



Université Panthéon-Assas

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de droit et pratique des relations de travail**  
**Dirigé par Bernard Teyssié**  
**2010**

***Les critères du contrat de travail***

**Aurélie Lemette**

**Les critères du contrat de travail.**

**Par Aurélie LEMETTRE**

*Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master Droit et Pratique des Relations de Travail*

**Promotion BREDIN-PRAT**

Année universitaire 2009-2010

Remerciements :

*Monsieur le Professeur Bernard TEYSSIE,*

*Monsieur Yannick PAGNERRE,*

*Maître Pascale LAGESSE, Avocat Associé au sein du cabinet BREDIN-PRAT,*

*L'ensemble de la promotion BREDIN-PRAT du Master DPRT,*

*Mes relecteurs.*

## Sommaire

**Introduction.....p. 5**

**Titre 1 : Les critères de principe du contrat de travail.....p. 22**

Chapitre 1 : L'indisponibilité des critères.....p. 22

Chapitre 2 : L'énoncé des critères.....p. 35

**Titre 2 : Les extensions d'exception du contrat de travail.....p. 99**

Chapitre 1 : Droit positif : la multiplication des extensions couvrant la dépendance économique.....p. 99

Chapitre 2 : Droit prospectif : la fin des extensions par la création de la parasubordination.....p. 132

**Conclusion.....p. 160**

## Liste des principales abréviations

Al.	Alinéa
Art.	Article
BO.	Bulletin officiel
Bull.	Bulletin de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ass. Plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
Cass. Ch. Mixte	Cour de cassation, Chambre Mixte
Cass. Ch. Réunies	Cour de cassation, Chambres réunies
Cass. Civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, Chambre commerciale
Cass. Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
Cass. Soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
CE	Conseil d'Etat
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
D.	Dalloz
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. Soc.	Droit social
Ed.	Édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP E	Jurisclasseur périodique, édition entreprise
JCP G	Jurisclasseur périodique, édition générale
JCP S	Jurisclasseur périodique, édition sociale

JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
N°	Numéro
Obs.	Observation
P.	Page
RJS	Revue de jurisprudence sociale
S.	Suivants
T.	Tome
TGI	Tribunal de Grande Instance
URSSAF	Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales

## **Introduction**

1. *« Le travailleur salarié n'est plus nécessairement un simple rouage dépourvu d'initiative dans une organisation fortement hiérarchisée. Et le travailleur indépendant n'est plus nécessairement un entrepreneur libre d'œuvrer comme bon lui semble. Le travail salarié fait place à ce qu'on peut appeler l'autonomie dans la subordination, tandis que réciproquement le travail non salarié s'est ouvert à ce qu'on peut appeler l'allégeance dans l'indépendance »*<sup>1</sup>. En droit français, comme dans de nombreux droits européens, les relations de travail sont classées au sein de deux catégories juridiques : l'indépendance et le salariat. Le salariat repose, par principe, sur l'existence d'un contrat de travail entre le travailleur et l'employeur.

2. S'intéresser aux critères du contrat de travail, c'est tenter de comprendre cette distinction ambiguë entre travailleur indépendant et travailleur salarié. Le critère s'entend tel un principe, un *« élément de référence qui permet de juger, d'estimer de définir quelque chose »*<sup>2</sup>. Ainsi s'intéresser aux critères du contrat de travail, c'est tenter de définir ce dernier et par la même le salariat. Le contrat de travail est avant tout un contrat.

3. Selon le Doyen G. Cornu, le contrat est une *« espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation »*. Le contrat de travail est un contrat synallagmatique c'est-à-dire *« qui engendre des obligations réciproques et interdépendantes »*. Ce contrat a aussi pour caractéristique d'être à exécution successive. Ainsi, *« l'une des parties au moins exécute ses obligations à des termes régulièrement échelonnés (ex. versement des salaires par l'employeur), l'autre partie ayant déjà fourni sa prestation une fois pour toute ou fournissant sa prestation soit de façon permanente, soit à un rythme différent (prestation de travail pour l'employé) »*. Le contrat de travail est également commutatif. Un contrat commutatif est une *« espèce de contrat à titre onéreux dans lequel, les parties connaissent dès le moment où elles contractent l'étendue des prestations respectives qu'elles doivent fournir »*<sup>3</sup>. Ainsi, le contrat

---

<sup>1</sup> A. Supiot, *« Les nouveaux visages de la subordination »*, Droit social, février 2000, p.133 ;

<sup>2</sup> Dictionnaire Larousse ;

<sup>3</sup> G. Cornu, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF ;

de travail possède des caractéristiques communes avec certains autres contrats. En revanche, il se distingue par son objet : le travail.

4. Le travail constitue l'activité productive en tant que quantité de travail produite mais également le résultat de cette activité. Il peut également s'entendre comme l'emploi occupé ou comme terme générique englobant l'ensemble des travailleurs. Le mot travail provient du latin « *tripalium* ». Cette notion latine désigne un instrument à trois pieux permettant d'immobiliser les animaux pour les ferrer ou les soigner. Cette notion correspond également à un instrument de torture induisant la notion de souffrance. À l'origine le mot travail en français renvoyait à l'idée de souffrance. Puis le sens de ce terme connaît une extension. Le travail correspond dès lors à la « *libre action créatrice* »<sup>4</sup> et à l'obligation nécessitant un effort. Le travail de quelque nature qu'il soit (intellectuel, manuel, sportif, artistique, etc.) peut être un besoin vital, l'occasion de réaliser une œuvre ou le moyen de s'accomplir. Même si le travail n'est parfois qu'un moyen de subsistance, il demeure au sein de notre société, un important facteur de socialisation<sup>5</sup>.

5. Malgré leurs noms, le droit du travail et le contrat de travail ne régissent pas l'ensemble des relations de travail. Pour l'essentiel, ils ne réglementent que le travail réalisé par un individu pour le compte et sous l'autorité d'un tiers. Ils ne se préoccupent pas du véritable travailleur indépendant. Ce dernier s'entend tel « *celui qui effectue un travail pour autrui sans être subordonné à celui qui le lui demande, en général en vertu d'un contrat d'entreprise* »<sup>6</sup>. De même le droit du travail et le contrat de travail ne régissent pas le travail domestique réalisé par les membres d'une famille. Pourtant nul ne conteste l'utilité économique et sociale de cette prestation de travail. Enfin le droit du travail et le contrat de travail ignorent également les prestations de travail réalisées au titre de l'entraide ou du bénévolat et ce même si elles sont pratiquées à temps plein. Ainsi, le droit du travail et le contrat de travail possèdent certaines limites dans la mesure où ils ne prennent pas en considération l'ensemble des prestations de travail réalisées au sein de la société contemporaine.

Face à l'évolution du marché du travail, deux conceptions des relations de travail coexistent : l'une classique (**Section 1**), l'autre contemporaine (**Section 2**).

---

<sup>4</sup> J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 22<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, n°1 ;

<sup>5</sup> Ch. Baudelot et M. Gollac, Travailler pour être heureux ?, Fayard, 2003 ;

<sup>6</sup> G. Cormu, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF ;

## **Section 1 : Approche classique des relations de travail**

L'approche classique des relations de travail prend en considération l'histoire des relations de travail (§1) et perçoit le droit du travail telle une dérogation au droit commun des contrats (§2).

### **§1. L'histoire des relations de travail**

L'histoire des relations individuelles de travail a subi de nombreuses étapes. Deux d'entre elles sont essentielles : la présence dès 1804 du contrat de louage de services (A) et l'apparition du contrat de travail (B).

#### ***A-Le contrat de louage de services***

6. Dès 1804, le Code civil prend en considération les relations de travail au sein de ses articles 1779 à 1799. Ceux-ci forment un chapitre intitulé *Du louage d'ouvrage et d'industrie*. Les rapports de travail relèvent de la liberté contractuelle. Le contrat se forme librement et son contenu est librement fixé par les parties. Selon l'article 1779 du Code civil, il existe trois sortes de louages d'ouvrages et d'industrie. Il y a le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un, le louage des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises et le louage des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés. Le louage des voituriers constitue l'origine du droit des transports.

7. Le louage de gens de travail et le louage des entrepreneurs d'ouvrages a pour origine un contrat romain : la « *locatio - conductio* ». La « *locatio operarum* » est ce qui correspond au contrat de travail. Le travailleur souhaite mettre à la disposition d'un tiers ses journées de travail (*operae*). Son employeur est le *conductor* parce qu'il reçoit les *operae* afin de faire réaliser une prestation de travail. C'est le *conductor* qui paie le travailleur.

La *locatio operis faciendi* est ce qui correspond au travail indépendant. La traduction latine exacte est « *le placement de l'œuvre à faire* ». Ce contrat est devenu le louage d'ouvrages par suite de devis et marchés au sein du Code civil. La chose objet du contrat est un projet, tout au plus matérialisé par un dessin ou un croquis. Au sein d'une telle opération, le *locator* n'est pas celui qui travaille, mais celui qui a conçu le projet de « *l'œuvre à faire* » et qui souhaite qu'elle soit réalisée. Le *conductor* est l'entrepreneur, le travailleur qui reçoit le projet pour le réaliser matériellement. Le *locator* paie le *conductor*. Le contrat de louage de

services contenu dans le Code civil, fortement inspiré du droit romain, ne parvient pas à s'adapter au développement de l'industrie. C'est pourquoi apparaît le contrat de travail.

### ***B- L'apparition du contrat de travail***

8. Les rédacteurs du Code civil ont eu une vision domestique des relations de travail au sein du contrat de louage de services. Ce dernier engendre une subordination du travailleur. Seuls deux articles du Code civil concernent le contrat de louage de services. L'article 1789 du Code civil qui a pour objectif d'éviter le recours au servage par la formule suivante « *on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée* ». L'article 1781 du Code civil qui donne une suprématie à l'affirmation du « *maître* » en cas de désaccord sur le montant ou le paiement des salaires. Il doit être cru sur sa seule affirmation. Ainsi le droit napoléonien n'assure pas une parfaite égalité civile entre les parties au contrat. Cette dernière règle de preuve assure un privilège exorbitant au « *maître* ». *A contrario*, le contrat de louage d'ouvrages par suite de devis et marchés permet de voir émerger celui qui deviendra le véritable entrepreneur, c'est-à-dire celui qui peut apporter son matériel et embaucher des ouvriers. La distinction entre l'ouvrier et l'entrepreneur apparaît mais demeure encore floue.

9. L'apparition du contrat de travail trouve l'une de ses causes dans l'apparition d'un certain nombre de lois sociales. Les lois modificatrices du Code civil ont considérablement changé la substance du contrat de louage de services. Ce contrat étant totalement inadapté au monde industriel dans la mesure où les codificateurs de 1804 s'étaient préoccupés de la société domestique et de la maison qui l'abrite. Dans ce contexte, les juristes des années 1890 se rendent compte de l'obsolescence du contrat de louage de services et l'expression « *contrat de travail* » devient de plus en plus fréquente dans les ouvrages et thèses de droit. Dans la première décennie du XXe siècle, le contrat de travail est accepté par la doctrine et la jurisprudence comme une nouvelle réalité contractuelle intégrée dans un nouveau corps de droit : le Code du travail dont le premier livre a été promulgué en 1910. Durant une certaine période, le législateur use concurremment des notions de contrat de louage de services et de contrat de travail. Depuis la loi du 13 juillet 1973, seule la notion de contrat de travail doit être utilisée. Cette évolution terminologique n'est pas dépourvue de signification. Le terme de louage était choquant. « *Le rapport employeur-salarié n'est pas un rapport d'échange donc n'est pas un louage... Le travail n'est pas un bien car il n'y a pas louage d'un corps avec*

*jouissance reconnue au locataire* »<sup>7</sup>. Au sein de la conception classique des relations de travail, le droit du travail est présenté telle une dérogation au droit commun des contrats.

## **§2. Le droit du travail, dérogation au droit des contrats**

La position doctrinale classique présente le droit du travail telle une dérogation au droit commun des contrats. Ainsi le non respect du droit des contrats permet la protection du salarié (A). Par une évolution récente, certains principes généraux du droit des contrats sont appliqués au droit du travail. Le respect du droit commun des contrats permet dès lors la protection du salarié (B).

### ***A-Le non respect du droit des contrats aux fins de protection du salarié***

Afin de réaliser une protection efficace des salariés certains principes du droit des contrats sont écartés en droit du travail, tel est le cas des principes relatifs à l'autonomie des parties (1) et à la libre volonté des parties (2).

#### **1-L'insuffisance d'autonomie des parties**

**10.** L'autonomie des parties constitue une caractéristique première du contrat. Les parties au contrat sont dans la situation qu'elles ont voulue. Si elles sont obligées, c'est en vertu de l'engagement qu'elles ont volontairement pris. L'autonomie contractuelle n'est plus ce qu'elle était en droit des contrats et encore moins au sein du contrat de travail. Néanmoins, selon la doctrine, le « *renouveau du contrat* » en droit du travail est tout particulièrement un renouveau de la liberté contractuelle. Cette dernière permet de justifier l'insertion dans le contrat de travail de clauses entraînant l'individualisation de la rémunération et des conditions d'emploi des salariés, la fidélisation des salariés par des mécanismes d'intéressement, de retraite supplémentaire, etc. Cette vitalité de la liberté contractuelle permet ainsi la multiplication de clauses telles que les clauses de mobilité, d'exclusivité, de non-concurrence, de dédit-formation, etc.

**11.** Cependant, pour l'essentiel, le contrat de travail délaisse le principe de liberté contractuelle et ce pour deux raisons majeures. Tout d'abord, il existe un déséquilibre de fait entre les parties au contrat de travail. Le droit du travail permet la protection de la partie faible

---

<sup>7</sup> G. Lyon-Caen, Défense et illustration du contrat de travail, APD, t. XIII, 1968, p. 14 ;

contre la partie forte. Le salarié étant la partie faible et l'employeur la partie forte. L'existence même d'un lien de subordination entraîne la présence d'un rapport de force entre les parties au contrat de travail. Ensuite, la législation du travail est un droit d'ordre public. L'impérativité est fortement présente. L'ordre public peut être relatif. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit de garanties minimales cédant devant toute disposition plus favorable aux salariés. C'est l'application du principe dit de faveur. L'ordre public peut également être absolu. L'impérativité est souvent accentuée par l'application des règles dans le temps et par des sanctions. La méconnaissance de nombreuses dispositions de droit du travail est incriminée et expose l'auteur à des peines contraventionnelles ou correctionnelles<sup>8</sup>. Afin d'assurer une protection efficace au salarié, l'autonomie des parties est écartée tout comme la libre volonté de celles-ci.

## 2-L'indifférence à la volonté des parties

**12.** Le contrat de travail ayant pour parties l'employeur, partie forte, et le salarié, partie faible, la volonté des parties est écartée. Celle-ci est écartée tant en ce qui concerne la qualification donnée au contrat que pour son contenu. En ce qui concerne la qualification du contrat, celle-ci peut être requalifiée par le juge dans la mesure où le droit du travail est pour l'essentiel d'ordre public et qu'il ne peut être écarté par voie contractuelle. De plus, il est nécessaire de protéger le salarié, partie faible, contre une qualification contractuelle frauduleuse qu'il n'aurait pas choisie et qui n'aurait pour seul objectif que d'éluder l'application du droit du travail. En ce qui concerne le contenu du contrat, l'essentiel de celui-ci est déterminé par la loi. Peu de place est laissée à la volonté des parties dans la mesure où le contenu du contrat doit impérativement respecter les dispositions légales et conventionnelles en vigueur. De plus les clauses présentes au sein du contrat de travail font l'objet *a posteriori* d'un contrôle renforcé par le juge. En effet, celui-ci réalise un contrôle de nécessité et de proportionnalité. Il vérifie également que la mise en œuvre de celles-ci a été réalisée en toute bonne foi. La nécessité d'une protection efficace des salariés entraîne également le respect en droit du travail de certains principes de droit commun des contrats.

---

<sup>8</sup> A.Coeuret, I. Fortis, Droit pénal du travail, Litec, 2<sup>ème</sup> édition, 2001 ;

## ***B-Le respect du droit des contrats aux fins de protection du salarié***

Certains principes de droit des contrats sont utilisés en droit du travail afin de protéger les salariés tel est le cas des principes de force obligatoire du contrat (1) et de bonne foi contractuelle (2).

### 1-La force obligatoire du contrat

**13.** Une évolution jurisprudentielle est liée au phénomène du « *renouveau du contrat* » en droit du travail. Cette jurisprudence est relative au principe de la force obligatoire du contrat<sup>9</sup>. La jurisprudence antérieure ignorait délibérément cette dernière. Selon la jurisprudence, la modification unilatérale du contrat de travail était possible dans la mesure où le droit de résiliation unilatérale reconnu aux parties d'un contrat à durée indéterminée avait une valeur supérieure au principe de force obligatoire des contrats. Ainsi la formule jurisprudentielle utilisée était la suivante « *le contrat à durée indéterminée, qui peut être à tout moment rompu par la volonté de l'une des parties, peut également et par là-même être modifié de façon unilatérale* »<sup>10</sup>. *A contrario*, il est désormais jugé que « *l'employeur ne peut, sans l'accord du salarié, modifier substantiellement le contrat individuel de travail et qu'il lui incombe, soit de maintenir les conditions contractuellement convenues, soit de tirer les conséquences du refus opposé par l'intéressé* »<sup>11</sup>.

**14.** Ce refus de la modification unilatérale du contrat est une application du principe posé à l'article 1134, alinéa 1 du Code civil, selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » et de son corollaire immédiat posé à l'article 1134, alinéa 2 du Code Civil selon lequel « *elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel* ». L'irrévocabilité et l'intangibilité qui sont des éléments constitutifs de la force obligatoire du contrat s'appliquent ainsi au contrat de travail. Il en résulte une garantie essentielle pour le salarié. Ce dernier est préservé des mesures prises unilatéralement par l'employeur qui remettraient en cause le contrat de travail. Ces mesures ne peuvent lui être imposées, elles nécessitent son acceptation. Afin d'assurer une protection efficace au salarié, la force obligatoire du contrat est reconnue en droit du travail tout comme le principe de bonne foi contractuelle.

---

<sup>9</sup> Cass. Soc., 8 octobre 1987, Raquin, Bull. civ. V, n° 541 ; Dr. soc. 1988. 140, avec l'étude J. Savatier, p. 136 ;

<sup>10</sup> Cass, Soc. 26 janvier 1978, Bull. civ. V, n° 69 ; Dr. soc. 1979. 287 ;

<sup>11</sup> Cass. Soc., 4 février 1988, Bull. Civ V, n°96 ;

## 2-La bonne foi contractuelle

Le principe de bonne foi contractuelle doit être respecté en droit du travail tant par l'employeur (a) que par le salarié (b).

### *a- L'employeur*

**15.** L'article 1134 du Code civil pose également l'exigence de bonne foi contractuelle. Selon l'alinéa 3 de cette disposition, les conventions légalement formées « *s'exécutent de bonne foi* ». L'importance progressive de ce principe concerne surtout les contrats à exécution successive et dès lors le contrat de travail. L'affirmation de l'exigence de bonne foi dans les relations de travail est réalisée par la Cour de cassation au sein d'un arrêt *Expovit*. Selon ce dernier, « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* »<sup>12</sup>. Les manifestations de ce principe sont nombreuses en droit du travail, l'employeur est notamment tenu à une obligation d'adaptation envers le salarié. De même, l'employeur est tenu de rechercher toutes les possibilités de reclassement susceptibles d'éviter le licenciement du salarié. C'est également au regard du principe de bonne foi, que le juge apprécie le comportement de l'employeur quant aux conditions d'exécution du contrat de travail<sup>13</sup>, lors d'une modification de ce contrat<sup>14</sup> et pour l'application de certaines de ses clauses<sup>15</sup>. L'obligation de bonne foi contractuelle n'est pas uniquement celle de l'employeur. Le salarié est également soumis à cette obligation.

### *b-Le salarié*

**16.** Du côté du salarié aussi l'exigence de bonne foi se manifeste, notamment au regard d'activités nuisibles à l'employeur, d'activités concurrentes. En ce qui concerne le salarié, la doctrine parle couramment d'obligation de loyauté<sup>16</sup>, voir de probité<sup>17</sup>. La jurisprudence se prononce notamment sur la situation des parties pendant les périodes de suspension du contrat de travail. Selon la jurisprudence, durant la suspension, aucun comportement du salarié ne

---

<sup>12</sup> Cass. Soc., 25 février 1992, Dr. soc. 1992. 379 ;

<sup>13</sup> Cass. Soc., 10 mai 2006, n° 05-42.210, Bull. civ. V, n° 169 ;

<sup>14</sup> Cass. Soc., 28 mars 2001, Semaine sociale Lamy, n° 1025, p. 12 ;

<sup>15</sup> Cass. Soc., 18 mai 1999, Bull. civ. V, n° 219 ;

<sup>16</sup> Cass. Soc. 21 septembre 2006, n° 05-41.155 ;

<sup>17</sup> Cass. Soc., 25 janv. 2006, n° 04-44.918 ;

constitue un manquement à ses obligations résultant du contrat de travail, seuls pourraient lui être reprochés des « *actes de déloyauté* »<sup>18</sup>.

17. L'application de l'exigence de bonne foi au contrat de travail a été reprise par le législateur. L'article L. 1222-1 du Code du travail transpose la formule de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil au sein du Code du travail par la formule suivante « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ». Cette intervention du législateur va dans le sens d'une approche contractuelle des rapports entre salarié et employeur. Ainsi, le droit du travail ne s'apparente plus réellement en une dérogation au droit commun des contrats. Cela s'inscrit dans un mouvement plus global de développement de l'approche contemporaine des relations de travail.

## **Section 2 : Approche contemporaine des relations de travail**

L'approche contemporaine des relations de travail doit nécessairement prendre en considération l'approche internationale (§1) et les mutations des relations de travail (§2).

### **§1. Les relations de travail à l'internationale**

Les acteurs des relations de travail à l'internationale sont l'organisation internationale du travail (OIT) (A) et l'Union européenne (B).

