination (*Cass. soc.*, 13 nov. 1996, *Société Générale, précit.* Pour l'analyse de la jurisprudence antérieure et son évolution, *A. Arseguel et P. Isoux*, « *Des limites à la dérive de la notion de service organisé* », *Dr. soc.* 1992, p. 295).

C'est peut-être aussi le signe de la réception en droit positif de cette orientation comme en attestent plusieurs textes se situant dans le prolongement de la loi précitée.

On relèvera ainsi :

– l'article 11 de la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique qui a réintroduit dans le Code du travail l'ancien article L. 120-3 abrogé et devenu l'article L. 8221-6 du Code du travail (*v. M. Véricel*, « *Le rétablissement de la présomption de non-salariat* », *Dr. soc.* 2004, p. 297);

– parmi les dispositions de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, l'article 18 étend le contrat de collaboration libérale et l'article 19 de cette loi permet désormais la conclusion d'un contrat de gérance non salarié, à certaines conditions, dès lors que ce professionnel, appelé « *gérant-mandataire* » exerce la même profession que la mandant lequel fixe une mission, en laissant toute latitude au mandataire, dans le cadre tracé, de déterminer les conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité (*C. com.*, L. 146-1 et s.);

– la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a étendu la présomption de non-salariat posée par l'article L. 8221-6 aux personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale bénéficiant d'une dispense ●●●

<sup>20</sup> G. Lyon-Caen, « *Le droit du travail, une technique réversible* », *Dalloz, Connaissance du droit* 1995. D'autant plus, que ces sciences au premier rang desquelles la sociologie du travail en appellent au droit, à ses objectivations, pour aider au décryptage de l'évolution des faits sociaux! V. M. Lallement, « *Le travail* », *Folio Essai*, 2007, p. 51 s.; V. également, P. Lockiec, « *L'adaptation du travail à l'homme* », *Dr. soc.* 2009, p. 755.

21. L'article L. 722-23 du Code rural précise que « toute personne occupée moyennant rémunération, dans les exploitations ou entreprises de travaux forestiers définis à l'article L. 722-3 est présumée bénéficiaire d'un contrat de travail. Cette présomption est levée si l'intéressé satisfait à des conditions de capacité ou d'expérience professionnelle ou d'autonomie de fonctionnement qui seront fixées par décret ». V. aussi, Circ. DEPSE/SDPS du 9 mai 1998.

22. Pour G. Lyon-Caen, au plan de l'analyse, l'intégration à un service organisé est un critère plus précis que celui de la subordination juridique.

23. L'entreprise entendue ici comme un ensemble de moyens matériels procurés par des capitaux et de moyens humains. V. A. Perulli, « Travail économiquement dépendant/parasubordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques » Rapport à la Commission européenne (2002).

24. On observera d'abord que les auteurs maniant le concept de para subordination ne poursuivent pas nécessairement le même objectif. Enfin, chacun en utilisant un vocabulaire identique donne un sens parfois nuancé voire différent aux notions.

25. Certains diront autonomes. On peut cependant préférer ici l'emploi du mot indépendant qui renvoie à l'idée de liberté. Un salarié peut être autonome dans l'organisation de son emploi du temps (C. trav. L. 3121-42), il n'est pas libre puisque dans un lien de subordination. V. J. Barthélémy, *Cahier du DRH*, art. précit.

26. J.-P. Chauchard, « Du travail salarié au travail indépendant, permanences et mutations », Caccuci Editeur, 2003.

27. Paul Cuche, « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », *Rev. Crit.* 1913, p. 412 ; « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », *D.* 1934, *Chron.* 37.

●●● d'immatriculation et ajoute un article L. 8221-6-1 présumant travailleur indépendant « celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les délimitant avec son donneur d'ordre » ;

– enfin, le décret n° 2009-99 du 28 janvier 2009 pris pour l'application de l'article L. 371-4 du Code forestier et modifiant le Code rural, précise les conditions de la levée de présomption de salariat des personnes occupées dans les exploitations ou entreprises de travaux forestiers, alors que ces personnes étaient jusqu'à présent réputées salariées<sup>21</sup>.

