



Jacques Le Goff

## Subordination, la belle ambiguë Retour aux sources du contrat de travail

Le travail n'est pas une marchandise mais une relation que la subordination industrielle fondatrice de la société salariale ne suffit plus à définir. L'époque est à une conception plus large du contrat de travail par redécouverte de sa philosophie initiale de prise en compte du contexte d'organisation de l'activité. La subordination économique retrouve de la vigueur.

Professeur émérite des Universités (Droit public, Brest-Quimper). Ancien inspecteur du travail. Auteur de *Du Silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*. Préface de Laurent Berger. 4ème édition, Presses universitaires de Rennes, 2019.

Alors que l'ubérisation des salariés s'étend, la jurisprudence éclaire sur la difficulté à distinguer subordination et autonomie. Quelle est votre analyse ?

**Jacques Le Goff.** La Cour de cassation a rendu un arrêt important dans une affaire opposant la société Uber à un chauffeur de taxi indépendant<sup>1</sup>. Celui-ci réclamait la reconnaissance de sa qualité de salarié avec toutes les conséquences qui s'ensuivent en termes de protection sociale. Confirmant la position de la Cour d'appel de Paris, la Haute juridiction a accédé à sa demande en considérant que « *le statut de travailleur indépendant de M. X... était fictif* » et le lien de subordination bien réel. En conséquence : requalification. Cet arrêt soulève de vraies questions relatives d'abord à sa portée – sans doute

1 Chambre sociale, arrêt « Uber » n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316).

Cadres n° 485, juin 2020

17





peut-on parler d'un tournant - et surtout à ses enjeux du fait du brouillage de la frontière entre le statut de salarié et celui d'indépendant.

C'est donc une décision importante, la première de ce niveau concernant Uber, figure de proue des plateformes collaboratives qui avait déjà eu maille à partir avec des tribunaux aussi bien en Grande-Bretagne qu'aux Etats-Unis. En France, il y en a eu quelques autres mais relatives à des sociétés un peu moins connues. Une nouvelle fois, la Chambre sociale manifeste son grand réalisme dans l'approche du problème de qualification en refusant très clairement de céder à l'illusion d'appellations juridiques non conformes à la réalité. Selon la formule devenue rituelle depuis

***Seule compte la réalité très concrète de la situation dont nous inférons la vérité du droit applicable par recours au critère de subordination.***

1983, « *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* ». En d'autres termes, peu importe dit le juge la manière dont vous nommez les choses en parlant de « travail indépendant » ou « d'autoentrepreneur » parfois à la manière de Gorenflot qui, selon Alexandre Dumas, baptisait les lapins « carpes » afin d'en manger en toute tranquillité d'esprit les jours d'abstinence. Seule compte la réalité très concrète de la situation dont nous inférons la vérité du droit applicable par recours au critère de subordination.

Si donc cette décision est importante, c'est d'abord parce qu'elle démasque une nouvelle fois les tentatives d'escamotage au profit d'acteurs économiques qui veulent contrôler au mieux les « travailleurs » à leur service en se dédouanant des contreparties en termes de protection sociale salariale. Mais elle est aussi intéressante par les incertitudes qui entourent désormais l'identification même de la subordination dans un contexte de forte affirmation de l'autonomie dans le travail.





Les entreprises n'ont pas attendu la numérisation du marché du travail pour se désister de leurs responsabilités.

