

## Contrat de travail et activité professionnelle

par *Jean-Pierre LABORDE*, Professeur à l'Université de Bordeaux,  
Montesquieu-Bordeaux IV, Centre de droit comparé du travail et de la Sécurité sociale  
(UMR CNRS-Université n° 5114), ancien Président de l'Université

### PLAN

#### I. Contrat de travail et doutes portant sur l'activité professionnelle

- A. La réalité du travail
- B. La portée du travail

#### II. Contrat de travail et doutes venant de l'activité professionnelle

- A. La subordination introuvable
- B. L'indépendance formelle

**Le droit du travail est souvent présenté comme marqué d'un grand réalisme (1). Si cette caractéristique ne lui est pas absolument propre, d'autres branches du droit, tel le droit fiscal, pouvant aussi s'en réclamer, elle lui est cependant si attachée qu'elle modèle en quelque sorte la physionomie de la matière. Pour autant et contrairement à ce à quoi l'on pourrait s'attendre, le réalisme n'est pas synonyme de seule prise en compte des situations concrètes et en tout cas il n'interdit pas l'abstraction. Il l'interdit si peu que celle-ci caractérise la définition même du contrat de travail, tout au moins pour ce qui touche la prestation de travail dont la définition est en définitive très incertaine.**

**Cette tendance peu aperçue à l'abstraction, au moins sous-jacente (2), tient peut-être à la curieuse absence de définition légale aussi bien du contrat de travail que de l'activité professionnelle.**

**S'agissant d'abord de la définition du contrat de travail, chacun sait qu'on la chercherait en vain dans le Code du travail (3). Et pourtant c'est sur cet objet sans définition que repose une grande partie de l'édifice du droit du travail. Est-il d'ailleurs véritablement sans définition quand les auteurs s'accordent pour l'analyser comme « *la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération* » (4) ? Et la jurisprudence n'est pas en reste, bien au contraire, puisqu'il est peu de questions juridiques qui fassent l'objet de formules aussi précises et aussi régulièrement rappelées de la Cour de cassation que ce dont dépend l'existence d'une relation de travail ou que ce qu'il faut entendre par lien de subordination constitutif de cette relation. Sur le premier point et au moins depuis un arrêt d'assemblée plénière de 1983, on sait que la qualification échappe en la matière à la volonté des parties, la formule retenue étant désormais que « *l'existence d'une relation de travail salariée 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* » (5). Quant au lien de subordination susceptible précisément de caractériser un contrat de travail, la Cour de cassation ne manque pas de rappeler**

(1) Sur ce réalisme, dans lequel il voit d'ailleurs plus une tendance qu'un principe, cf. A. Jeammaud, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail, A propos de l'arrêt *Labbane* », *Droit social* 2001, p. 227 et suivantes, particulièrement p. 230.

(2) Ni la configuration du travail ni même sa nature ne paraissent en effet compter véritablement.

(3) Est-ce au fond parce que les relations de travail ont préexisté au droit du travail lui-même, qu'elles constituaient en quelque sorte un « déjà là » ?

(4) J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 25<sup>e</sup> édition, Paris, 2010, n° 274, p. 323.

(5) Cass. soc. 19 décembre 2000, *Labbane*, Bull. civ. V, n° 437 ; Dr. soc. 2001, 227, note A. Jeammaud ; Dr. Ouv. 2001, 241, 2<sup>e</sup> espèce, note A. de Senga ; RJS, 2001, n° 275 ; *Les grands arrêts de droit du travail*, Dalloz, 4<sup>e</sup> édition, 2008, n° 3, p. 5. Pour un exemple récent, cf. Cass. soc. 20 janvier 2010, *Marcenac c./ Association La Croix glorieuse*, RJS 2010, n° 303, dans une espèce touchant le travail d'une personne dans le cadre d'un engagement religieux.

à chaque occasion qu'il « 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 » et elle ajoute que « le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail » (6). Il arrive d'ailleurs, et c'est assez logique, que les deux formules soient successivement énoncées (7). Et pourtant l'existence d'un contrat de travail comme celle d'un lien de subordination font régulièrement difficulté. Le retour régulier de ces formules en est d'ailleurs l'aveu.