#### ***A-L'OIT***

18. Selon une recommandation de l'organisation internationale du travail (OIT) en date du 15 juin 2005, il est nécessaire de prendre tout particulièrement en considération certains éléments lors de la qualification d'un contrat en contrat de travail. Les éléments à prendre en considération sont les faits relatifs à l'exécution du travail, à la rémunération du travailleur et ce peu important la qualification contractuelle choisie par les parties.

19. Afin de faciliter la détermination de l'existence d'une relation de travail, l'OIT conseille aux Etats membres d'autoriser de nombreux moyens pour permettre la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail. Cette organisation conseille également d'établir une présomption légale d'existence d'un contrat de travail en présence d'un ou de

---

<sup>18</sup> Cass. Soc. 21 mars 2000, Dr. soc. 2000. 648 ;

plusieurs indices pertinents. Enfin l'OIT suggère à ses membres de prévoir des présomptions irréfragables de salariat au bénéfice de certains travailleurs.

**20.** L'OIT propose certains critères du contrat de travail. La première série de critères est relative à l'exécution de la prestation de travail. Elle prend en considération le fait que la prestation de travail est exécutée selon les instructions et sous le contrôle d'une autre personne, qu'elle implique l'intégration du travailleur dans l'organisation de l'entreprise, qu'elle est effectuée uniquement ou principalement pour le compte d'une autre personne, qu'elle doit être accomplie personnellement par le travailleur; qu'elle est effectuée selon un horaire déterminé ou sur le lieu spécifié ou accepté par la personne qui requiert le travail, qu'elle a une durée donnée et présente une certaine continuité, qu'elle suppose que le travailleur se tienne à disposition ou qu'elle implique la fourniture d'outils, de matériaux et de machines par la personne qui requiert le travail.

La seconde série de critères est relative à la rémunération versée en contrepartie de la prestation de travail. Elle prend en considération le caractère périodique de la rémunération du travailleur, le fait qu'elle constitue son unique ou principale source de revenus, le paiement en nature sous forme de vivres, de logement, de transport, ou autres, la reconnaissance de droits tel que le repos hebdomadaire et les congés annuels, le financement des déplacements professionnels du travailleur par la personne qui requiert le travail et l'absence de risques financiers pour le travailleur. À l'international, l'OIT n'est pas la seule organisation à réglementer les relations de travail, l'Union européenne participe également à cette réglementation.

### ***B-L'Union européenne***

Au sein du droit l'Union européenne, il y a une absence de définition textuelle du travailleur européen (1). Cependant une définition jurisprudentielle existe (2).

#### 1-Absence de définition textuelle du travailleur européen

Le droit de l'Union européenne se réfère aux droits internes (a) des Etats membres pour définir la notion de travailleur européen. Néanmoins, certains textes européens présentent un intérêt au regard de la définition de cette notion (b). Le travailleur européen doit

nécessairement être ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne (c) et exercer son droit à la libre circulation (d).

#### *a-La présence d'une référence au droits internes*

**21.** Le droit de l'Union européenne abandonne dans un premier temps la définition de la notion de travailleur aux droits internes des Etats membres. Ainsi l'article 261 d) de la directive CE 2001/23 du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des Etats membres et relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements précise ce qui faut entendre par la notion de « *travailleur* »<sup>19</sup>. Elle dispose qu'il s'agit de « *toute personne qui, dans l'Etat membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi* ». De même, la directive n°96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service dispose en son article 2-2 que, « *aux fins de la présente directive, la notion de travailleur est celle qui est d'application dans le droit de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché* »<sup>20</sup>. Les raisons de l'absence de définition générale du travailleur européen résident, semble-t-il, dans la difficulté de définir le travailleur salarié au niveau européen. En droit de l'Union européenne, la notion de travailleur ne peut se réduire à celle de travailleur salarié. Pour Monsieur le Professeur Ph. Coursier, le réel problème est celui de l'absence de définition européenne du contrat de travail<sup>21</sup>. Néanmoins, certains textes européens participent à la définition du travailleur européen.

#### *b-L'intérêt de certains textes européens*

**22.** Le règlement communautaire n°1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté donne une définition de ce qu'il entend par travailleur<sup>22</sup>. Il s'agit de « *toute personne qui est assurée au titre d'une assurance obligatoire ou facultative (...) contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches d'un régime de sécurité sociale s'appliquant aux travailleurs salariés ou non*

---

<sup>19</sup> JOCE, n°L.82, 22 mars 2001, p.16 ;

<sup>20</sup> JOCE, n°L.18, 21 janvier 1997, p. 1 ;

<sup>21</sup> Ph. Coursier, « *La notion de travailleur salarié en droit social communautaire* », Droit social, 3 mars 2003, p.305 ;

<sup>22</sup> JOCE, n°L.149, 5 juillet 1971, p. 2 ;

*salariés ou par un régime spécial des fonctionnaires* »<sup>23</sup>. Pour être européen, le travailleur doit être ressortissant de l'un des Etats membres de l'Union européenne.

*c- Un travailleur européen, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne*

**23.** La première condition pour être considéré tel un travailleur européen est évidemment d'être ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne. Selon les termes de l'arrêt *Meade*, « le règlement n°1408/71 s'applique aux travailleurs (...) qui sont des ressortissants de l'un des Etats membres (...) ainsi qu'aux membres de leur famille, de même que l'article 48 n'assure la libre circulation des personnes qu'aux travailleurs des Etats membres. Ainsi qu'il ressort du dossier, la juridiction nationale a posé sa question en fonction de la situation d'un enfant dont le père est ressortissant d'un pays tiers et dont la mère n'exerce pas d'activité de travailleur salarié. Dans de telles conditions, le règlement n°1408/71 n'est pas applicable en l'espèce »<sup>24</sup>. De plus, pour être européen, le travailleur doit exercer son droit à la libre circulation.

*d- Un travailleur européen exerçant son droit à la libre circulation*

**24.** Pour la Cour de Justice des Communautés Européennes, la liberté de circulation des travailleurs s'impose dans les rapports juridiques qui « en raison soit du lieu où ils sont établis, soit du lieu où ils produisent leurs effets, peuvent être localisés sur le territoire de la Communauté »<sup>25</sup>. Par conséquent, les activités qu'un ressortissant européen exerce à l'extérieur du territoire de l'Union européenne ne peuvent être prises en considération pour apprécier sa qualité de travailleur européen. Ainsi, le travailleur n'est européen qu'à la double condition qu'il soit ressortissant d'un Etat membre et qu'il circule sur le territoire de l'Union européenne. Selon Madame le Professeur Bonnechère, « le fait qu'une situation juridique soit localisée sur le territoire d'un Etat membre et concerne un travailleur ressortissant d'un Etat membre ne suffit pas à la faire relever de ses règles gouvernant la libre circulation communautaire ». Pour se prévaloir des dispositions des traités et du droit dérivé en la matière, « le travailleur communautaire doit avoir effectivement exercé son droit à la libre

---

<sup>23</sup> Article 1 §1 a) i) ;

<sup>24</sup> CJCE, 5 juillet 1984, *Meade*, aff., 238/ 83 ;

<sup>25</sup> CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave c/ UCI*, aff. 36/74 ;

*circulation à l'intérieur de la Communauté* »<sup>26</sup>. L'absence de réelle définition textuelle du travailleur européen est comblée par la présence d'une définition jurisprudentielle élaborée par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

## 2-La présence d'une définition jurisprudentielle

La Cour de Justice des Communautés Européennes détermine les critères objectifs de la relation de travail **(a)** et les éléments indifférents à la qualité de travailleur européen **(b)**.

### *a-Les critères objectifs de la relation de travail*

**25.** De même que certains droits étrangers, le droit de l'Union européenne ne définit pas le travailleur salarié par le contrat de travail mais par la relation de travail. Ce n'est pas l'approche du système juridique français. Le droit national donne une dimension contractuelle aux rapports entretenus par un salarié avec son employeur. Pour Monsieur le Professeur A. Supiot<sup>27</sup>, l'emploi de l'expression « *relation de travail* » illustre « *la volonté d'étendre le champ d'application des dispositions sociales du droit communautaire au-delà des limites dans lesquelles la notion de contrat de travail pourrait être enfermée par une définition casuistique* ». La définition jurisprudentielle européenne du travailleur repose sur l'existence de critères objectifs qui caractérisent la relation de travail.

La Cour de Justice des Communautés Européennes a posé la définition au sein de l'arrêt *Lawrie-Blum*<sup>28</sup>. « *La caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération* ». Le juge européen exige que le travailleur exerce une activité réelle et effective. Selon lui, « *les règles relatives à la libre circulation des travailleurs ne couvrent que l'exercice d'activités réelles et effectives à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires* »<sup>29</sup>. La définition jurisprudentielle du travailleur européen emprunte ses éléments à la définition française du contrat de travail. Ainsi est travailleur européen, celui qui accomplit une prestation de travail

---

<sup>26</sup> M. Bonnechère, « *La libre circulation des travailleurs dans l'Union Européenne* », Droit ouvrier, août 1995, p. 319 ;

<sup>27</sup> A. Supiot, « *Les notions de contrat de travail et de relations de travail en Europe* », Rapport, 1992, Office des publications officielles des Communautés européennes ;

<sup>28</sup> CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. 66/85 ;

<sup>29</sup> CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff. 53/81 ;

rémunérée au sein d'un état de subordination vis-à-vis de celui pour lequel il exécute cette prestation. En revanche, Monsieur le Professeur P. Morvan souligne que pour le droit de l'Union européenne, le travailleur est celui qui occupe un emploi actuel, il est dès lors un « *travailleur réel* ». Mais il est nécessaire de préciser que le droit de l'Union européenne qualifie également de travailleur européen celui qui a cessé d'occuper un emploi, il est dès lors un « *travailleur virtuel* »<sup>30</sup>. La Cour de Justice des Communautés Européennes ne détermine pas uniquement les critères objectifs de la relation de travail. Elle détermine également les éléments indifférents à la qualité de travailleur européen.

#### *b-Les éléments indifférents à la qualité de travailleur européen*

26. Au sein de l'arrêt *Lawrie-Blum*<sup>31</sup>, la Cour de Justice des Communautés Européennes précise que « *le domaine dans lequel les prestations sont fournies et la nature du lien juridique liant le travailleur à l'employeur sont sans intérêt pour l'application de l'article 48 du traité* ». De même, importe peu la qualité de l'employeur. Il peut s'agir d'une entreprise industrielle ou commerciale, d'une association ou de tout autre organisme. « *Aux fins de l'application des dispositions communautaires relatives à la libre circulation des travailleurs, il n'est pas nécessaire que l'employeur revête la qualité d'entreprise, le seul élément requis étant l'existence d'une relation de travail ou la volonté d'établir une telle relation* »<sup>32</sup>. L'approche contemporaine des relations de travail ne prend pas uniquement en considération l'aspect international de la matière. Elle se préoccupe également des mutations touchant les relations de travail.

### **§2. Les mutations des relations de travail**

Les mutations des relations de travail sont dues à un besoin croissant de flexibilité (A) entraînant un polymorphisme du travail (B).

#### ***A-Un besoin de flexibilité***

27. L'entreprise doit actuellement être en adaptation permanente afin de demeurer compétitive. L'objectif de l'entreprise est de s'adapter au marché, à la demande et plus précisément aux souhaits de la clientèle. La gestion des ressources humaines doit dès lors être

---

<sup>30</sup> Travailleur (notion), Répertoire communautaire, Dalloz, Mai 1998, 2 ;

<sup>31</sup> CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. 66/85 ;

<sup>32</sup> CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93 ;

de plus en plus flexible. Plusieurs leviers permettent cette flexibilité. L'un d'entre eux est la responsabilisation et le surcroît d'autonomie accordés aux salariés afin de favoriser l'initiative personnelle et la créativité individuelle. Le développement de la polyvalence des salariés constitue également un élément de flexibilisation. Un autre levier permettant une certaine flexibilité et réactivité est la remise en cause de la construction pyramidale de l'entreprise. Désormais le nombre de niveaux hiérarchiques au sein de l'entreprise est réduit afin de permettre une certaine réactivité. La flexibilité au sein de l'entreprise est également réalisée par le développement de formes diverses de travail. L'entreprise peut dès lors avoir recours à des travailleurs salariés ou indépendants au sein ou à l'extérieur de ses locaux.

### ***B-Le polymorphisme du travail***

Le polymorphisme du travail se manifeste par la diversité des relations contractuelles au sein de l'entreprise (1), par la présence de salariés (2) et d'indépendants (3) en dehors de l'entreprise.

#### 1-La diversité des relations contractuelles

28. Au sein de l'entreprise, le contrat de travail ne possède plus d'unité. Il y a bien évidemment le « *noyau dur* » constitué des salariés de l'entreprise possédant un contrat de travail à durée indéterminée. Cependant ces salariés ne constituent plus la majorité du capital humain de l'entreprise. Ils sont le minimum nécessaire à la réalisation de la production. Autour de ce noyau, se développent, au sein de l'entreprise, de nombreuses autres relations contractuelles qui se caractérisent le plus souvent par leur précarité du fait de la durée déterminée du contrat. Ces relations contractuelles temporaires sont possibles grâce à la conclusion de contrats de travail à durée déterminée, de contrat de formation tel le contrat d'apprentissage. L'entreprise peut également, grâce au contrat de travail temporaire, se voir mettre à disposition un salarié d'une entreprise de travail temporaire afin que ce dernier travaille en son sein pour une durée déterminée. D'autres relations contractuelles non nécessairement temporaires permettent la présence du salarié lorsque l'entreprise a besoin de lui, tel est le cas notamment des contrats de travail à temps partiel. La diversité des formes contractuelles proposée à l'entreprise lui permet de satisfaire son besoin de flexibilité afin de répondre aux attentes de sa clientèle. Dans une optique de réduction des coûts et d'accroissement des compétences, l'entreprise peut également faire le choix de positionner certains salariés en dehors de son enceinte.

## 2-Le salarié en dehors de l'entreprise

**29.** Certains salariés, face aux mutations de l'entreprise, gagnent en autonomie tel est le cas du télétravailleur, du travailleur à domicile et du travailleur itinérant. Selon Monsieur le Professeur J.-E. Ray<sup>33</sup>, le télétravail se caractérise par trois éléments principaux. Tout d'abord la prestation de travail est réalisée à distance en dehors des locaux de l'entreprise. Ensuite, l'employeur ne peut pas physiquement surveiller l'exécution de celle-ci. Enfin, la prestation de travail s'effectue au moyen de l'outil informatique et des outils de télécommunication. Le télétravailleur ou le travailleur à domicile par son absence de l'entreprise est affranchi de la présence de sa hiérarchie et de celle de ses collègues. Il est dès lors autonome dans l'exécution de sa prestation de travail et ses responsabilités croissent.

Le travail itinérant mène nécessairement le salarié en dehors de l'enceinte de l'entreprise. Le développement de ce salariat est dû à la nécessité pour l'entreprise d'aller à la rencontre de sa clientèle. Cette forme de réalisation de la prestation de travail concerne de nombreuses professions tels les chauffeurs routiers, les porteurs, les infirmiers, les voyageurs, représentants ou placiers (VRP), les réparateurs, etc. Le travail itinérant entraîne également une autonomisation du salarié et un accroissement de ses responsabilités. Le développement de ces nouvelles formes de salariat en dehors des locaux de l'entreprise crée certaines difficultés notamment liées au décompte du temps de travail, à la rémunération, à la gestion des accidents du travail et à la socialisation du salarié dans l'entreprise. Ces nombreuses difficultés poussent l'entreprise vers une autre forme de relation de travail : le travail indépendant.

## 3-L'indépendant en dehors de l'entreprise

**30.** Le contrat de travail n'est plus la norme des relations de travail. Désormais, l'entreprise a de plus en plus recours à des travailleurs indépendants afin de réaliser certaines tâches. Ce phénomène peut prendre diverses formes telle la sous-traitance, l'externalisation, etc. Lasse des difficultés liées au salariat, l'entreprise est de plus en plus séduite par le recours aux travailleurs indépendants. Contrairement au salarié, le travailleur indépendant est autonome dans l'exécution de sa prestation de travail. Cependant cette caractéristique du travail indépendant est, dans les faits, de moins en moins présente. En effet, il apparaît la problématique de la dépendance économique lorsqu'un travailleur indépendant réalise une

---

<sup>33</sup> J.-L. Vergne, Mutation du travail et révolution de l'emploi, Le rapport d'entreprise et progrès, Magnard Vuibert Multimédia ;

prestation de travail pour un important groupe transnational. C'est pourquoi la doctrine voit se développer au sein de la catégorie des travailleurs indépendants une sous-catégorie de travailleurs dits parasubordonnés.

**31.** La coexistence des approches classique et contemporaine des relations de travail démontre la complexité de la notion de contrat de travail. Il est d'évidence que ce contrat possède de nombreuses insuffisances notamment par le fait qu'il ne prend pas en considération l'ensemble des relations de travail existantes et qu'il ne parvient pas à s'adapter aux mutations de celles-ci. Ainsi l'ensemble des travailleurs n'est pas protégé par un socle légal minimal. Seuls certains bénéficient d'une protection, d'autres en sont totalement exclus.

Il est dès lors opportun de s'interroger sur la pertinence de la distinction entre travailleur salarié et travailleur indépendant et de comprendre pourquoi une extension permanente de la législation du travail est réalisée au bénéfice de certains travailleurs.

C'est pourquoi, il paraît nécessaire d'appréhender les critères de principe du contrat de travail (**Titre 1**) qui semblent ignorer de nombreuses relations de travail, ainsi que les extensions d'exception de celui-ci (**Titre 2**) qui prennent en considération de nombreux travailleurs exclus du contrat de travail entendu *stricto sensu*.

## **Titre 1 : Les critères de principe du contrat de travail**

Le contrat de travail est identifiable par l'existence d'une pluralité de critères jurisprudentiels. Par principe, ceux-ci sont indisponibles (**Chapitre 1**). Il est nécessaire, afin d'identifier la présence d'un contrat de travail, d'énoncer ces différents critères jurisprudentiels (**Chapitre 2**).

### **Chapitre 1 : L'indisponibilité des critères**

Les critères du contrat de travail sont indisponibles. Cela signifie que le juge, confronté à un litige, demeure indifférent à la volonté des parties (**Section 1**) et surtout consacre le principe de prééminence de la réalité (**Section 2**).

#### **Section 1 : L'indifférence de la volonté**

Le juge est indifférent à la volonté des parties. La portée de ce principe est importante. En effet, le juge est indifférent à la dénomination contractuelle donnée par les parties (**§1**) ainsi qu'à l'existence de l'immatriculation de l'une des parties (**§2**).

##### **§1- L'indifférence de la dénomination**

**32.** Selon la Cour de Cassation, « *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* »<sup>34</sup>.

Cette jurisprudence résulte d'une combinaison de l'article 12, alinéa 2 du Code de procédure civile et d'une règle jurisprudentielle établie par la Cour de cassation au sein de ses différentes formations.

**33.** L'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile dispose que le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». La disposition comprend le terme « *doit* », il semble

---

<sup>34</sup> Cass. Soc., 19 décembre 2000, Dr. soc. 2001.227 ;

alors qu'il s'agit d'une obligation pour le juge de donner l'exacte qualification aux faits qui lui sont soumis<sup>35</sup>. C'est d'ailleurs la position retenue par la Cour de cassation au sein d'un arrêt d'Assemblée Plénière en date du 21 décembre 2007<sup>36</sup>. Pour la Cour, le juge a l'obligation de donner ou de restituer l'exacte qualification des faits litigieux invoqués par les parties. Il s'agit de la confirmation du principe selon lequel le juge n'est pas lié par les dénominations données par les parties aux faits ou aux actes litigieux.

**34.** Quant au principe jurisprudentiel, celui-ci est affirmé tant par la chambre criminelle<sup>37</sup>, que par la chambre sociale<sup>38</sup>. Mais surtout ce principe est reconnu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Cette dernière indique que la volonté des parties est « *impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche* »<sup>39</sup>.

**35.** L'indifférence à la dénomination contractuelle donnée par les parties constitue un principe général issu du Code de procédure civile. Il est ainsi applicable au droit du travail comme à l'ensemble des autres branches du droit. L'application de ce principe, par la requalification du contrat, permet une application du Code du travail alors même que le contrat n'est pas qualifié, à l'origine, de contrat de travail par les parties.

**36.** Ce principe d'indifférence à la dénomination contractuelle donnée par les parties s'applique davantage en droit du travail, dans la mesure où la législation du travail comporte de nombreuses dispositions d'ordre public. Cela exclut nécessairement que la qualification du contrat soit laissée à la seule volonté des parties. Cette observation est toute autant vérifiée en matière de droit de la protection sociale dans la mesure où l'ensemble des dispositions de cette discipline est d'ordre public. L'application de ce principe démontre l'indisponibilité des critères du contrat de travail.

C'est pourquoi la Cour de cassation indique qu'il appartient aux juges du fond « *dans une matière d'ordre public telle que le droit du travail, d'interpréter les contrats unissant les parties afin de leur restituer leur véritable nature juridique, la seule volonté des intéressés*

---

<sup>35</sup> G. Couchez, Procédure civile, 15 édition, Sirey Université ;

<sup>36</sup> Cass. Plén., 21 décembre 2007, D.2008.228 et 1102 ;

<sup>37</sup> Cass. Crim., 29 octobre 1985, Bull. crim., n°335 ;

<sup>38</sup> Cass. Soc., 27 octobre 1993, Dr. soc. 1993. 960 ;

<sup>39</sup> Cass. Plén., 4 mars 1983, D. 1983.381 ;

*étant impuissante à soustraire des travailleurs du statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche. »*<sup>40</sup>

**37.** En revanche, la qualification donnée au contrat par les parties possède une relative importance à certains égards. Elle doit notamment être prise en considération afin d'apprécier les conditions d'exercice de l'activité. Selon la Cour de cassation, les relations entre les parties doivent être examinées dans le cadre des conventions passées entre elles<sup>41</sup>. Ainsi, l'analyse des clauses d'un contrat peut être révélatrice d'une situation de dépendance de nature à entraîner la requalification en contrat de travail ou l'affiliation au régime général<sup>42</sup>. Outre l'indifférence à la dénomination contractuelle donnée par les parties, le juge est également indifférent à l'immatriculation du travailleur.