Dans ce contexte, en second lieu, les propositions en faveur d'une extension du champ d'application du droit du travail apparaissent, pour l'heure, en retrait et certainement en marge dans les discours. Leur point commun consiste à substituer au critère de la subordination juridique un autre critère. Il s'agirait soit du critère de l'intégration à l'entreprise d'autrui (« Au-delà de l'emploi », rapport précit.) soit celui du service organisé (v. G. Lyon-Caen, « Où mènent les mauvais chemins », *Dr. soc.* 1995. 647)<sup>22</sup> qui, du rang de simples indices, deviendraient critère principal de la relation de travail, peu important alors les formes du contrôle ou de coordination du travail. Dans la même perspective, la substitution, d'une manière générale, du critère de la dépendance économique à celui du lien juridique de subordination est, de nouveau, avancée en tant que critère pertinent de détermination de la catégorie des travailleurs relevant du droit du travail (v. A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *Semaine sociale Lamy*, suppl. n° 1340, spéc. partie 1). Si cette proposition, accueillante à la fois pour les travailleurs salariés, y compris autonomes, et les travailleurs non-salariés mais économiquement dépendants devait être reçue, elle permettrait de vider les critiques qui, naguère, ne manquaient pas de pointer le flou du critère (P. Pic note sous C. civ., 1<sup>er</sup> août 1932, *D. H.*, 1, p. 145 ; *Planiol et Ripert*, « *Droit civil français* », tome XI *Contrats civils* (1932), II, p. 1 s).

Cependant, pour certains, le maintien de cette dichotomie est dépassé. Il ne s'agit plus alors de se situer sur la frontière, de discuter du critère de

la subordination, sinon de construire un droit du travail non salarié (v. G. Lyon-Caen, « *Le travail non salarié* », Sirey, 1990, spéc. partie 2), mais de mettre en place une catégorie intermédiaire entre le travailleur subordonné et le travailleur indépendant.

## ► Une nouvelle catégorie

Se fondant implicitement sur une compréhension plus étroite de l'état de subordination, les promoteurs de cette solution constatent que, passé la frontière du salariat, de nouvelles distinctions s'imposent tant la catégorie des travailleurs indépendants est hétérogène. Une nouvelle figure se dessinerait en creux entre le travailleur totalement indépendant et l'entrepreneur exploitant une entreprise<sup>23</sup>. Cette figure émergente, repérée sous les qualificatifs de parasubordonné (en particulier, J. Barthélémy, « *Parasubordination* », *Les cahiers du DRH*, n° 143, mai 2008, p. 31-42 ; *Cap France PME 2005-2010*, édité par la CGPME en 2005) ou « coordonné » (A. Perulli, précit.), s'attachant tout autant au travail qu'au travailleur (not., J. Barthélémy, « *Le professionnel parasubordonné* », *JCP Éd. G. Études et chroniques 1996-606*), requerrait la création d'une catégorie intermédiaire, compte tenu de son caractère spécifique, foncièrement original (v. E. Peskine, « *Entre subordination et indépendance : une troisième voie* », *RDT* juin 2008, p. 371).

Excluant les situations de fraude (cependant, F. Kessler, « *Du vrai non-salarié aux faux indépendants* », *Le Monde*, 10 oct. 2000), les propositions doctrinales se déclinent tout en subtilité et nuances révélant sans doute les difficultés de cette création<sup>24</sup>. À grands traits toutefois, on retiendra que ces auteurs considèrent que le travailleur parasubordonné ne met en pas œuvre une entreprise, n'est évidemment pas subordonné, mais indépendant dans l'organisation de son activité<sup>25</sup>, qu'il en assume les risques, tout en étant soumis à une autorité ou contrainte économique<sup>26</sup>. À la différence de la thèse qui fut soutenue par Cuche<sup>27</sup>, la dépendance économique n'est prise en compte, dans cette conception, qu'au titre de ses effets juridiques sur les rapports entre les intéressés et non pas

quant à la nature de l'opération juridique en cause<sup>28</sup>. En somme, la situation de parasubordination répondrait à deux critères. Le premier négatif relatif à la situation du travailleur assurément non placé dans un état de subordination juridique et, le second, positif révélant son état de dépendance économique. Cet état est le plus souvent entendu comme la menace sur l'autonomie de décision du travailleur et la survie de son activité (assujetti, selon certains, à un pouvoir de coordination de la prestation : *v. not., E. Peskine, précit.*) et est caractérisé par des indices tels que le travail personnel comme le revenu provenant en grande partie du partenaire contractuel. En définitive, ce travailleur n'organise que sa propre activité (*v. A. Perulli, précit.*), il en répond, sans être cependant un centre de décisions économiques autonomes (*v. G. Lyon-Caen, « Le droit du travail non salarié », Sirey, 1990*).

