

## NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL<sup>1</sup>

### CONCEPT OF EMPLOYMENT CONTRACT

Emmanuel Dockès<sup>2</sup>

**RÉSUMÉ:** Le but de cet article est discuter la notion de contrat de travail. C'est une question toujours actuelle parce qu'elle détermine qui bénéficie des protections du droit du travail et aussi du droit de la sécurité sociale. Le contrat de travail est traditionnellement présenté comme un composé de trois éléments: travail, salaire et subordination. Cette dernière est le plus importante des éléments. On montre que le "lien juridique de subordination" a été remplacé par le "l'état de subordination" et on réévalue la dépendance économique. On montre aussi que la répartition des risques économiques entre l'employeur et le salarié ne peut pas avoir influence sur la qualification de contrat de travail. On conclut que la subordination est composée de direction, contrôle et capacité à prendre des sanctions. C'est la présence de ces éléments en fait, dans la pratique, qui importe ("état de subordination"). Le critère central du contrat de travail apparaît alors être un composé de subordination et de dépendance, cet-à-dire, l'intensité de l'un de ces éléments permet de suppléer la faiblesse de l'autre.

**MOTS-CLÉ:** Droit du travail. Contrat de travail. Subordination. Dépendance économique.

**ABSTRACT:** This article aims to study the concept of employment contract. This is always a current question because it defines who is protected by labour law and social security law. The employment contract is traditionally presented as an ensemble of three elements: work, salary and subordination, which is the most important element. We show that the "subordination as a legal relationship" was replaced by the "state of subordination". We also show that economic risks shared by employer and employee can't be considered for the purpose of defining employment contract. We conclude that subordination is composed by direction, control and capacity of applying sanctions. These elements must be present in practice ("state of subordination"). The central criterion of employment contract is an ensemble of subordination and dependence, i.e., one of these elements' intensity allows to overcome the other's weakness.

---

Artigo recebido em 16 de outubro de 2016

1 O presente artigo foi publicado anteriormente na Revista *Droit Social*, n. 05, maio/2011.

2 Emmanuel Dockès é Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Paris X - Nanterre. É autor do livro *Droit du Travail*, publicado pela Editora Dalloz, em sua 30ª edição neste ano, em co-autoria com o Prof. Gilles Auzero.

**KEYWORDS:** Labour law. Employment contract. Subordination. Economic dependence

## INTRODUCTION

La notion de contrat de travail et la question, connexe, des frontières du droit du travail n'ont jamais cessé d'être débattues. La période récente ne déroge pas à la règle. On y trouve des hésitations jurisprudentielles<sup>3</sup>, un rapport ministériel<sup>4</sup>, des débats doctrinaux en France<sup>5</sup> comme à l'étranger<sup>6</sup>, des bouleversements juridiques dans des pays voisins<sup>7</sup>, etc.

---

3 Ainsi, la Cour de cassation qualifie parfois la location de taxis de contrat de travail et parfois non, sans que les raisons de ce choix apparaissent clairement (en faveur de cette qualification, v. Soc. 19 décembre 2000, Labbane, Les Grands arrêts du droit du travail, n° 3, Bull. V, n° 437; Dr. ouvr. 2001. 241, 2ème esp., note A. de SENGA; Dr. soc. 2001. 227, note A. JEAMMAUD; 6 octobre 2010, n° 08-45392; 3 novembre 2010, n° 08-45391; en sens opposé v. not. Soc. 1er décembre 2005, g7, n° 05-43031; Bull. V, n° 349; D. 2006. Pan. 410, obs. E. PESKINE; Soc. 17 septembre 2008, n° 07-43265, D. 2009. Pan. 590, obs. T. PASQUIER; Soc. 5 mai 2010, n° 08-45323). Ainsi encore, certains arrêts ont rejeté l'utilisation des clauses du contrat écrit comme éléments de preuve de la subordination (Soc. 1er décembre 2005, g7, préc.; 17 septembre 2008, préc.; 5 mai 2010, préc.); alors que d'autres les utilisaient expressément (Soc. 19 décembre 2000, Labbane, préc.; 25 octobre 2005, Bull. V, n° 300; 15 mars 2006, Bull. V, n° 110; 3 juin 2009, L'île de la tentation, n° 08-40981, [P], et réf. cit. note 12; 7 juillet 2010, n° 08-45538; 12 juillet 2010, n° 07-45298). Cette dernière solution, dominante, est plus convaincante. dès lors que le contrat de travail est un contrat d'adhésion (ce qui est généralement le cas), il est rédigé par l'employeur seul. Or, s'il est exclu d'accorder force probante à un document au profit de son auteur (nul ne peut se constituer une preuve à soi-même), un écrit est opposable à son auteur. L'instrumentum contractuel, rédigé par la partie forte au contrat, peut donc servir d'élément de preuve contre elle. Ses clauses peuvent être mobilisées par le travailleur comme des éléments de preuve au soutien de la qualification de contrat de travail. En défense, l'employeur pourra toujours tenter d'apporter la preuve d'une exécution du travail en violation de ces clauses.

4 P.-H. ANTomMATTEI, J.-C. SCIBERRAS, "Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection?", Dr. soc. 2008, pp. 221-233.

5 V. not. Th. PASQUIER, L'économie du contrat de travail, LGDJ, 2010; E. PESKINE, "Entre subordination et indépendance: en quête d'une troisième voie", RDT, 2008, p. 371; O. LECLERC, T. PASQUIER, "La dépendance économique em droit du travail: éclairages en droit français et en droit comparé, 1ère partie: la tentation de la dépendance économique", RDT 2010, p. 83; O. LECLERC, A. GUAMAN HERNANDEZ, Federico MARTELLONI, "2ème partie: les perturbations de la dépendance économique", RDT 2010, p. 149. Adde. m. DESPAX, "L'évolution du rapport de subordination", Dr. soc.

1982, p. 11; Th. AUBERT-MONTPEYSEN, Subordination juridique et relation de travail, thèse Toulouse I, 1985; "Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail", Dr. soc. 1997.616; A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. soc. 2000, p. 131.

6 V. not. R. WANK, Arbeitnehmer und Selbständige, C.H. beck, munich 1988; A. PERULLI, Travail économiquement dépendant/parasubordination: aspects juridiques, sociaux et économiques, rapp. pour la Commission européenne, 2003; M. FREEDLAND, The Personal Employment Contract, OUP 2003, Luca NOGLER, The concept of "subordination" in European and comparative law, university of Trento, Italy 2009.

7 V. spéc. la loi espagnole n° 20/2007 portant Statut du travail autonome, ayant créé un régime juridique spécifique pour les "travailleurs autonomes économiquement dépendants" (TRADE). Sur ce texte, en langue française, v. not. V. F. VALDES DAL-RE et O. LECLERC, "Les nouvelles frontières du travail indépendant, à propos du statut du travail autonome espagnol", RDT, 2008, 296. Cf. O. LECLERC, A. GUAMAN HERNANDEZ, Federico MARTELLONI, préc., RDT 2010, p. 149.

Cette agitation ne surprend pas. Le principal déclencheur de l'application du droit social est la qualification de contrat de travail<sup>8</sup>, même s'il existe quelques nuances et exceptions<sup>9</sup>. Il s'agit de savoir qui bénéficie et qui ne bénéficie pas des protections du droit du travail, du régime général de la Sécurité sociale et de la législation sur les accidents du travail. L'enjeu est tel que le débat ne peut qu'être incessant et tumultueux.

L'aborder exige de bien situer le propos. L'identité du critère d'application du droit du travail et du droit de la Sécurité sociale, admise par la jurisprudence<sup>10</sup>, n'avait rien de nécessaire. Les textes<sup>11</sup>, et les fondements sont différents. Afin d'éviter un mélange des logiques qui rendrait la discussion trop complexe, la notion de contrat de travail ne sera étudiée ici qu'en tant qu'elle détermine le domaine du droit du travail<sup>12</sup>. L'évaluation de la pertinence d'une transposition en droit de la Sécurité sociale mériterait une autre étude.

Il sera nécessaire de s'appuyer sur un socle conceptuel aussi solide que possible. Or rien n'est plus solide qu'une tautologie ou qu'une lapalissade. M. de Lapalice, personnage que l'on imagine (injustement<sup>13</sup>) occupé à enfoncer des portes ouvertes, se permettra donc d'intervenir par la suite, lorsque l'occasion se présentera.

Le contrat de travail reste traditionnellement présenté comme un composé de trois éléments: travail, salaire et subordination. Mais la focale est plus que jamais réglée sur ce dernier critère. La Cour de cassation affirme à juste titre que toute activité peut être un "travail"

---

8 La multitude des textes du Code du travail relatifs aux champs d'application ne doit pas tromper: elle est redondance et non diversité: selon les articles L. 1111-1; L. 1131-1; L. 1141-1; L. 1151-1; L. 1211-1; L. 2211-1; L. 2311-1; L. 2521-1; L. 3111-1, L. 3311-1, L. 3331-1; ... du Code du travail, "Les dispositions du présent livre [ou "du présent titre" selon le cas] sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés". d'autres textes affirment que tel titre ou tel livre s'applique aux "employeurs de droit privé" et ou aux "salariés": art. L. 1311-1; L. 1411-1; L. 2221-1; L. 4111-1; L. 4151-1; L. 4621-1; ... L' "employeur" et le "salarié" étant les noms donnés aux parties aux "contrats de travail", cela revient à faire de la qualification de "contrat de travail" le déclencheur de principe du droit du travail. En droit de la Sécurité sociale, les articles L. 311-2 et L. 411-1 du Code de la Sécurité sociale sont plus ouverts, puisqu'ils visent les personnes "salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit". C'est la jurisprudence qui a unifié les champs d'application du droit du travail et de la Sécurité sociale (v. ci-dessous réf. cit. note 12). V. aussi le visa de l'art. L. 120-3 C. trav. (devenu L. 8221-6) à l'article L. 311-11 du Code de la Sécurité sociale.