## **§2. L'indifférence de l'immatriculation**

Le juge demeure indifférent à l'immatriculation du travailleur. En effet malgré la création de la présomption de non-salariat (**A**), le juge continue à requalifier un certain nombre de relations contractuelles en contrat de travail. De façon inattendue, la loi dite Aubry II réalise la suppression de la présomption de non-salariat (**B**) puis celle-ci est rétablie (**C**).

### ***A- La création de la présomption de non-salariat***

Il s'agit de s'intéresser au droit commun de la preuve (**1**), à la nature de la présomption de non-salariat (**2**), à la notion de lien de subordination juridique permanente permettant le renversement de la présomption (**3**) ainsi qu'aux sanctions de l'employeur en présence d'une requalification du lien contractuel en contrat de travail (**4**).

#### **1-Le droit commun de la preuve**

**38.** La partie qui invoque l'existence d'une relation salariale doit apporter la preuve du contrat de travail<sup>43</sup>. En l'absence d'apparence d'un contrat de travail, la charge de la preuve appartient donc au salarié. *A contrario*, en présence d'un contrat de travail apparent, il

---

<sup>40</sup> Cass. Crim., 29 octobre 1985, n° 84-95.559 ;

<sup>41</sup> Cass. Soc., 12 juin 1985, n° 83-15.556 ;

<sup>42</sup> Cass. Soc., 21 octobre 1985, n° 84-11.080 ;

<sup>43</sup> Cass. Soc., 13 novembre 1991, n°89-41.297 ;

incombe à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve <sup>44</sup>. Ainsi, la charge de la preuve appartient à l'employeur.

**39.** Les règles de preuve présentes au sein du Code civil s'appliquent au contrat de travail. Ainsi, l'article 1341 du Code civil impose la preuve par écrit au-dessus d'une somme fixée par décret, soit 800 € depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002<sup>45</sup>. Selon l'article 1347 du Code civil, la preuve testimoniale n'est pas admise, à moins qu'il y ait commencement de preuve par écrit.

Cependant, en matière commerciale, l'article 109 du Code de commerce admet la preuve par tout moyen. Or l'employeur est le plus souvent un commerçant. À son égard, le contrat de travail est réputé être un acte de commerce. Le salarié peut dès lors apporter la preuve du contrat de travail par tout moyen<sup>46</sup>. Cette faculté n'est pas reconnue à l'employeur commerçant dans la mesure où le contrat est civil à l'égard du salarié. La jurisprudence réalise une interprétation large des textes. Ainsi est autorisée la preuve du contrat de travail par la seule production des bulletins de paie délivrés par l'employeur<sup>47</sup>.

**40.** En ce qui concerne la preuve électronique, il est possible de réaliser un contrat de travail sur support électronique à la condition de respecter les exigences posées par la loi du 13 mars 2000. Ces contraintes légales permettent d'identifier l'auteur de l'écrit et de garantir l'intégrité et la conservation du message. L'article 1316-3 du Code civil reconnaît à l'écrit sous forme électronique la même force probante que l'écrit sur support papier.

Il est possible de déroger aux règles de preuve de droit commun par l'existence d'une présomption légale. Selon Domat, « *une présomption est définie comme une opération de l'esprit par laquelle on admet l'existence d'un fait qui n'est pas directement démontré mais qui est rendu vraisemblable par la preuve supposée ou rapportée d'un autre fait* ». Ainsi afin de déroger aux règles de preuve de droit commun, le législateur a mis en place une présomption de non-salariat<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Cass. Soc., 13 octobre 2004, n°02-46.459 ;

<sup>45</sup> Décret n°2001-476, 30 mai 2001, JO 3 juin 2001 ;

<sup>46</sup> Cass. Soc., 5 décembre 1990, n° 87-43.348 ;

<sup>47</sup> Cass. Soc., 14 mai 1992, n° 89-41.672 ;

<sup>48</sup> Ouvrage Lamy Droit du contrat, n°195-29, Notion de présomption ;

## 2-La nature de la présomption de non-salariat

**41.** Depuis la loi n°94-126 dite Madelin du 11 février 1994, l'immatriculation au sein d'un registre constitue la condition de l'existence de la présomption de non-salariat. Cette loi pose, pour les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerçants ou auprès des URSSAF pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales, une présomption de non salariat. Cette dernière s'applique également aux travailleurs à domicile immatriculés et ce malgré le principe d'assimilation au salariat du travail à domicile<sup>49</sup>. Ainsi, les dispositions législatives confirment que la condition d'application de cette présomption est l'immatriculation<sup>50</sup>.

**42.** Cette présomption de non-salariat a pour objectif essentiel la sécurité juridique. Le législateur semble vouloir éviter que la relation contractuelle entre un travailleur et un donneur d'ordre soit requalifiée par le juge en contrat de travail. Cette présomption a pour conséquence d'amoindrir les pouvoirs du juge.

**43.** La présomption de non-salariat vaut tant en droit du travail qu'en droit de la Sécurité sociale. Elle est posée aux articles L.120-3 de l'ancien Code du travail et L.311-11 du Code de la sécurité sociale.

**44.** Il s'agit d'une présomption simple et probatoire. Cela signifie qu'il demeure possible d'apporter la preuve contraire afin qu'il soit reconnu l'existence d'un contrat de travail entre les cocontractants. La requalification de la relation contractuelle par le juge demeure dès lors possible. La présence des éléments caractéristiques du contrat de travail permet la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail, tout comme dans les situations non soumises à la présomption légale. Il est dès lors permis de douter de l'intérêt d'une telle présomption. La seule preuve d'« *un lien de subordination juridique permanente* »<sup>51</sup> suffit à renverser la présomption.

---

<sup>49</sup> Article L.721-1 de l'ancien Code du travail ;

<sup>50</sup> D. Boulmier, « *Quand le « lien de subordination juridique permanente » restreint la portée de la loi Madelin* », Semaine Sociale Lamy, 22 février 1999, n°922 ;

<sup>51</sup> Article L.120-3 alinéa 2 de l'ancien Code du travail ;

### 3-Le lien de subordination juridique permanente

**45.** Cette dernière formule, peu explicite, a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux. Comme l'indique Monsieur le Professeur G. Lyon-Caen « *le mot permanent n'est pas des plus clairs de la langue française. De beaux litiges en perspective* »<sup>52</sup>.

Pour certains auteurs, la permanence de la subordination ne s'applique qu'à la durée de la prestation. Ainsi, la qualification de contrat de travail peut apparaître en présence d'une relation ponctuelle telle une mission de travail temporaire. Pour un autre auteur, la permanence de la subordination concerne le lien de subordination<sup>53</sup>. Ainsi, la qualification de contrat de travail n'apparaît qu'en présence d'une relation durable de travail tel un contrat à durée indéterminée.

Par un arrêt du 31 mars 1998<sup>54</sup>, la Cour de cassation en sa chambre criminelle tranche le débat doctrinal existant. Selon la Cour, « *c'est la subordination juridique qui doit être permanente et non le lien ; (...) cette permanence s'apprécie en conséquence pendant la durée de la relation de travail et non par rapport à celle-ci* ». La subordination juridique doit dès lors être observée durant l'ensemble du lien contractuel et ce peu important la durée de ce dernier.

**46.** Une fois la preuve d' « *un lien de subordination juridique permanente* »<sup>55</sup> apportée, la relation contractuelle existante est requalifiée par le juge en contrat de travail et ce malgré l'immatriculation existante. La présomption tombe et la nature du contrat est modifiée. Le contrat est désormais qualifié de contrat de travail. Le donneur d'ordre, devenu employeur, est dès lors sanctionné.

### 4-Les sanctions en présence d'une requalification

**47.** La loi n°97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal ajoute un troisième alinéa à l'article L.120-3 de l'ancien Code du travail. Ce dernier texte législatif dispose que « *Celui qui a recours aux services d'une personne visée au*

---

<sup>52</sup> G. Lyon-Caen, « *Où mènent les mauvais chemins* », Dr. Soc. 1995, p.648 ;

<sup>53</sup> B. Teyssié, « *Sur un fragment de la loi n°94-126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L.120-3 du Code du travail* », Dr. social, 1994, p. 667 ;

<sup>54</sup> Cass. Crim., 31 mars 1998, n°97-81.873 ;

<sup>55</sup> Article L.120-3 alinéa 2 de l'ancien Code du travail ;

*premier alinéa dans les conditions qui permettent d'établir l'existence d'un contrat de travail est tenu au paiement des cotisations et contributions dues aux organismes chargés d'un régime de protection sociale ainsi qu'aux caisses de congés payés mentionnées à l'article L.223-16 au titre de la période d'activité correspondant à l'exécution de ce contrat, dans la limite des prescriptions applicables à ces cotisations et contributions »<sup>56</sup>. Ainsi, l'employeur est tenu, dans la limite de la prescription triennale, de régulariser le paiement des cotisations et contributions sociales dues. En matière civile, il peut également être condamné au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le salarié.*

**48.** En matière pénale, l'employeur peut être condamné pour la commission du délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié. Cette infraction est prévue à l'article L.8221-5 du Code du travail. Cette infraction est réalisée dès lors que l'employeur se soustrait à l'établissement de l'une des formalités suivantes : bulletin de paie et déclaration préalable d'embauche ou dès lors qu'il mentionne sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué<sup>57</sup>. Dès lors, selon l'article L.8224-1 du Code du travail, l'employeur peut être condamné à 45 000 euros d'amende et trois ans d'emprisonnement. Cependant, en droit du travail, l'existence de la présomption de non-salariat n'est que temporaire dans un premier temps.

### ***B-La suppression de la présomption de non-salariat***

**49.** De façon inattendue, l'article 34 de la loi du 19 janvier 2000 dite Aubry II abroge les deux premiers alinéas de l'article L.120-3 de l'ancien Code du travail. L'abrogation de la présomption de non-salariat a pour conséquence le renversement de la charge de la preuve du lien de subordination juridique. Cette suppression vaut également pour les travailleurs à domicile<sup>58</sup>.

Seul le troisième alinéa de l'article L.120-3 de l'ancien Code du travail demeure. En cas de requalification de la relation contractuelle par le juge, il demeure la possible régularisation des cotisations et contributions sociales dues.

---

<sup>56</sup> Article L.120-3 alinéa 3 de l'ancien Code du travail ;

<sup>57</sup> Cass. Crim., 22 février 2000, RJS 2000. 386, n°562 ; Cass. Soc., 21 mai 2002, Bull. civ. V, n°170 ;

<sup>58</sup> Article L.721-1 de l'ancien Code du travail ;

**50.** La suppression de la présomption de non-salariat ne vaut qu'en droit du travail et non en droit de la Sécurité sociale. La loi dite Aubry II n'a pas prévu l'abrogation de la présomption en matière de Sécurité sociale. Cette présomption demeure par conséquent mais seulement au sein de l'article L.311-11 du Code de la Sécurité sociale. Cette suppression de la présomption de non-salariat réalisée par la loi dite Aubry II n'est que temporaire. Elle est rapidement rétablie par la loi dite pour l'initiative économique.

### ***C- Le rétablissement de la présomption de non salariat***

Il est nécessaire de s'interroger sur les objectifs du rétablissement de la présomption (1) ainsi que sur les distinctions (2) et similitudes (3) du nouveau dispositif avec celui instauré par la loi dite Madelin.

#### 1- Les objectifs du rétablissement de la présomption

**51.** La loi n°2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 dite loi pour l'initiative économique rétablit, contre toute attente, la présomption de non-salariat au sein de l'article L120-3 de l'ancien Code du travail. Ce rétablissement se justifie par la volonté d'atteindre plusieurs objectifs. Tout d'abord, cela illustre la volonté de développer la création de nouvelles entreprises. Il s'agit de favoriser la pratique dite de l'« *essaimage* »<sup>59</sup>. Cela consiste pour une société à faciliter la création d'entreprises, auxquelles la société sous-traite une ou plusieurs parties de son activité. Cela permet à la société d'échapper aux contraintes inhérentes à l'emploi salarié. Ensuite, il s'agit de renforcer la sécurité juridique en limitant la possibilité de requalification par le juge de certains contrats en contrats de travail.

**52.** Il semble nécessaire de préciser que, selon la Cour de cassation, le rétablissement de la présomption de non-salariat posé par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 n'est pas applicable aux faits survenus entre 2001 et 2002<sup>60</sup>. La disposition de la loi dite pour l'initiative économique rétablissant la présomption de non-salariat modifie en partie le dispositif établi en 1994 par la loi dite Madelin.

---

<sup>59</sup> M. Vericel, « *Le rétablissement de la présomption de non-salariat (article 23 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique)* », Dr. social, 1994, p. 297 ;

<sup>60</sup> Cass. Soc. , 22 mars 2006, n°05-42.346 ;

## 2-Les distinctions au regard du dispositif dit « Madelin »

Il paraît deux distinctions majeures au regard du dispositif de la loi dite Madelin. Il existe des distinctions quant aux bénéficiaires (a) et quand à la dissimulation d'emploi salarié (b).

### *a-Distinction quant aux bénéficiaires*

**53.** Le dispositif est notamment modifié quant aux bénéficiaires. Cette présomption de non-salariat vise toujours les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerçants ou auprès des URSSAF pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales.

**54.** Cependant, la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 réalise une extension des bénéficiaires de la présomption de non-salariat. Sont désormais bénéficiaires de celles-ci, les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et 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.

Tous ces bénéficiaires ainsi que leurs salariés « *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 cette immatriculation ou inscription* ».

**55.** Postérieurement, la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux a étendu le bénéfice de la présomption de non-salariat aux personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transports routiers de personnes qui assurent en milieu rural le transport scolaire<sup>61</sup> ou un service de transport à la demande, en cas de carence de transport collectif<sup>62</sup>.

**56.** Enfin, la loi n°2008-776 dite de modernisation de l'économie du 4 août 2008 réalise une troisième vague d'extension des bénéficiaires. Cette extension concerne des personnes physiques qui ne relèvent d'aucune obligation d'immatriculation. En effet, celle-ci concerne

---

<sup>61</sup> Selon l'article L.213-11 du Code de l'éducation ;

<sup>62</sup> Selon l'article 29 de la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale à titre principal ou complémentaire et pouvant bénéficier du régime optionnel de prélèvements forfaitaires libératoires des charges sociales personnelles. Il s'agit des personnes dites auto-entrepreneurs relevant du régime « *micro-social* »<sup>63</sup>. Par cette dernière extension, il semble possible de supposer que la condition d'immatriculation n'est plus nécessairement requise afin d'être bénéficiaire de la présomption de non-salariat.

**57.** La présomption de non-salariat est désormais posée au sein de l'article L.8221-6 du Code du travail. Elle est renforcée par l'article L.8221-6-1 du même Code qui dispose « *est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre* ». Pour certains auteurs, cet article pose une réelle définition du travailleur indépendant. Cependant, cette analyse ne semble pas être celle retenue par la doctrine majoritaire. La disposition établie par la loi dite pour l'initiative économique se distingue également du dispositif institué par la loi dite Madelin quant à la dissimulation d'emploi salarié.

#### *b-Distinction quant à la dissimulation d'emploi salarié*

**58.** L'article L.8221-5 du Code du travail impose que le donneur d'ouvrage se soit « *intentionnellement* » soustrait aux formalités prévues par les articles L.1221-10 et L.3243-2 du Code du travail. Il s'agit d'une omission intentionnelle de rédaction des bulletins de paie, des déclarations préalables d'embauche ou la présence d'une mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures inférieur à celui réellement effectué.

**59.** Pour certains auteurs, cette nouvelle mention au sein de l'article L.8221-5 du Code du travail n'est qu'une redite dans la mesure où l'article L.8221-3 relatif au travail dissimulé prévoit d'ores et déjà la nécessité d'une méconnaissance volontaire de ces formalités<sup>64</sup>.

Pour d'autres, il s'agit d'une « *véritable innovation* »<sup>65</sup>, le donneur d'ouvrage ne pouvant plus être automatiquement déclaré coupable du délit de travail dissimulé. Le terme « *intentionnellement* » rendant la condamnation de celui-ci plus complexe. Malgré, ces

---

<sup>63</sup> Lamy social, 2009, n°257, Présomption de non-salariat ;

<sup>64</sup> Semaine Sociale Lamy, 8 septembre 2003, n°1134 ;

<sup>65</sup> M. Vericel, « *Le rétablissement de la présomption de non-salariat (article 23 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique)* », Dr. social, 1994, p. 297 ;

quelques distinctions avec le dispositif instauré par loi dite Madelin, la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 rétablit l'essentiel de celui-ci.

### 3-Les similitudes avec le dispositif dit « Madelin »

**60.** La condition d'immatriculation nécessaire afin d'être bénéficiaire de la présomption de non-salariat demeure lors du rétablissement de cette dernière et ce jusqu'à la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie.

**61.** De même la procédure d'interrogation de l'URSSAF instaurée par la loi dite Madelin en 1994, non abrogée par la loi Aubry II, demeure. Toute personne peut interroger sur demande écrite l'URSSAF afin qu'elle se prononce sur l'éventuelle existence d'un lien de subordination entre le donneur d'ordre et le demandeur. L'URSSAF dispose de deux mois pour indiquer au demandeur s'il relève du régime des travailleurs indépendants, du régime général ou d'un autre régime. En l'absence de réponse, l'URSSAF est réputée acquiescer à la qualification proposée par le demandeur. Dans tous les cas, l'attestation délivrée par l'URSSAF ne vaut que pour la seule activité ayant fait l'objet de la déclaration et que tant qu'elle est exercée dans les conditions déclarées<sup>66</sup>.

**62.** La présomption de non-salariat rétablit par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 demeure une présomption simple. Il demeure possible d'apporter la preuve contraire en rapportant l'existence d'un « *lien de subordination juridique permanente* »<sup>67</sup>. Selon l'administration, le qualificatif « *permanente* »<sup>68</sup> de la subordination a pour objectif principal d'éviter que des éléments discontinus de subordination juridique justifient une requalification systématique en contrat de travail. « *La continuité de la subordination juridique doit être appréciée au sein même de la relation de travail considérée, quelle que soit sa durée* »<sup>69</sup>. Ainsi, il y a contrat de travail dès lors que les éléments constitutifs de la subordination juridique demeurent durant toute la durée de l'exécution du contrat<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Lamy social, 2009, n°4399, Présomption de non-salariat ;

<sup>67</sup> Article L.120-3 alinéa 2 de l'ancien Code du travail ;

<sup>68</sup> Article L.120-3 alinéa 2 de l'ancien Code du travail ;

<sup>69</sup> Lamy social, 2009, n°4399, Présomption de non-salariat ;

<sup>70</sup> Circulaire ministérielle, 4 mai 1995, BO Trav., 1995, n°11 ;

Pour certains auteurs<sup>71</sup>, la jurisprudence relative à l'article L.8221-6 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi Madelin de 1994, démontre une indifférence au qualificatif « *permanente* »<sup>72</sup>. Ce dernier ne paraît utile qu'afin d'exclure la requalification en contrat de travail lorsque la collaboration du travailleur n'a qu'un caractère marginal au regard de l'activité habituelle de l'entreprise. Or ces auteurs observent que l'exigence du caractère régulier et non marginal de la relation de travail se trouve déjà présente au sein de la jurisprudence relative au salariat<sup>73</sup>. La Cour de cassation demeure indifférente à la qualification du contrat ainsi qu'à l'immatriculation. Il s'agit d'une application du principe de prééminence de la réalité.

## **Section 2 : La prééminence de la réalité**

**63.** Le juge, indifférent à la dénomination contractuelle ainsi qu'à l'immatriculation du travailleur, a l'obligation de faire primer la réalité, les faits, sur la volonté des parties. Selon Monsieur A. Pla Rodriguez, « *en cas de discordance entre ce qui se passe en pratique et ce qui ressort des documents ou accords, préférence doit être donné au premier, c'est-à-dire à ce qui survient sur le terrain des faits* »<sup>74</sup>. Le juge doit prendre en considération les données objectives, les conditions effectives d'exercice de l'activité. Cette volonté du juge entraîne la requalification de certains contrats en contrats de travail. L'indisponibilité de la qualité de salarié doublée d'une exigence de réalisme au sein de l'opération de qualification permet d'observer la manifestation d'un « *principe de réalité* »<sup>75</sup>.

**64.** L'objectif pour le juge est d'éviter la fraude ou la simulation. Il faut nécessairement requalifier les contrats de travail fictifs destinés à procurer des allocations de chômage ainsi que les contrats de louage d'ouvrages ou de mandat destinés à éluder le paiement des charges sociales.

**65.** Afin de procéder à la requalification du contrat, le juge doit utiliser la technique du faisceau d'indices pour déterminer l'existence ou non d'un lien de subordination. Ainsi, selon la Cour de cassation, le juge ne peut, pour retenir l'existence d'un lien de subordination,

---

<sup>71</sup> M. Vericel, « *Le rétablissement de la présomption de non-salariat (article 23 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique)* », Dr. social, 1994, p. 297 ;

<sup>72</sup> Article L.120-3 alinéa 2 de l'ancien Code du travail ;

<sup>73</sup> A. Jeammaud sous Cass. Soc., 14 janvier 1982, D.1983 IR 201 ;

<sup>74</sup> A. Pla Rodriguez, « *Los principios del derecho del trabajo* », Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 243 ;

<sup>75</sup> J.-E. Ray, « *De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail* », Dr. soc., 1995. 634 ;

s'attacher uniquement à la dénomination donnée par les parties sans rechercher si l'intéressé reçoit des ordres et directives<sup>76</sup>.

