

31 MAI 2011

## DEPENDANCE ECONOMIQUE ET SUBORDINATION JURIDIQUE

### REGARD DU MAGISTRAT

J.L. GILLET

#### Plan de l'exposé

#### I. SUBORDINATION ET DEPENDANCE : DES DONNEES POUR LE JUGE

##### A. La dimension procédurale

###### *-clé de compétence*

-c'est par la subordination juridique que passe la compétence prud'homale

-la simple dépendance économique est sans incidence sur les règles de compétence

###### *-clé de marche du procès*

-partie faible et partie forte

-les preuves et le doute

##### B. La dimension stratégique

###### *-subordination recherchée ou subordination déniée*

-pour la qualification du contrat de travail

-pour l'assujettissement au régime général de sécurité sociale

###### *-subordination formelle ou subordination réelle*

-l'articulation avec les mandats sociaux

-l'articulation avec les qualifications

#### II. SUBORDINATION ET DEPENDANCE : UNE ACTION POUR LE JUGE

##### A. Systematisme ou empirisme ?

###### *-systematisation*

-rejet du critère de dépendance économique pour la définition de la relation de travail

-affichage des critères présidant à une requalification

###### *-tâtonnements*

-kaléidoscope des constatations

-recul du critère du service organisé

##### B. Croyance ou scepticisme ?

###### *-les situations claires :*

-la dépendance comme sous-bassement de la subordination

###### *-les situations moins claires*

-malaise minimum : la subordination sans la dépendance

-malaise maximum : la dépendance sans la subordination

Tout juge est à la fois débiteur d'une sauvegarde d'égalité et d'équilibre et familier de la prise en compte de formes variées d'inégalité. La subordination juridique et la dépendance économique sont au nombre de ces formes d'inégalité.

*La subordination juridique* est une notion de droit, elle se constitue par le jeu croisé de droits subjectifs et d'obligations, qui font pencher d'un certain côté la balance relationnelle entre deux ou plusieurs personnes. Elle se reconnaît à des critères de même nature, qui définissent un pouvoir exercé par quelqu'un sur un autre ou sur d'autres. Elle a une source en droit positif : un contrat, tel le contrat de travail, ou un statut légal, tel celui des fonctionnaires.

*La dépendance économique* est un pur état de fait, qui résulte des positions des partenaires intéressés sur un marché. La balance penche du côté de celui qui est en position de force, offreur ou demandeur. La position de faiblesse de l'autre ou des autres les expose à devoir subir sa volonté ou à épouser ses intérêts, en donnant éventuellement leur consentement à des contrats déséquilibrés, en termes par exemple de fournitures, d'approvisionnement ou de prix. Ce rapport de force peut avoir été formalisé par un contrat, par exemple par une stipulation d'exclusivité, et parfois ce contrat va si loin qu'il confine ou équivaut à la subordination juridique. Ainsi s'ouvre la porte de la « *requalification* », démarche connue du juriste.

Dans la régulation des rapports sociaux productifs (ne parlons pas ici des rapports de consommation), le juge, dont le regard est ici sollicité, prend en compte les deux formes d'inégalité. Subordination et dépendance sont pour lui *des données* (I) et elles lui offrent *un terrain d'action* (II).

## I. SUBORDINATION ET DEPENDANCE : DES DONNEES POUR LE JUGE

Ces données ont une dimension procédurale et une dimension stratégique.

A. La dimension procédurale est simple : Ces données offrent au juge et aux parties une double clé.

a. *D'abord une clé de compétence*, parce que la forme accomplie de subordination juridique est celle qui se rencontre dans le contrat de travail. C'est par l'existence d'un tel contrat que passe la compétence prud'homale, telle que la définit l'article L. 1411-1 du code du travail, et seules peuvent tempérer la rigueur de ce critère les extensions légales du statut de salarié, plus ou moins inspirées de situations de dépendance économique contenues aux articles L. 7111-1 et suivants du même code. La subordination juridique est donc, outre ces cas, *un critère de compétence*. Elle fait partie de « *la question de fond dont dépend la compétence* » au sens des articles 80 et 95 du code de procédure civile.

La simple dépendance économique laisse évidemment intactes les règles ordinaires de compétence civile ou commerciale.

b. *Ensuite une clé pour la marche du procès* car la subordination ouvre, quand elle existe, un certain nombre de conséquences liées à un statut de « *partie faible* », telles celles relatives au *régime des preuves*, régime qui facilite évidemment la tâche probatoire de la partie présumée s'être trouvée en état de subordination au temps du rapport fournissant la matière du contentieux, et qui lui vaut notamment de voir le doute lui bénéficier comme en matière de motifs de licenciement ou encore l'adversaire être tenu d'apporter la preuve contraire à son allégation, certes circonstanciée, comme en matière d'heures supplémentaires ou de discrimination.