**J. L.G.** Cet escamotage n'est pas un phénomène inédit : ce procédé accompagne au fil du temps les progrès du droit social par recherche de solutions de contournement et spécialement lorsque la conjoncture se tend comme au début des années 1980 où l'on a vu le phénomène prospérer à grande échelle sous l'appellation tantôt de « faux artisans » ou de « salariés-artisans » comme je l'avais proposé dans un article de 1982 au *Monde* où j'attirais l'attention sur un phénomène que je venais de découvrir en tant qu'inspecteur du travail avec nombre de mes collègues : je passe à proximité d'un chantier de construction dans le Finistère et je vois des travailleurs évoluant sur des charpentes à 8 mètres de hauteur sans la moindre protection. Je m'arrête et procède à contrôle. Sur le champ, l'un des ouvriers brandit une carte d'artisan avec goguenardise. A quoi je rétorque : « *Vous pouvez vous tuer à votre compte, ce n'est pas mon problème ! Mais c'est tout de même stupide* ». Ebranlé par l'argument, il lance : « *Eh bien, parlons-en avec le chef d'équipe* ». Stupeur : un « chef d'équipe » d'artisans ! C'était une configuration totalement inédite ! Et je vais vite comprendre l'ampleur du phénomène concernant pour une même entreprise 50 salariés sur 200, invités à prendre leur carte d'artisan avec engagement de fournir du travail en permanence, à la manière d'Uber avant l'heure. Ils découvriront sans retard que, pour maintenir leur revenu antérieur, il faut travailler beaucoup plus et souvent sans protection. Une chute mortelle le confirmera, ce qui libérera la parole. Objet de procès-verbaux, l'entreprise en question se verra condamnée au pénal après requalification de la relation de travail en contrat de travail sur la double base de la subordination économique (travail exclusif pour l'ancien employeur) et juridique (contrôle constant par un chef d'équipe, fourniture des pièces de charpente, véhicules à l'enseigne de l'entreprise...). La Cour de





cassation approuvera la Cour d'appel d'avoir « *restitué [aux contrats] leur véritable nature juridique, la seule volonté des intéressés étant impuissante à soustraire des travailleurs au statut découlant de leur tâche* »<sup>2</sup>. Ce qui n'empêchera pas l'extension des faux artisans aux secteurs des taxis, déjà, des transports routiers et navals... avant l'économie dite « collaborative ».

### En quoi la subordination est-elle une notion ambiguë, porteuse d'incertitudes ?

**J. L.G.** Cela tient à ce que des choses qui étaient auparavant claires sont progressivement devenues incertaines. Au fil du temps avait prévalu le critère de subordination juridique consistant dans le fait, pour le salarié, de se trouver soumis aux « trois pouvoirs » comme on disait : de donner ordres et directives ; d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. Sur la base d'indices convergents, on pouvait, sans trop de peine, dans les cas litigieux, établir la réalité de ces pouvoirs. C'est devenu aujourd'hui beaucoup plus délicat du fait de l'euphémisation des pouvoirs exercés sur un mode plus soft. Les ordres sont souvent remplacés par des objectifs sur un mode pseudo-contratuel ; l'exécution fait de moins en moins l'objet d'un contrôle sur le processus de travail comme au temps des contremaîtres. Le salarié est à distance chez la clientèle ou en télétravail et donc le curseur se déplace en direction des résultats quantitatifs et qualitatifs. Reste le pouvoir de sanction quant à lui presque inchangé même si les ruptures contractuelles prévalent majoritairement. Il devient donc envisageable de gommer une bonne part de la subordination comme dans le cas des chauffeurs d'Uber. Mais pas toujours suffisamment pour masquer totalement la réalité. Dans le cas de mes « salariés-artisans », je me souviens d'avoir consacré 15 pages à la démonstration du statut de salarié alors que mon procès-verbal n'en faisait que trois.

<sup>2</sup> Cour de Cassation, Chambre criminelle, arrêt « Guegan » du 29 octobre 1985 (84-95.55).





Ces difficultés expliquent le déplacement de l'analyse en direction d'un indice qui pourrait devenir un véritable critère : l'intégration au sein d'un service organisé. Il s'agit d'un critère à la fois organisationnel, économique et juridique tenant à ce que le travail s'effectue dans un cadre fixé par le donneur d'ouvrage. Dans ce cas, le travailleur indépendant perd la maîtrise de l'organisation de son travail. C'est ce que souligne la Cour de cassation dans l'affaire Uber en notant

que « *M. X... a été contraint pour pouvoir devenir "partenaire" de la société Uber BV et de son application éponyme de s'inscrire au Registre des Métiers et que, loin de décider librement*

***Le déplacement de l'analyse en direction d'un indice qui pourrait devenir un véritable critère : l'intégration au sein d'un service organisé.***