De même, le fait qu'une société remplisse pour le travailleur un formulaire ASSEDIC lui reconnaissant la qualité de salarié ne suffit pas, dès lors que, dans la réalité, les conditions d'exercice de l'activité ne permettent pas la qualification en contrat de travail<sup>77</sup>.

**66.** La présence d'un « *lien juridique de subordination permanente* » permet au juge de requalifier la relation contractuelle en contrat de travail malgré la présence d'une présomption de non-salariat<sup>78</sup>. Selon la Cour de cassation, la qualification dépend des conditions effectives de l'exercice de l'activité. Par cet arrêt, la Cour de cassation indique un ensemble d'éléments susceptibles de nourrir le faisceau d'indices utile à la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail. En l'espèce, les indices sont l'existence d'une période d'essai, d'une rémunération mensuelle en espèces et en nature mais aussi la durée du travail, l'accord nécessaire de l'employeur pour prendre des congés et l'existence de directives précises. En revanche, il importe peu que l'employeur soit régulièrement absent, que le travailleur soit inscrit au registre du commerce et des sociétés, qu'il ne soit soumis à aucun horaire et qu'il y ait une absence de pouvoir disciplinaire exercé par l'employeur. Ce qui importe est que le pouvoir disciplinaire soit susceptible d'être exercé et ce même s'il n'est pas concrétisé par une sanction.

La Cour de cassation, le 10 décembre 2002, requalifie un contrat de portage de presse en contrat de travail<sup>79</sup>. La Cour de cassation procède à une requalification au motif que le travailleur « *transportait des journaux et les livrait à des détaillants exclusivement pour le compte (...) de la société A, sur un circuit et selon un horaire imposés (...) moyennant une rémunération fixée unilatéralement (...), que l'intéressée se voyait en outre imposer de nombreuses obligations telle que la définition de son secteur de portage, la liste des personnes auxquelles le journal devait être remis chaque jour, l'interdiction de porter d'autres publications, l'impossibilité de définir librement son horaire d'activité (...) et qu'elle*

---

<sup>76</sup> Cass. Soc., 23 avril 1997, n°94-40.909 ;

<sup>77</sup> Cass. Soc., 23 janvier 1985, n°83-41.155 ;

<sup>78</sup> Cass. Soc., 22 mars 2006, n°05-42.346 ;

<sup>79</sup> J.-E. T., « *Portage de presse : conditions de requalification d'un contrat d'entreprise en contrat de travail* », Jurisprudence Sociale Lamy, 14 janvier 2003, n°115 ;

*était soumise à des instructions précises* »<sup>80</sup>. Outre le faisceau d'indices qui permet au juge de procéder à la requalification, le juge est tenu de prendre en considération les différents critères du contrat de travail.

## **Chapitre 2 : L'énoncé des critères**

Aucune disposition légale ne définit la qualité de salarié. Ainsi, la jurisprudence a dû pallier la carence législative en établissant les critères du contrat de travail. Il s'agit d'observer le caractère pertinent (**Section 1**) mais à la fois insuffisant (**Section 2**) des critères jurisprudentiels du contrat de travail.

### **Section 1 : La pertinence des critères**

Ces critères jurisprudentiels sont au nombre de trois. Selon les juges, il y a contrat de travail, lorsqu'une personne physique s'engage à effectuer une prestation pour le compte et sous la direction d'une autre personne (physique ou morale) en contrepartie d'une rémunération<sup>81</sup>. La présence d'un contrat de travail nécessite par conséquent l'existence d'une prestation de travail rémunérée (§1) et subordonnée (§2).

#### **§1. Une prestation de travail rémunérée**

Une prestation de travail rémunérée nécessite la présence d'une prestation de travail (**A**) et d'une rémunération (**B**). La prestation de travail et la rémunération sont des critères nécessaires à la qualification du contrat de travail. Néanmoins, ce ne sont pas des critères suffisants. En effet, ces deux critères sont également présents au sein d'autres contrats tel le contrat de mandat ou le contrat d'entreprise.

#### ***A-La nécessaire présence d'une prestation de travail***

**67.** La prestation de travail que le salarié s'engage à fournir peut être de toute nature. Elle peut être manuelle ou intellectuelle. Elle peut être liée à tout domaine d'activités : artistique, commercial, industriel, agricole, artisanal, sportif, etc. Le salarié ne promet pas nécessairement un résultat. Il met sa capacité de travail à la disposition de son employeur.

---

<sup>80</sup> Cass. Soc., 10 décembre 2002, n°00-44.646 ;

<sup>81</sup> Cass. Soc., 22 juillet 1954, Bull. civ. IV n°576 ;

Cette prestation a pour vocation de s'exécuter dans le temps. C'est en cela que le contrat de travail est un contrat à exécution successive.

**68.** La jurisprudence exige seulement que cette prestation de travail corresponde à un travail effectif. Cela signifie qu'il est nécessaire que la prestation soit réellement effectuée. Cette exigence a pour objectif essentiel de limiter l'existence de contrats de travail fictifs<sup>82</sup>.

Ainsi, selon la Cour de cassation, constitue une libéralité, le contrat de travail consenti par le dirigeant d'une société à sa sœur, administrateur démissionnaire, dans la mesure où celle-ci n'a fourni aucune prestation de travail<sup>83</sup>. Il est également nécessaire que la prestation de travail soit réalisée en contrepartie d'une rémunération.

### ***B-La nécessaire présence d'une rémunération***

**69.** La rémunération constitue un critère essentiel du contrat de travail. Il s'agit d'un contrat à titre onéreux. En l'absence de rémunération, le contrat ne peut être qualifié de contrat de travail. C'est notamment le cas du bénévolat ou de l'entraide.

En revanche, la présence d'une rémunération et même la délivrance de bulletins de paie ne caractérisent pas nécessairement la présence d'un contrat de travail<sup>84</sup>. La rémunération, comme la prestation de travail, est ainsi un critère nécessaire mais non déterminant du contrat de travail. La qualification de contrat de travail ne peut être écartée du seul fait qu'une personne n'ait pas réclamé de rémunération<sup>85</sup>. Il est utile d'observer les modalités et la nature de la rémunération **(1)**, le montant et le versement de celle-ci **(2)** et les conséquences de son absence **(3)**.

#### 1- Les modalités et la nature de la rémunération

**70.** En pratique, la rémunération est le plus souvent fixée au temps travaillé. Elle est alors souvent forfaitaire et mensuelle. Cependant, elle peut être également fixée aux nombre de pièces réalisées c'est-à-dire à la tâche accomplie. Néanmoins, il semble que ce dernier mode

---

<sup>82</sup> Cass. Soc., 15 avril 1970, Prouvost c/ Sté Comexport, Bull. civ. V n°251 ; Cass. Soc., 11 juillet 1995, Imbert c/ Laroppe ;

<sup>83</sup> Cass. Soc., 15 octobre 1981, Braginski c/ Sté Lipka, Bull. civ. V n°790 ;

<sup>84</sup> Cass. Soc., 21 mai 1965, Docteur Watez et autres c/ Sté de secours minière, Bull. civ. 1965 n°5 ;

<sup>85</sup> CA de Paris, 30 janvier 1997, 18<sup>ème</sup> chambre E, Dubuis c/ Mirica ;

de fixation de la rémunération fasse davantage parti du faisceau d'indices permettant la qualification de profession libérale. La rémunération peut également comprendre des primes, des commissions et des pourcentages. Cependant, selon la Cour de cassation, une rémunération fixée uniquement au pourcentage sur le chiffre d'affaires écarte la qualification de contrat de travail<sup>86</sup>. La participation du salarié aux bénéfices ou la perception d'un intéressement ne dénature pas la qualification de contrat de travail. En revanche, en présence d'une participation aux pertes, il ne peut y avoir contrat de travail.

**71.** La rémunération peut être attribuée en argent ou nature. Il est possible que le salarié soit exclusivement rémunéré en nature à la condition que la rémunération ne soit pas inférieure aux minimas légaux<sup>87</sup>. Est indifférente la qualification de la rémunération. Ainsi, la perception d'honoraires n'exclut en rien la qualification de contrat de travail<sup>88</sup>. Suite à l'étude des modalités et de la nature de la rémunération, il est nécessaire d'analyser le montant et le versement de celle-ci.

## 2-Le montant et le versement de la rémunération

**72.** Le montant de la rémunération perçue est en principe sans incidence sur la qualification de contrat de travail. Cependant, selon la Cour de Cassation, doit être refusée la qualité de salarié à un travailleur, en raison de la modicité de la rémunération qu'il perçoit. Celle-ci correspondant davantage à un remboursement de frais qu'à un salaire<sup>89</sup>. Néanmoins si la somme versée ne peut être assimilée à un remboursement de frais, le contrat peut être qualifié de contrat de travail par les juges et relève ainsi du Code du travail et ce même en présence d'une rémunération très inférieure au SMIC<sup>90</sup>. En effet, comme l'indique le Professeur E. Dockès « *ce n'est pas parce qu'un travailleur est très mal payé que le SMIC est inapplicable. C'est au contraire pour protéger les travailleurs très mal payés que le SMIC a été créé* »<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> Cass. Soc., 15 décembre 1993, Vignaud c/ Loyen et a. ;

<sup>87</sup> Cass. Soc., 20 février 1963, Bull.civ. IV, n°144 ;

<sup>88</sup> Cass. Soc., 14 mars 1991, Bull. civ. V, n°138 ;

<sup>89</sup> Cass. Soc., 22 mars 1989, RJS 5/1989, n°455 ;

<sup>90</sup> Cass. Soc., 17 avril 1985, Bull. civ. V n°171 ;

<sup>91</sup> E. Dockès, Droit du travail, HyperCours, Dalloz 2005, p.32 ;

73. De même les modalités de versement de la rémunération importent peu. La rémunération est généralement versée au salarié par l'employeur. Cependant, la rémunération peut également être versée par un tiers. Régulièrement, au sein de groupes de sociétés, une société membre du groupe a pour fonction la gestion et le versement de la rémunération de l'ensemble des salariés du groupe. Dans certaines circonstances, l'absence de rémunération du travailleur peut être exclusive de la qualification de contrat de travail.

### 3-Les conséquences de l'absence de rémunération

L'absence de rémunération en contrepartie de la prestation exécutée par le travailleur peut être exclusive de la qualification de contrat de travail notamment en présence d'une activité bénévole (a), d'une prestation de travail réalisée en famille (b) et d'un engagement religieux (c).

#### *a-Le bénévolat*

74. Le bénévolat est une notion appartenant à un concept plus large nommé entraide. Cette dernière se définit telle une prestation gratuite de travail. Elle est exclusive de toute notion de contrat de travail. Ainsi, un conseiller juridique réalisant des consultations pour le compte d'une organisation syndicale ne peut prétendre être intégré au sein d'un service organisé dès lors qu'il n'apporte aucune preuve d'éléments attestant de l'organisation et du fonctionnement du service juridique auquel il appartient. En l'espèce, l'absence d'organisation structurée du service, de directives et de régulation de l'activité semble démontrer l'existence d'une activité bénévole. D'autant plus que le conseiller juridique ne perçoit aucune rémunération. Il est seulement indemnisé des frais engagés. Il n'est dès lors pas apporté la preuve d'un lien de subordination juridique permettant une requalification en contrat de travail<sup>92</sup>. De même un contrat de travail ne peut être caractérisé entre un compagnon et la communauté d'Emmaüs dans la mesure où la présence au sein de la communauté emporte soumission aux règles de vie communautaire. Or ces dernières définissent un cadre d'accueil comprenant la participation à un travail destinée à l'insertion sociale du compagnon. Cette prestation de travail n'est pas subordonnée<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Cour d'appel de Paris, 8 avril 2008, n°06-10728, 18<sup>ème</sup> chambre D, Le Grand c/ Union départementale Force ouvrière 91 ;

<sup>93</sup> Cass. Soc., 9 mai 2001, Dr. soc. 2001, p.798, note J. Savatier ;

75. Cependant, il arrive que le travailleur conteste le caractère gratuit de la prestation réalisée. Les juges sont alors tenus de prendre en considération les conditions au sein desquelles la prestation de travail est effectuée. Ils peuvent dès lors parfois requalifier le contrat d'entraide en contrat de travail. Afin de distinguer le contrat de bénévolat du contrat de travail, un auteur propose de prendre en considération l'objet social de l'association pour déterminer la nature du contrat<sup>94</sup>. Ainsi, est caractérisé un contrat de travail, lorsque des bénévoles de l'association la Croix-Rouge française accompagnent des voyageurs sous les ordres et les directives de cette dernière qui a le pouvoir d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner d'éventuels manquements. D'autant plus que lesdits bénévoles perçoivent une somme forfaitaire supérieure au montant des frais réellement exposés<sup>95</sup>. Le travail en famille constitue souvent une entraide. Néanmoins, une requalification en contrat de travail est parfois envisageable.

#### *b-Le travail en famille*

76. La participation d'un membre de la famille à l'exercice d'une activité professionnelle peut être considérée comme une simple entraide et non comme une prestation de travail salariée. Ainsi, l'épouse d'un gérant de magasin n'apportant aucune preuve de la volonté de son mari de l'engager n'établit pas sa qualité de salariée malgré le fait qu'elle a réalisé une prestation de travail. Le gérant de magasin possède la liberté de se faire aider par toute personne de son choix<sup>96</sup>. *A contrario*, un lien de subordination est démontré dès lors que l'épouse a été engagée avant le mariage, qu'elle continue à effectuer la même prestation de travail postérieurement au mariage et qu'il lui a été délivré un certificat de travail. Ce dernier n'étant pas de complaisance<sup>97</sup>. Il en est de même pour une salariée devenant la concubine du directeur du café au sein duquel elle travaille. Il lui est dès lors possible de réclamer en justice le paiement des salaires qui ne lui sont plus versés depuis le début de la relation sentimentale<sup>98</sup>.

77. En ce qui concerne les enfants, un fils n'établissant pas l'existence d'un contrat de travail conclu entre lui-même et son père ne peut être lié par un contrat de travail. D'autant

---

<sup>94</sup> D. Asquinazi-Bailleux, « *La difficile distinction du contrat de bénévolat et du contrat de travail* », RJS 2002, p.983 ;

<sup>95</sup> Cass. Soc., 29 janvier 2002, n°99-42.697, Association Croix-Rouge française c/ Huon, RJS 4/02, N°387 ;

<sup>96</sup> Cass. Soc., 16 décembre 1982, n°2320, Sarret c/ SA Foucray Chevreuse ; Cass. Soc., 2 juillet 2002, n°06-45.418 ;

<sup>97</sup> Cass. Soc., 2 juillet 1991, n°2738 D, Capelle c/ Skrypzak ;

<sup>98</sup> Cass. Soc., 3 juin 1981, Rouquette c/ Delon, Bull. civ. V, n°492 ;

plus, que sa participation aux travaux de l'exploitation s'explique par des considérations d'entraide et de collaboration familiales<sup>99</sup>. *A contrario*, un fils peut être lié à son père par un contrat de travail en présence d'un lien de subordination juridique. Ainsi un fils assistant son père au sein de l'activité commerciale en qualité d'aide livreur puis de chauffeur-livreur peut recevoir une rémunération correspondant aux services rendus. Il ne s'agit en rien d'une entraide familiale<sup>100</sup>. Par principe, l'engagement religieux est également exclusif de la qualification de contrat de travail. Néanmoins une requalification demeure possible.

### *c-L'engagement religieux*

**78.** Lorsque l'association est cultuelle et qu'elle a pour objet exclusif l'exercice du culte, conformément aux articles 18 à 24 de la loi du 9 décembre 1906, la qualification de contrat de travail est exclue. Par principe, il est admis qu'au sein des collectivités de tendance, certaines missions ne relèvent pas du Code du travail et ce même si ces activités sont exercées au sein d'une institution hiérarchisée et qu'elles donnent lieu au versement d'une rémunération. Par nature le contrat liant une collectivité de tendance à un ministre du culte semble, selon la doctrine, échapper à l'application du droit du travail. Selon Monsieur le professeur J.-F. Cesaro, « *c'est la foi et non la recherche d'une rémunération qui est la cause de l'activité du ministre du culte* »<sup>101</sup>. De plus, pour certains auteurs, l'activité exercée par un ministre du culte n'est pas une prestation de travail<sup>102</sup>. L'autorité qui s'impose au ministre du culte ne constitue pas un lien de subordination. Le ministre du culte ne reçoit pas d'ordres ni de directives. Cela symbolise uniquement l'appartenance d'un individu à une institution au service de Dieu<sup>103</sup>.

Selon la Cour de cassation, « *les pasteurs des églises et œuvres cultuelles relevant de la Fédération protestante de France ne concluent pas, relativement à l'exercice de leur ministère, un contrat de travail avec les associations cultuelles légalement établies* »<sup>104</sup>. La Cour de cassation estime que les activités exercées par un pasteur sont par nature exclusives de l'existence d'un lien de subordination juridique. Cet arrêt confirme une jurisprudence de

---

<sup>99</sup> Cass. Soc., 17 mai 1973, J.-B. Jarlier c/ J. Jarlier, Bull. civ. V n°310 ;

<sup>100</sup> Cass. Soc., 18 mai 1967, Poupel c/ Poupel, Bull. civ. V, n°405 ;

<sup>101</sup> J.-F. Cesaro, « *Les pasteurs ne sont pas liés aux associations cultuelles par un contrat de travail* », JCP S, n°15, 4 Octobre 2005, 1232 ;

<sup>102</sup> Th. Revet, note sous Cour d'appel de Paris, 7 mai 1986, JCP G 1986, II, 20671 ;

<sup>103</sup> Cass. Soc., 23 avril 1997, JCP G1997, II, 22961 ;

<sup>104</sup> Cass. Soc., 12 juillet 2005, n°03-43.354 ;

1986 relative à un pasteur de l'Eglise réformiste de France<sup>105</sup>. Par cet arrêt de 1986, la Cour de cassation a explicitement affirmé le principe de l'absence de contrat de travail du ministre du culte lors de l'exécution du ministère cultuel. Selon la Cour de cassation, les juges du fond ne doivent pas rechercher s'il existe un lien de subordination entre le ministre du culte et l'Eglise. Cette jurisprudence est confirmée par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation<sup>106</sup>.

**79.** *A contrario*, si un individu adhère à une communauté religieuse n'ayant pas le statut d'association cultuelle, il peut être lié par un contrat de travail<sup>107</sup>. De même si le religieux conclut un contrat avec un organisme se distinguant de son ordre, un contrat de travail peut être caractérisé. Ainsi, un religieux qui apporte son concours à une université catholique pour l'animation de formations et la sélection de candidats doit être assujéti au régime général de la Sécurité sociale dans la mesure où ces activités sont distinctes de toute activité sacerdotale<sup>108</sup>. Un contrat de travail peut également être caractérisé lors de l'exercice d'une prestation de travail dans le cadre d'une association cultuelle à la condition que l'activité réalisée soit distincte de l'engagement religieux<sup>109</sup>. Par un arrêt de 1997, la Cour de cassation n'exclut pas une possible relation salariale entre le ministre du culte et son association cultuelle. Elle invite dès lors les juges du fond à rechercher si le ministre du culte reçoit des ordres et des directives de son Eglise<sup>110</sup>. Ce courant jurisprudentiel a été récemment confirmé par un arrêt de la Chambre sociale du 20 janvier 2010<sup>111</sup>. Par cet arrêt, la Cour de cassation indique 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, 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 cultuelle légalement établie. Qu'en statuant comme elle l'a fait alors qu'il résultait de ses constatations que l'association la Croix glorieuse n'était ni une association cultuelle, ni une congrégation légalement établie, et qu'il lui appartenait de rechercher si les*

---

<sup>105</sup> Cass. Soc., 20 novembre 1986, n°84-43.643 ;

<sup>106</sup> Cass. ass. Plén., 8 janvier 1993, n°87-20.036 ;

<sup>107</sup> Cass. Soc., 29 octobre 2008, n°07-44.766 ;

<sup>108</sup> Cass. Soc., 20 décembre 1990, n°88-11.451 ;

<sup>109</sup> Cass. Soc., 6 mars 1986, n°83-41.787 ;

<sup>110</sup> Cass. Soc., 23 avril 1997, n°94-40.909 ;

<sup>111</sup> Cass. Soc., 20 janvier 2010, n°08-42.207 ;

*critères d'un contrat de travail étaient réunis, la cour d'appel a violé le texte susvisé (L.1221-1 du Code du travail)».*

La prestation de travail et la rémunération sont certes des critères du contrat de travail, néanmoins, il ne s'agit pas de critères déterminants. Le critère décisif de la qualification est la réalisation d'une prestation de travail subordonnée.

## **§2. Une prestation de travail subordonnée**

L'existence d'une prestation de travail subordonnée caractérise le contrat de travail (A). En revanche, l'absence de subordination permet d'autres qualifications contractuelles (B).

### ***A-Le contrat de travail et la subordination***

La nécessité d'une prestation de travail subordonnée renvoie au critère jurisprudentiel du lien de subordination. Ce critère est l'unique critère décisif du contrat de travail. La jurisprudence rejette le critère de dépendance économique (1) pour imposer le critère de dépendance juridique (2). Ce critère décisif est constitué d'indices (4) dont le principal est celui de l'intégration au sein d'un service organisé (3).

#### **1- Le rejet de la dépendance économique**

80. Un débat doctrinal a très rapidement surgi en ce qui concerne le choix entre la dépendance économique et la subordination juridique afin de caractériser la notion de contrat de travail. Pour certains tel Monsieur P. Pic, « *seule la dépendance juridique fait le salarié* ». Pour d'autres, tels P. Cuche, R. Savatier et A. Rouast, la dépendance doit être entendue comme un « *état de dépendance économique* ». Dans un premier temps, la Cour de cassation, au sein d'un arrêt *Bardou*, tranche le débat en faveur de la dépendance juridique et ce contrairement à une circulaire du Ministère du Travail de 1930. Cela illustre la théorie selon laquelle l'employeur assume le risque économique de l'entreprise. Par conséquent celui-ci a l'obligation de diriger et de contrôler la production de cette dernière.