9 V. not. réf. cit. note 59.

10 V. not. Soc. 13 novembre 1996, Les Grands arrêts du droit du travail, n° 2, Dr. soc. 1996. 1067, note J.-J. DUPEYROUX; JCP 1997, éd. E, II, 911, note J. BARTHÉLÉMY; civ. 2, 20 juin 2007, n° 06-17146, Bull. II n° 166; civ. 2, 13 novembre 2008, n° 07-15535, Bull. II, n° 241; civ. 2, 11 mars 2010, n° 09-11560, Bull. II, n° 56.

11 V. les art. L. 311-2 et L. 411-1 C. Séc. soc. préc.

12 Ce qui n'interdira pas d'utiliser comme exemples jurisprudentiels certains arrêts relatifs au droit de la Sécurité sociale, l'unité de la notion de contrat de travail en droit de la Sécurité sociale et du travail étant fermement affirmée en jurisprudence.

13 L'origine de la "lapalissade" est en réalité non un mot de ce M. de Lapalice, mais la déformation d'une chanson faite en son honneur, qui passa de "Hélas, s'il n'était pas mort, il ferait encore envie" à "Hélas, s'il n'était pas mort, il serait encore en vie".

si elle est subordonnée<sup>14</sup>. Et l'absence de salaire n'est même plus considérée comme suffisante à exclure du salariat et à caractériser le bénévolat<sup>15</sup>. La question est donc plus que jamais centrée sur la "subordination".

L'étude de cette notion (1) permettra de découvrir ou de redécouvrir que le critère du contrat de travail n'est plus le "lien juridique de subordination" de l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931<sup>16</sup>. Discrètement depuis les années 1980 et plus franchement depuis les années 2000, c'est la subordination de fait, "l'état de subordination" qui a remplacé ce critère. Placée à ce niveau factuel, la subordination se retrouve sur le même terrain que la dépendance économique, notion dont l'impact en droit positif mérite d'être sensiblement réévalué (2). En revanche, la répartition des risques économiques entre l'employeur et le salarié conserve une influence excessive sur la qualification de contrat de travail (3).

## 1. DE LA "SUBORDINATION JURIDIQUE" A L' "ETAT DE SUBORDINATION"

La subordination a été définie par l'arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996<sup>17</sup>. Cette définition, souvent reprise depuis<sup>18</sup>, énonce: "le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements". La formule décline les grands modes d'exercice du pouvoir: pouvoir d'édicter des "ordres" ponctuels, des "directives" générales et des sanctions. Elle mentionne encore le "contrôle", sans lequel ces pouvoirs seraient de vains mots. Le travailleur subordonné est ainsi défini comme un travailleur soumis aux ordres, aux directives, au contrôle et aux sanctions. Pour peu que l'on admette que l'édiction d'ordres ponctuels et l'édiction de normes générales ne sont que deux modalités d'exercice d'une même capacité de commandement, ces quatre dimensions se réduisent à trois.

---

14 V. Soc. 3 juin 2009, L'île de la tentation, n° 08-40981, Bull. V, 141; SSL 8 juin 2009, n° 1403, dossier spécial, avec le rapport d'A. FOSSAERT et les notes de F. CHAMPEAUX, J.-E. RAY et A. JEAMMAUD; RDT 2009, p. 507, obs. G. AUZERO; D. 2009. Jur. 2517, note b. EDELMAN.

15 V. ci-dessous n° 28.

16 DP 1931. 1. 131, note P. PIC; Les grands arrêts du droit du travail, 4ème éd. 2008, n° 1.

17 Préc. note 10.

18 V. not. Soc. 1er décembre 2005, g7, préc. note 1; Soc. 17 mai 2006, n° 05-43265; civ. 2, 20 juin 2007, n° 06-17146, Bull. II, n° 166; Soc. 23 janvier 2008, n° 06-46137; 22 septembre 2010, n° 09-41495; 3 novembre 2010, n° 09-43215, etc.

La subordination s'appuie alors sur un triptyque composé de *direction*, de *contrôle* et de *sanction*<sup>19</sup>.

Triptyque qui peut s'exprimer dans les faits ou en droit (1.1). Il s'agit de montrer ici que c'est la subordination de fait qui permet la qualification de contrat de travail (1.2) et que la subordination de droit est, elle, un effet de cette qualification (1.3).

### 1.1. Le droit e le fait

Selon l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931<sup>20</sup>, la subordination est un "lien juridique". Elle appartient donc au monde du droit. Comme telle, elle doit avoir une source juridique. C'est ce que l'arrêt lui reconnaît, logiquement. Selon ses termes, le lien juridique de subordination "résulte du contrat".

L'assertion est forte. Elle mettra du temps à s'imposer pleinement comme ligne directrice du droit positif. Mais elle semble aujourd'hui acquise<sup>21</sup>. L'employeur détient bien un pouvoir juridique sur le salarié et ce pouvoir a pour source le contrat individuel de travail<sup>22</sup>.

D'un autre côté, aux termes de l'arrêt *Labanne* du 19 décembre 2000<sup>23</sup>: "l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention *mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs*". Cette formule, régulièrement reprise<sup>24</sup>, mérite quelques mots de commentaire.

La "relation de travail" visée est une relation de travail salariée, laquelle repose sur un contrat de travail. La qualification de contrat de travail est bien l'enjeu.

---

19 Ces trois éléments ne sont pas égaux. Le contrôle et la sanction sont des accessoires de la direction. Ils n'ont de sens qu'accolés à elle.

20 Préc. note 16.

21 Il faudra attendre les années 1990 pour que la jurisprudence en tire toutes les conséquences. désormais, le pouvoir de direction ne peut modifier le contrat, puisqu'il en est issu (Soc. 10 juillet 1996, *Le Berre*, Bull. V, n° 278; Les grands arrêts du droit du travail, n° 50. Dans le même sens, cf. notamment Soc. 3 avr. 1997, RJS 5/97, n° 523; Soc. 9 mars 2001, RJS 7/01, n° 837; Soc. 27 juin 2001, Bull. V, n° 234; Soc. 2 avr. 2002, JS UIMM n° 664, p. 268). de même, le pouvoir disciplinaire, accessoire du pouvoir de direction, ne peut pas, lui non plus, modifier le contrat (Soc. 16 juin 1998, *Hôtel le Berry*, Bull. V, n° 320; Dr. soc. 1998. 803, rapp. Ph. WAQUET).

22 Cf. réf. préc. et, sur ces solutions et la conception contractuelle du pouvoir qu'elles entérinent, Ph. WAQUET, "Le renouveau du contrat de travail", RJS, 05/99, 383-394; E. DOCKÈS, "de la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur", *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz 2004, p. 203. Adde. v. n° 10-11.

23 Préc. note 3.

24 V. not. Soc. 15 mars 2006, n° 04-47379, Bull. V, n° 110; civ. 2, 13 novembre 2008, n° 07-15535, Bull. II, n° 241; 3 juin 2009, *L'île de la tentation*, préc. note 12; Soc. 20 janvier 2010, n° 08-42207, Bull. V, n° 15.

Celle-ci ne dépend pas “de la volonté exprimée par les parties”. Il faut ajouter qu’elle ne dépend pas non plus de la volonté *réelle* des parties. L’application du Code du travail est impérative. Le salarié n’a pas le droit d’y renoncer. Qu’elle soit exprès ou tacite, réelle ou supposée, la volonté des parties ne saurait faire obstacle à la qualification de contrat de travail.

Cette qualification dépend “des conditions d’accomplissement de [la] tâche” disait l’arrêt *Barrat* du 4 mars 1983<sup>25</sup>, des “conditions de fait dans lesquelles est exercée l’activité des travailleurs” précise de l’arrêt *Labbane* du 19 décembre 2000. Elle dépend donc des faits.

C’est à ce moment là que M. de Lapalice intervient pour rappeler qu’ “un élément de droit n’est pas un élément de fait”. La qualification de contrat de travail peut dépendre de l’existence d’un lien de droit, la subordination juridique. Elle peut aussi dépendre d’un état de fait, de “conditions d’accomplissement de la tâche” ou de conditions “dans lesquelles est exercée l’activité des travailleurs”. Mais comment pourrait-elle *à la fois* dépendre d’un lien de droit et d’un état de fait, sans rendre M. de la Palice indéfiniment perplexe?

Entre les deux, il faut choisir. L’étude de la motivation des arrêts de la Cour de cassation permet de trancher. Lors du débat sur la qualification de contrat de travail, ce qu’il s’agit de prouver est bien une subordination de fait, un “état de subordination” et non un lien de droit, une “subordination juridique”.

## 1.2. L’objet de la preuve: une subordination de fait

Les arrêts relatifs à la qualification de contrat de travail recherchent s’il y avait ou non, une direction, un contrôle ou une capacité de sanction en pratique, *dans les faits*.