*de l'organisation de son activité, de rechercher une clientèle ou de choisir ses fournisseurs, il a ainsi intégré un service de prestation de transport créé et entièrement organisé par la société Uber BV, qui n'existe que grâce à cette plateforme, service de transport à travers l'utilisation duquel il ne constitue aucune clientèle propre, ne fixe pas librement ses tarifs ni les conditions d'exercice de sa prestation de transport, qui sont entièrement régis par la société Uber BV. »*

**Si le critère de maîtrise de son organisation de travail est essentiel, pourquoi avoir si longtemps autant insisté sur le lien de subordination ?**

**J. L.G.** La notion de subordination, qui est le fait d'être soumis à une autorité, dans sa définition domestique, répond de manière assez simple et apparemment claire à l'impératif de protection des travailleurs en situation de faiblesse. Et à quoi reconnaît-on cette faiblesse ? A l'asymétrie que dévoile la posture subordonnée. Une situation qui appelle en contrepoint des mesures compensatoires





de rééquilibrage. Tout le droit du travail prend appui sur ce constat initial lié au développement de l'industrie qui révèle, au sein de la catégorie générique des « ouvriers », terme qui au XIXe siècle désigne aussi les artisans, la différence statutaire de fait entre ceux qui sont effectivement indépendants et la part croissante de ceux qui travaillent en usine sans voix au chapitre. Et donc la question va finir par devenir inévitable : mais qu'est-ce qui, juridiquement, spécifie la situation de ceux auxquels sera bientôt réservée l'appellation d'« ouvriers » bien distincts des artisans ? La réponse va venir avec l'application de la grande loi du 9 avril

***La possibilité même d'un droit du travail qui va prendre appui sur la subordination pour impulser un mouvement d'émancipation destiné à la réduire tout en tirant toutes les conséquences en termes de responsabilité.***

1898 relative aux accidents du travail et à leur régime de réparation. Ne sont, selon ses termes, bénéficiaires du régime protecteur que « *les ouvriers et employés* ». Ce qui soulève la question juridiquement problématique : mais qu'est-ce donc qu'un ouvrier ou un employé, et à quoi les reconnaît-on ?

Faute de définition légale, c'est aux tribunaux qu'il incombera d'en décider. Le mode de rémunération (à l'heure ou à la tâche) ayant assez rapidement été écarté pour défaut de fiabilité, c'est le critère de *subordination technique et juridique* qui sera retenu dans un premier temps - est *ouvrier* ou *employé* celui qui, placé sous la *dépendance* et les *ordres* d'un autre qui lui garantit la fourniture d'un travail en échange d'une rémunération - avant entrée en lice du critère de subordination économique, plus extensif et partant plus intégrateur au régime protecteur du droit du travail et, plus encore, à celui des assurances sociales. Devant le risque d'extension presque infinie, le retour à la subordination juridique finira par s'imposer en 1931 par un arrêt de principe du 6 juillet.

Ainsi naît le contrat de travail à l'orée du XXe siècle. C'est un moment fondateur puisque de cette opération-vérité dépendait la possibilité même d'un





droit du travail qui va prendre appui sur la subordination pour impulser un mouvement d'émancipation destiné à la réduire tout en tirant toutes les conséquences en termes de responsabilité. Simultanément, se trouve affirmée la nature personnelle de ce nouveau contrat dont le député A. Groussier dira en 1910 : « *Le travail ne doit pas être assimilé à la chose ; ni l'ouvrier, ni son travail ne doivent être susceptibles de louage comme la chose. Le travail n'est pas une chose comme la maison, c'est un acte, une action comme le prêt, la vente et l'on doit pouvoir dire contrat de travail comme on dit contrat de vente...* ». En d'autres termes, le travail n'est pas une marchandise mais bien une relation.

Cette révolution se heurte évidemment à la forte résistance d'une partie du monde patronal qui va s'efforcer de contourner l'innovation par des biais très variés que j'ai analysés dans mon histoire du droit du travail<sup>3</sup>, dont déjà l'extériorisation du travail selon des rapports de droit commercial. Et il y est d'autant plus incité que le monde du travail lui-même prend très mal la définition de son statut par une « subordination » de tonalité féodale. Cette même raison expliquera d'ailleurs la non moins forte résistance au CDI identifié à un attachement à vie à l'employeur. Il faudra attendre les années 1930 pour que son image évolue positivement à la faveur des contreparties nouvelles sous la forme des assurances sociales. De là date l'entrée dans la société salariale.