Selon cet arrêt, « *la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ; (...) la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du*

*travailleur à la personne qui l'emploie* ». Le contrat entre les parties doit avoir pour effet de placer le salarié « *sous la direction, la surveillance et l'autorité* » de son employeur<sup>112</sup>.

Par cet arrêt, la Cour de cassation hisse en critère du contrat de travail la subordination juridique aux dépens de la dépendance économique, plus large et davantage caractéristique de la condition sociale du salarié. Cela illustre, semble-t-il, une vision assez restrictive du salariat.

**81.** Cependant, à deux égards, la notion de dépendance économique demeure utile au regard de la qualification de contrat de travail. Il semble qu'à défaut de constituer un critère du contrat de travail, la dépendance économique est devenue un indice subsidiaire de l'existence de ce contrat. En effet, pour réduire la portée de conventions ayant pour seul objectif d'éluder l'application de la législation du travail, la Cour de cassation fait parfois appel à la notion de dépendance économique. Ainsi, la jurisprudence peut se prononcer en faveur de la reconnaissance d'un contrat de travail en présence d'une dépendance économique astreignant le travailleur au respect de directives précises.

De plus, c'est sur le fondement essentiel de la dépendance économique, que le législateur a créé des présomptions de qualification de contrat de travail et des assimilations au salariat. Celles-ci permettent à certaines catégories de travailleurs effectuant une activité en dehors de tout lien de subordination juridique de bénéficier des avantages liés au statut de salarié.

**82.** Dans tous les cas, la notion de dépendance économique demeure floue et ambiguë. Après étude de la jurisprudence, il semble que la dépendance économique est davantage caractérisée par l'exclusivité de la prestation réalisée par le travailleur que par la présence d'un service organisé dans lequel s'intègre celui-ci. La présence d'un lien d'exclusivité entre les cocontractants paraît constituer une présomption simple de l'existence d'un lien de subordination juridique.

Ainsi, selon la jurisprudence, ont la qualité de salariés, les gérants d'une station service dont la marge bénéficiaire exclue une « *politique personnelle de prix* » et qui se

---

<sup>112</sup> Cass. Civ., 6 juillet 1931, DP 1931.1.121 ; Grands arrêts, n°1 ;

trouvent « *sous la subordination économique de la société* »<sup>113</sup>. De même est salarié le commissaire priseur qui travail quasi exclusivement au profit d'une société civile<sup>114</sup>.

A *contrario*, des interprètes de conférences n'ayant que des cocontractants parmi d'autres ne peuvent être considérés tels des salariés et ce même en présence de contraintes horaires<sup>115</sup>.

**83.** Cependant, il est utile de rappeler que cette jurisprudence liant dépendance économique et exclusivité possède des limites dans la mesure où le travailleur peut exercer simultanément une activité salariée et une activité libérale. C'est notamment le cas d'un médecin salarié d'une usine qui possède simultanément une clientèle personnelle<sup>116</sup>.

De plus, il est important d'observer que la présence d'un rapport exclusif entre cocontractants n'implique pas nécessairement la reconnaissance d'un lien salarial. Ainsi, une orthophoniste engagée auprès d'un médecin à ne s'occuper que de sa clientèle ne possède pas la qualité de salariée selon la Cour de cassation<sup>117</sup>. Il n'en demeure pas moins que pour qu'une requalification en contrat de travail intervienne, il est nécessaire que la dépendance économique soit liée à une subordination juridique.

## 2- La nécessité d'une subordination juridique

**84.** Au sein du projet de loi Sarrien-Doumergue relatif au contrat de travail présenté en 1906 à la Chambre des députés, le contrat de travail est défini tel « *le contrat par lequel une personne s'engage à travailler pour une autre qui s'oblige à lui payer un salaire calculé, soit à raison de la durée du travail, soit à proportion de la qualité ou de la quantité de l'ouvrage accompli, soit d'après tout autre base arrêtée entre l'employeur et l'employé* ». Ce projet exclut de la qualification de contrat de travail « *les contrats passés par les personnes qui offrent leur travail non à un ou plusieurs employeurs déterminés mais au public* ». Ce projet ne comporte aucune mention relative à la dépendance économique ou à la subordination juridique. Le critère déterminant semble plutôt être la réalisation d'une prestation de travail

---

<sup>113</sup> Cass. Soc., 18 novembre 1981, Bull. civ. V, n°895 ;

<sup>114</sup> Cass. Soc., 30 novembre 1983, Bull. civ. V, n°580 ;

<sup>115</sup> Cass. Soc., 14 janvier 1982, Bull. civ. V, n°18 ;

<sup>116</sup> Cass. Soc., 5 février 1960, Bull. civ. IV, n°112 ;

<sup>117</sup> Cass. Soc., 17 décembre 1987, Bull. civ. V, n°740 ;

pour autrui. Le travailleur ne devant pas répondre directement aux demandes de clients sollicitant sa prestation de travail.

**85.** Il est désormais de jurisprudence constante, que le lien de subordination suppose l'obligation de respecter des directives provenant de l'employeur ainsi que l'obligation de déférer à ses injonctions<sup>118</sup>. Au sein d'un arrêt *Société générale*, la Cour de cassation a enfin précisé la définition du lien de subordination<sup>119</sup>. Ce dernier 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* ».

Cet arrêt, en définissant le lien de subordination juridique, pose une définition commune aux droits du travail et de la Sécurité sociale du contrat de travail. Cependant, un travailleur affilié à la sécurité sociale, n'a pas pour autant nécessairement la qualité de salarié au regard du droit du travail. *A contrario*, la Cour de cassation a estimé que le fait qu'un Conseil de prud'hommes n'ait pas reconnu l'existence d'un contrat de travail entre les parties ne nuit pas à ce que l'assujettissement du travailleur au régime général de Sécurité sociale soit prononcé, à la condition que l'ensemble des éléments du dossier établit l'existence d'un lien de subordination<sup>120</sup>.

De même, selon la Cour de cassation, la protection consentie à un représentant des salariés au sein d'une liquidation judiciaire d'une société et l'autorisation administrative de licenciement du salarié ne privent pas le Conseil de prud'hommes de la possibilité de vérifier l'existence d'un contrat de travail et par la même la présence d'un lien de subordination juridique<sup>121</sup>.

**86.** Le lien de subordination juridique est également caractérisé, lorsque le travailleur reçoit des instructions et doit rendre des comptes<sup>122</sup>. Il en est de même lorsque l'employeur décide unilatéralement des conditions de fonctionnement du service organisé<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> Cass. Ch. Réunies., 21 mai 1965, Dr. Soc. 1965, p.512 ;

<sup>119</sup> Cass. Soc., 15 novembre 1996, Dr. soc. 1996.1067 ;

<sup>120</sup> Cass. Soc., 14 mars 1991, Bull. civ. V, n°139 ;

<sup>121</sup> Cass. Soc., 30 novembre 2004, n°02-43.515 ;

<sup>122</sup> Cass. Soc., 15 juin 1999, Juris-Data n°002492 ;

<sup>123</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> juillet 1997, Juris-Data n°003131 ; 4 décembre 1997, Juris-Data n°004942 ;

Ainsi les juges semblent faire appel à un faisceau d'indices afin de caractériser le lien de subordination. La jurisprudence relative à la qualification du contrat de travail se trouve dès lors très factuelle.

**87.** L'autorité de la chose jugée au pénal s'impose en matière de lien de subordination liant les cocontractants. Ainsi, lorsque le Tribunal correctionnel constate l'existence d'un lien de subordination, cette constatation s'impose à la Cour d'appel<sup>124</sup>. Ce principe de l'autorité, au civil, de la chose jugée au pénal s'applique également en matière de travail dissimulé. En cette matière, la décision des juges du fond condamnant le dirigeant d'une société pour travail dissimulé implique nécessairement l'existence d'un contrat de travail entre les cocontractants. L'exigence d'un lien de subordination juridique ne nécessite pas la présence permanente de l'employeur ou de son représentant sur le lieu de travail.

**88.** Les directives auxquelles le salarié doit obtempérer, pour qu'un lien de subordination juridique soit caractérisé, ne doivent pas nécessairement provenir de l'employeur. Ainsi, une société-mère peut tout à fait donner des directives au salarié de l'une de ses filiales<sup>125</sup>. Cette définition du lien de subordination juridique peut se révéler ambiguë. Le respect de directives ou d'instructions peut également concerner le contrat de mandat ou d'entreprise. La Cour de cassation a ainsi jugé, qu'un agent commercial recevant des directives dans le cadre de son mandat n'est pas pour autant salarié<sup>126</sup>.

Cette relativité des composantes du critère décisif du contrat de travail qu'est la subordination juridique nécessite la présence d'indices subsidiaires afin de définir la présence ou non d'un contrat de travail.

### 3- L'intégration au sein d'un service organisé

**89.** Dès 1938, la Cour de cassation pose que les obligations pesant sur un médecin du fait de l'existence d'un contrat le liant avec le propriétaire d'un sanatorium font apparaître la

---

<sup>124</sup> Cass. Soc., 27 septembre 2006, n°05-40.208, Ternisien c/ Sté AMC ;

<sup>125</sup> Cass. Soc., 17 février 1987, Jurispr. Soc. UIMM n°482, p.290 ; 2 octobre 1991, JCP G 1992, I, 3554 ;

<sup>126</sup> Cass. Com., 27 février 1973, Bull. civ. IV, n°100 ;

dépendance du médecin à l'égard du propriétaire et ce alors même qu'il conserve « *une pleine indépendance professionnelle dans l'exercice de son art* »<sup>127</sup>.

**90.** À l'origine, la Cour de cassation pose que le lien de subordination est caractérisé dès lors que le travail du salarié est réalisé « *dans le cadre d'un service organisé* » par l'employeur. Ce dernier étant le bénéficiaire de la prestation de travail réalisée par le salarié<sup>128</sup>. La Cour considère alors comme déterminant le critère de l'intégration au sein d'un service organisé par l'employeur<sup>129</sup>.

Il y a intégration d'un travailleur au sein d'un service organisé dès lors que la prestation de travail est exécutée au sein d'une structure organisée mettant à la disposition du travailleur une infrastructure matérielle comprenant notamment la mise à disposition de locaux, d'un secrétariat et de matériels divers et impliquant la soumission à certaines contraintes telle la détermination d'horaires, la gestion administrative de la clientèle par l'entreprise, etc.

Cette jurisprudence, par l'établissement du critère de « *service organisé* », élargit la notion de lien de subordination juridique et en conséquence le champ d'application du contrat de travail. La Cour de cassation, après avoir posé le principe du critère de dépendance juridique *stricto sensu* afin de déterminer l'existence d'un lien de subordination, semble élargir le principe afin de répondre à l'évolution des nouvelles formes de travail actuellement présentes sur le marché du travail.

**91.** Cependant, par la suite, la Cour de cassation amenuise la portée du critère de l'intégration au sein d'un service organisé. Ce critère n'est désormais qu'un simple indice de l'existence du lien de subordination juridique. L'intégration du travailleur au sein d'un service organisé n'est plus nécessaire et suffisante à la caractérisation d'un lien de subordination juridique et ainsi à la reconnaissance d'un contrat de travail.

En effet, par l'arrêt *Société générale*, rendu le 15 novembre 1996, la Cour de cassation précise la notion de lien de subordination. Selon la Cour, ce dernier est « *caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres*

---

<sup>127</sup> Cass. Civ., 25 juillet 1938, D.H. 1938. 530 ;

<sup>128</sup> Cass. Soc., 16 avril 1992, Bull. civ. V, n°283 ;

<sup>129</sup> Cass. Ass. Plén., 18 juin 1976, n°74-11.210 ;

*et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ». Cet arrêt définit explicitement le critère de dépendance juridique permettant la qualification du contrat en contrat de travail.

Cette jurisprudence énonce que le travail réalisé au sein d'un service organisé ne peut être qu'un indice de la présence d'un lien de subordination juridique. En effet, la Cour de cassation pose que la prestation réalisée au sein d'un service organisé par le cocontractant constitue « *un indice de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail* »<sup>130</sup>. Cet arrêt est confirmé par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 23 avril 1997<sup>131</sup>.

**92.** Néanmoins, cette intégration au sein d'un service organisé demeure un indice utile à la reconnaissance d'un contrat de travail pour certains individus exerçant une activité libérale au sein d'entreprises. Par définition, toute personne exerçant une activité libérale jouit d'une indépendance professionnelle. Cette importante indépendance technique est difficilement compatible avec les notions de directives, contrôles et sanctions propres à la qualification de salarié. Pour ces personnes, la subordination résulte d'un ensemble de contraintes. Ces dernières peuvent notamment être constituées par des horaires réguliers et imposés, la présence requise au sein des locaux de l'entreprise, l'utilisation du matériel et du personnel de l'entreprise<sup>132</sup>.

Ainsi, une personne qui exerce une activité pour le compte d'une société immobilière, qui doit assurer une présence à son domicile afin d'accueillir les clients de son employeur, prévenir de ses absences, se conformer aux instructions concernant son activité et rendre des comptes régulièrement, est sous l'emprise d'un lien de subordination juridique constitutif d'un contrat de travail<sup>133</sup>.

Selon la Cour d'appel de Paris, il n'y a pas intégration au sein d'un service organisé d'un avocat bénéficiant d'un bureau et d'une secrétaire au sein du cabinet d'avocats et ce même en présence d'un montant régulier de ses honoraires et de l'obligation d'assurer une permanence au cabinet durant les mois d'été. D'autant plus que l'avocat ne souffrait d'aucune

<sup>130</sup> Cass. Soc., 15 novembre 1996, Dr. soc. 1996.1067 ;

<sup>131</sup> Cass. Soc., 23 avril 1997, RJS 6/97 n°645 ;

<sup>132</sup> Cass. Soc., 29 mars 1994, Association « Ancienne Fondation Péreire » c/ Rouer, RJS 5/94 N °517 ;

<sup>133</sup> Cass. Soc., 29 avril 2003, n°00-45.685 ;

contrainte horaire, qu'il recevait une clientèle personnelle au sein du cabinet et qu'il se présentait tel un apporteur d'affaires de ce dernier<sup>134</sup>.

**93.** L'intégration au sein d'un service organisé constitue un indice du contrat de travail à la condition que l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail<sup>135</sup>. Il est nécessaire d'apporter la preuve que les conditions de fonctionnement du service organisé sont décidées unilatéralement par l'employeur. Pour que l'intégration au sein d'un service organisé soit reconnue, le travailleur ne peut pas négocier ou aménager les conditions d'exercice de sa prestation de travail. Ainsi, toute Cour d'appel est tenue de rechercher si les conditions de fonctionnement du service organisé sont décidées unilatéralement par l'employeur<sup>136</sup>.

Tel est le cas en présence de particuliers chargés de l'exécution d'un service de transport scolaire par une collectivité territoriale lorsqu'ils sont rémunérés sur une base tarifaire imposée et exposés à des sanctions en cas de défaillance dans l'exécution du transport<sup>137</sup>. Et ce même en présence d'une présomption de non-salariat instituée au sein de l'article L.8221-6 du Code du travail dans la mesure où il ne s'agit que d'une présomption simple. Ainsi la situation des individus est appréciée *in concreto*, au cas par cas, par les juges du fond.

L'intégration du travailleur au sein d'un service organisé dont les modalités sont définies unilatéralement par l'employeur ne constitue pas le seul indice du lien de subordination juridique. Il existe d'autres indices subsidiaires de la présence d'un lien de subordination juridique permettant la requalification du contrat en contrat de travail.

#### 4- La présence d'indices subsidiaires

Les critères du lien de subordination ne permettent pas d'apporter la souplesse d'interprétation requise. Ainsi, le lien de subordination peut être identifié par un ensemble d'indices subsidiaires. Les juges du fond usent alors de la technique du faisceau d'indices.

---

<sup>134</sup> Cour d'appel de Paris, 18<sup>ème</sup> chambre C, 6 décembre 2007, n°07-4136, Naudet c/ Montenay ;

<sup>135</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 25 mai 2004, n°02-31.203 ;

<sup>136</sup> Cass. Soc., 4 décembre 1997, n°96-16.442 ;

<sup>137</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 31 mai 2005, n°03-30.741 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 avril 2006, n°04-30.720 ;

Il n'existe pas une liste exhaustive et limitative des indices pris en considération par les juges du fond. En revanche, certains sont régulièrement présents au sein de la jurisprudence. Par l'usage du faisceau d'indices, une même profession peut être une activité indépendante ou salariée en fonction de ses modalités d'exercice.

Sont notamment des composantes du faisceau d'indices, l'existence d'une activité profitable à l'entreprise **(a)**, l'absence de risque économique **(b)**, l'existence de conditions matérielles d'exécution du travail **(c)** et la présence d'auxiliaires du travailleur **(d)**.

#### *a-L'existence d'une activité profitable à l'entreprise*

**94.** Un des indices essentiels du lien de subordination est la réalisation par le travailleur d'une activité profitable à la société et effectuée pour le compte de l'employeur. Afin qu'il y ait reconnaissance du contrat de travail, il est nécessaire que la prestation de travail soit réalisée au profit d'une tierce personne.

Ainsi est salarié, le médecin qui ne choisit pas ses patients et qui ne dispense des soins qu'aux clients de la clinique pour laquelle il travaille<sup>138</sup>. Il en est de même, pour des catcheurs rémunérés directement par une entreprise de spectacles passant des contrats avec des associations, des comités de fêtes<sup>139</sup>, etc.

Néanmoins, dans certaines situations, cet indice d'une activité exercée pour le compte de l'employeur et profitable à la société est inopérant. C'est pourquoi la jurisprudence a parfois recours à l'indice du risque économique.

#### *b-L'absence de risque économique*

**95.** Cet indice constitue le critère de distinction entre travailleurs indépendant et salarié. Selon le Professeur G. Lyon-Caen, « *Le non-salarié est celui qui supporte les risques de son activité et en recueille les profits alors que le salarié ne saurait prétendre aux profits et par voie de conséquence ne court pas les risques. Profits et risques sont étroitement liés à la notion d'entreprise : le salarié n'est pas un entrepreneur, il participe à l'entreprise d'autrui,*

---

<sup>138</sup> Cass. Soc., 7 décembre 1983, Bull.civ. V, n°592 ;

<sup>139</sup> Cass. Soc., 5 mars 1981, Bull.civ. V, n°185 ;

*alors que le non-salarié est un entrepreneur, un chef d'entreprise, même si celle-ci est individuelle ; on dit qu'il est « à son compte »<sup>140</sup>. »*

La Cour de cassation a usé de l'indice de risque économique afin de renforcer le critère du service organisé. Ainsi, les médecins remplaçants, qui exercent leur activité au sein d'une unité de réanimation à des horaires imposés en contrepartie d'une rémunération forfaitaire mensuelle, ne supportent pas le risque économique de l'exploitation. Ils sont dès lors salariés et assujettis au régime général de la Sécurité sociale<sup>141</sup>.

En revanche, une étudiante en chirurgie dentaire qui effectue un remplacement supporte le risque économique lorsque le contrat prévoit l'absence de contrôle du titulaire du cabinet sur son activité et la rétrocession de la moitié des honoraires perçus et ce peu important la garantie d'un forfait minimum<sup>142</sup>.

L'absence de risque économique est un indice de la présence d'un lien de subordination juridique. D'autres indices constituent le faisceau d'indices telle l'existence de contraintes horaires, la présence d'un lieu d'exécution du travail et la fourniture du matériel par l'employeur.

#### *c-L'existence de conditions matérielles d'exécution du travail*

Constituent des conditions matérielles d'exécution du travail, la présence d'horaires, d'un lieu d'exécution du travail et la fourniture par l'employeur du matériel.

**96. La présence d'horaires.** La présence de contraintes horaires imposées au travailleur constitue un indice de son appartenance à un service organisé par l'employeur. Il s'agit de la manifestation du pouvoir de direction de l'employeur. Ce dernier fixe la répartition des horaires, exige le respect de ceux-ci et sanctionne les manquements. L'horaire constitue un indice non négligeable de la présence du lien de subordination juridique. Ainsi, un médecin contraint de respecter les horaires préétablis par la clinique est considéré tel un salarié<sup>143</sup>. Il en

---

<sup>140</sup> G.Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Ed. Sirey 1990 ;

<sup>141</sup> Cass. Soc., 28 novembre 1991, n°89-18.898 ;

<sup>142</sup> Cass. Soc., 13 mars 1997, n°95-11.112 ;

<sup>143</sup> Cass. Soc., 27 octobre 1978, Bull. civ. V, n°725 ; Cass. Soc., 7 décembre 1983, Bull. civ., V, n°592 ;

est de même en ce qui concerne un psychologue tenu de respecter les horaires fixés par un centre infantile<sup>144</sup>.

De par leur nature, certaines professions ne peuvent pas s'exercer selon un horaire régulier. Alors, selon la Cour de cassation, la contrainte horaire peut également être constituée par une convocation de l'employeur. Il en est ainsi, de l'agent immobilier ayant l'obligation de se rendre régulièrement au siège social de la société dans l'objectif de rendre des comptes à l'employeur sur l'exercice de son activité professionnelle<sup>145</sup>. En revanche, ne peut être considéré comme salarié, le journaliste pigiste non soumis à un emploi du temps<sup>146</sup>. Constitue également un indice du lien de subordination juridique, l'existence d'un lieu d'exécution du travail.

**97. Le lieu d'exécution du travail.** Une contrainte tenant à l'obligation pour le travailleur d'exercer sa prestation au sein d'un lieu déterminé constitue un indice en faveur de la qualité de salarié. Cependant, même si la présence d'un lieu d'exécution du travail est un indice du lien de subordination, il ne permet pas de distinguer entre travail salarié et travail indépendant dans la mesure où tout cocontractant peut se voir imposer de respecter un point géographique précis afin d'exercer sa prestation de travail. Ainsi est considéré tel un salarié, le conseil juridique qui se voit imposer par la société qui l'emploie un secteur d'activité et un lieu de résidence<sup>147</sup>. Il en est de même pour un agent immobilier ayant l'obligation de rester à la disposition des clients à des heures déterminées et à un lieu déterminé<sup>148</sup>.