Quant à l'activité professionnelle, elle n'a ni définition dans le Code du travail ni, c'est à craindre, de véritable définition tout court. Ce n'est pas pour autant que la question n'ait pas été, et depuis longtemps, fort utilement travaillée. Ainsi, il y a déjà cinquante ans, Jean Savatier proposait de voir dans la profession d'une personne « l'activité qu'elle exerce de manière habituelle en vue d'en tirer un revenu permettant de vivre » (8). Plus près de nous, Jean-Pierre Chauchard semble la définir comme la « somme des actes ou prestations définies par contrat et accomplies pour autrui par un travailleur dans le but de subvenir (à titre principal) à son existence » (9). Et il ajoute tout aussitôt que l'arrêt *Société Glem*, du 3 juin 2009 (10), dans la très fameuse affaire dite de *l'île de la Tentation*, a révélé « la difficulté de distinguer travail et activité professionnelle ». Si nous le lisons bien, il met un comble à notre incertitude sur la notion même d'activité professionnelle en observant à la suite que « à l'image du terrorisme, de la laïcité ou de la religion, il est très difficile d'en donner une acception juridique satisfaisante ». Ce n'est pas faute pourtant d'avoir été annoncée très tôt comme étant appelée à donner naissance à un droit appelé à se substituer quasiment au droit du travail (11).

Pour le professeur Savatier, pourtant, « les juristes réservent habituellement le mot travail à l'activité professionnelle salariée : le travailleur, c'est le salarié » (12). Et l'on sent bien d'ailleurs que, dans la très grande majorité des cas, il n'y a aucune difficulté à considérer que le travailleur en question est un salarié qui exerce une véritable activité professionnelle dans le cadre d'un contrat de travail.

En réalité le noyau de l'activité professionnelle paraît bien être la pratique d'un travail régulier en vue d'en tirer un revenu pour vivre. Et si ce travail se fait dans un lien de subordination avec celui pour le compte duquel il est effectué, il y a contrat de travail. Encore faut-il bien sûr qu'il n'y ait pas de doutes sur le travail constituant l'activité professionnelle et donc qu'il n'y en ait pas non plus sur l'activité professionnelle elle-même (I). De plus, aux doutes portant sur l'activité professionnelle, il faut ajouter dans d'autres cas, les doutes venant de certains traits caractéristiques de l'activité professionnelle elle-même (II).

## I. Contrat de travail et doutes portant sur l'activité professionnelle

Les doutes peuvent affecter, radicalement, la réalité du travail ou, de façon moins immédiatement perceptible, sa portée.

### A. La réalité du travail

1. Est-il vraiment utile de revenir sur l'espèce, trop connue serions-nous tenté de dire, de *l'île de la Tentation* ? Qui ne se souvient aujourd'hui de ces

participants à une émission de télé-réalité, qui avaient accepté de vivre avec plusieurs autres couples un séjour sur une île thaïlandaise sous l'œil continu des caméras de la société productrice de l'émission, attentives à relever toutes les aventures, spécialement amoureuses, que ce séjour pourrait entraîner et dont pourraient par la suite se repaître les spectateurs de l'émission ? Qui ne sait que le règlement qu'ils avaient accepté de signer se

(6) Voir par exemple Cass. soc. 22 septembre 2010, RJS 2010, n° 895, dans une espèce touchant la réalisation de journaux d'écoute.

(7) Voir par exemple Cass. civ. 2, 13 novembre 2008, *Ministère de l'Agriculture c./ Euralis*, Dr. Ouv. 2009, 104, n. F. Guiomard, commençant par la formule relative au lien de subordination, dans un espèce relative à la requalification d'un contrat d'intégration agricole en contrat de travail.

(8) J. Savatier, « Contribution à une théorie générale de la profession », dans *Dix ans de conférences d'agrégation*, Etudes offertes à Joseph Hamel, Dalloz, 1961, p. 3.

(9) J.-P. Chauchard, « Les avatars du travail indépendant », Droit social 2009, p. 1065 et suivantes, particulièrement p. 1072, note 84.

(10) Dr. Ouv. 2009 p. 414 n. F. Héas.

(11) P. Durand, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », Droit social 1952, publié à nouveau in *Droit social* 2010, p. 1246 et suivantes.