## Où en est le contrat de travail aujourd'hui alors que le salariat est questionné de toutes parts ?

**J. L.G.** Il semblerait que son identité soit devenue problématique et sa spécificité sujette à débat. Cela résulte de la conjonction de deux facteurs. Le premier est idéologique, je veux parler du discours des avocats de la libéralisation du monde de l'entreprise par conver-

<sup>3</sup> *Du Silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours.* Préface de Laurent Berger. 4ème édition, Presses universitaires de Rennes, 2019.





sion des rapports de travail au régime commercial du contrat d'entreprise. Fini le contrat de travail réputé d'un autre temps, place à la liberté dans l'égalité reconquise ! Le travail indépendant est donc appelé à gagner du terrain et devenir un jour majoritaire. C'est la conviction de Jean-Pierre Gaudard dans un ouvrage au titre abrupt *Fin du salariat* (2013), salariat réputé « sur le déclin » du fait de l'autonomie croissante des individus, de la remise en cause des modèles d'organisation hiérarchiques, de l'essor de l'économie de réseaux, de la révolution technologique

***Un triple changement dans le style du travail du fait de l'autonomie croissante au sein même du travail salarié, d'un désir croissant d'indépendance dans l'activité particulièrement chez les plus jeunes, et des choix politiques de privilégier le travail indépendant.***

renforçant le pouvoir des individus, ainsi que de la démocratisation et du partage des connaissances... Une évolution saluée avec enthousiasme par les libertariens qui l'appelaient de leurs vœux depuis longtemps. Souvenons-nous de William Bridges menant la charge, dans *La Conquête du travail* (1995), contre le

salariat « *grand inhibiteur du changement* » au nom de l'utopie d'une société entièrement fondée sur des rapports de type commercial. Le titre du premier chapitre affichait la couleur : « *Requiem pour l'emploi salarié* ». L'emploi salarié, explique-t-il, est apparu contreproductif du fait de son caractère de « *solution rigide à un problème élastique* ». « *A une époque où les contours du travail à réaliser, se redessinent en permanence, cette rigidité constitue un luxe qu'on ne peut plus se payer* ». De surcroît, le salariat « *est synonyme de malheur pour une masse d'individus [...] enfermés dans des cases [...] où ils rongent leur frein à devoir exécuter des tâches répétitives sans la moindre autonomie* ». La fin du salariat ouvrirait donc l'horizon d'une complète libération.

Une seule alternative : chacun doit « se convertir soi-même en entreprise » et devenir l'autogestionnaire de sa propre société « *Moi S.A.* » dans un contexte glo-





bal du « tout marché » rendu à sa bienfaitante fluidité.

Le second facteur est sociologique, lié à un triple changement dans le style du travail du fait de l'autonomie croissante au sein même du travail salarié, d'un désir croissant d'indépendance dans l'activité particulièrement chez les plus jeunes, et des choix politiques de privilégier le travail indépendant tout en l'entourant de garanties inusitées qui contribuent au brouillage.

Je n'insiste pas sur ces aspects que j'ai analysés par ailleurs, pour plutôt attirer l'attention sur le fait manifeste de la relative obsolescence du critère d'identification du contrat de travail. On pourrait presque dire qu'il perd son âme. Et cela résulte de ce que la subordination juridique peut fort bien faire l'objet d'une élision presque complète créant l'illusion de l'indépendance alors même que le travailleur se trouve convaincu d'être privé de liberté et placé dans un état de dépendance sinon de subordination. Dans ces situations, comme chez Uber et bien d'autres, le critère distinctif classique s'érousse.

Dans sa décision Uber de mars dernier, la Cour de cassation en a pourtant fait usage mais en insistant plus fortement que par le passé sur « *le travail au sein d'un service organisé lorsque l'employeur en détermine unilatéralement les conditions d'exécution* ». Ce qui est toujours présenté comme un « indice » de subordination complétant les indices plus classiques des trois pouvoirs, fait l'objet d'une telle insistance qu'on peut se demander si l'indice n'est pas en train de devenir le critère déterminant de nature organisationnelle. Donc, dès lors qu'un « indépendant » se trouve intégré à une organisation qu'il ne contrôle en rien, ou presque, on peut commencer à s'interroger sur la vraie nature de son statut. On devine, sans peine, que le fait de ne dépendre que de ce « service organisé » dans une relation d'exclusivité redonne des couleurs à la subordination économique.