Parfois, ces trois éléments sont directement prouvés. Ainsi, un arrêt du 17 mai 2006 note que le travailleur “recevait du gérant de la société des *instructions* dans l’exécution de ses tâches dont il *contrôlait l’exécution* et que la société *s’était estimée investie d’un pouvoir disciplinaire en la sanctionnant*, par une rupture anticipée de leurs relations”<sup>26</sup>, pour conclure à l’existence d’une subordination<sup>27</sup>.

---

25 Ass. plén. 4 mars 1983, D. 1983. 381, concl. J. CABANNES; D. 1984. IR 184, obs. J.-M. BÉRAUD: la volonté des parties est “impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d’accomplissement de leur tâche”.

26 n° 05-43265, c’est nous qui soulignons.

27 Pour d’autres exemples de preuve directe des trois éléments de la subordination, v. not. Soc. 3 juin 2009, L’île de la tentation, préc. note 12; Soc. 8 juin 2010, n° 08-44965, à propos des “gérants” de B&B.



Plus souvent, seule une partie du triptyque direction-contrôle-sanction peut être directement prouvée. Ainsi, l'arrêt du 13 décembre 2005<sup>28</sup> reconnaît que l'activité était *contrôlée* selon un échancier de surveillance (...) et que [la société] disposait (...) d'un pouvoir de *sanction* 'consistant à décider de ne plus confier de mission'. L'arrêt de la chambre sociale du 2 juillet 2003<sup>29</sup> constate que la partie dominante, ici la SNCF, exerçait un "contrôle sur le travail des intéressés et qu'elle *pouvait les sanctionner* par des avertissements et la résiliation de la convention de portage". L'arrêt du 15 mars 2006<sup>30</sup> note que "les clients étaient livrés *en suivant les consignes et directives* données par la société". Dans tous ces cas, et bien d'autres similaires<sup>31</sup>, la Cour conclut à la subordination en complétant l'analyse par d'autres indices.

En sens inverse, il peut arriver que la preuve directe de l'insubordination puisse être apportée. Ainsi, la Cour de cassation a pu noter dans un arrêt du 9 novembre 2010 qu'un transporteur de béton avait la maîtrise de ses congés, qu'il avait refusé l'installation d'un système de géo-localisation, qu'il n'avait pas changé de camion comme il s'y était engagé, qu'il ne recevait pas d'ordre et conservait la maîtrise et la responsabilité des opérations, pour en déduire une absence de subordination et refuser la qualification de contrat de travail<sup>32</sup>. Ainsi encore, l'absence de subordination peut-elle découler de la démonstration d'une totale incapacité à gérer et à diriger de la personne dont la qualification d'employeur est recherchée<sup>33</sup>.

Dans toutes ces espèces, la question est de savoir si des pouvoirs étaient exercés en fait. Elle n'est jamais de savoir si l'employeur avait *le droit* de les exercer. Au demeurant l'illégalité de certains actes de pouvoir n'interdit pas de les invoquer comme élément de preuve de la subordination<sup>34</sup>. Les termes de l'arrêt *Labanne*, qui visaient un "état de subordination", et non une subordination "juridique", étaient donc particulièrement bien choisis. Ils ont depuis été repris à plusieurs reprises<sup>35</sup>.

---

28 Civ. 2, 13 décembre 2005, n° 04-18104; Bull. II, n° 320.

29 Pourvoi : 01-43018.

30 Pourvoi n° 04-47379, Bull. V, n° 110.

31 V. not. Soc. 8 juillet 2003, n° 01-40464, Bull. V, n° 217; Soc. 3 novembre 2010, n° 09-43215; Soc. 15 décembre 2010, n° 09-40478.

32 Soc. 9 novembre 2010, n° 08-45342.

33 Soc. 23 juin 2010, n° 08-70427, espèce dans laquelle un fils réclame le statut de salarié de sa mère alors que celle-ci était à ce point dans l'incapacité de diriger, qu'elle avait fini par être placée sous tutelle.

34 V. not. Soc. 15 décembre 2010, n° 09-40478: utilisation d'un pouvoir de sanction pécuniaire comme élément de preuve de la subordination, pouvoir qui est prohibé par l'art. L. 1331-2 C. trav.

35 V. Soc. 10 décembre 2002, n° 00-44646, Bull. V, n° 374; 6 octobre 2010, n° 08-45392; 3 novembre 2010, n° 08-45391. Sur l'importance devant être donnée à ces termes, V. A. JEAMMAUD, "L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail - à propos de l'arrêt Labanne", Dr. soc. 2001.227, spéc. pp. 234-235. La plupart des arrêts postérieurs à l'arrêt Labanne parlent toutefois de "subordination" ou de "lien de subordination" sans

M. de la Palice peut s'estimer satisfait. Le droit et le fait sont bien différents. Et la qualification de contrat de travail dépend seulement de la subordination de fait. Mais alors, que faire de la subordination juridique?

### 1.3. La subordination juridique, effet de la qualification de contrat de travail

L'idée d'une subordination juridique est une idée doctrinale tardive, qui date de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>36</sup>. Elle fut d'abord pensée comme le moyen d'assurer l'autorité patronale sur des ouvriers réputés indisciplinés<sup>37</sup>. Elle n'emporta guère la conviction dans un premier temps. Le pouvoir juridique était perçu comme une prérogative de puissance publique. L'accorder aux employeurs avait quelque chose de choquant. La définition du contrat de travail par le projet de Code du travail de 1898 n'y fait aucunement référence<sup>38</sup>. Et, à la veille de l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931<sup>39</sup>, la doctrine majoritaire y est encore opposée<sup>40</sup>.

C'est seulement à partir de cet arrêt *Bardou* que le contrat de travail a été compris comme créateur "d'un lien juridique de subordination". Depuis l'idée s'est non seulement maintenue, mais elle s'est renforcée<sup>41</sup>. Plus que jamais, un "lien de subordination inhérent au contrat de travail" est reconnu par la Cour de cassation<sup>42</sup>. La subordination juridique est même un effet spécifique, caractéristique de l'espèce "contrat de travail", puisqu'elle ne se retrouve dans aucun autre contrat.

Il reste à comprendre comment un tel contenu apparaît au sein de tout contrat de travail.

Il peut être tentant de déduire la subordination juridique de l'état de subordination. De *l'exécution obéissante dans les faits* serait déduite une volonté d'obéissance dans l'exécution

---

spécifier s'il s'agit de "subordination juridique" ou d'"état de subordination". L'expression "lien de subordination" peut tout à fait être lue comme l'expression d'un lien de fait et non de droit (contra v. A. JEAMMAUD, préc.). Mais l'expression "état de subordination", plus univoque, est préférable.

36 V. not. A. COTTEREAU, "Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIX<sup>ème</sup> siècle) », *Annales Hist. Sc. soc.*, 2002, vol. 57, pp. 1521-1557. V. aussi, civ. 14 février 1866, Bull., n° 34; RDT 2006. 30, obs. n. OLSZAK, arrêt symptomatique de l'époque par son raisonnement en termes d'exécution des contrats et sa négation de tout pouvoir de l'employeur sur le salarié.

37 E.-D. GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, F. Pichon, Paris, 1886.

38 Proposition de loi sur le Code du travail, Chambres des députés, 7<sup>ème</sup> législature, session de 1898, annexe au pv de la séance du 13 juin 1898, présentée par mm. Arthur GROUSSIÉ, DEJEANTE, ALLARD, etc. Paris, Imp. de la Chambre des députés, 1898, p. 60.

39 Préc. note 16.

40 V. réf. cit. note 51.

41 V. réf. cit. note 21.

42 Pour un usage de cette expression, v. not. Soc. 28 mai 2009 n° 08-15687; 11 février 2010, n° 09-11324.



et donc une clause contractuelle implicite d'obéissance, une *subordination juridique*. Le contenu du contrat viendrait de la volonté implicite des parties.

Ce recours aux volontés tacites ou implicites dans la découverte de contenus contractuels est un artifice rhétorique traditionnel. Mais il est peu convaincant et un peu démodé<sup>43</sup>. Chacun admet aujourd'hui que le contenu du contrat est, parfois, en partie dessiné par le juge et non par la commune volonté des parties. Les exemples sont nombreux en droit du travail<sup>44</sup> comme en dehors du droit du travail<sup>45</sup>. Il n'y a là rien que de très banal et de très légitime<sup>46</sup>. Le consentement initial du salarié au contrat de travail demeure un consentement à la subordination juridique, mais seulement dans la mesure où celle-ci est l'effet de celui-là. Ce consentement au contrat est *déclencheur* plutôt que *créateur* de subordination<sup>47</sup>. La subordination juridique est techniquement et historiquement l'oeuvre du juge. Si elle "résulte" bien du contrat, comme l'affirme l'arrêt *Bardou*, c'est parce qu'elle est un élément introduit par le juge au sein de tout "contrat de travail".

M. de Lapalice, attentif, intervient alors avec à propos pour affirmer: "la cause de la qualification n'est pas l'effet de la qualification". *L'état de subordination* est ce qui permet la qualification de contrat de travail: il est sa cause. Et la *subordination juridique* découle de cette qualification: elle est son effet. Cette succession logique était déjà présente dans l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931. Selon cet arrêt "la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination". Entre la "qualité de salarié" et la "subordination juridique", c'est bien la première qui implique la seconde et non l'inverse. Cette proposition de l'arrêt *Bardou* a gardé toute sa fraîcheur, toute sa signification.

---

43 Le recours aux volontés tacites ou implicites est un recours à la fiction, rejeté en doctrine depuis fort longtemps (v. déjà L. JOSSERAND, "Le contrat dirigé", DH 1933, p. 89).