(12) J. Savatier, « Le travail non marchand », Droit social 2009, p. 73 et suivantes, spécialement p. 73.

situait naturellement aux antipodes d'une relation de travail salariée mais qu'ils ont pourtant fini par obtenir de la Cour de cassation la reconnaissance de la possibilité d'une véritable relation de travail, dès lors qu'il serait établi qu'ils étaient bien dans un lien de subordination avec le producteur ? Et l'on connaît la formule désormais célèbre qu'est bien une prestation de travail « *la prestation consistant, pour des participants, pendant un temps et dans un lieu sans rapport avec le déroulement de leur vie personnelle, à prendre part à des activités imposées et à exprimer des réactions attendues* » (13).

L'arrêt rendu le 3 juin 2009 par la Cour de cassation a soulevé une réelle et sincère émotion. Il en est ainsi, indiscutablement, de la critique cinglante du professeur Verkindt, sensible dès l'intitulé de son propos (14). Notre collègue et ami s'appuie sur une analyse qui nous semble d'ailleurs en grande partie exacte. Avant de savoir s'il y a une relation de travail subordonnée et par voie de conséquence contrat de travail, il convient en effet de se demander s'il y a un travail. Ainsi « *ce n'est pas le contrat de travail qui fait le travail mais le travail qui fait le contrat de travail lorsqu'il est exécuté selon le modèle de la subordination* ». Et Pierre-Yves Verkindt a sans doute encore raison d'ajouter que « *ce n'est pas parce que les participants à l'émission subissent des contraintes (...) que pour autant ils exécutent une prestation de travail* ».

Pour autant, la conception que le droit du travail français se fait du travail nous paraît être nettement abstraite et c'est sur ce point, crucial, que nous nous séparons du professeur Verkindt. Au fond, pour nous, toute activité a vocation à prendre la qualification de travail dès lors qu'elle est engagée dans un rapport juridique et ce travail est un travail salarié dès lors qu'il est effectué dans une situation de subordination.

La pénibilité n'est aucunement un critère du contrat de travail, comme le rappelle, non sans ironie, le professeur Dupeyroux (15). Et il a raison d'ajouter que « *l'irruption intempestive de considérations morales risque d'aboutir à perturber les concepts de contrat de travail et de droit du travail plus qu'à les recentrer* » (16). Et, en définitive, nous approuvons nous aussi le professeur Radé, pour qui « *dès lors que l'activité s'inscrit dans le cadre de la réalisation d'une opération économique, il s'agit bien d'une prestation de travail, quelle que soit la teneur de l'activité en cause* » (17). Et l'on comprend

alors que la notion d'activité professionnelle ne soit pas érigée en critère du contrat de travail (18).

2. Pour autant, l'arrêt du 3 juin 2009, pour justifié qu'il soit, n'a pas manqué de soulever un réel malaise, d'autant que la requalification fait alors apparaître un véritable cumul de violations des règles de droit du travail. Comme l'écrit en effet le professeur Jean-Emmanuel Ray, le contrat de travail qui surgit en l'occurrence de la requalification « *heurte* » dans son exécution, « *tous les étages du droit du travail* » (19), spécialement les dispositions touchant le temps de travail, le temps de repos et le respect de la vie privée, peut-être aussi celles concernant le harcèlement sexuel (20). C'est que, à la différence de beaucoup d'autres situations où la requalification tient plutôt de la rectification, elle relève ici davantage d'une véritable révision au sens le plus fort du terme, quand la situation est envisagée et analysée d'une façon tout à fait différente de celle dont elle a fait l'objet jusque là, quand c'est le regard qui change sur la relation dans son ensemble.

Compte tenu du caractère de plus en plus souple, voire flou (21), que prend la notion de prestation de travail, il n'est pas interdit de penser que cette notion est en définitive et contre toute attente abstraite, au moins en ce qu'elle a acquis aujourd'hui un tel degré de généralisation qu'elle englobe les situations concrètes les plus diverses, tant il reste vrai, comme l'écrivait déjà Pic avant 1914, que la nature exacte de l'activité « *apparaît comme secondaire* ». On mesure ici en tout cas combien la détermination du contrat de travail peut prendre de distances avec l'activité professionnelle telle qu'elle est généralement entendue, combien, dans certains cas particuliers, elle peut être éloignée des représentations les plus fréquentes du travail. A l'inverse, dans d'autres hypothèses, l'activité professionnelle semble à première vue exister alors pourtant que la portée du travail fourni conduit en définitive à l'écartier.