Pourtant, et unanimement, les auteurs s'accordent à souligner la diversité des situations concrètes dans lesquelles le travail économiquement dépendant est accompli<sup>29</sup>. Les concepts d'indépendance et de dépendance sont fuyants car les notions sont ouvertes<sup>30</sup>. Ce constat n'en conduit pas moins certains à proposer la création d'un contrat de travail indépendant, voire à doter cette figure émergente d'un régime juridique. Deux justifications sont le plus souvent avancées. Il s'agit, en premier lieu, de la sécurité juridique indispensable pour garantir le développement de ces activités indépendantes, pour assurer concrètement la liberté d'entreprendre<sup>31</sup> et préserver l'autonomie de la volonté contre tout risque de requalification abusive. L'indépendant, fut-il économiquement dépendant, ne doit pas devenir un subordonné contre son gré<sup>32</sup>. Toutefois, la loi des parties, qui a fait naître la situation de dépendance économique, ne doit pas laisser sans protection le travailleur. L'arsenal protecteur auquel il en est appelé, en second lieu, se concrétiserait par l'élaboration de règles substantielles gouvernant le contrat, révision et rupture notamment, par l'application de règles d'ordre public absolu, droit à la santé par exemple, ainsi qu'à l'application de droits et libertés fondamentaux individuels et collectifs comme le droit à la négociation collective.

Au final, si un tel régime de protection adapté à la nature de l'activité et aux conditions de réalisation de la prestation s'apparente à la mise en place d'un système de sécurité professionnelle, il n'en révèle pas moins la difficulté, sinon l'impossibilité à délimiter objectivement le contenu d'une catégorie juridique que le concept de parasubordination couvrirait posant alors non plus une mais des questions de frontières. Aussi, une dernière piste se propose de dépasser les oppositions fondées sur la nature du travail pour envisager de nouveaux états.

### ► De nouveaux états

Sous l'objectif partagé de la création d'un droit commun du travail régissant toute sorte d'activités professionnelles, il semble qu'une distinction puisse cependant être opérée parmi les propositions selon qu'elles prennent pour objet l'activité professionnelle de la personne ou la personne dans ses activités professionnelles.

Certains auteurs envisagent ainsi un droit de l'activité professionnelle<sup>33</sup> entendue ici comme un travail pour autrui accompli dans le but de subvenir à titre principal à son existence<sup>34</sup>. Les règles de ce droit auraient pour effet, dans une conception limitée, d'harmoniser les obligations pesant sur les entreprises qui font intervenir des travailleurs indépendamment de leur statut juridique. Il s'agirait ainsi de faire peser sur celui qui profite du travail une responsabilité, qualifiée de sociale, par la mise en œuvre, par exemple, d'une obligation générale de reclassement envers les personnes qui ont contribué à son enrichissement (*v. Th. Aubert-Monpeyssen, précit.*). Dans une version plus ample de cette proposition, le droit de l'activité professionnelle constituerait un système composé de deux parties. Une première formant un bloc commun de droit pour tous les travailleurs, substrat de droits et libertés fondamentaux sur lequel se superposeraient des « statuts contrastés » propre à chaque type de travail, subordonné, parasubordonné et indépendant (*v. J. Barthélémy, précit.*).

Dans une tout autre perspective, un auteur, plutôt que d'opposer les régimes juridiques attachés aux différentes situations de travail voire de non-travail, se propose de placer la personne au

28. Spéc. G. Virassamy, « Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », *LGDJ*, 1986.

V. J.-P. Chauchard, « La subordination dans le travail », *La documentation française*, 2003, p. 261.

29. J.-P. Chauchard et alii, « La subordination dans le travail », *La Doc. F*, 2003.

30. G. Lyon-Caen, « Le droit du travail non-salarié », *Sirey*, 1990.

31. A. Supiot, « Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe », *Dr. soc.* 1999, p. 431. Il est à cet égard topique de remarquer que pour la Cour de cassation, les démarches faites en vue de la création d'entreprise doivent être qualifiées de recherche active d'emploi (*Cass. soc.*, 18 mars 1997, n° 95-11.127, *Bull. civ. V*, n° 114, *TPS comm* 139, obs. P.-Y. Verkindt).

32. J.-P. Chauchard, *ouvrage précit.* ; B. Teysse, *art. précit.* ; *v. également les débats lors de vote de la loi du 11 févr. 1994 spéc. ; JO Sénat* 26 janv. 1994, p. 635. Cette idéalisation liée à la situation de l'indépendant mérite cependant d'être sérieusement nuancée. *V. not., M. Richevaux, « Du salariat à l'emploi indépendant : invitation au dynamisme économique ou apologie de l'auto-emploi ? » Innovations, De Boeck Université*, 2002/1, n° 15, p. 185-201. On observera par ailleurs que des 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 ils seront le salarié...