44 On se souvient, notamment, de la découverte jurisprudentielle des obligations d'adaptation (Soc. 25 février 1992, Expovit, Bull. V, n° 122; Dr. soc. 1992. 922), de reclassement (Soc. 1er avril 1992, Bull. V, n° 228) ou de sécurité de résultat (Soc. 28 février 2002, « amiante », Bull. V, n° 81).

45 Parmi de très nombreux exemples, rappelons l'arrêt fondateur qui découvrit une obligation de sécurité dans tous les contrats de transport de personnes: Cass. civ., 21 novembre 1911: S. 1912, 1, p. 73, note Ch. LYON-CAEN; D. 1913, 1, p. 249, note SARRUT. Sur l'histoire de cette obligation, v. not. J-L. HALPÉRIN, "La naissance de l'obligation de sécurité", GP 1997, 2, 1191; C. BLOCH, L'obligation contractuelle de sécurité, th. Aix-en-Pce, PUAM 2002. Sur les obligations d'informations, v. m. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, LgdJ 1992. Adde. not. L. LEVENEUR, "Le forçage du contrat", Dr. et patrimoine 1998, n° 58, pp. 69 et s.; L. CADIET, "Une justice contractuelle, l'autre", in Études offertes à J. Ghestin, p. 177.

46 V. not. L. CADIET préc.; A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, th. Paris 1961. L'oeuvre créatrice de la jurisprudence trouve sans doute son fondement textuel le plus adéquat à l'article 1135 du Code civil. La bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil est cependant plus souvent mobilisée.

47 Il a aussi un rôle légitimant essentiel: le salariat et sa subordination sont consentis, ce qui oppose le salariat au travail forcé.

En revanche, un autre aspect de l'arrêt *Bardou* mérite aujourd'hui d'être sérieusement révisé. Il s'agit du rejet de la dépendance économique.

## 2. LA DEPENDANCE ECONOMIQUE: UN CRITERE A REEVALUER

La dépendance économique fut caractérisée au début du siècle comme la situation de celui dont la subsistance, voire la survie, étaient en cause<sup>48</sup>. Cette définition quelque peu dramatique ne convient plus en un temps d'assurance chômage et de RSA. Le dépendant économique, en principe, ne risque plus ni la mort, ni même la totalité de ses moyens de subsistance: des revenus de remplacement lui sont accordés. La dépendance économique n'a pas pour autant disparu<sup>49</sup>. Elle a simplement pris un sens moins extrême. Elle est une situation de faiblesse<sup>50</sup>, une infériorité dans le rapport de force économique. Elle vient de l'importance qu'une relation économique a pour une des parties, comparativement à l'importance qu'elle a pour l'autre partie. Pour l'un l'enjeu est essentiel, pour l'autre il l'est moins, voire il n'est qu'accessoire ou marginal.

Ce déséquilibre est souvent lié à la part des revenus en jeu dans la relation économique. L'économiquement dépendant tire généralement une part essentielle de ses revenus ou de ses moyens de subsistance de la relation; alors que l'autre, l'économiquement dominant, n'en retire qu'une fraction limitée, voire négligeable. Cette situation, typique, n'est pas pour autant nécessaire. La dépendance économique peut toucher celui qui ne tire d'une relation économique qu'une part relativement faible de ses revenus. Ce supplément, ce peut être son luxe, son "beurre dans les épinards" et finalement une chose dont l'importance lui apparaît suffisamment grande pour qu'il en dépende et qu'il soit ainsi placé en situation d'infériorité vis-à-vis de celui qui la lui accorde.

---

48 V. not. P. CUCHE, préc., Rev. crit. légis. et jurispr. 1913, p. 412. La force des traditions est grande. Cette conception de l'état de dépendance n'a pas disparu, au moins sur le papier. V. not. J.-P. CHAZAL, D. 2002, Jur. p. 1862, auteur qui définit le dépendant comme celui "dont l'existence ou la survie économique" sont en cause. Avec une telle définition comprise avec rigueur, la dépendance économique aurait presque disparu de nos sociétés. Ce qui peut apparaître relativement optimiste.

49 V. not. G. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, LGDJ, 1986, pp. 133 et s.; O. RIVOAL, "La dépendance économique en droit du travail", D. 2006. 891; Th. PASQUIER, RDT 2010, p. 83, préc.

50 L'arrêt *Bardou* 6 juillet 1931 (préc. note 16) avait rapproché dans un même trait de plume "la faiblesse ou la dépendance économique".

À l'image de la faiblesse, la dépendance économique est une grandeur d'intensité variable. Sur un mode majeur, elle peut réduire la personne dépendante à un état de soumission absolue. Sur un mode mineur, elle peut n'être qu'une influence subie.

Ainsi comprise, la dépendance économique est un concept suffisamment malléable pour s'adapter aux contextes de son utilisation.

Dépendance et subordination sont liées. La dépendance peut faire naître l'obéissance. Mais celle-ci n'est pas incluse dans celle-là, ni celle-là dans celle-ci. Il est des personnes qui se soumettent pleinement, sans même être en situation de faiblesse, par pulsion, par caractère ou par choix. Il est des personnes dépendantes, mais insoumises. Et des dominants incapables de diriger, faute de compétence, de moyen de contrôle ou tout simplement de temps. Les deux concepts sont donc bien distincts. M. de La Palice peut s'exprimer sans retenue: "la subordination n'est pas la dépendance".

L'utilisation de la dépendance économique comme critère du contrat de travail, dominante avant l'arrêt *Bardou* de 1931<sup>51</sup>, fut fermement écartée par cet arrêt au profit du critère de la subordination. Mais cette exclusion radicale, difficilement tenable, fut très vite tempérée. Dès 1932, la dépendance économique retrouva un rôle dans la qualification de contrat de travail<sup>52</sup>. Celui-ci s'est perpétué jusqu'à aujourd'hui. Il est ainsi fréquent que la Cour de cassation note que le travailleur n'avait pas de clientèle propre<sup>53</sup>, qu'il travaillait exclusivement pour le donneur d'ouvrage<sup>54</sup>, que le montant du prix ou du salaire était fixé unilatéralement par la partie forte<sup>55</sup>, ce qui est autant de manières de caractériser ou de prouver une dépendance économique.

Il reste à comprendre à quel titre cette influence maintenue s'exerce. La dépendance économique pourrait être un simple indice de la subordination, parmi d'autres (2.1). Une analyse des fondements du droit du travail (2.2) incite toutefois à aller au-delà (2.3).

---

51 Le débat entre dépendance économique et subordination juridique opposa notamment d'un côté P. CUCHE ("Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail", Rev. crit. législ. et jurispr. 1913, p. 412; DH 1932, 101), R. SAVATIER (DP 1923, 1, p. 5; DP 1924, 2, p. 73), et A. ROUAST ("La notion de contrat de travail et la loi sur les assurances sociales", JCP 1930. I. 329) en faveur de la dépendance économique, et de l'autre P. PIC (P. PIC, DP 1931, 2, p. 113; DP 1931, 1. 131), défenseur de la subordination juridique.

52 V. not. civ. 22 juin 1932 (trois arrêts), 30 juin 1932, et 1er août 1932, DH, 1, p. 145, note P. PIC, lequel s'inquiète du retour de la dépendance économique; civ., 25 juil. 1938, DH 1938. 530.

53 Soc. 13 janvier 2000, Bull. V, n° 20; 23 janvier 2008, n° 06-46137; Soc. 20 mai 2010, n° 08-21817; 12 juillet 2010, n° 07-45298; 6 octobre 2010, n° 09-43296.

54 Soc. 15 mars 2006, n° 04-47379, Bull. V, n° 110; 4 octobre 2007, n° 06-43562; 6 octobre 2010, préc.

55 V. not. Soc. 10 décembre 2002, n° 00-44646, Bull. V, n° 374; 2 juillet 2003, n° 01-43018; civ. 2, 13 décembre 2005, n° 04-18104; Bull. II, n° 320. ; Soc. 10 février 2010, n° 09-40383; Soc. 20 mai 2010, n° 08-21817.

## 2.1. La dépendance indice de la subordination

Lorsque la preuve directe de la subordination est impossible, la jurisprudence a recours à la technique du faisceau d'indices. Sont alors utilisés des éléments qui *le plus souvent* sont accompagnés de subordination. Ce lien n'est pas de nécessité, il est simplement d'habitude. Si de tels indices sont suffisamment nombreux et convaincants, ils pourront compléter une preuve directe incomplète, insuffisante ou impossible.

Les indices de subordination sont assez divers. Par exemple, le salaire au temps et non à la tâche peut jouer ce rôle: on suppose que celui qui rémunère au temps dirige *le plus souvent* la personne, faute de quoi, il risquerait de payer un travailleur occupé à travailler aussi lentement que possible<sup>56</sup>. L'intégration dans un service organisé est un autre indice<sup>57</sup>: pour qu'une organisation fonctionne, le plus souvent, un minimum de pouvoir est nécessaire. La fourniture du matériel utile à la prestation de travail montre la maîtrise technique du donneur d'ouvrage, ce qui suggère des possibilités de direction<sup>58</sup>, etc.

La jurisprudence qui utilise la dépendance économique comme élément de preuve de la qualification de contrat de travail s'intègre facilement dans ce schéma. Celui qui est en situation de faiblesse est plus enclin qu'un autre à l'obéissance. La dépendance n'est pas la subordination, mais elle s'accompagne *le plus souvent* d'une telle subordination. Elle est donc un indice possible.