## B. La portée du travail

C'est toute la question, assez fréquemment posée aujourd'hui, de savoir si le travail ou l'activité professionnelle relèvent bien d'un contrat de travail quand ils s'inscrivent dans un projet collectif ou dans le cadre d'un engagement plus ou moins étrangers à

(13) Cass. soc. 3 juin 2009, Droit social 2009, p. 788, Dr. Ouv. 2009 p. 414.

(14) P.-Y. Verkindt, « *Debout ! les damnés de la terre* », *JCP S* 2009, Actualités, Libres propos, n° 305, p. 3 et 4.

(15) J.-J. Dupeyroux, « *Observations* », Droit social 2009, 791.

(16) *Ibidem*.

(17) Ch. Radé, « *La possibilité d'une île* », Droit social 2009, p. 930 et suivantes, spécialement p. 933.

(18) Cf. Ch. Radé, *Droit du travail*, Montchrestien, Focus Droit, 4<sup>e</sup> édition, 2009, p. 65.

(19) J.-E. Ray, *Droit du travail, Droit vivant*, 2009-2010, Editions Liaisons, Paris 2009, p. 12.

(20) Mais n'y avait-il pas consentement à ce harcèlement ?

(21) Christophe Radé écrit ainsi – « *La possibilité d'une île* », *Droit social* 2009, p. 930 et suivantes, spécialement p. 932 – que « *l'absence de véritable définition de la notion de "prestation de travail" et le refus de se laisser enfermer dans une notion trop étroite s'expliquent... par le caractère extrêmement flou, et donc peu opérationnel, de cette notion qui peut en effet décrire aussi bien une activité qu'une inactivité* ».

l'univers marchand (1.). Cependant, même dans l'univers marchand proprement dit, cette question peut encore se poser quand le travail est moins l'objectif de la relation qu'un moyen au service d'une fin différente (2.).

1. Dans l'arrêt *Communauté d'Emmaüs de la Pointe Rouge*, rendu il y aura très bientôt déjà dix ans, la Chambre sociale de la Cour de cassation ne refuse pas au travail du compagnon d'une communauté d'Emmaüs la qualification d'activité professionnelle mais elle énonce que, précisément, l'existence d'une relation de travail salarié dépend des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle (22). En l'occurrence, elle estime que le compagnon concerné, en intégrant la communauté Emmaüs, « s'est soumis aux règles de vie communautaire qui définissent un cadre d'accueil comprenant la participation à un travail destiné à l'insertion sociale des compagnons et qui est exclusive de tout lien de subordination ». Il n'est aucunement sûr que ce soit la mise à l'écart de la relation de subordination qui justifie ici l'absence de contrat de travail. On pourrait trouver, à l'appui de la même solution, des motifs plus puissants dans la considération que le travail du compagnon n'a pas pour objet la recherche d'un revenu personnel et qu'il n'est qu'un élément, pas nécessairement le plus important, du cadre de vie de la communauté. En d'autres termes, s'ils travaillent bel et bien dans le cadre de leur vie communautaire, c'est principalement pour mener pendant un moment de leur vie une vie communautaire que les compagnons se sont engagés et ce n'est que dans cette mesure qu'ils travaillent pour la communauté.

La solution évoque alors la fameuse jurisprudence *Demoiselle de Linars*, dans le cas d'une religieuse qui travaillait au service exclusif de sa congrégation. La qualification en relation de travail n'est alors pas appropriée (23).