Ces conséquences, la simple dépendance économique ne les ouvre pas, ou tout au moins elle ne les porte pas spécifiquement. Elle ne peut qu'inspirer au juge la mise en œuvre de techniques ordinaires du droit privé commercial ou civil, tels le recours à des présomptions ou la modération des clauses pénales ou encore la vérification de la liberté du consentement.

B. La dimension stratégique, ou encore sociologique, est peut-être plus délicate à caractériser.

Dans la stratégie des parties comme dans leur position sociologique se trouvent des éléments très parlants et révélateurs de l'ambivalence de ces notions.

a. *Présence, d'abord, d'une subordination recherchée et d'une subordination déniée* dans deux domaines statistiquement très importants

- pour la qualification du contrat de travail, celui dont la situation dépend d'un contrat que les parties n'ont pas revêtu de cette dénomination mais, par exemple, de celle de louage ou de franchise, et qui entend être tenu pour partie faible apte à bénéficier d'un régime protecteur recherche la subordination pour apparaître comme salarié, l'autre la dénie pour ne pas apparaître comme employeur ;

- pour l'assujettissement au régime général de sécurité sociale, les positions sont en général inverses : celui qui apparaît comme partie à un contrat qui ne serait pas de travail et ne le tiendrait donc pas pour employeur entend que soit écartée la subordination de l'autre partie pour ne pas devenir employeur et pouvoir échapper à l'assujettissement et aux cotisations afférentes. L'URSSAF soutient bien sûr la thèse inverse pour accrédiéter le redressement qu'elle a opéré et qui est à l'origine du contentieux.

b. *Présence, ensuite, d'une subordination formelle et d'une subordination réelle*. Il est manifeste que le caractère concret de subordination dans le rapport de travail est tributaire au moins de deux facteurs, dont le jeu peut transformer une présumée subordination en hypothèse d'école :

- d'une part, l'articulation de ce rapport avec un autre rapport, qui est celui des *mandats sociaux* qui certes coexistent mal avec le contrat de travail mais qui peuvent en fait le précéder ou lui succéder de peu ou de très peu au point de composer avec lui un environnement sociologique unique en dépit de la théorie de suspension de droit qui les empêche de s'exécuter simultanément.

- d'autre part la présence ou l'absence, chez le subordonné théorique, d'une *qualification* qui, nonobstant sa nature purement technique, érige son détenteur en un agent véritable de décision.

On ne s'étonnera pas, dès lors, que subordination juridique et dépendance économique constituent un terrain d'action pour le juge.

## II. SUBORDINATION ET DEPENDANCE : UNE ACTION POUR LE JUGE

Cette action se trouve placée, je pense, sous une double interrogation qui dicte au juge à la fois ses objectifs et ses moyens de décision.

A. Systematisme ou empirisme ? Ce sont les termes de la première interrogation. Il existe ici un affichage, une série de principes proclamés confinant au systematisme, et à l'opposé des tâtonnements et hésitations qui caractérisent, à tout le moins, un grand empirisme.

a. *Le systematisme consiste en deux éléments :*

Le premier élément est *le rejet du critère de dépendance économique pour la définition de la relation de travail*, cette dépendance étant un peu ravalée au rang d'une donnée idéologique. Cela vaut quelle que soit la rigueur ou l'objectivité que puissent procurer à la dépendance économique des tentatives de définition telle celle la présentant comme acquise lorsque celui qui fournit le travail en tire son unique ou principal moyen d'existence et quand celui qui paye le travail utilise entièrement ou régulièrement l'activité de celui qui le fournit. Cela a toujours été la position affichée

de la Cour de cassation. Les ouvrages citent un arrêt de 1931. Elle a besoin du droit formel -la subordination juridique- pour lire le rapport d'inégalité, et elle impose au juge de le rechercher si cela est nécessaire en se livrant au besoin à la démarche de requalification, la qualification donnée au contrat par les parties étant évidemment indifférente.

Le second élément est par suite *un affichage des critères présidant à une telle requalification*. On peut résumer cet affichage en mentionnant deux éléments :

- La substance de l'arrêt du 13 novembre 1996 énonçant que 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 de son subordonné* ». Trilogie, donc, de la prestation, de la direction et du pouvoir disciplinaire ;