33. Th. Aubert-Monpeyssen, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 616 ; J. Barthélémy, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Les Cahiers du DRH*, n° 144 juin 2008. ○○○

●●● centre du système d'ordonnement des droits afin d'établir des passerelles pour rendre possible une mobilité entre différents états et garantir ainsi un continuum des droits attachés à l'activité pris dans une acceptation assez large<sup>35</sup>.

Ces droits, au nombre de quatre, sont les suivants :

1° les droits sociaux « universels » garantis à tous, indépendamment du travail tels que les prestations familiales, l'assurance-maladie et la formation professionnelle.

2° les droits fondés sur le travail non professionnel, c'est-à-dire des droits sociaux nés de l'exercice d'une activité socialement utile.

3° le droit commun de l'activité professionnelle assis sur des droits collectifs, la liberté syndicale, et des principes fondamentaux comme l'égalité entre hommes et femmes, les règles hygiène et sécurité.

4° les droits propres au travail salarié, c'est-à-dire liés à la subordination, eux-mêmes gradués selon le degré de subordination.

Il s'agirait alors de forger un cadre juridique global qui permette l'acquisition de ces droits et qui soit susceptible d'accueillir l'exercice d'une nécessaire mobilité professionnelle donnant consistance à l'état professionnel de la personne.

Ce cadre repose sur deux principes forts, le principe de la liberté du travail et le principe d'égalité. De la sorte, la liberté du travail devrait être envisagée dans un sens dynamique c'est-à-dire avoir un sens social et pas seulement économique. Elle se traduirait pour le travailleur, d'une part, dans la libération du travail (maîtrise de la définition de l'aménagement du temps de travail, de la formation et de l'évolution de l'emploi), en deuxième part, à travers une mobilité professionnelle dans l'emploi et, en troisième part, dans une mobilité entre les états professionnels, c'est-à-dire dans la possibilité de travailler hors de l'emploi sans perte de tous les avantages sociaux.

Quant au principe d'égalité il devrait s'appliquer aussi bien au traitement entre les travailleurs, qu'aux relations entre employeurs afin de ne pas rompre l'équilibre du marché du travail. En effet, le maintien de l'égalité concourt à la création de la solidarité et doit s'étendre à

l'ensemble des travailleurs quelle que soit leur situation de travail. Cette solidarité trouverait son assise non plus spécifiquement dans le contrat mais dans la profession qui rend compte des liens entre les différentes formes de travail qui donnent accès à une couverture sociale universelle base de la citoyenneté sociale.

En définitive, les droits sociaux de la personne seraient inséparables du travail lequel doit pouvoir s'exercer librement et conférer un statut économique (protection contre les risques) et un statut professionnel (droits à la formation et à la mobilité). Cette démarche ambitieuse serait la seule voie pour retrouver une cohésion sociale perdue. Mais n'est-ce pas précisément cette ambition, par les réformes profondes qu'elle suggère, qui en constitue la principale limite (*v. not. A. Jeammaud, « Programme pour qu'un devenir soit un avenir », Dr. soc. 1999, 447*) ?

Voilà déjà près de vingt ans que le critère de la subordination est mis en cause mais demeure le plus souvent déterminant dans l'opération d'identification du contrat de travail. Aussi est-il tentant de confronter les discours sur cette mise en cause aux évolutions du droit positif. Que peut-on observer ? D'abord, nous semble-t-il, des mouvements contradictoires. D'un côté la multiplication des présomptions de non-salariat (*v. supra*) mais, d'un autre côté, l'intégration dans le Code du travail de la figure, pour le moins controversée, du portage salarial (*C. trav., art. L. 1251-64, n° 2008-596, 25 juin 2008 ; v. not. le numéro de janvier 2007 de la RDS*). Ensuite, les premiers soubassements, sûrement trop limités encore, d'un corpus de règles conventionnelles et légales tendant à assurer une meilleure prévisibilité aux travailleurs dans l'accompagnement des transitions professionnelles<sup>36</sup>. Aussi, alors qu'un rapport a proposé la création de la catégorie des travailleurs économiquement dépendants<sup>37</sup>, il nous apparaît nécessaire de réfléchir aux objectifs à atteindre. S'agit-il de promouvoir la protection de quelques travailleurs, n'ayant au demeurant que la propriété de leur travail, en parcellisant encore notre droit ou convient-il de redéfinir précisément un état des personnes au travail afin de garantir la place de tous dans notre société<sup>38</sup> ? ■