Cette lecture de la jurisprudence actuelle découle de la motivation des arrêts de la Cour de cassation, lesquels se centrent sur la recherche d'une subordination et placent la dépendance

---

56 Pour l'utilisation de cet indice, v. par ex. Soc. 28 février 1991, Bull. V, n° 110; civ. 2, 13 décembre 2005 préc.; Soc. 23 janvier 2008, n° 06-46137. Il s'agit bien d'un simple indice, certaines professions libérales indépendantes facturant à l'heure et, réciproquement, certains salariés étant payés à la tâche.

57 V. not. Soc. 13 novembre 1996, Société générale, préc. note 10; Soc. 17 mai 2006, n° 05-43265; 7 juillet 2010, n° 08-45538. Avant 1996, cet indice avait été érigé en critère alternatif du contrat de travail : v. ass. plén., 18 juin 1976, Hebdo presse, D. 1977. 173, note A. JEAMMAUD; AP 27 fév. 1981 (deux arrêts), Bull. ass. plén., n° 1; Soc., 16 avr. 1992, Bull. V, n° 283; 27 mai 1992, Bull. V, n° 345. Adde pour une défense de l'appartenance à l'entreprise comme critère, H. GROUDEL, "Le critère du contrat de travail", Études offertes à G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 49.

58 Pour une utilisation de cet indice, v. not. Soc. 23 janvier 2008, préc.; 18 avril 2008, n° 07-40622; civ. 2, 13 novembre 2008, n° 07-15535, Bull. II, n° 241; Soc. 22 septembre 2010, n° 09-41495. Pour un cas dans lequel l'indice se révèle insuffisant, v. Soc. 1er février 2011, n° 09-40043. Pour des cas d'activité tertiaire dans lesquels le matériel mis à disposition est du "matériel de bureau et de communication", v. not. Soc. 20 mai 2010, n° 08-21817; Soc. 3 novembre 2010, n° 09-43215. Adde Soc. 28 novembre 1974 (lequel déduit de la fourniture du matériel une "dépendance technique" du travailleur).

dans un rôle subalterne. Une lecture non plus des motivations, mais des décisions adoptées, peut toutefois faire douter de cette vision des choses (2.3). D'autant qu'une analyse des fondements du droit du travail invite à reconnaître un rôle plus importante à la dépendance (2.2).

## 2.2. Dépendance et raisons d'être du droit du travail

La qualification de "contrat de travail" emporte applicabilité de principe du droit du travail. Il semble alors naturel de s'interroger sur ce qu'*est* un contrat de travail, pour déterminer le champ d'application du droit du travail. Cette méthode est toutefois fragile. Elle suppose qu'il existe une *essence* du "contrat de travail", une *nature* du "saliariat", ce qui est douteux. Surtout, elle pose la question en termes d'être, alors que le problème est normatif, lié au devoir être. La question est bien mieux formulée en sens inverse, ce qui revient à s'interroger sur le domaine d'application qui *doit être* celui du droit du travail pour en déduire ce que l'on *doit* entendre par "contrat de travail".

C'est lorsque la raison d'être d'une règle cesse que son champ d'application s'arrête (*cessante ratione legis cessat ejus dispositio*). Rechercher le domaine du droit du travail c'est rechercher la raison d'être du droit du travail, son fondement.

Le droit du travail est une matière qui comprend des règles fort diverses dans leur expression, dans leur nature, comme dans leurs fondements. Et une déclinaison règle par règle de la matière ferait sans doute apparaître une multitude de raisons d'être et donc de champs d'application potentiels. Il y aurait toutefois là une source de complexité inacceptable<sup>59</sup>. La

---

59 Un droit du travail plus diversifié quant à ses champs d'application, un droit du travail à la carte, est parfois considéré comme préférable. Cette objection est déjà fortement inspiratrice du droit positif. Il existe de nombreux statuts intermédiaires situés entre travail indépendant et salariat (v. not. le statut hybride des gérants de succursales (L. 7321-1 et s. C. trav.), gérants non salariés de succursales d'alimentation (L. 7322-1 et s. C. trav.), des salariés en service civique (L. 120-7 du Code du service national), ... Adde not. Le singulier en droit du travail, J.-m. béraud et A. Jeammaud dir. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006 et spéc. les art. d'A. BOUILLOUX, F. DEBORD et A. JEAMMAUD. V. aussi E. PESKINE, préc. note 5). Et, même lorsqu'il est applicable, le droit du travail est loin d'être un bloc. Ses effets sont très variables, selon la taille des entreprises, l'ancienneté du salarié, les branches professionnelles, les conventions collectives applicables, etc. Il n'est plus guère de règle qui ne soit susceptible d'aménagement, qui ne souffre d'exceptions. C'est l'éclatement du statut des salariés en une multitude infiniment complexe de cas particuliers qui semble aujourd'hui à craindre. Le prétendu monolithe uniforme et pesant que serait le droit du travail a aujourd'hui autant de réalité que les fables pour enfants. Au point que la constance des critiques sur l'uniformité du droit du travail semble parfois cacher autre chose, à savoir un refus de la règle de droit d'ordre public, égale pour tous. Ce n'est plus alors l'application du droit du travail qui est en cause, mais l'existence même d'un droit du travail. dans un tel contexte, il faut lire les recherches en faveur d'une "zone grise" située entre droit du travail et indépendance comme un moyen de priver d'une partie du droit du

lisibilité de la matière impose un domaine d'application de principe pour l'ensemble du Code du travail, ce que le législateur a fort bien compris<sup>60</sup>.

Une vision très synthétique de la matière et de ses fondements s'impose alors. À grands traits, le droit du travail comprend des règles sur la rémunération, son montant et sa périodicité, sur l'emploi et sa protection, sur les conditions de travail (temps, sécurité, etc.), sur la représentation collective des salariés et de leurs intérêts et sur l'encadrement procédural des actes de pouvoir (procédures disciplinaire, de licenciement, d'alerte, de négociation, de consultation, etc.). Certaines de ces règles sont directement fondées par l'existence d'une subordination, d'un pouvoir qui doit être limité et encadré comme tout pouvoir doit l'être dans une société démocratique. Parmi celles-ci on compte la plupart des règles procédurales ou encore les règles de justification et de motivation impératives comme la règle d'égalité de traitement. D'autres règles du droit du travail sont plutôt liées à la crainte des déséquilibres que peut provoquer l'état de relative faiblesse du salarié, sa dépendance économique. La périodicité et le montant du salaire, la protection de l'emploi et la limitation du temps de travail en font partie. D'autres règles enfin semblent liées tout autant à la subordination qu'à la dépendance. Ainsi, le droit de grève comme les contre-pouvoirs élus ou syndicaux ont autant pour vocation de limiter le pouvoir que de limiter l'impact de la dépendance et de la faiblesse dans le rapport de force individuel.

Une analyse plus fine des fondements est bien entendu possible. Mais il importe ici de comprendre que la subordination n'est pas l'unique raison d'être du droit du travail. Les idées de faiblesse et de dépendance y jouent aussi un rôle central. La raison d'être du droit du travail est duale. Elle est composée de subordination et de dépendance. Organiser le critère d'application du droit du travail sur la seule subordination en reléguant la faiblesse ou la dépendance au rang d'accessoire, apparaît dès lors inadéquat, intenable même.

### **2.3. Vers une complémentarité de la dépendance et de la subordination**

---

travail des travailleurs qui y sont, pour l'essentiel, aujourd'hui intégrés. (Em France, v. not. P.-H. ANTONMATTEI, J.-C. SCIBERRAS, préc., note 2; J. BARTHÉLÉMY, "Le professionnel parasubordonné", JCP, éd. E, 1996. I. 606; et sur l'effet d'exclusion obtenu dans les "exemples" étrangers, v. not. pour l'Italie, m. ASCOUËT, "Le contrat de projet": le nouveau visage de la parasubordination en Italie", Dr. soc. 2007, 879 et réf. cit.; pour l'Espagne, J.-M. GOERLICH PESET et A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, "Nouvelle étape dans la réglementation espagnole de 'l'hybride': précisions sur la notion de travailleur autonome économiquement dépendant et son statut", RDT 2009. 337 et réf. cit.).

60 V. réf. cit. note 6. La clarté nécessaire est aussi un argument convaincant en faveur de l'unité actuelle du champ du droit du travail, du régime général de la Sécurité sociale et du droit des accidents du travail.



Dès 1932, la Cour de cassation a dû accorder une place à la dépendance économique dans la détermination du champ d'application du droit du travail<sup>61</sup>. Cette influence a été conservée et même amplifiée<sup>62</sup>. Les travailleurs dominés, en situation de faiblesse, mais pour lesquels il était impossible de prouver qu'ils subissaient une direction et un contrôle dans l'exercice de leur travail, furent progressivement intégrés au droit du travail. Tel fut le cas, notamment, des travailleurs à domicile<sup>63</sup>, des VRP<sup>64</sup>, ou des gérants de succursale<sup>65</sup>. L'espèce même qui avait donné lieu à l'exclusion de la dépendance économique, celle de l'arrêt *Bardou*, fut partiellement incluse dans le champ d'application du droit du travail<sup>66</sup>. L'assouplissement jurisprudentiel et l'oeuvre du législateur ont ainsi permis d'atténuer fortement la rigueur d'une concentration sur le critère de la subordination et la dépendance économique a acquis bien plus d'influence que cela n'est communément reconnu. Le droit positif actuel semble même mieux se comprendre si l'on accepte de placer dépendance et subordination dans une relation de complémentarité et non de stricte hiérarchie.