**98.** Le lieu d'exécution du travail n'est pas uniquement constitué par les locaux de l'entreprise. Pour les travailleurs exerçant leur prestation de travail en dehors des locaux de l'entreprise, ceux-ci doivent être contraints d'exercer un itinéraire précis et préétabli par l'employeur afin qu'ils soient considérés comme des salariés. Il en est ainsi d'une représentante en articles ménagers contrainte au respect d'un procédé organisant les visites à domicile des clients<sup>149</sup>.

---

<sup>144</sup> Cass. Soc., 9 octobre 1990, Bull. civ., V, n°422 ;

<sup>145</sup> Cass. Soc., 18 juillet 1963, Bull. civ. IV, n°619 ;

<sup>146</sup> Cass. Soc., 29 juin 1977, JCP G 1981, IV, p.218 ;

<sup>147</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> février 1983, Bull. civ. V, n°60 ;

<sup>148</sup> Cass. Soc., 17 juin 1982, Bull. civ. V, n°403 ;

<sup>149</sup> Cass. Soc., 21 juin 1978, Bull.civ. V, n°490 ;

Peuvent également être salariés, les travailleurs mobiles se voyant fixer un lieu de présence par l'employeur. C'est notamment le cas d'étudiants chargés de réaliser des enquêtes au sein de lieux imposés par l'employeur<sup>150</sup>.

En ce qui concerne les travailleurs mobiles, la Cour de cassation prend également en considération l'obligation d'établir un compte rendu précis de la prestation de travail exécutée afin de déterminer la présence ou l'absence d'un lien de subordination juridique. Selon la jurisprudence, les comptes rendus d'activité doivent être plus précis que ceux réalisés par un simple mandataire<sup>151</sup>.

S'agissant des individus exerçant une profession libérale, le fait que l'activité soit exercée au sein des locaux de l'entreprise constitue un indice favorable à la reconnaissance d'un lien de subordination et par la même d'un contrat de travail. Constitue également un indice du lien de subordination juridique, la fourniture du matériel nécessaire au travailleur par l'employeur.

**99. La fourniture du matériel.** L'exécution de la prestation de travail nécessite le plus souvent l'utilisation de matériels et d'outils. Le salariat a pour particularité que ces éléments nécessaires à la prestation de travail sont fournis par l'employeur. Dans ce cas, il s'instaure une présomption simple de présence du lien de subordination entre les cocontractants. Il existe une même présomption lorsque le travailleur exécute sa prestation grâce aux matières premières appartenant à son cocontractant. Lorsque le matériel est la propriété du travailleur, l'autorité du bénéficiaire de la prestation s'amenuise.

Ainsi, les juges du fond, afin d'identifier la présence d'un lien de subordination entre travailleur et cocontractant, relèvent notamment qu'une entreprise du bâtiment fournit à ses travailleurs les matériaux, le gros outillage, le matériel de sécurité et les véhicules nécessaires à l'exécution de la prestation de travail<sup>152</sup>. Il en est de même pour les ouvriers-maçons à qui le mortier est fourni selon la Cour de cassation<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> Cass. Soc., 11 février 1981, n°79-14.202 ;

<sup>151</sup> Cass. Soc., 19 décembre 1978, n°77-10.933 ;

<sup>152</sup> Cass. Crim., 29 octobre 1985, n°84-95.559 ;

<sup>153</sup> Cass. Soc., 6 juillet 1966, Bull. civ. V, n°693 ;

En revanche, lorsque l'ouvrier est propriétaire du seul petit outillage, cela n'exclut pas automatiquement la présence d'un lien de subordination et par conséquent d'un contrat de travail<sup>154</sup>. Constitue également un indice du lien de subordination juridique, la présence d'auxiliaires du travailleur.

#### *d-La présence d'auxiliaires du travailleur*

**100.** La fourniture par une personne physique ou morale d'un auxiliaire afin d'assister le travailleur dans la réalisation de sa prestation de travail constitue un indice de la présence d'un lien de subordination juridique entre le travailleur et la personne physique ou morale. Cela est notamment le cas lorsqu'un collaborateur bénéficie d'une secrétaire rémunérée par un cabinet d'expertise<sup>155</sup>.

*A contrario*, est exclusif de la présence d'un lien de subordination, le fait que le travailleur recrute et rémunère une personne exécutant une prestation de travail sous sa direction ou sous sa propre responsabilité. Ainsi, n'a pas la qualité de salarié, le médecin qui embauche, rémunère et dirige ses propres infirmières<sup>156</sup>. Il en est de même, d'un infirmier disposant d'une entière liberté dans l'organisation de sa prestation de travail et ayant la charge financière de l'ensemble des frais de prélèvements d'analyses et des frais de secrétariat.

#### ***B-D'autres contrats et l'absence de subordination***

Par principe, en l'absence de lien de subordination juridique, un contrat ne peut être qualifié de contrat de travail. Ce critère décisif du contrat de travail permet de distinguer ce dernier d'autres contrats et notamment des contrats d'entreprise (1), de mandat (2), de société (3), de stage (4), de collaboration (5) et de franchise (6).

##### 1-L'absence de lien de subordination et le contrat d'entreprise

**101.** Le contrat d'entreprise se caractérise également par la présence d'une rémunération et d'une prestation de travail. En revanche, la prestation de travail est réalisée de façon indépendante et non de manière subordonnée. En effet, si l'entrepreneur est tenu par une obligation de résultat, il conserve toute liberté quant aux moyens d'exécution de sa tâche. Il a

<sup>154</sup> Cass. Crim., 14 avril 1992, n°91-82.634 ;

<sup>155</sup> Cass. Soc., 14 mars 1995, SCP Louis Amarine c/ Vigroux ;

<sup>156</sup> Cass. Soc., 24 mars 1971, Bull. civ. V, n°243 ; Cass. Soc., 7 mars 1979, Bull. civ. V, n°205 ;

notamment la possibilité d'avoir recours à des salariés propres auxquels il fournit le matériel nécessaire à la réalisation de la prestation de travail.

Selon la Cour de cassation, un artisan non surveillé dans l'exécution de sa tâche, percevant un prix forfaitaire global pour son compagnon et lui-même, n'ayant que pour seule obligation de terminer sa prestation de travail à une date déterminée, n'est pas un salarié mais un travailleur indépendant<sup>157</sup>. De même constitue un contrat d'entreprise et non un contrat de travail, le contrat conclu entre une société et un travailleur dès lors que les obligations prévues au sein du contrat ne permettent pas l'établissement d'un lien de subordination. Celles-ci résultant pour l'essentiel de dispositions d'ordre public édictées par la loi d'orientation des transports intérieurs. De plus la rémunération du travailleur est versée en fonction du cubage et de la distance parcourue, le travailleur est responsable de tout dommage causé par les véhicules et prend en charge la totalité des frais de réparation et d'entretien des véhicules<sup>158</sup>.

**102.** Une difficulté apparaît lorsque le contrat d'entreprise est conclu pour des prestations de travail successives et non pour une prestation unique. L'indépendance est dès lors complexe à caractériser. Ainsi ne peut constituer un contrat d'entreprise, le contrat liant un jardinier à un horticulteur dans la mesure où celui-ci donne des instructions, verse un salaire horaire et perçoit directement le paiement de la clientèle envers laquelle il est le seul engagé et responsable. Ainsi le contrat d'entreprise en présence d'un lien de subordination juridique entre les parties doit être requalifié en contrat de travail<sup>159</sup>. Il en est de même en ce qui concerne le contrat de mandat.

## 2-L'absence de lien de subordination et le contrat de mandat

**103.** Selon l'article 1984 du Code civil, le contrat de mandat est un acte par lequel le mandant donne au mandataire le pouvoir de faire quelque chose en son nom. Par le contrat de mandat, le mandataire représente le mandant. Le contrat de mandat peut être conclu à titre gratuit selon l'article 1986 du Code civil. Cependant, il est le plus régulièrement conclu à titre onéreux. Par conséquent, ce n'est pas le critère de la rémunération qui distingue le contrat de mandat du contrat de travail. L'objet du contrat de mandat ne permet pas non plus de le distinguer du contrat de travail. L'objet du contrat de mandat consiste en l'accomplissement

<sup>157</sup> Cass. Soc., 3 février 1965, Marquez c/ Sté MIP, Bull. civ. V n°100 ;

<sup>158</sup> Cour d'appel de Metz, 20 janvier 1997, Magi et autres c/ SA Béton Granulats Ile-de-France Est (BGIE) ;

<sup>159</sup> Cass. Soc., 10 janvier 1980, Arnaud c/ Pourrière, Bull. civ., V n°29 ;

d'actes juridiques au nom du mandant par le mandataire. Or, il est fréquent qu'un salarié hautement qualifié ait l'obligation d'accomplir des actes juridiques au sein de sa prestation de travail (embauche de personnel pour le compte de l'employeur, personnels techniques détachés pour représenter la société, etc.).

**104.** Le critère distinctif entre le contrat de mandat et le contrat de travail est le lien de subordination juridique. Le mandataire agit en toute indépendance dans l'exécution de sa mission et ce malgré le fait qu'il ait l'obligation de rendre des comptes au mandant. Ainsi, selon la Cour de cassation, le directeur, exerçant en toute indépendance la gestion d'un fonds de commerce et ayant un contrat excluant tout préavis de résiliation, est lié par un contrat de mandat et non par un contrat de travail en l'absence d'un lien de subordination juridique<sup>160</sup>. Il en est de même en ce qui concerne, une personne procédant à la liquidation du matériel d'une entreprise en liquidation judiciaire. L'obligation de rendre des comptes est insuffisante pour caractériser l'existence d'un lien de subordination juridique<sup>161</sup>. *A contrario*, en présence d'un lien de subordination juridique, une requalification du contrat de mandat en contrat de travail est réalisée par le juge. Il en est de même en ce qui concerne le contrat de société.

### 3-L'absence de lien de subordination et le contrat de société

**105.** Selon l'article 1832 du Code civil, le contrat de société se définit tel celui par lequel plusieurs personnes conviennent de mettre des biens ou leur travail en commun afin de partager les bénéfices et les pertes qui en résulteront. Le contrat de société est caractérisé par trois éléments essentiels : l'existence d'apports, la recherche de bénéfices ou *affectio societatis* et le risque de pertes. Le principe est l'existence d'une égalité entre associés. Cependant, une inégalité de droits tenant à la fonction des associés dans la société peut exister. C'est notamment le cas au sein des sociétés en commandite dans lesquelles il existe une distinction entre les associés commandités et les associés commanditaires. Néanmoins, un lien de subordination ne peut être caractérisé. Un associé ne peut être lié à la société par un lien de subordination qu'en cumulant la fonction d'associé avec celle de salarié par la conclusion d'un contrat de travail dans les seuls cas où ce cumul est prévu par la loi. De même, la distinction entre contrat de travail et convention de stage est parfois complexe.

---

<sup>160</sup> Cass. Com., 5 juin 1973, n°71-13.831, Lemerancier c/ Fayein, Bull. civ. IV, n°201 ;

<sup>161</sup> Cass. Soc., 15 novembre 1972, n°71-40.701, Boutin c/ SA Ets Meunier-Cameroun, Bull. civ. V, n°618 ;

#### 4-L'absence de lien de subordination et la convention de stage

**106.** Il n'existe pas de définition juridique du stage dans la mesure où il y a une importante diversité de situations. Le stage peut être défini par son public. Le stage s'adresse dès lors à une personne en situation de formation ou en recherche d'insertion. Le stage peut également se définir par son objet. Il a pour objectif de placer une personne en situation de travail afin de compléter une formation théorique par une expérience pratique en entreprise ou de favoriser l'insertion professionnelle.

Le stage est l'objet d'une convention tripartite conclue entre le stagiaire, la société d'accueil et une tierce personne qui peut être un centre de formation, l'Etat, Pole emploi, etc. Cette convention est par principe exclusive de la qualification de contrat de travail. Ainsi la Cour de cassation précise que, sauf à vouloir vider de son sens la convention de stage, la seule circonstance que le stagiaire ait accompli un travail dans des conditions réelles d'emploi ne peut être de nature à exclure une telle convention. En effet le stage suppose une mise en situation réelle. L'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité de l'entreprise d'accueil n'est pas de nature à exclure la mise en œuvre d'une convention de stage<sup>162</sup>.

**107.** Cependant, la frontière entre le contrat de travail et la convention de stage est parfois perméable et des risques de requalification existent. C'est notamment le cas lorsque la société d'accueil ne respecte pas les stipulations de la convention de stage ou lorsqu'une telle convention est inexistante. Selon la Cour de cassation, la volonté des parties est impuissante à les soustraire au statut social qui découle des conditions d'accomplissement des tâches par le stagiaire dans l'entreprise. Ainsi, lorsqu'un stagiaire est intégré dans un service organisé et qu'il exécute les tâches normales d'un emploi au sein de la société, la convention de stage doit être requalifiée en contrat de travail. D'autant plus que ledit stagiaire ne perçoit aucune formation<sup>163</sup>. Une convention de stage doit être qualifiée en contrat de travail dès lors que la convention de stage est détournée de son objet. Cela est notamment le cas lorsqu'un stagiaire exécute des travaux plus importants que ceux devant être exécutés par un simple stagiaire telle la signature de devis, la constitution de dossiers pour le compte de clients et la signature de courriers<sup>164</sup>. Il en est de même en ce qui concerne le contrat de collaboration, par essence,

---

<sup>162</sup> Cass. Soc., 17 octobre 2000, n°98-40.986 ;

<sup>163</sup> Cass. Soc., 27 octobre 1993, n°90-42.620 ;

<sup>164</sup> Cour d'appel de Bordeaux, 1<sup>er</sup> avril 2003, n°00-3647, chambre sociale A, Gillard c/ SA Euristt France ;

il est exclusif du contrat de travail. Cependant dans certaines conditions la requalification du contrat de collaboration en contrat de travail est envisageable.

#### 5-L'absence de lien de subordination et le contrat de collaboration

**108.** Le contrat de collaboration libérale est une relation contractuelle entre un patron et un collaborateur. Ce contrat exclut tout lien de subordination. Il est le mode principal d'exercice de la profession d'avocat notamment. Ce qui distingue l'avocat collaborateur de l'avocat collaborateur salarié est que ce dernier ne peut avoir de clientèle personnelle et que sa responsabilité professionnelle est assumée par l'employeur.

**109.** Cependant, par un arrêt en date du 14 mai 2009, la Cour de cassation requalifie un contrat de collaboration en contrat de travail<sup>165</sup>. Cet arrêt possède une importance certaine quant à son importante publication « *FS+P+B+R+I* », quant à l'importance quantitative des litiges envisageables et enfin quant à ses conséquences indemnitaires telle une indemnité de préavis, une indemnité légale ou conventionnelle de licenciement ou des dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement.

**110.** En l'espèce, un avocat, suite à la rupture de son contrat de collaboration libérale, saisit le bâtonnier d'une demande de requalification de ce contrat en contrat de travail. Le 21 janvier 2008, la Cour d'appel de Lyon infirme la sentence arbitrale et estime que la rupture du contrat s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme la requalification du contrat de collaboration en contrat de travail au motif que « *si, en principe, la clientèle personnelle est exclusive du salariat, le traitement d'un nombre dérisoire de dossiers propres à l'avocat lié à un cabinet par un contrat de collaboration ne fait pas obstacle à la qualification de ce contrat en contrat de travail lorsqu'il est établi que cette situation n'est pas de son fait mais que les conditions d'exercice de son activité ne lui ont pas permis de développer effectivement une clientèle personnelle* ». Selon la Cour de cassation, le traitement d'un nombre dérisoire de dossiers personnels après les heures de travail et durant les fins de semaine, le partage d'un bureau avec un autre collaborateur et l'existence d'une salle de réunion, ne permettant ni l'accès à l'outil informatique ni au téléphone, excluent nécessairement l'indépendance technique propre au collaborateur libéral.

---

<sup>165</sup> Cass. Soc., 14 mai 2009, n°08-12.966 ;

Il semble que le critère déterminant motivant la requalification par les juges est la faiblesse quantitative de la clientèle personnelle de l'avocat. Cependant cette notion doit être précisée dans la mesure où la faiblesse quantitative est une notion ambiguë et difficilement appréciable en l'état. De plus, il est complexe de savoir si la faiblesse quantitative de la clientèle personnelle est imputable au collaborateur ou au cabinet d'avocats<sup>166</sup>. En l'espèce, l'absence de mise à disposition par l'employeur de moyens matériels et humains caractérise un contrat de collaboration salariée dans la mesure où le développement d'une clientèle est, dans ces conditions, entravée. Malgré sa nature commerciale, le contrat de franchise peut, dans certaines hypothèses, être requalifié en contrat de travail.

#### 6-L'absence de lien de subordination et le contrat de franchise

**111.** L'article 1<sup>er</sup> du règlement de la Commission européenne du 30 novembre 1988 définit le contrat de franchise<sup>167</sup>. Ce contrat est défini tel « *un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteur, savoir-faire ou brevet, destinés à être exploités par la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finals* ». Ce contrat de nature commerciale n'est pas, par principe, régi par le droit du travail<sup>168</sup>. Cependant, les juges n'étant pas liés par la qualification contractuelle retenue par les parties, une requalification en contrat de gérance ou en contrat de travail est envisageable et permet l'application du droit du travail à la relation contractuelle.

**112.** En ce qui concerne la requalification d'un contrat de franchise en contrat de gérance, la Cour de cassation, en ses Chambres commerciale et sociale, l'a jugé à plusieurs reprises<sup>169</sup>. Pour que le droit du travail s'applique, par requalification en contrat de gérance, il faut la réunion de trois conditions cumulatives<sup>170</sup>. Le franchisé doit être lié au franchiseur par un lien d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, le local permettant l'exercice de son activité doit être

---

<sup>166</sup> C. Puigelier, « *Vers la disparition de la collaboration libérale ?* », JCP S, n°26, 23 juin 2009, act. 322 ;

<sup>167</sup> JOCE, n°L.359, 28/12/1988 ;

<sup>168</sup> Cass. Soc., 27 septembre 1989, n°86-18.467 ;

<sup>169</sup> Cass. Com., 3 mai 1995, n°D.1995. p.10 ; Cass. Soc., 4 décembre 2001, n°99-41.265 ;

<sup>170</sup> Cass. Soc., 28 novembre 1984, n°82-42.660 ;

fourni ou agréé par le franchiseur<sup>171</sup> et le franchisé doit exercer son activité aux conditions et prix imposés par le franchiseur<sup>172</sup>. Par cette requalification en contrat de gérance, le droit du travail s'applique partiellement par volonté du législateur. Ce n'est pas une requalification en contrat de travail mais en un contrat assimilé<sup>173</sup>.

**113.** En ce qui concerne la requalification du contrat de franchise en contrat de travail, la Cour de cassation l'a jugé à plusieurs reprises également<sup>174</sup>. Dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 27 novembre 2001, les juges du fond estiment que « *le système élaboré par la société F.A. dissimulait une relation salariale, dans la mesure où le franchisé n'avait pas la stature d'un commerçant mais exerçait son activité dans un cadre organisé et filialisé conservant ses pouvoirs de contrôle et de décision en le cantonnant aux tâches d'exécution* ». Le contrat de franchise est dès lors requalifié en contrat de travail et l'infraction de travail dissimulé est caractérisée.

**114.** L'ensemble des critères du contrat de travail ne permet pas nécessairement une distinction avec d'autres contrats. Il est parfois complexe de déterminer si les parties sont liées ou non par un contrat de travail. C'est pourquoi, une majorité doctrinale met en évidence l'insuffisance des critères du contrat de travail.

## **Section 2 : L'insuffisance des critères**

Malgré la présence de critères jurisprudentiels, il est parfois complexe de distinguer certains contrats du contrat de travail. Cela est tout particulièrement le cas en présence d'un contrat de location de véhicule équipé taxi (§1) et des contrats liés au domaine audiovisuel (§2).

---

<sup>171</sup> Cass. Soc., 26 février 1981, n°80-10.564 ;

<sup>172</sup> Cass. Soc., 24 janvier 1980, n°78-40.109 ;

<sup>173</sup> J.-E. Tourreil, « *Contrat de franchise : si les conditions de l'article L.781-1 sont réunies, le droit du travail s'applique, même en l'absence de lien de subordination* », Jurisprudence Sociale Lamy, 15 janvier 2002, n°93 ;

<sup>174</sup> Cass. Crim., 27 novembre 2001, n°01-83.767 ;

### §1. L'espèce des chauffeurs de taxi

**115.** La profession de chauffeur locataire de véhicule équipé taxi est au centre des récents débats doctrinaux relatifs à la qualification de contrat de travail. Au sein de son ouvrage « *Les cloches de Bâle* », Aragon décrit la grève de 1911-1912 des chauffeurs parisiens de véhicules équipés taxis<sup>175</sup>.

Il écrit ainsi « *Mais le conflit de la taxe sur le benzol, n'était que l'occasion d'une lutte déjà ouverte par le patronat. Celle-ci se battait depuis longtemps déjà pour faire triompher la thèse suivant laquelle les chauffeurs n'étaient pas des salariés : histoire d'éviter les inconvénients des lois sociales, qui le rendaient responsable des accidents. Et la loi des retraites ouvrières qui venait d'être votée rendait nécessaire pour le Consortium qui entendait s'y soustraire, de briser la combativité des chauffeurs, qui s'étaient récemment montrés dans une série d'escarmouches de mauvais augure. Le Consortium décida donc la guerre sans merci contre les chauffeurs* ».

**116.** Désormais, il semble que ce sont davantage les chauffeurs locataires de véhicules équipés taxis qui assignent en justice les sociétés de taxis. Les chauffeurs locataires agissent devant le Tribunal de Grande Instance ou devant le Conseil de Prud'hommes afin de voir leurs contrats de location requalifiés en contrats de travail.