- La prééminence de plus en plus affirmée, dans cette trilogie, du *critère disciplinaire*. Le pouvoir de sanction parachevant le pouvoir de direction paraît devenir la pierre angulaire de la subordination. Cela a par exemple inspiré un arrêt de la chambre sociale du 16 janvier 2002 ayant trouvé dans un dessaisissement de dossiers après conflit avec un agent principal d'assurances la clé de la subordination d'un agent mandataire. Comme le pouvoir disciplinaire d'un employeur peut très bien, dans les relations du travail, s'exprimer par un licenciement pour faute, forme de mise à néant unilatérale du contrat, cela a ouvert une voie facile à la requalification en contrat de travail de certaines conventions, notamment de franchise ou de louage, laissant au franchiseur ou au loueur une latitude caractérisée de résiliation unilatérale en cas de manquement du franchisé ou du locataire à des obligations contraignantes. Cette tendance -il est vrai- a récemment fait l'objet d'un coup d'arrêt de part de la 2ème chambre civile qui a cassé 22 janvier 2009 un arrêt ayant cru devoir reconnaître la subordination des internationaux de l'équipe de France de football à l'égard de la FFF au motif qu'elle avait sur eux une possibilité disciplinaire de non-sélection ou de relégation au rang des remplaçants, motif estimé impropre sans qu'il soit précisé si l'aspect disciplinaire de cette prérogative n'était pas caractérisé ou s'il était caractérisé mais insuffisant.

*b. Des tâtonnements au-delà de cette systématisation, et c'est tout le problème.* Deux types de tâtonnements :

La jurisprudence, tout en exigeant que les juges recherchent les éléments constitutifs de la subordination, est très hésitante sur le point de savoir si cette recherche peut ou non se faire par des constatations souveraines. Il semble qu'elle le puisse et la porte est ainsi ouverte à un kaléidoscope de situations, ce qui atteste du caractère un peu artificiel de la construction intellectuelle en cause, la reconnaissance ou le rejet de la subordination devenant extrêmement perméables à l'influence souterraine d'une dépendance économique qui ne s'avoue pas. Ainsi, depuis l'arrêt du 18 novembre 1981, de la prise en compte pour les gérants libres de stations-services du critère tiré de ce qu'ils travaillent exclusivement pour une seule entreprise, ainsi également de la prise en compte de l'exercice par le travailleur d'une activité dite « profitable » à l'entreprise, ou à l'inverse de sa « responsabilité », de sa faculté de « refuser le travail fourni », ou encore de la « supériorité de ses connaissances techniques » au regard de celles du gérant de la société employeur.

Et cette problématique évolution se situe dans un contexte encore complexifié par le recul d'un critère naguère opérationnel et ravalé depuis la fin des années 1990 au rang d'un simple indice, *l'intégration du travailleur à un « service organisé »*, indice dont la portée est encore restreinte par la nécessité, selon les arrêts, que cette organisation soit décidée unilatéralement par l'employeur, comme le rappellent les décisions du 4 décembre 1997 sur les ingénieurs-conseils ou du 13 janvier 2000 sur les médecins exerçant dans un centre de thalassothérapie.

**B. Se pose alors la question de la croyance ou du scepticisme.** Peut-on se contenter, pour assurer à des travailleurs appartenant, de plus en plus, nombreux, à ces « zones grises » de la dépendance économique, parties faibles ou peut-être faibles, une protection, de la possibilité, théoriquement

rationnelle, de requalifier en contrat de travail, par la reconstruction d'une subordination juridique induite, leur rapports avec une partie plus forte, ou faut-il franchement échafauder la théorie puis la pratique d'une protection spécifique dont il faudrait déterminer alors les modalités et les contours ?

Nous connaissons tous des situations claires et d'autres qui le sont moins : parfois la subordination juridique est soutenue, fondée, par une dépendance économique manifeste dont elle n'est que la superstructure. Ce sous-bassement économique -mais qui peut être aussi social ou culturel- ne trompe personne et, quand la superstructure est escamotée par un montage contractuel prétendument astucieux, il est aisé de la dévoiler. Au besoin, une analyse économique élémentaire y conduit. A cela nous pouvons croire.

Mais il est des situations moins claires : la subordination apparente sans la dépendance, par exemple, qui érige en employeur quelqu'un qui ne doit pas l'être car il ne peut pas socialement en assumer les responsabilités, ou qui déguise en salarié quelqu'un qui en réalité dirige en profitant d'avantages destinés à ceux qui obéissent. Et c'est encore là un malaise minimum au regard du malaise maximum que constitue la dépendance sans la subordination, qui livre sur un marché parfois très dur un travailleur non protégé par le droit. Un droit nouveau est peut-être, après tout, nécessaire sur ce terrain, pour sortir des trompe-l'œil et des idées reçues et échapper au scepticisme qui guette aujourd'hui le juriste du travail. Mais il ne faudra pas oublier alors que cette refonte des rapports individuels de l'activité productrice devra s'accompagner, pour échapper au grief d'obscurité ou d'artifice, d'une ébauche de nouveaux rapports collectifs, avec ce qu'ils impliquent en termes de négociations et de représentativité, et pour nous les juges de nouveaux corps de principes de de nouveaux schémas procéduraux. Je vous remercie.