Nous sommes sans doute, aujourd'hui, à la croisée





des chemins et à la veille d'une puissante inflexion de l'approche pour coïncider au mieux avec la réalité du terrain. C'est ce que plaident nombre de juristes pour qui, selon les termes du rapport du conseiller M.-A. Valéry, « *le concept de subordination serait vieillissant et dépassé à l'heure où un nombre toujours plus grand de salariés jouit d'autonomie dans l'exercice de ses conditions de travail* ».

Et c'est donc à un retour à la philosophie initiale du contrat de travail qu'on assiste par prise en compte de la faiblesse caractéristique du statut du travailleur sur les plans organisationnel et économique. La question discriminante devient donc : le salarié garde-t-il la maîtrise de son activité et reste-t-il en position de négocier avec le donneur d'ordre ? Dans le cas d'Uber, la réponse est négative. J'observe qu'Emmanuel Dockès dans *Pour un autre Code du travail* (2017) suggère de définir, pour la première fois légalement, le contrat de travail par la « situation de faiblesse » liée à ce qu'« une personne dépend des moyens ou de la volonté d'autrui ».

### Les conséquences de la crise sanitaire vont-elles accélérer l'ubérisation des travailleurs ?

**J. L.G.** Plusieurs possibilités s'envisagent. La première consisterait à créer entre les salariés et les indépendants un tiers statut intermédiaire de parasubordonné du type « worker » en Grande-Bretagne et « TRADE » (Travailleurs autonomes économiquement dépendants). En bons cartésiens, nous n'aimons pas beaucoup en France ces configurations tierces qui nous paraissent génératrices de complication et de confusion.

La deuxième possibilité serait évidemment de gommer une part des différences statutaires en rapprochant les uns des autres selon la philosophie unificatrice du contrat d'activité. Elle est mise en œuvre dans le cas des « *travailleurs utilisant une plate-forme*





*de mise en relation par voie électronique* » qui se sont vu reconnaître par la loi El Khomri du 8 août 2016 un certain nombre de droits parmi lesquels le droit à la formation professionnelle, la validation des acquis de l'expérience, un « substitut de droit de grève » comme droit de mener des mouvements de refus concerté de fournir leurs services en vue de défendre leurs revendications professionnelles, le droit de constituer une organisation syndicale, la prise en charge des cotisations accident du travail. Une configuration

d'eaux mêlées qui fut inaugurée dans les années 1990 par le dispositif de portage salarial permettant à des indépendants d'entrer formellement dans un statut de salarié sans

***Si ses formes sont appelées à connaître une ou des mues, il ne fait pas de doute que le travail salarié a encore devant lui un bel avenir.***

rien concéder de leur indépendance, et donc sans état de subordination autre qu'économique et encore ! Un schéma inverse des salariés-artisans pour un résultat équivalent. Le problème est que, sous prétexte de prendre acte d'une incontestable évolution, ces dispositifs pourraient faire le lit de ce dont ils cherchent à contenir les effets néfastes, à savoir l'individualisation des parcours et plus encore la flexibilité générale et la liquidité d'un travail rendu parfaitement fluide sous la forme de missions asservies aux besoins de l'économie.

Reste donc la troisième possibilité : celle d'adaptation jurisprudentielle progressive selon l'inspiration pragmatique précédemment évoquée. C'est à mon sens la plus probable et la plus urgente compte tenu de la révolution introduite dans le travail par le numérique et amplifiée par l'explosion du télétravail passé de 1,7 millions de salariés concernés, pour la plupart à mi-temps, à 8 millions majoritairement à plein temps avec probabilité de stabilisation à un haut niveau. Même si ses formes sont appelées à connaître une ou des mues, il ne fait pas de doute que le travail salarié a encore devant lui un bel avenir.

*Propos recueillis par Laurent Tertrais*