**117.** L'ensemble de la doctrine a la conviction de l'existence de frontières incertaines entre le travail indépendant et le travail salarié. Le travailleur indépendant est régi par le droit civil ou par le droit commercial en fonction de la nature de son activité. Cependant, le travailleur indépendant, à la différence du salarié, ne possède pas de régime propre. C'est la notion de subordination juridique qui permet, par principe, de distinguer le travailleur indépendant du travailleur salarié.

En pratique, la distinction s'avère parfois délicate. De nombreuses situations nouvelles participent de ce constat. Certains travailleurs indépendants perdent en autonomie en intégrant notamment un réseau les soumettant à une forte dépendance économique. *A contrario*, certains salariés voient leur subordination s'estomper au profit d'une augmentation de leur autonomie et de leur responsabilité du fait des nouveaux modes de « *management* ».

---

<sup>175</sup> Aragon, « *Les cloches de Bâle* », éd.folio, p. 314 ;

**118.** Néanmoins, il demeure indispensable que la détermination d'une qualification s'impose sous la forme d'une option : l'exercice d'une prestation de travail au sein d'un contrat de travail ou en dehors d'un tel contrat.

Cette option paraît délicate à exercer au sein d'un nombre croissant d'hypothèses. Cependant, lorsque les parties au contrat s'entendent afin de donner une qualification frauduleuse au contrat, il n'a jamais été aisé de déterminer la nature exacte du contrat conclu tout en respectant la liberté contractuelle qui s'exerce alors à la lisière d'une législation d'ordre public.

C'est pourquoi, les chauffeurs locataires de véhicules équipés taxis font l'objet d'un contentieux ancien (A). Ce dernier, malgré une décision de principe (B), demeure toujours d'actualité (C).

#### ***A- Un contentieux ancien***

**119.** Les litiges relatifs aux chauffeurs de véhicules équipés taxis sont présents au sein du paysage judiciaire depuis fort longtemps. Un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation du 23 juin 1903 illustre ce propos<sup>176</sup>.

**120.** De même un arrêt rendu par la Chambre Civile de la Cour de cassation en 1934 tranche un litige relatif à l'assujettissement aux assurances sociales des chauffeurs locataires de véhicules équipés taxis. Selon la Cour de cassation, « *pour décider si un travailleur est un salarié assujetti, comme tel, aux assurances sociales, le juge doit faire état, non de la forme ou de l'apparence donnée par le travailleur ou son employeur au contrat qui les lie, mais des rapports juridiques créés entre les parties par la convention et des conditions générales dans lesquelles cette convention est exécutée d'accord entre les parties* »<sup>177</sup>. Ainsi le contrat par lequel un chauffeur loue un véhicule équipé taxi constitue davantage un louage de services qu'un louage de choses.

**121.** Enfin, le 17 avril 1991, la Chambre sociale de la Cour de cassation tranche une affaire similaire. En l'espèce, une convention crée pour une durée de quatre ans une association en participation entre certains salariés chauffeurs de poids lourds et leur

---

<sup>176</sup> Cass. Req. 23 juin 1903, Compagnie générale de voitures c/ Brun DP 1904 - I- p. 139 ;

<sup>177</sup> Cass. Civ., 19 novembre 1934, D. H. 1935. 50 ;

employeur. Cette société en participation a pour objet principal l'exploitation d'un tracteur routier et d'une semi-remorque. Au sein de la société, les chauffeurs routiers, devenus associés, réalisent un apport en industrie consistant dans la conduite et l'entretien du tracteur routier et de la semi-remorque. Ils prennent en charge les frais de routes, les frais annexes ainsi que les cotisations sociales et fiscales de retraite. En contrepartie des sommes dues au titre de la location forfaitaire mensuelle du tracteur routier et de la semi-remorque, l'employeur met à la disposition de la société en participation le véhicule<sup>178</sup>.

**122.** Pour la Cour de cassation, cette convention doit être requalifiée en contrat de travail. En effet, « *selon la convention litigieuse, la société conservait la maîtrise de l'organisation du travail et des conditions de vente. Aucun changement n'a été constaté après la signature du contrat de société en participation dans les conditions de fait dans lesquelles les chauffeurs travaillaient* »<sup>179</sup>. De plus, la volonté d'association n'est pas démontrée par la location forfaitaire mensuelle du tracteur routier et de la semi-remorque. La Cour de cassation, par l'existence d'un faisceau d'indices, relève la présence d'un lien de subordination et par ce fait d'un contrat de travail. Les litiges relatifs aux chauffeurs de véhicules vont faire l'objet d'une décision de principe au sein de l'arrêt *Labbane* rendu le 19 décembre 2000 par la Cour de cassation.

### ***B-Une décision de principe***

La Cour de cassation a rendu une décision de principe dans un contexte législatif et jurisprudentiel particulier (1). Cette décision possède une importance toute particulière (2) même si elle a pu faire l'objet de critiques (3).

#### 1-Le contexte de l'arrêt *Labbane*

**123.** La loi dite Madelin du 11 février 1994 relative à la présomption de non-salariat a incité la Cour de cassation à adopter une appréciation plus restrictive du lien de subordination au sein de l'arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996.

**124.** Les arrêts *M.Labbane c/ Sté Bastille taxi et autre* et *Hatem c/ Sté Gaal* du 19 décembre 2000 rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation s'inscrivent au sein

---

<sup>178</sup> F. Champeaux, « *Les taxis de la marge (1)* », Semaine Sociale Lamy, 15 janvier 2001, n°1011 ;

<sup>179</sup> Cass. Soc., 17 avril 1991, Dr. Soc. 1991, p. 516 ;

d'un contexte jurisprudentiel et législatif particulier. La Cour de cassation a pour habitude de requalifier certains contrats commerciaux en contrats de travail notamment en ce qui concerne les pompistes et les franchisés.

L'industrie des chauffeurs de véhicules équipés taxis est régie par une loi du 20 janvier 1995, son décret d'application et une ordonnance inter préfectorale du 23 janvier 1997. Ces textes sont relatifs à l'autorisation de stationnement sur la voie publique dont tout propriétaire ou exploitant d'un véhicule équipé taxi doit être titulaire. De plus, ils posent les conditions d'accès à la profession de chauffeur de véhicule équipé taxi. L'exercice de cette profession est notamment subordonné à l'obtention d'un certificat de capacité professionnelle.

La préfecture de police est l'autorité compétente afin d'organiser cette profession. Le Préfet de Police à Paris ou le maire en province est tenu de contrôler l'exercice de cette activité. Il fixe les règles de fonctionnement, la durée, les conditions de travail et régule la concurrence.

Cette profession est exercée sous des formes juridiques variées. Ainsi, les chauffeurs peuvent être artisans propriétaires de leur véhicule, membres d'une coopérative, salariés ou locataires d'un véhicule équipé taxi. Qu'il soit salarié ou locataire, le chauffeur est affilié au régime général de la Sécurité sociale soit en vertu de la règle de principe posée au sein de l'article L.311-2 du Code de la Sécurité sociale, soit en vertu de l'article L.311-3 du Code de la Sécurité sociale qui vise « *les conducteurs de voitures publiques dont l'exploitation est assujettie à des tarifs de transport fixés par l'autorité publique, lorsque ces conducteurs ne sont pas propriétaires de leur voiture* ». Au sein de ce contexte législatif et réglementaire, l'arrêt *Labbane* pose une décision de principe dont l'importance est connue de tous.

## 2-L'importance de l'arrêt *Labbane*

L'espèce de l'arrêt *Labbane* (**b**) constitue une décision de principe de la Cour de cassation (**c**) dont la portée (**a**) doit être conciliée avec celle de l'arrêt *Société générale* (**d**).

### *a-La portée de l'arrêt Labbane*

**125.** Selon Monsieur le Professeur Antoine Jeammaud, « *L'arrêt du 19 décembre 2000 paraît marquer une étape dans la compréhension du lien de subordination* »<sup>180</sup>. L'arrêt *Labbane* est significatif au moins à trois égards. Tout d'abord, il s'agit d'un arrêt de cassation rendu au visa des articles L.121-1 et L.511-1 de l'ancien Code du travail. Or ces articles contiennent les principes fondamentaux du droit du travail. Ensuite, cet arrêt a fait l'objet d'une large publicité par la Cour de cassation, il s'agit d'un arrêt dit « *P+B+R+I* ». Enfin, il s'agit d'une affaire prud'homale qui a fait l'objet de l'intervention d'une chambre syndicale des loueurs automobiles. Ainsi, en dépit de la relativité de l'autorité de la chose jugée, cet arrêt est l'un de ceux qui affectent de nombreuses situations juridiques contemporaines.

### *b-L'espèce de l'arrêt Labbane*

**126.** À l'origine de cet arrêt se trouve un contrat de location de véhicule équipé taxi conclu entre une société de taxi et un chauffeur. Un document nommé « *conditions générales* », annexé au contrat de location, précise certaines modalités d'exécution du contrat de location.

Il n'est pas précisé, au sein de l'arrêt, si le chauffeur en l'espèce est immatriculé au registre du commerce et des sociétés. Il est par conséquent complexe de savoir si les conditions d'application de la loi dite Madelin du 11 février 1994, en vigueur au moment des faits d'espèce, sont réunies.

**127.** La Cour d'appel au sein de cette espèce ne prononce pas la requalification du contrat de location de véhicule équipé taxi en contrat de travail et ce après un examen factuel des relations liant la société Bastille taxi et le locataire du véhicule. Son analyse juridique de l'espèce se fonde sur une application de l'arrêt *Société générale* rendu par la Cour de cassation en 1996. Selon la Cour d'appel de Paris, le chauffeur locataire ne reçoit aucune

---

<sup>180</sup> A. Jeammaud, « *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail à propos de l'arrêt Labbane* », Dr. Soc., Mars 2001, p. 231 ;

instruction de la société de taxi quant à la clientèle à prendre en charge, au secteur de circulation et aux horaires de travail. De plus, la Cour observe que la société de taxi n'exerce aucun pouvoir disciplinaire et de direction à l'égard du locataire de véhicule.

En revanche, elle relève l'existence d'une dépendance économique due au coût de la redevance contractuellement fixée. Celle-ci implique « *une quantité de travail importante pour procurer au chauffeur une certaine rémunération* ». Néanmoins, selon la Cour d'appel de Paris cette dépendance économique est insuffisante afin de caractériser l'existence d'un lien de subordination.

Selon Monsieur le Professeur Antoine Jeammaud<sup>181</sup>, « *la dépendance économique, autrefois proposée comme critère du contrat de travail, s'entendait plutôt de la dépendance créée par le besoin (pour un travailleur « économiquement faible») du revenu procuré par l'exécution du contrat. Si une dépendance économique du chauffeur de taxi existait bien en l'espèce, elle tenait au fait que ce dernier, faute d'être propriétaire d'un véhicule équipé, avait besoin du contrat pour disposer de l'outil nécessaire à l'exercice de son métier.* » L'espèce de l'arrêt *Labbane* constitue une décision de principe.

### *c- Une décision de principe*

**128.** *A contrario*, la Cour de cassation décide que le contrat de location et les conditions générales annexées à celui-ci placent le chauffeur locataire au sein d'un état de subordination à l'égard de la société de taxi. Pour cela, elle se fonde essentiellement sur la présence de quatre éléments. La motivation réalisée par la Cour de cassation au sein de cet arrêt illustre la méthode du faisceau d'indices.

Tout d'abord, le contrat de location de véhicule a une durée d'un mois et son renouvellement n'est également possible que pour une durée maximale d'un mois. La rupture du contrat de location constitue une faculté offerte à chacune des parties à la seule condition du respect d'un préavis de sept jours.

Ensuite, par essence, tout salarié doit percevoir une rémunération. Or en l'espèce, la redevance doit être payée par le chauffeur locataire et inclue l'ensemble des cotisations

---

<sup>181</sup> A. Jeammaud, « *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail à propos de l'arrêt Labbane* », Dr. Soc., Mars 2001, p. 235 ;

patronales et salariales dû au titre du régime général de la Sécurité sociale. La société de taxi étant tenue de reverser l'ensemble des cotisations à l'URSSAF. Cette redevance est révisable notamment en fonction de l'évolution des tarifs pratiqués par le chauffeur locataire d'un véhicule équipé taxi. Ce n'est par conséquent pas le chauffeur qui perçoit une rémunération de la société de taxi mais la société de taxi qui perçoit une redevance du chauffeur locataire. Pour autant la Cour de cassation constate la perception d'une rémunération. Cette rémunération est constituée de la somme conservée par le chauffeur locataire après versement de la redevance à la société de taxi.

De plus, le paiement des redevances est dû en pratique tous les sept jours ce qui correspond à une très brève échéance. Or tout défaut de paiement au terme convenu entraîne la résiliation de plein droit du contrat. Selon certains auteurs, il s'agit de l'élément essentiel ayant fondé la requalification par la Cour de cassation<sup>182</sup>.

Enfin, la société de taxi impose de nombreuses obligations au chauffeur locataire notamment relatives à l'utilisation et à l'entretien du véhicule équipé taxi. Au sein du contrat de location et des conditions générales, il est indiqué que le locataire est tenu de « *conduire lui-même exclusivement le véhicule loué* ». Cela implique que le chauffeur ne peut faire exécuter sa prestation de travail par autrui. Il s'agit d'un indice essentiel de l'existence d'un contrat de travail. Il est également tenu de l'exploiter en « *bon père de famille* » notamment de vérifier chaque jour son état, les niveaux d'huile et d'eau du moteur et de la batterie, de veiller à sa propreté en usant régulièrement des installations de la société de taxi. Il doit aussi « *rentrer le véhicule loué dans l'atelier de ce dernier pour une visite technique et d'entretien une fois par semaine et, en tout cas, dès que le véhicule aura parcouru 3 000 km, sous peine de supporter personnellement les frais de remise en état mécanique consécutifs à sa négligence* ».

**129.** Afin de reconnaître l'existence d'un contrat de travail entre le chauffeur locataire et la société de taxi, la Cour de cassation se réfère aux conditions de « *l'accomplissement effectif du travail* ». Celles-ci sont essentiellement présentes au sein des stipulations du contrat de location et des conditions générales qui lui sont annexées. En cela l'arrêt *Labbane* s'apparente à l'arrêt *Bardou* rendu en 1931 par la Cour de cassation. En effet, ce dernier indique que la condition juridique d'un travailleur « *ne peut résulter que du contrat conclu entre les*

---

<sup>182</sup> F. Champeaux, « *Les taxis de la marge (1)* », Semaine Sociale Lamy, 15 janvier 2001, n°1011 ;

*parties* ». Cela démontre l'importance des clauses présentes au sein d'un contrat. En l'espèce, l'exécution concrète du contrat ne contredit pas les stipulations du contrat, ainsi la volonté commune des parties n'est pas équivoque.

**130.** D'autres indices subsidiaires confortent la Cour de cassation dans sa démarche de requalification du contrat de location de véhicule équipé taxi en contrat de travail. Tout d'abord, La société de taxi possède l'autorisation de stationnement du véhicule et non le chauffeur locataire. Ensuite, le chauffeur ne peut apposer sur le véhicule aucune inscription, enseigne ou publicité.

La Cour de cassation, confrontée à l'impossibilité de qualifier le chauffeur locataire tel un travailleur indépendant au regard de la situation factuelle, opte pour la reconnaissance d'un contrat de travail entre les parties. En effet, la présence de ces nombreux indices permet à la Cour de cassation d'identifier un lien de subordination juridique, critère essentiel du contrat de travail. À ce critère s'ajoute l'indice de la dépendance économique.

**131.** La Cour de cassation tranche par conséquent en faveur de la requalification du contrat de location de véhicule en contrat de travail. Au sein de l'arrêt, il est indiqué « *sous l'apparence d'un contrat de location (...) était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail* ». Selon Monsieur le Professeur A. Jeammaud, cette formule est « *fâcheuse* »<sup>183</sup>. En effet, pour lui, « *il s'agit bien d'établir ou de rétablir l'exact qualification d'un acte et non de découvrir puis faire prévaloir, à la demande de l'une des parties, un acte dissimulé par un acte ostensible, une contrepartie logée sous un acte apparent. (...) l'opération litigieuse ne comportait aucune simulation. Les parties n'avaient en aucune façon convenu de se lier par un contrat de travail et de dissimuler cet acte en faisant comme si elles concluaient une location de véhicule.* » La portée de l'arrêt *Labbane* doit être conciliée avec celle de l'arrêt *Société générale*.

#### *d-La conciliation des arrêts Labbane et Société générale*

**132.** Par une première lecture, l'arrêt *Labbane* paraît prendre de la distance au regard de l'arrêt *Société générale* rendu en 1996 par la Cour de cassation. L'arrêt rendu en 2000 paraît prendre position pour une extension de la notion de salariat.

---

<sup>183</sup> A. Jeammaud, « *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail à propos de l'arrêt Labbane* », Dr. Soc., Mars 2001, p. 230 ;

Tout d'abord, par une étude succincte de la jurisprudence rendue postérieurement à l'arrêt *Société générale*, il est possible d'observer que la Cour de cassation n'a pas souhaité, de façon systématique, réduire la catégorie de contrat de travail par une appréciation plus stricte du lien de subordination. En effet, qu'il s'agisse de la Chambre sociale ou de la Chambre mixte de la Cour de cassation, celles-ci rendent de nombreux arrêts favorables à la requalification de contrats en contrats de travail. Sont notamment requalifiés en contrat de travail, le contrat de prestataire de service liant une association sportive et un joueur de hockey sur glace<sup>184</sup>, le contrat de collaboration existant entre une société d'avocats et un avocat<sup>185</sup> et la convention de mise à disposition de logement passée entre une société de distribution pétrolière et un couple de gardien<sup>186</sup>. Cette liste non exhaustive permet d'observer que la Cour de cassation avait d'ores et déjà pris quelques libertés eu égard à la jurisprudence établie par l'arrêt *Société générale* de 1996.

Ensuite, en menant une réflexion à partir d'autres fondements, l'arrêt *Labbane* ne semble pas être si éloigné de l'arrêt *Société générale*. Un auteur envisage comme critère du contrat de travail l'appartenance à l'entreprise d'autrui. Ce critère se substitue à celui du lien de subordination largement entendu<sup>187</sup>. Il est alors nécessaire de se demander si le chauffeur locataire travaille pour la société de taxi ou s'il gère sa propre entreprise individuelle. Le faisceau d'indices utilisé par les juges permet d'observer que le chauffeur locataire est dépourvu de la propriété de tout équipement. Il ne possède que son certificat de capacité professionnelle. Il n'a que sa propre force de travail. En ne possédant aucun élément corporel et incorporel, il est peu probable que la seule force de travail du chauffeur locataire suffise à la reconnaissance d'une entreprise individuelle et ce même si pour certains auteurs la force de travail constitue « *une source de valeurs* »<sup>188</sup>.

**133.** La jurisprudence *Labbane* est conciliable avec l'arrêt *Société générale*. D'ailleurs, le juge se doit de concilier les enseignements de ces deux arrêts. Il s'agit dès lors de concilier l'état de subordination nécessairement caractérisé par un rapport de pouvoir de l'employeur à l'encontre du salarié et le réalisme s'imposant au sein de l'opération de contrôle de la

---

<sup>184</sup> Cass. Soc., 23 janvier 1997, RJS 3/97, n°245 ;

<sup>185</sup> Cass. Soc., 8 mars 2000, Dr. soc. 2000. 548 ;

<sup>186</sup> Cass. Soc., 18 juillet 2000, Dr. soc. 2000. 1064 ;

<sup>187</sup> H. Groutel, « *Le critère du contrat de travail* », Etudes offertes à G.-H. Camerlynck ;

<sup>188</sup> Th. Revet, « *La force de travail. Etude juridique* », Litec, 1992 ;

qualification et ce quelle que soit la qualification donnée par les parties. Il est nécessaire de donner une particulière importance à l'exécution du contrat qu'il s'agisse des clauses de ce dernier ou de la pratique des parties.

**134.** L'arrêt *Labbane* permet de confirmer que la volonté de la Cour de cassation depuis 1996 n'est pas de réduire à tout prix la portée de la qualification de contrat de travail. En revanche, cet arrêt illustre, une nouvelle fois, la volonté de la Cour de cassation de freiner les opérations d'externalisation. Ce mouvement jurisprudentiel est également présent au sein des arrêts *Perrier Vittel France* rendus en 2000<sup>189</sup>. De même, la Cour de cassation souhaite lutter contre les conventions ayant pour seul objectif d'éluder l'application du droit du travail. Malgré tout, la décision rendue le 19 décembre 2000 par la Cour de cassation n'échappe pas à certaines critiques doctrinales.

### 3-L'arrêt *Labbane* objet de critiques

Les critiques indiquent que la convention de location de véhicule équipé taxi constitue un contrat de louage de meuble **(a)** et non un contrat de travail **(b)**.

#### *a-La convention de location de véhicule tel un contrat de louage de meuble*

**135.** L'arrêt *Labbane* a fait l'objet de nombreuses critiques. Certains auteurs se demandent même si la convention en l'espèce ne constitue pas en réalité un contrat de louage de meubles<sup>190</sup>. Le contrat de location est régi par les articles 1708 et suivants du Code civil. Ces articles posent la définition et le régime de droit commun applicable à ce contrat. Il existe une variété de louage rattachée, soit au droit civil, soit au droit commercial, en fonction du domaine sur lequel la convention porte.

**136.** L'objet principal du contrat de location entre la société de taxi et le chauffeur locataire paraît être le véhicule équipé taxi. L'objet du contrat est entendu telle l'opération juridique dans sa globalité. Il ne s'agit pas de l'objet de la prestation promise par le débiteur. La location d'un véhicule équipé taxi par le chauffeur locataire constitue une location de bien meuble. Les obligations principales du chauffeur sont liées à l'entretien du véhicule équipé

---

<sup>189</sup> Cass. Soc., 18 juillet 2000, Dr. soc. 2000. 845, note G. Couturier. ;

<sup>190</sup> M. Diakhaté-Faye, « un régime pour le travail indépendant : une autre lecture des décisions requalifiant les contrats de location de véhicule équipé taxi (VET) », Jurisprudence Sociale Lamy, 04 décembre 2001, n°91 Chronique ;

taxi et au paiement d'une redevance. Il ne semble pas s'agir d'obligations plus contraignantes que pour tout contrat de location de meuble. Par son objet, cette convention ne paraît pas se distinguer d'un contrat de location.