Il est cependant très clair que dès lors que l'engagement religieux ou personnel peut être distingué de l'activité de travail, la qualification de contrat de travail tend à reprendre ses droits. C'est exactement ce qu'énonce l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, du 29 octobre 2008 (24), dans une espèce *Association Le Verbe de vie c. / Fabre*. En l'occurrence l'association Le Verbe de vie faisait valoir dans son pourvoi que l'adhésion à une communauté religieuse qui implique une participation à des travaux d'intérêt commun pour les besoins de la communauté est

exclusive de toute relation salariale, ce qui, il faut bien le dire, rappelait beaucoup l'arrêt *Communauté d'Emmaüs*. Pourtant le pourvoi est cette fois rejeté, la Chambre sociale approuvant la Cour d'appel d'avoir exactement déduit des éléments de la cause que « indépendamment de la nature spirituelle de leur engagement, les époux Fabre avaient travaillé pour le compte de l'association dans un rapport de subordination caractérisant un contrat de travail ». Où l'on voit que le travail et avec lui sans doute l'activité professionnelle tendent à imposer leur logique dès lors qu'ils ne sont pas étroitement liés à l'engagement personnel. Il est vrai qu'en l'espèce il y avait de toute façon apparence de contrat de travail puisque les époux Fabre étaient déclarés comme salariés au pair et recevaient des bulletins de salaire. Dans ces conditions et compte tenu des nombreux éléments de subordination relevés par les juges du fond, la réalité venait conforter l'apparence.

L'arrêt *Marcenac c./ Association La Croix glorieuse* (25) renforce encore l'impression que, même en présence d'un engagement spirituel manifeste, l'exclusion de la qualification de contrat de travail ne peut être qu'exceptionnelle. La Chambre sociale énonce en effet que « l'engagement religieux d'une personne n'est susceptible d'exclure l'existence d'un contrat de travail que pour les activités qu'elle accomplit pour le compte et au bénéfice d'une congrégation ou d'une association légalement établie ». Dans ces conditions et même si les communautés d'Emmaüs ne relèvent pas d'un engagement religieux, on est en droit de se demander si la solution énoncée dans l'arrêt de 2001 est encore solide et si, tout au moins en matière d'engagement religieux, il reste vraiment un espace autre que légalement déterminé à la possibilité d'échapper à la qualification en contrat de travail.

Faut-il voir là un refus de reconnaître le travail non marchand, pour reprendre une appellation du professeur Savatier ? Sans doute pas, dans la mesure où les hypothèses de travail non marchand existent bel et bien et qu'assez curieusement elles donnent l'impression d'augmenter en nombre dans une société si portée pourtant sur l'échange marchand. Il est clair toutefois que la qualification de travail non marchand devra être soigneusement établie et qu'elle ne pourra pas se déduire seulement du caractère gratuit ou engagé ou spirituel de son environnement.

(22) Cass. soc. 9 mai 2001, Droit social 2001, 798, n. J. Savatier, D. 2002, 1705, n. E. Alfandari. On remarquera que la note de Elie Alfandari est assez critique, qu'il reste sceptique sur ce que l'appartenance à une communauté exclurait la possibilité d'un contrat de travail et sur ce que le travail aux fins d'insertion exclurait le travail salarié et qu'en définitive il estime que « la Cour de cassation n'a pas rendu un arrêt de principe mais n'a tranché qu'un cas d'espèce ».

(23) Ass. plén. 8 janvier 1993, JCP 1993, II, 22010, concl. M. Jéol, n. Y. Saint-Jours, Dr. soc. 1993, 391, n. Y. Chartier.

(24) Cass. soc. 29 octobre 2008, RJS 2009, n° 1, p. 31.

(25) Cass. soc. 20 janvier 2010, RJS 2010, n° 303, p. 263.

2. Il reste pourtant que même en dehors d'un engagement de type personnel, une véritable activité de travail peut n'être pas considérée comme une relation de travail, s'il apparaît que loin d'être à elle-même sa propre fin, elle est tout entière orientée vers un objectif autre. Et il en est ainsi même si cet objectif est un objectif de formation. Ainsi la Cour de Paris énonce-t-elle, dans un arrêt du 7 octobre 2010 (26), que l'exécution de tâches professionnelles sous le contrôle de l'entreprise d'accueil n'exclut pas a priori la qualification de stage et dans un autre arrêt du 25 novembre 2010 (27) que l'accomplissement par un stagiaire de tâches professionnelles sous l'autorité fonctionnelle de

l'entreprise d'accueil ne suffit pas en soi à prouver l'existence d'un contrat de travail. Toujours selon la Cour de Paris, il faut alors rechercher s'il y a eu lien de subordination caractéristique d'un contrat de travail ou si les parties sont restées dans le cadre d'une convention de stage. Il est vrai que les doutes qu'il convient de traiter en l'occurrence ne portent pas sur l'activité professionnelle elle-même puisque les juges ne contestent pas qu'il y ait eu exécution de tâches professionnelles (28) ; ils naissent plutôt de certaines des caractéristiques de cette activité et notamment de la présence ou non d'un véritable lien de subordination.