Le droit du travail est une matière fondée par la dépendance et par la subordination. Il s'applique donc d'abord, et à l'évidence, aux travailleurs qui sont *dépendants et subordonnés*. Cette double appartenance identifie le coeur du domaine du droit du travail. Elle a déjà été utilisée à ce titre comme définition du contrat de travail au sein de certains arrêts – minoritaires, mais non isolés – de la Cour de cassation<sup>67</sup>. Elle ne suffit pas, cependant, à décrire les limites du droit du travail. La question est de savoir si certains travailleurs qui ne présentent qu'un de ces critères – qui sont subordonnés sans être dépendants, ou dépendants sans être subordonnés – peuvent se voir appliquer le droit du travail. La réponse à cette question semble plutôt

---

61 V. réf. cit. note 52.

62 V. réf. cit. notes 53 à 55.

63 Art. L. 7412-1 C. trav.

64 Art. L. 7311-1 et s. C. trav.

65 Art. L. 7321-1 et s. C. trav. Pour une application récente de ce texte, v. Soc. 1er février 2011, n° 08-45223 08.

66 M. Bardou était un gérant de succursale d'alimentation. Il serait aujourd'hui régi par les articles L. 7322-1 et s. du Code du travail.

67 V. not. Soc. 16 décembre 1980, n° 79-12978, Bull. V, n° 904; 19 janvier 1983, n° 81-16424, Bull. V, n° 21 (qui caractérise les contrats de travail par un "lien de dépendance et de subordination"); 9 mai 1979, n° 77-41406, Bull. V, n° 394 (pour lequel il s'agissait d'un "état de dépendance et de subordination"). L'usage conjoint de la dépendance et de la subordination est plus fréquent et plus récent au sein de la chambre criminelle: v. not. Cass. crim. 27 septembre 1989, n° 88-81182, Bull. crim. n° 807 ("les ouvriers concernés se trouvaient dans un état de dépendance économique et de subordination juridique caractérisant l'existence de contrats de travail"); 21 septembre 1994, n° 93-83218, Bull. crim. n° 301; 13 mars 1997, n° 96-81081, Bull. crim. n° 107; Crim. 26 février 1998, n° 97-80238, Bull. crim. n° 77.

négative. Mais ce refus d'intégrer les salariés qui ne sont que dépendants ou ceux qui ne sont que subordonnés est très atténué: il est réservé aux cas de *totale* indépendance ou de *totale* insubordination (2.3.2). Ce qui ne peut être compris qu'une fois expliqué comment dépendance et subordination se complètent, la force de l'une permettant de sauver la faiblesse de l'autre (2.3.1).

### **2.3.1. Deux notions sur un même plateau de la balance**

Les critères de la subordination et de la dépendance sont d'intensité variable: on peut être plus ou moins soumis et plus ou moins dépendant. L'admettre permet de placer les solutions jurisprudentielles actuelles dans un cadre explicatif rénové.

Dans la balance qui permet de juger de la qualification de contrat de travail, subordination et dépendance sont sur le même plateau. Une grande quantité de l'une rattrape une faible quantité de l'autre. L'intensité de la dépendance permet de se contenter d'une subordination atténuée ou accessoire (2.3.1.1). L'intensité de la subordination suffira, même en situation de faible dépendance économique (2.3.1.2).

#### **2.3.1.1. Une dépendance intense permet de se contenter d'une subordination limitée**

Le cas des médecins explicite cette solution. Ceux-ci sont parfaitement indépendants dans l'exercice de leur art, mais n'en sont pas moins qualifiés de salariés pour peu qu'ils soient en situation de dépendance économique, vis-à-vis d'une clinique par exemple, et ce même s'ils ne subissent qu'un pouvoir de direction accessoire ou résiduel, dans l'organisation de leur temps de travail par exemple<sup>68</sup>.

Ce rattrapage par la dépendance économique d'une subordination peu intense est parfois implicite<sup>69</sup>. Mais il est aussi, à l'occasion, directement lisible dans la motivation des arrêts de

---

68 V. not. civ., 25 juill. 1938, DH 1938. 530; Soc. 13 janvier 2000, Bull. V, n° 20 (médecin d'un centre de thalassothérapie qualifié de salarié, au motif principal de l'appartenance de sa clientèle au centre, ce qui caractérisait sa dépendance économique, et qui ne subissait que quelques très légères contraintes principalement d'horaires); Soc. 30 juin 2010, n° 09-67496.

69 V. Soc. 22 mars 2006, n° 05-42346, Bull. V, n° 119 (qualification de salariés d'un couple chargé de l'entretien et du gardiennage d'une propriété, malgré l'absence d'horaires, de pouvoir de sanction et, pour l'essentiel, de contrôle).

la Cour de cassation. Ainsi, récemment, un arrêt du 12 janvier 2011<sup>70</sup> n'invoque comme élément de direction que "des horaires de travail précis et fixes". Cette subordination limitée est complétée par la mention de l'impossibilité pratique pour le salarié "de travailler avec d'autres clients ou fournisseurs, compte tenu du temps consacré à ses prestations au service de son donneur d'ouvrage" et de ce "qu'il était tributaire des tarifs imposés par cette société". Ces éléments démontrent une dépendance économique intense. Ils ont permis à la Cour de compléter la faible subordination du transporteur routier en cause, pour en déduire sa qualification de salarié.

Dans une situation de dépendance économique plus faible ou moins bien caractérisée, un tel niveau de subordination serait insuffisant pour permettre la qualification de contrat de travail. Le cas des conférenciers de l'arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996<sup>71</sup> en est un bon exemple. Ces conférenciers, soumis notamment à des exigences d'horaires, étaient au moins aussi subordonnés que les médecins ou le chauffeur susvisés. Mais la brièveté de leurs contrats les plaçait dans une relative indépendance économique. Ceci ne rattrapait pas cela. La qualification de contrat de travail fut refusée<sup>72</sup>.

### **2.3.1.2. Une subordination claire permet de se contenter d'une dépendance économique limitée**

Un employé de maison ne travaillant que quelques heures chez de nombreux clients est peu dépendant de chacun d'eux. Son travail, par sa nature, est cependant étroitement soumis à la direction des personnes chez qui il travaille. Il mérite ainsi la qualification de salarié<sup>73</sup>. Il est à noter que cette situation n'est pas exclusive de toute dépendance économique: même si la part de rémunération tirée de la relation avec l'un des employeurs est très minoritaire, elle n'en est

---

70 N° 09-66982.

71 Préc. note 10.

72 V. aussi, dans le même sens Soc. 22 janvier 2009, n° 07-19039, Bull. V, n° 27, arrêt qui refuse aux arbitres de football la qualification de salariés de la Fédération française de football. Indépendants dans l'exercice de leurs fonctions, ceux-ci sont soumis à des règles d'organisation, un peu à la manière des médecins susvisés. En revanche, sous l'angle de la dépendance, la situation est différente. Les arbitres ne touchaient que des primes de match, occasionnelles (il ne s'agissait que des matchs organisés par la FFF), ce qui les plaçait dans une situation de moins grande dépendance économique que celle des médecins.

73 Cf. Soc. 11 mars 2009, n° 07-43977, Bull. V, n° 73, lequel déduit l'existence d'une subordination des seules fonctions d'employé de maison.

pas moins un supplément de rémunération utile, voire nécessaire à la personne. Ce qui place le travailleur dans une situation de dépendance, relativement faible, mais existante tout de même.

L'arrêt *L'île de la tentation* du 3 juin 2009<sup>74</sup> est un autre exemple possible de cette situation. Les participants avaient touché une indemnité non négligeable, mais on peut douter de ce qu'elle fut la motivation première des participants à l'émission de télé-réalité. Celle-ci ne devait durer qu'une dizaine de jours. Et, bien entendu, les participants n'avaient aucune perspective d'embauche ultérieure. Pour toutes ces raisons leur dépendance économique pouvait apparaître relativement faible. Les différents éléments de la subordination subie sont en revanche soigneusement précisés par l'arrêt, ce qui permettait clairement de conclure en l'espèce à la qualification de contrat de travail.

### **2.3.2. L'absence totale de subordination ou de dépendance**

Seule une absence totale de subordination juridique (2.3.2.1) ou de dépendance économique (2.3.2.2) peut exclure la qualification de contrat de travail, même lorsque l'autre élément est fermement caractérisé.

#### **2.3.2.1. Seule une absence totale de subordination exclut toute qualification de contrat de travail, même en situation de dépendance économique intense**

L'intensité de la dépendance économique suppose que le travailleur tire l'ensemble de ses moyens de subsistance, ou du moins leur très grande majorité, de la relation de travail. Elle est encore aggravée si le travailleur a des revenus faibles et qu'il est dépourvu de patrimoine professionnel. C'est dans cette situation que la perte d'emploi et de revenu aura les conséquences les plus graves, voire les plus dramatiques. Dans de telles situations, l'absence totale de subordination est difficilement prouvée, la moindre ingérence devant permettre la qualification de contrat de travail. Ceci permet sans doute de comprendre les arrêts du 6 octobre 2010<sup>75</sup> et du 3 novembre 2010<sup>76</sup>, relatifs, une fois de plus, à un contrat de « location » de taxi. La Cour, dans ces deux espèces, relève une série d'éléments qui caractérisent une dépendance

---

74 Préc. note 14.

75N° 08-45392.