○○○ 34. Spéc. J.-P. Chauchard, « Du travail salarié au travail indépendant, permanences et mutations », Caccuci Editore, 2003 ; *v. aussi F. Gaudu et R. Vatimet, « Traité des contrats », in « Les contrats de travail », LGDJ, n° 33 s. ; J. Barthélémy, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », précit.*

35. Le développement qui suit emprunte à l'œuvre d'Alain Supiot. Voir essentiellement, « Le travail, liberté partagée », *Dr. soc.* 1993, 715 ; *L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale*, *Dr. soc.* 1995, 823 ; « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1997, 229 ; « Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe », *Dr. soc.* 1999, 431 ; « Critique du droit du travail », PUF, les voies du droit, 2<sup>e</sup> Éd. 2002.

36. V. les différents accords nationaux inter-professionnels relatifs à la formation professionnelle tout au long de la vie (5 déc. 2003 et 7 janv. 2009), à la modernisation du marché du travail (11 janv. 2008) et la loi n° 2009-1437 (24 nov. 2009) relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

37. P.-H. Antonmattei et J.-C. Sciberras, « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? Rapport au ministre du Travail », *Dr. soc.* 2009, p. 221 ; *v. C. Giraudet, dans le présent ouvrage.*

38. R. Castel, « Le rapport Supiot. Droit du travail : redéploiement ou refondation ? » précit.

## Bibliographie sélective

reprenant les principaux ouvrages et articles analysés pour les besoins de l'étude

- P.-H. Antonmattei et J.-C. Sciberras, « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », Rapport au ministre du Travail, Dr. soc. 2009, p. 221.
- J. Barthélémy, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », Les Cahiers du DRH, n° 144 juin 2008.
- J. Barthélémy, « Parasubordination », Les cahiers du DRH, n° 143, mai 2008.
- J. Barthélémy, « Civilisation du savoir et nouveau droit social », Les cahiers du DRH, n° 142, avril 2008, p. 33.
- J. Barthélémy, « Le professionnel parasubordonné », JCP 1996 Éd. G, chron. p. 606.
- B. Boubli, « Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI<sup>e</sup> siècle », JSL, 1999, chron. n° 35.
- R. Castel, « Droit du travail : redéploiement ou refondation ? », Dr. soc. 1999, p. 438.
- J.-P. Chauchard, « Du travail salarié au travail indépendant, permanences et mutations », Caccuci Editore, 2003.
- J.-P. Chauchard et A.-C. Hardy-Dubernet (dir.), « La subordination dans le travail », La Documentation Française, 2003.
- A. Jeammaud, « Programme pour qu'un devenir soit un avenir », Dr. soc. 1999, p. 447.
- P. Lockiec, « L'adaptation du travail à l'homme », Dr. soc. 2009, p. 755.
- G. Lyon-Caen, « Où mènent les mauvais chemins », Dr. soc. 1995, p. 647.
- G. Lyon-Caen, « Le travail non salarié », Sirey, 1990.
- M.-Th. Aubert-Montpeyssen, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », Dr. soc. 1997, p. 616.
- A. Perulli, « Travail économiquement dépendant/parasubordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques », Rapport à la Commission européenne (2002).
- E. Peskine, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », RDT 2008, p. 371.
- Ch. Radé, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », Dr. soc. 2002, p. 27.
- J.-E. Ray, « De la sub/ordination à la sub/organisation », Dr. soc. 2002, p. 5.
- J.-E. Ray, « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut de télétravailleur », Dr. soc. 1996, p. 121.
- J.-E. Ray, « De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », Dr. soc. 1995, p. 634.
- J.-E. Ray, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », Dr. soc. 1992, p. 525.
- A. Supiot (dir.), « Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe », Rapport pour la commission européenne (dir. A. Supiot), Flammarion, 1999.
- A. Supiot (dir.), « Le travail en perspectives », LGDJ, Coll. Droit et Société, 1998.
- A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. soc. 2000, p. 131.
- A. Supiot, « Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe », Dr. soc. 1999, 431.
- A. Supiot, « Du bon usage des lois en matière d'emploi », Dr. soc. 1997, p. 229.
- A. Supiot, « L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale », Dr. soc. 1995, p. 823
- A. Supiot, « Le travail, liberté partagée », Dr. soc. 1993, p. 715.