## II. Contrat de travail et doutes venant de l'activité professionnelle

Les doutes surgissant des caractéristiques particulières de l'activité professionnelle peuvent porter aussi bien sur la subordination que, tout à l'inverse, sur l'indépendance.

### A. La subordination introuvable

Il ne faut sans doute pas s'exagérer l'importance de cette situation ni d'ailleurs sa nouveauté (29). Du reste, l'examen de la jurisprudence la plus récente révèle que, dans le plus grand nombre de cas, les indices de la subordination restent très nombreux. L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 22 septembre 2010, *Sté Tns Secodip c./ Tauzin, déjà cité*, est là pour le montrer puisque dans une espèce où, au départ, il y avait doute sur la réalité du lien de subordination, il observe que le juge d'appel a constaté de nombreux éléments d'une telle subordination, le travailleur en question, pourtant inscrit comme travailleur indépendant au répertoire des entreprises, devait respecter des consignes contenues dans une charte, voyait son activité contrôlée par la société, se voyait imposer des horaires de travail, travaillait avec un matériel qui lui était fourni, était rémunéré selon une grille tarifaire définie par la société pour laquelle il travaillait et n'avait pas la possibilité de se faire remplacer...

Cependant il est d'autres arrêts dans lesquels, à l'inverse, la Chambre sociale conclut à l'existence d'un

travail indépendant. Tel est le cas de l'arrêt rendu le 24 avril 2009, dans une espèce *Sté Générale de services aéronautiques c/ Kheroua*, qui observe que, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits, la cour d'appel a constaté que « la société ADP ne disposait d'aucun pouvoir de direction effectif à l'égard du personnel de la société Servisair et qu'elle a pu en déduire que les intéressés n'avaient pas la société ADP pour employeur ». Sans doute le véritable employeur faisait-il ici écran. Mais de façon plus large il est vrai que l'évolution des relations de travail peut tout au moins dans certains cas réduire la subordination au moins en apparence à peu de choses et, en tout cas, il est bien vrai que « les indices traditionnels de la subordination se sont émoussés avec le temps et les transformations du travail » (30). La situation des cadres autonomes (31) ou, sur un autre terrain, celle des télétravailleurs peuvent à l'occasion poser des questions comparables. Encore faut-il cependant se garder de donner trop vite trop d'importance à des changements d'apparence et de surface quand en profondeur la réalité de la subordination ne bouge guère. Et il faut être d'autant plus prudent que, à l'inverse, c'est l'indépendance pourtant officiellement admise de certaines catégories de travailleurs qui mériterait d'être interrogée.

(26) *RJS* 2011, n° 204, p. 195 à 197, 1<sup>re</sup> espèce. L'arrêt a cependant requalifié en contrat de travail la période correspondant à une deuxième prolongation du stage, au début de laquelle la stagiaire avait été également invitée à signer un contrat de travail sous réserve de l'obtention d'un permis de travail sur le territoire français.

(27) *Ibidem*, 2<sup>e</sup> espèce ; comp. CA Grenoble 25 sept. 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 289, n. A. de Senga.

(28) Sauf à imaginer une distinction bien hasardeuse des tâches professionnelles et de l'activité professionnelle.

(29) Le Doyen René Savatier notait déjà, au début des années vingt du vingtième siècle – D. 1923, p. 6, sous Crim. 13 janvier 1922 –, que le droit de regard des maîtres sur les faits et gestes de leurs ouvriers était « souvent extrêmement réduit ». Observation dont on conviendra qu'elle est assez surprenante pour un lecteur d'aujourd'hui.

(30) F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, Manuel, Paris, 3<sup>ème</sup> édition, 2011, n° 484, p. 394.

(31) Sur les catégories de cadres, voir notamment F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *op. cit.*, n° 781, p. 641.