76 N° 08-45391.

économique forte<sup>77</sup>. Et surtout, dans les deux cas, la Cour insiste sur le fait que les conditions des contrats obligeaient les conducteurs à se “livrer à une activité quotidienne particulièrement soutenue excluant toute liberté dans l’organisation du travail et les plaçant dans un état de subordination”. La dépendance économique était ainsi si forte qu’il en résultait une absence de liberté et donc, selon la Cour, une certaine subordination. La subordination semble ainsi principalement déduite de la force de la dépendance. La mention de directives imposées au conducteur, relatives à l’entretien du véhicule par le seul loueur ou à l’utilisation du véhicule par le seul locataire interdit de considérer que la dépendance nue avait ici suffi à qualifier le contrat de travail. Ces directives permettaient sans doute un certain contrôle, voire une direction indirecte. Mais le conducteur restait libre de ses horaires, de ses parcours, de sa clientèle, etc. La subordination était au mieux marginale et accessoire. La dépendance, en revanche, était particulièrement intense. La Cour en a déduit la qualification de contrat de travail.

De telles solutions doivent être approuvées et encouragées, particulièrement dans le contexte économique et social actuel. Le travail très peu subordonné, mais très dépendant, exécuté en situation de relative pauvreté, voire de misère, peut contraindre le travailleur à travailler bien au-delà des durées habituelles, voire des durées maximales du travail. Et cette situation est un risque croissant. La décentralisation productive, l’essor des entreprises “en réseau” promptes à externaliser leur main d’oeuvre ou encore la montée des statuts réservés aux travailleurs dits “autonomes”, comme celui d’auto-entrepreneur, sont autant de facteurs de ce risque. Réévaluer la portée de la dépendance économique dans la qualification de contrat de travail apparaît comme une évolution nécessaire pour protéger les situations de grande dépendance.

En revanche, plus l’intensité de la dépendance économique décroît, et plus une subordination importante peut être exigée. Il apparaît ainsi acceptable qu’un travailleur dépendant aisé, ayant d’importants revenus et (ou) un important patrimoine professionnel puisse échapper au droit du travail, alors même qu’il subit quelques ingérences – modérées – de son donneur d’ouvrage dans l’exécution de son travail. En cas de rupture de la relation de travail ces travailleurs dépendants auront des moyens financiers qui permettront d’amortir leur chute, voire d’acquérir un fonds de commerce. On peut aussi imaginer qu’ils auront des

---

<sup>77</sup> Les deux arrêts relèvent la précarité des contrats, la lourdeur du coût hebdomadaire de la location, et la lourdeur de la tâche nécessaire à la viabilité économique de la relation pour le travailleur. Le second arrêt note de surcroît la fixation unilatérale du prix par le loueur.

qualifications ou une expérience qui leur permettront de retrouver plus facilement un emploi. Leur situation n'est pas forcément enchanteresse, elle n'en est pas moins plus facile que celle du travailleur "de base" menacé d'exclusion sociale radicale et placé de ce fait dans une situation de dépendance bien plus intense. Même si les uns comme les autres tirent la totalité de leurs revenus d'une relation de travail unique, dont ils dépendent, l'intensité de leur dépendance n'est pas la même. Pour les premiers, une caractérisation d'au moins certains éléments de subordination peut être exigée. Ainsi se justifie la jurisprudence qui refuse, à juste titre, d'intégrer dans le salariat des sous-traitants exclusifs gérant d'importants chiffres d'affaires, des concessionnaires de grande marque, ou des mandataires-gérants, même lorsqu'ils subissent quelques interventions de la part de celui dont dépend leur activité économique<sup>78</sup>. Un travailleur "de base" serait qualifié de salarié bien plus facilement. Ce qui ne peut s'expliquer que par la différence d'intensité de la dépendance économique subie par les uns et par les autres.

### **2.3.2.2. Seule une totale indépendance économique exclut toute qualification de contrat de travail même en cas de subordination pleinement caractérisée**

Il n'est guère de totale indépendance économique dès lors que l'on dépend d'autrui pour une part, fût-elle faible, de son revenu. L'existence, ou non, d'une rémunération a ainsi un impact sur la qualification de contrat de travail. Mais cet impact est, désormais, indirect.

La jurisprudence la plus récente a, en effet, abandonné le critère de la rémunération comme élément nécessaire à la qualification de contrat de travail. Cet abandon a été expressément affirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 11 mars 2009<sup>79</sup>. Une décision d'appel avait refusé la qualification de contrat de travail au seul motif d'une absence de rémunération démontrée. La Cour casse cet arrêt pour manque de base légale, l'arrêt n'ayant pas recherché l'existence d'un lien de subordination. La solution est encore plus nette dans un arrêt du 26 mai 2010<sup>80</sup>, lequel qualifie de contrat de travail une relation de travail dans laquelle aucune rémunération n'avait été perçue. La solution s'explique par la dépendance économique

---

78 En ce sens, v. not. Soc. 18 février 2009, n° 07-42225 (gérant des succursales Chantemur); civ. 2, 2 mars 2004, n° 02-31153, Bull. civ. II, n° 78 (radiologues exerçant sur le matériel d'une clinique). V. aussi, l'art. L. 7321-2, et les conditions relativement sévères faites aux gérants de succursales pour être partiellement assimilés à des salariés. 79 Soc. 3 février 2011, n° 10-12194.

80 N° 05-44939. Il s'agissait d'assurer le secrétariat d'un avocat.



de la salariée. Celle-ci était au RMI et travaillait dans l'espoir d'une prochaine embauche, promise par le donneur d'ouvrage. La qualification de contrat de travail ici retenue malgré l'absence de toute rémunération doit être approuvée. Elle démontre que même en l'absence de salaire, une certaine dépendance économique peut exister, dépendance qui peut, comme en l'espèce, suffire à qualifier le contrat de travail en présence d'une subordination.

Dans l'autre sens, un travail subordonné faisant l'objet de très modiques contreparties, pourrait dans certains cas limites, être exclu du salariat. On pense ici, par exemple, au bénévole des restaurants du coeur, ayant par ailleurs des revenus tout à fait suffisants, et qui déjeunerait avec les personnes aidées par ces restaurants. L'avantage en nature ainsi reçu serait négligeable, insuffisant à caractériser une quelconque dépendance économique. La qualification de contrat de travail devrait alors être refusée, *même en cas de subordination caractérisée*. En revanche, si l'on se place dans un contexte d'où la générosité est exclue, la moindre contrepartie suffira à permettre la qualification de contrat de travail<sup>81</sup>.

En droit positif, la *totale* indépendance économique semble ainsi réservée au cas dans lesquels le travail subordonné peut être assimilé à un don, ce qui ne se conçoit que lorsque l'intention libérale peut être prouvée. Dès que la prestation a lieu à titre onéreux, la démonstration d'un lien économique, d'une dépendance économique au sens le plus large du terme, est faite. Et il suffira de caractériser une claire subordination pour emporter la qualification de contrat de travail.

Il demeure que, souvent, la Cour de cassation qualifie de contrat de travail en motivant au regard de la seule preuve de la subordination, sans se soucier aucunement de la dépendance économique<sup>82</sup>. Mais, ces décisions ont lieu à propos de relations de travail dont l'existence d'une rémunération est soit non contestée, soit démontrée. Ce qui suffit à impliquer l'existence d'une dépendance économique, au moins résiduelle.

### **3. LA REPARTITION DES RISQUES: UM INDICE A EXCLURE**

---

81 V. not. civ. 2, 11 mars 2010, n° 09-11560, Bull. II, n° 56 (participation d'un directeur d'établissement à un jury d'examen contre une vacation de 34,36 euros). Le pourvoi qui arguait d'une "rémunération dérisoire est exclusif de l'existence d'un lien de subordination" est rejeté.

82 V. par ex. Soc. 19 décembre 2007, n° 06-42773, Bull. V, n° 221; Soc. 3 juin 2009, L'île de la tentation, préc. note 14.

Comprendre le contrat de travail comme un contrat de répartition des risques est une idée ancienne<sup>83</sup>. Elle a connu un nouvel essor à partir des années 1970 sous la plume d'économistes assimilant le contrat de travail à une sorte de contrat d'assurance<sup>84</sup>: le salarié bénéficiaire d'un salaire fixe serait assuré contre les fluctuations économiques, lesquelles seraient à la charge de l'employeur, seul à assumer ces risques. Et c'est par une sorte de réciprocité que l'employeur pourrait se voir attribuer le profit, si celui-ci existe. L'idée a eu une influence, modérée, en droit français.

Il est vrai qu'elle n'est guère convaincante. Il existe bien un lien entre répartition des risques et contrat de travail, mais ce lien est indirect. Le contrat de travail est un contrat entre inégaux. Dans tous les cas, par application de ce contrat, une des parties se voit reconnaître un pouvoir juridique sur l'autre. Ce pouvoir implique une certaine répartition des risques. Le titulaire d'un pouvoir a l'obligation de réparer les dommages provoqués par les personnes qui lui sont soumises<sup>85</sup>. De même, il ne peut pas se retourner contre les personnes qui lui sont soumises pour exiger réparation du préjudice qu'il pourrait subir de leur fait<sup>86</sup>. La Cour de cassation l'exprime en ces mots: "un salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation et sa responsabilité ne peut se voir engagée qu'en cas de faute lourde"<sup>87</sup>. Cette norme est une *conséquence* du rapport de pouvoir. À l'instar de la subordination juridique, elle est un effet de la qualification de contrat de travail et non sa cause<sup>88</sup>.