## B. L'indépendance formelle

On sait que la jurisprudence a très tôt opté pour une conception juridique de la subordination (32). Cette position, qui ne s'est jamais démentie (33), a pour elle le mérite de la sécurité et d'une relative prévisibilité des solutions. Elle a aussi ses faiblesses et notamment celle de tenir pour indépendants certains travailleurs qui certes le sont au regard du concept juridique de subordination mais dont l'indépendance est assez illusoire dès lors que l'on examine la réalité économique de l'environnement de leur exercice professionnel. Tel peut être le cas notamment de certains agriculteurs et artisans. Faut-il considérer qu'il ne s'agit là que de cas marginaux et, somme toute, d'un prix acceptable à payer en considération des avantages de la conception juridique de la subordination ? Ou conviendrait-il au contraire d'être plus attentif aux dépendances concrètes, seraient-elles seulement économiques ?

Ce n'est pas il est vrai dans cette seconde direction que le législateur contemporain a tourné son regard puisqu'il a au contraire, à deux reprises, en 1994 puis en 2003, tenté de freiner la tendance de la Cour de cassation à requalifier en contrat de travail une relation de travail prétendument ou apparemment indépendante. Et il est bien vrai qu'aujourd'hui le premier alinéa de l'article L. 8221-6 du code du travail énonce que « *Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription :*

1° *Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ;*

2° *Les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes, qui*

*exercent une activité de transport scolaire prévu par l'article L. 213-11 du code de l'éducation ou de transport à la demande conformément à l'article 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;*

3° *Les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés ;*

4° *Les personnes physiques relevant de l'article L. 123-1-1 du code de commerce ou du V de l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat ».*

Cependant, le deuxième alinéa permet de renverser cette présomption et cette possibilité semble si réellement ouverte que les auteurs évoquent « *la très relative résistance de la présomption de non-salariat* » (34). Encore faut-il observer que ce renversement se fait toujours sur le terrain de la subordination juridique alors qu'il conviendrait sans doute de tenir davantage compte d'une dépendance économique plus large, dès lors que celle-ci apparaîtrait clairement dans les conditions de l'activité professionnelle.

L'arrêt *Labbane* (35) a-t-il annoncé une évolution au moins timide en ce sens ? Certes la précarité de la situation du chauffeur de taxi semble avoir poussé dans le sens de la détermination d'une véritable subordination (36) et donc de la qualification en contrat de travail mais il convient de rester très prudent (37) et ne pas attendre pour l'immédiat de grands bouleversements d'une question qui se caractérise traditionnellement par sa complexité et sa plasticité. Pour autant, il n'est pas interdit de rester attentif à certains glissements ou à certaines évolutions discrètes qui pourraient annoncer, pour plus tard, des changements de paysage.

**Jean-Pierre Laborde**

(32) Cass. civ. 6 juillet 1931, *Bardou*, DP 1931.I.121, n. Pic.

(33) En ce sens notamment le fameux arrêt *Société générale*, de 1996 ; Cass. soc. 13 novembre 1996, Bull. civ. V, n° 386 ; Dr. soc. 1996, 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997, II, 911, note J. Barthélémy ; RJS 1996, n° 1320 ; RPDS 1997 p. 90 n. L. de La Pradelle ; *Les grands arrêts de droit du travail*, op. cit., n° 2, p. 4 qui, dans son analyse de la subordination, retient les éléments clés de la subordination juridique.

(34) J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, op. cit., n° 285, p. 336.

(35) Cass. soc. 19 décembre 2000, voir références *supra*, note 5. Voir aussi A. Jeammaud, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail », *Droit social* 2001, 227.

(36) Cf. F. Gaudu, *Droit du travail*, Dalloz, Cours, 3<sup>e</sup> édition, 2009, n° 43, p. 43.

(37) Comp. J. Pélissier, A. Lyon-Caen, Antoine Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts de droit du travail*, op.cit., p. 16 à 15, qui y voient plutôt une salubre réaction à « l'habileté excessive » de certaines « mises en scène ». Et il est vrai que, dans une espèce comparable, la Cour de cassation est revenue par la suite à la conception strictement juridique du lien de subordination ; Cass. soc. 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Sté Copagau*, RJS 2006, n° 147.