---

83 Sur l'historique de l'utilisation de ce critère dans la définition du contrat de travail et dans la compréhension du salariat, notamment en Italie, V. not. Th. PASQUIER, L'économie du contrat de travail, LGDJ 2010, not. pp. 26 et s. et réf. cit.

84 V. not. C. AZARIADIS C. et J. STILGLITZ, "Implicit contract and fixed price equilibria", Quarterly Journal of Economics 1983, 98, supp., pp. 1-12.

85 Depuis le Code civil, la règle est présente au travers de la responsabilité du commettant du fait de son préposé. Elle est désormais généralisée comme fondement de l'ensemble des responsabilités du fait d'autrui (v. J. JULIEN, La responsabilité du fait d'autrui. Ruptures et continuités, préf. Ph. Le Tourneau, 2001, PUAM, n. 152 et s.). On rappellera que la responsabilité générale du fait d'autrui a pour critère le pouvoir d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité d'autrui, (v. not. Crim. 10 oct. 1996, n° 95-84187; civ. 2ème, 9 déc. 1999, n° 97-22.268, Bull. II, n° 189; civ. 2ème, 20 janv. 2000, n° 98-17005, Bull. II, n° 15, D. 2000. 571, note M. HUYETTE, JCP 2000. I. 241, n° 14, obs. g. VINEY, RTD civ. 2000. 588, obs. P. JOURDAIN), fût-ce temporairement (civ. 2ème, 22 mai 1995, n° 92-21197, Bull. II, n° 155, deux arrêts, JCP 1995. II. 22550, note J. MOULY). Sur le lien entre autorité et assumption des risques, v. déjà B. STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, préf. M. Picard, 1947, Rodstein.

86 Ici se trouve le fondement de la limitation de la responsabilité contractuelle du salarié aux cas de faute lourde (Soc. 27 novembre 1958, Société des forges stéphanoises, Bull. IV, n° 1259; Les grands arrêts du droit du travail, 4ème éd. n° 47; et les arrêts cités à la note suivante).

87 V. not. Soc. 21 janvier 1971, 70-40005, Bull. V, n° 43; 22 mai 1975, n° 74-40454, Bull. V, n° 265; Soc. 27 juin 1991, n° 89-44560.

88 Nécessairement intégré par la jurisprudence au sein de tous les contrats de travail, cet élément peut en revanche apparaître comme faisant partie de l'économie du contrat de travail: v. T. PASQUIER, th. préc.

Ceci se confirme par un raisonnement téléologique basique. La répartition des risques n'est pas la raison d'être du droit du travail. Ce n'est pas parce que le salarié n'assume pas les pertes qu'il doit être protégé. Ce n'est pas parce qu'il bénéficie d'une responsabilité limitée que des congés payés, un SMIC et plus généralement un Code du travail lui sont applicables. C'est tout l'inverse, c'est parce qu'il doit être protégé qu'il est mis à l'abri des risques de l'exploitation.

En pratique, la règle qui interdit d'associer aux pertes les salariés est relativement bien respectée. On peut y voir une certaine effectivité de la règle, mais aussi une sorte d'*habitus* ou de *plerumque fit*: l'assomption des risques par l'employeur est non seulement la situation exigée par le droit, mais elle est aussi ce qu'il advient le plus souvent. Et cette sorte de régularité a conduit la jurisprudence à lui faire jouer un rôle probatoire indirect. Le fait d'assumer les risques a ainsi pu être visé comme un indice de non-salariat, parmi d'autres. Un indice qui n'est ni nécessaire, ni suffisant, mais qui laisserait à penser que telle relation tient plus de l'indépendance que du salariat<sup>89</sup>.

Ce rôle mineur est déjà excessif. L'interdiction de faire supporter les risques de l'entreprise aux salariés est un effet de l'application du droit du travail. C'est une règle de protection impérative. Sa violation ne doit pas servir d'indice en faveur de son inapplicabilité. Un travailleur n'est pas moins subordonné ou moins dépendant parce qu'il assume les risques de son employeur. Au contraire, il est en situation de particulière faiblesse et mérite plus encore d'être protégé. C'est pour protéger les travailleurs auxquels l'employeur fait supporter les risques économiques de l'entreprise que la limitation de la responsabilité du salarié au cas de faute lourde a été édictée. Tendre à l'écarter parce qu'elle est inappliquée est malvenu.

L'exclusion de la répartition des risques comme indice est aujourd'hui d'autant plus nécessaire que les méthodes de gestion des ressources humaines se sont individualisées. Il est de plus en plus souvent demandé au salarié de faire la preuve de sa productivité, des gains qu'il permet de réaliser. D'importants efforts sont faits pour mettre le salarié directement au contact du client. Le travailleur est ainsi rapproché autant que faire se peut des résultats économiques de son travail. Cette tendance pousse l'employeur à imputer davantage le risque d'exploitation

---

89 V. not. civ. 2, 13 décembre 2005, n° 04-18104; Bull. II, n° 320: la Cour note que la personne "n'assumait aucun risque économique" ce qui s'ajoute à de nombreux autres indices pour permettre de conclure à l'existence d'un contrat de travail. Réciproquement, le fait d'assumer les risques économiques peut être retenu comme indice dans le sens qu'un travailleur n'est pas salarié (v. not. Soc. 29 novembre 1989, n° 87-40142, qui note qu'un agent d'assurance "avait la charge d'auto-financer son agence").

à ses salariés. Il en résulte un accroissement de la pression subie et de la subordination ressentie. Dans un pareil contexte, écarter un travailleur du salariat en tirant argument des risques économiques qu'il subit apparaît comme un contresens.

Pour finir, il est possible de résumer le propos en trois conclusions, avant d'émettre une proposition de redéfinition de la notion de subordination, telle qu'elle est utilisée lors de la qualification de contrat de travail.

#### **4. TROIS CONCLUSIONS**

1) Le rôle d'indice que la jurisprudence fait jouer à la répartition des risques lors de la qualification de contrat de travail est contestable.

2) La jurisprudence érige au rang de critère central du contrat de travail la subordination. Celle-ci est composée de direction, de contrôle et de capacité à prendre des sanctions. C'est la présence de ces éléments en fait, dans la pratique, qui importe. La question porte donc sur l'"état de subordination". Le "lien juridique de subordination", lui, est un effet de droit que la jurisprudence reconnaît à tout contrat qualifié de "contrat de travail". Il ne joue aucun rôle lors de la qualification de contrat de travail.

3) Les solutions du droit positif peuvent être décrites dans un cadre d'analyse où subordination et dépendance sont placées sur un pied de relative égalité. Le critère central du contrat de travail apparaît alors être un composé de subordination et de dépendance, l'intensité de l'un de ces éléments permettant de suppléer la faiblesse de l'autre.

#### **5. UNE PROPOSITION**

La pleine reconnaissance de la dualité du contrat de travail, faite d'obéissance et de dépendance, pourrait suivre deux voies. L'une serait d'ajouter aux motivations actuelles, centrées sur la "subordination" la mention expresse de la "dépendance économique". L'autre consisterait à redéfinir l'"état de subordination" qui forme le critère central du contrat de travail. Cette seconde solution apparaît plus adéquate.

L'arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996<sup>90</sup> a défini la subordination comme la résultante du pouvoir de l'employeur, et cette définition est depuis régulièrement reprise<sup>91</sup>. Elle n'est pas, pourtant, convaincante. Le "subordonné", étymologiquement, c'est simplement celui qui est en-dessous. Ce peut être aussi bien celui qui obéit que celui qui est en état de dépendance économique. Au demeurant, subordination de fait et dépendance économique étaient un peu mélangées au début du XX<sup>e</sup> siècle, le clivage doctrinal opposant bien plus les tenants d'un lien de droit (subordination juridique) et ceux qui croyaient en la nécessité de s'attacher à un lien de fait (dépendance économique ou subordination de fait)<sup>92</sup>.

Face à de tels mélanges, M. de Lapalice risque de s'inquiéter. N'avait-il pas réussi plus haut à affirmer avec force: "la subordination n'est pas la dépendance"? Il faut le rassurer. La subordination dont il parlait alors était celle définie par la jurisprudence, elle était une soumission au pouvoir, une obéissance. M. de Lapalice peut toujours affirmer avec raison que: "L'obéissance n'est pas la dépendance". Mais l'état de subordination pourrait, lui, désigner désormais ce plateau de la balance sur lequel les dépendances et les obéissances s'additionnent. Il pourrait plus précisément être défini comme *l'état de faiblesse du salarié vis-à-vis de son employeur, cet état étant composé de dépendance et d'obéissance dans l'exécution ou l'organisation du travail*.

L'état de subordination pourrait alors redevenir le critère unique du contrat de travail, sans abandonner le dualisme des fondements du droit du travail, et en suivant la lettre des textes qui font mention de la "subordination"<sup>93</sup>.

Il reste à noter qu'à la différence du pouvoir, la dépendance ne peut être qu'un lien de fait, elle ne peut être un lien de droit. Il en résulte que, *l'état de subordination* peut être dual, mais que la *subordination juridique* ne le peut pas. Elle ne saurait intégrer de "dépendance juridique", élément qui ne peut avoir aucun sens. Elle doit donc conserver son sens actuel, celui d'être le pendant du pouvoir juridique accordé à l'employeur.

---

90 Préc. note 10.

91 V. réf. cit. note 18.

92 V. réf. cit. note 51.

93 V. les art. L. 8221-6 II, C. trav.; 12 de la loi du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif; L. 120-7 du Code du service national.