**137.** En ce qui concerne la cause, il s'agit de s'interroger sur l'objectif poursuivi par chacune des parties au contrat. Au sein de l'arrêt *Labbane*, les deux parties poursuivent un objectif professionnel. En ce qui concerne la société de taxi, celle-ci possède une activité commerciale en vertu des articles L.110-1-4 et L.121-1 du Code de commerce. Le chauffeur locataire est partie à la convention afin de disposer des moyens nécessaires à son activité professionnelle : le transport à titre onéreux de personnes et de leurs bagages.

Le contrat d'espèce semble proche de certains contrats de relations professionnelles indépendantes tel le *renting*, le contrat d'intégration et la location-gérance. Le *renting* est un contrat de type commercial qui porte sur du matériel professionnel onéreux nécessitant un important investissement. En l'espèce, il y a location d'un matériel professionnel onéreux : un véhicule équipé taxi. Le *renting* permet la jouissance du bien loué et ce en contrepartie du paiement de loyers. Ces derniers permettent de bénéficier de l'usage du bien et des services annexes telle l'assistance technique et la maintenance du bien. Le contrat de location d'un véhicule équipé taxi s'apparente au contrat de *renting*. Cependant, ce dernier n'est soumis à aucune réglementation en droit français.

**138.** Le contrat d'espèce peut également se rapprocher d'un contrat d'intégration. Ce dernier concrétise juridiquement des pratiques commerciales. Selon la doctrine, « *les contrats d'intégration ou de dépendance se caractérisent par l'existence de relations contractuelles régulières, nécessaires à la survie de l'une des parties qui en tire l'essentiel de ses moyens d'existence* »<sup>191</sup>. Les contrats d'intégration se caractérisent par une indépendance juridique et par une forte dépendance économique. Deux éléments présents au sein de l'arrêt *Labbane* permettent de rapprocher le contrat de location de véhicule équipé taxi du contrat d'intégration. Tout d'abord, le chauffeur locataire doit une redevance à la société de taxi. Ensuite, le bailleur confère une assistance technique au locataire. En revanche, un élément permet d'écarter la qualification de contrat d'intégration : le bailleur n'a aucune emprise sur l'activité du chauffeur de véhicule équipé taxi.

---

<sup>191</sup> Malaurie et Aynès, « *Droit civil- Les obligations* », éd. Cujas 1998 n°485 ;

**139.** Enfin, le contrat de location de véhicule équipé taxi pourrait constituer un contrat de location-gérance. Ce dernier contrat est régi par une loi en date du 20 mars 1956. La location-gérance doit porter sur un fonds de commerce ou sur un fonds artisanal. En ce qui concerne la convention de location de véhicule équipé taxi, il y a un ensemble de biens organisés. Cependant il est permis de s'interroger sur l'existence éventuelle d'une clientèle. Le chauffeur locataire semble davantage constituer une clientèle pour la société de taxi que pour lui-même. L'existence d'une clientèle peut être soutenue au regard de la réglementation applicable aux chauffeurs de taxi et notamment au regard de l'arrêté du 10 juin 1998 et de l'ordonnance inter-préfectorale du 23 janvier 1997<sup>192</sup>. La présence d'une clientèle pouvant être identifiée, il est possible de penser que le chauffeur locataire gère un fonds artisanal. Afin qu'un contrat de location-gérance puisse être identifié, il est nécessaire que le locataire-gérant justifie d'une capacité et d'une honorabilité.

Cette comparaison du contrat de location de véhicule équipé taxi avec le contrat de location-gérance connaît plusieurs difficultés. Tout d'abord, lorsque le commerçant propriétaire du fonds de commerce met ce dernier en location, il est radié du Registre du commerce et des sociétés et est tenu à une obligation de non-concurrence. Or la société de taxi a la possibilité de demeurer exploitant direct. En effet, elle emploie des conducteurs salariés tout en louant certains des véhicules équipés taxis. La société de taxi devient dès lors concurrente directe du chauffeur locataire. Il est néanmoins possible de retrouver ce type d'hypothèses en présence d'une location-gérance partielle. Cet élément n'est dès lors pas exclusif de la qualification de location-gérance. Ensuite, par principe, le bailleur au sein d'un contrat de location-gérance est tenu de respecter une certaine durée d'exploitation. Or, en l'espèce, la durée du contrat de location ainsi que celle de ses renouvellements sont très brèves. Cependant, pour certains auteurs<sup>193</sup>, la similitude du contrat de location de véhicule équipé taxi au contrat de location-gérance est vérifiée. Pour ces derniers, il s'agit dès lors d'une variété de location-gérance portant sur un fonds artisanal.

---

<sup>192</sup> titre 2, chapitre 2, article 27, 12° et 13° : relations conducteurs clients ; représentation des clients ;

<sup>193</sup> M. Diakhaté-Faye, « un régime pour le travail indépendant : une autre lecture des décisions requalifiant les contrats de location de véhicule équipé taxi (VET) », Jurisprudence Sociale Lamy, 04 décembre 2001, n°91 Chronique ;

**140.** Ces auteurs critiquent la qualification retenue par la Cour de cassation. Pour eux, le chauffeur locataire d'un véhicule équipé taxi ne peut être salarié. Par principe, le salarié est tenu d'exécuter personnellement une prestation de travail au bénéfice d'un employeur et ce de manière consciencieuse et loyale. Le locataire, lui, a une obligation générale de veiller « *en bon père de famille* » sur le véhicule loué. Il doit également conduire le véhicule personnellement, payer les redevances dues dans les délais fixés contractuellement et s'acquitter des cotisations de Sécurité sociale. La Cour de cassation voit dans les obligations du locataire les contraintes caractéristiques du salariat.

En l'espèce, le chauffeur locataire ne peut pas faire conduire le véhicule loué par une autre personne. Pour ces auteurs, cela ne correspond pas à l'obligation de prestation personnelle du salarié. Cela est lié à la réglementation applicable. En effet, la société de taxi ne peut louer un véhicule équipé taxi qu'à un chauffeur locataire justifiant de la capacité requise. Dans le cas contraire, la société engage sa responsabilité. Ainsi, la clause de conduite personnelle présente au sein du contrat de location ne constitue qu'un rappel de la réglementation applicable. De même le paiement de redevances à très brève échéance par le chauffeur locataire à la société de taxi n'illustre en rien la qualité de salarié. Cela ne paraît illustrer qu'une certaine dépendance économique. La brève durée de contrat de location ainsi que celle de ses renouvellements ne paraît pas davantage illustrer la qualité de salarié, d'autant plus que le contrat type demeure le contrat de travail à durée indéterminée à temps plein.

Ensuite, le fait que la redevance due par le chauffeur locataire comprenne les cotisations salariales et patronales ne constitue pas non plus un indice de la qualité de salarié. L'existence d'une assimilation des chauffeurs locataires aux salariés en ce qui concerne le régime général de la Sécurité sociale ne fait pas pour autant présumer l'existence d'un contrat de travail. Enfin, les pouvoirs disciplinaire et d'organisation sont dévolus à l'autorité de tutelle et non à la société de taxi selon la réglementation en vigueur. En cas d'infractions à la réglementation, de fautes professionnelles ou de litiges entre usagers et conducteurs, le chauffeur locataire est convoqué devant la commission disciplinaire compétente. Cette dernière entend le chauffeur locataire et propose une sanction qui peut aller de l'avertissement au retrait définitif ou temporaire du certificat de capacité. Par suite, la société de taxi doit

prendre acte de la décision de la commission. Le contrat de location est dès lors résilié lorsque le locataire se trouve dans l'incapacité de réaliser son activité.

Ainsi, selon ces auteurs, « *l'argument tiré des conditions d'exécution du contrat n'est pas convaincant. La requalification est, en l'occurrence, forcée. En effet, les conditions d'exécution ne sont déterminantes, quant à la nature et au régime du contrat, qu'en ce qu'elles dénoncent une subordination juridique* »<sup>194</sup>.

**141.** Néanmoins, cette décision rendue par la Cour de cassation se justifie au moins en opportunité à deux égards. Tout d'abord, au sein de ces situations intermédiaires, il y a une insécurité juridique croissante du travailleur économiquement dépendant. Ensuite, il existe un mouvement jurisprudentiel constant ayant pour objectif l'extension du champ d'application du droit du travail et par conséquent du salariat. Or, le droit social communautaire encourage ce mouvement notamment en posant comme principe l'harmonisation des législations sociales au niveau le plus élevé<sup>195</sup>. Suite à l'arrêt *Labbane*, il aurait été possible de penser que le contentieux relatif aux chauffeurs de véhicules équipés taxis se serait éteint progressivement. Or tel n'est pas le cas.

### ***C-Un contentieux d'actualité***

Ce contentieux demeure d'actualité dans la mesure où la période récente a été marquée par l'arrêt *M. To Hoanh et autres c./ Sté Copagly et autres* (1), le terme du litige *Labbane* (2) et l'exigence renforcée des arrêts postérieurs (3).

#### **1-L'arrêt M. To Hoanh et autres c./ Sté Copagly et autres**

**142.** Cet arrêt du 2 décembre 2003 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation appréhende de nouveau la situation des chauffeurs locataires de véhicules équipés taxis. Au sein de cette espèce, plusieurs chauffeurs de véhicules sont liés à une société de taxi par une convention de location. Deux d'entre eux obtiennent la requalification du contrat de location en contrat de travail devant la Cour d'appel de Paris.

---

<sup>194</sup> M. Diakhaté-Faye, « *un régime pour le travail indépendant : une autre lecture des décisions requalifiant les contrats de location de véhicule équipé taxi (VET)* », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 04 décembre 2001, n°91 Chronique ;

<sup>195</sup> Articles 94 et suivants du TCE ;

L'enjeu de cette espèce est important. Il s'agit de la compétence d'attribution de la juridiction prud'homale, du paiement des indemnités de rupture et du remboursement de la part patronale des cotisations sociales. L'un d'entre eux n'obtient pas la requalification de son contrat en contrat de travail et se pourvoit en cassation au côté des deux autres. Cependant la Cour de cassation se prononce en faveur d'une non-admission du pourvoi. Selon Monsieur G. Canivet « *sont non sérieux les moyens qu'à l'évidence les chambres ne pourraient que rejeter par des motivations qui n'auraient aucun intérêt normatif : appréciation souveraine des juges du fond, nouveauté patente ou manque en fait du moyen, dénaturation inexistante, prétention non fondée de vices de motivation, etc* »<sup>196</sup>.

**143.** Cette décision est l'objet de critiques dans la mesure où le pourvoi invoque les arrêts *M.Labbane c/ Sté Bastille taxi et autre* et *Hatem c/ Sté Gaal* du 19 décembre 2000 rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation. La doctrine s'interroge dès lors sur le sort de l'arrêt *Labbane*<sup>197</sup>. Selon Monsieur le Professeur Antoine Jeammaud, il est peu probable que la Cour de cassation souhaite revenir sur la jurisprudence *Labbane* en raison, tout d'abord, d'une nécessaire clarté du droit mais également en raison de la position favorable de cet arrêt au regard de la défense de la qualification de contrat de travail. Il est cependant intéressant de remarquer que la requalification d'un contrat de location de véhicule équipé taxi en contrat de travail n'est pas un automatisme.

Il paraît nécessaire de développer le thème du remboursement des cotisations patronales. Au sein de l'arrêt, il est rappelé que malgré la requalification en contrat de travail, les salariés se voient opposer la prescription quinquennale en ce qui concerne le remboursement des cotisations patronales dans la mesure où cette action possède la nature d'une action en rappel de salaires. La Cour de cassation a retenu la même solution au sein d'un litige relatif à une action en remboursement de cotisations de retraite complémentaire indument prélevées<sup>198</sup>. Actuellement, ce point est moins pertinent dans la mesure où la prescription quinquennale est désormais celle de droit commun.

---

<sup>196</sup> G. Canivet, « *La procédure d'admission des pourvois en cassation* », D. 2002. 2195 ;

<sup>197</sup> A. Jeammaud, Dr. soc., 2 février 2004, p. 205 ;

<sup>198</sup> Cass. Soc., 19 mai 1998, Bull. civ. V, n°269 ;

## 2-Le terme du litige *Labbane*

**144.** Postérieurement à cet arrêt, est rendu le 26 janvier 2005 l'arrêt *Société Bastille taxis et autre c./ M. M. Labbane*<sup>199</sup>. Sur renvoi après cassation, la Cour d'appel de Versailles, saisie d'un contredit, confirme la qualité de salarié du chauffeur locataire et prononce le caractère sans cause réelle et sérieuse du licenciement. La société de taxi se pourvoit de nouveau en cassation au motif que cet arrêt viole l'article 1134 du Code civil et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales par une application rétroactive de la jurisprudence posée par la Cour de cassation le 19 décembre 2000. Le pourvoi s'inspire des réflexions du groupe de travail sur les revirements de jurisprudence qui a remis son rapport au premier président de la Cour de cassation en novembre 2004<sup>200</sup>.

Or, en ce qui concerne la rétroactivité de la jurisprudence, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est déjà prononcée. En effet, en présence de pourvois invoquant le principe de sécurité juridique et l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Chambre sociale emprunte une formule de la première Chambre civile « *la sécurité juridique(...) ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application de la loi* »<sup>201</sup>.

Par son arrêt du 26 janvier 2005, la Cour de cassation clôt le litige par la formule suivante « *la cour d'appel s'étant bornée à requalifier la relation contractuelle entre les parties en constatant la réunion des éléments constitutifs du contrat de travail, ce moyen, en ce qu'il invoque une interprétation jurisprudentielle nouvelle, manque en fait* ». Pour la Cour de cassation, l'arrêt *Labbane* ne constitue pas un revirement de jurisprudence. Il ne fait que confirmer l'indisponibilité de la qualification de contrat de travail. Il n'innove pas notamment au regard de l'arrêt *Barrat* rendu par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation<sup>202</sup>. Par cet arrêt, la Cour de cassation maintient ainsi la requalification du contrat de location de véhicule équipé taxi en contrat de travail. La jurisprudence *M. To Hoanh et autres c./ Sté Copagly et autres* du 2 décembre 2003 n'a en rien affaibli la portée de la jurisprudence *Labbane*.

---

<sup>199</sup> Cass. Soc., 26 janvier 2005, n°02-42.656 ;

<sup>200</sup> Rapport sur les revirements de jurisprudence, Litec, 2005 ;

<sup>201</sup> Cass. Soc., 18 janvier 2005, n°02-46-737 ;

<sup>202</sup> Cass. Soc., 4 mars 1983, D. 1983. 381, concl. P. Cabannes ;

### 3-L'exigence renforcée des arrêts postérieurs

**145.** Par la suite, la Cour de cassation rend un autre arrêt en date du 1<sup>er</sup> décembre 2005<sup>203</sup>. En l'espèce, il s'agit de cinq chauffeurs liés à une société de taxi par un contrat de location de véhicule équipé taxi. Le contrat de location est conclu pour une durée de trois mois avec plusieurs renouvellements possibles d'une durée d'un an. Le paiement de la redevance est dû au terme de chaque mois. Les chauffeurs locataires agissent devant le Conseil de prud'hommes afin que leurs contrats soient requalifiés en contrats de travail. Pour la Cour d'appel, une requalification doit être réalisée dans la mesure où, les chauffeurs se trouvent dans une situation précaire et le contrat de location n'a pas pour objet l'usage d'un véhicule équipé taxi mais la faculté d'exercer la profession de chauffeur de véhicule équipé taxi. De plus, la société de taxi possède un véritable pouvoir disciplinaire, de direction et de contrôle supérieur à celui de la commission de discipline.

La Cour de cassation, en l'espèce, casse l'arrêt de la Cour d'appel. Selon la Cour suprême, « *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 ; (...) 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 (...) 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* ». Elle précise ensuite que la Cour d'appel n'a pas caractérisé le lien de subordination « *en se bornant à analyser certaines clauses du contrat, sans rechercher si indépendamment des conditions d'exécution du travail imposées par les nécessités de police administrative, dans les faits les sociétés avaient le pouvoir de donner des ordres et des directives relatifs (...) à l'exercice du travail lui-même, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements* ».

Cet arrêt paraît plus exigeant au regard de la requalification d'un contrat de location de véhicule équipé taxi en contrat de travail. La Cour de cassation souhaite, pour qu'il y ait requalification, que soit apportée la preuve que la société de taxi possède le pouvoir de donner des ordres, des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements.

---

<sup>203</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> décembre 2005, pourvois n°05-43.031 à 05-43.035 ;

Par un arrêt du 27 septembre 2006, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel afin d'infirmier la requalification du contrat de location de véhicule équipé taxi en contrat de travail. Pour la Cour de Cassation, le lien de subordination n'est pas caractérisé en l'espèce dans la mesure où la Cour d'appel n'a pas vérifié si indépendamment des conditions d'exécution du travail imposées par les nécessités de police administrative, la société de taxi a le pouvoir de donner des ordres et des directives relatifs à l'exercice du travail et non au seul véhicule objet du contrat, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. Il s'agit dès lors d'une confirmation de la jurisprudence du 1<sup>er</sup> décembre 2005. La requalification en contrat de travail ne constitue pas un automatisme.

**146.** Par un arrêt du 5 avril 2007<sup>204</sup>, la Cour d'appel de Paris requalifie le contrat de location de véhicule équipé taxi en contrat de travail. En l'espèce, le chauffeur locataire se trouve dans une situation extrêmement précaire. La société de taxi se réserve la possibilité de résilier le contrat sans préavis en cas de manquement du chauffeur à ses obligations et ce avec restitution du véhicule. En outre, en cas d'incapacité temporaire justifiée, le chauffeur locataire dispose d'une option, soit il paie les redevances dues soit il renonce au contrat de location de véhicule équipé taxi.

L'insuffisance des critères du contrat de travail n'est pas seulement observée en présence du contrat de location de véhicule équipé taxi. Elle a été récemment mise en lumière à propos de contentieux récents liés au domaine de l'audiovisuel.

---

<sup>204</sup> Cour d'appel de Paris, 18<sup>e</sup> ch. C, 5 avril 2007, SARL Taxis Paris Dauphine et a. c/ Ourtirane ;

## §2. Les espèces liés au domaine de l'audiovisuel

Ces espèces possèdent notamment deux problématiques. L'une est relative à la télé-réalité (A), l'autre au documentaire (B).

### *A-La problématique de la télé-réalité*

La télé-réalité, jeu ou contrat de travail, la doctrine oscille (1) et la Cour de cassation tranche (2).

#### 1-L'affrontement doctrinal

Pour certains<sup>205</sup>, le règlement participants s'assimile à un contrat de jeu (a). Pour d'autres<sup>206</sup>, il constitue un contrat de travail (b).

#### *a-Le règlement participants tel un contrat de jeu*

**147. L'objet de l'émission télévisée.** La polémique juridique liée aux émissions de télé-réalité est surtout due à une émission particulière « L'île de la tentation » - saison 2003. Cette émission a permis le développement du contentieux. Le concept du programme télévisé est le suivant « *quatre couples non mariés et non pacsés, sans enfant, testent leurs sentiments réciproques lors d'un séjour d'une durée de douze jours sur une île exotique, séjour pendant lequel ils sont filmés dans leur quotidien, notamment pendant les activités (plongée, équitation, ski nautique, voile, etc.) qu'ils partagent avec des célibataires de sexe opposé. A l'issue de ce séjour, les participants font le point de leurs sentiments envers leur partenaire. Il n'y a ni gagnant, ni prix* »<sup>207</sup>.

De prime abord l'émission se présente tel un jeu. Cependant, le juge n'est pas tenu par la qualification contractuelle retenue par les parties. Il y a une indisponibilité de la qualité de

---

<sup>205</sup> P. Morvan, « Télé-réalité et contrat de travail (1<sup>ère</sup> partie) », Semaine sociale Lamy, 16 octobre 2006, n°1278 ; « Télé-réalité et contrat de travail » (2<sup>ème</sup> partie), Semaine Sociale Lamy, 23 octobre 2006, n°1279 ; « Le contrat de télé-réalité À propos des arrêts « Ile de la tentation », Semaine sociale Lamy, 09 juin 2008, n°1357 ; J. Barthélémy, « Qualification de l'activité du participant à une émission de télé-réalité », Semaine Sociale Lamy, 07 septembre 2009, n°1411 ; J.-E. Ray, « Sea, sex... and contrat de travail », Semaine sociale Lamy, 07 septembre 2009, n°1411 ;

<sup>206</sup> D. Cohen, L. Gamet, « Loft story : le jeu-travail », n°9/ 10 Septembre - Octobre 2001, p.791 ;

<sup>207</sup> A. Fossaert, « Télé-réalité et contrat de travail », Semaine sociale Lamy, 07 septembre 2009, n°1411 Supplément ;

salarié. Toutefois, « *la qualification de travail n'est a priori pas évidente, y compris dans l'esprit de ceux qui participent à ces émissions* »<sup>208</sup>.

**148. Un contrat de jeu ?** Le Code civil consacre ses articles 1965 à 1967 au contrat de jeu. Néanmoins, aucune définition du jeu n'est posée par le législateur. Afin d'obtenir une réelle définition, il est nécessaire de se référer au dictionnaire. Selon ce dernier, le jeu est « *l'action de se livrer à un divertissement, à une récréation* »<sup>209</sup> ou encore « *l'action non imposée, à laquelle on s'adonne pour se divertir, en tirer un plaisir* »<sup>210</sup>.

Le contrat de jeu est un contrat aléatoire tout comme le contrat d'assurance et le pari. L'article 1964 du Code civil définit le contrat aléatoire par la formule suivante « *une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain* ». À ce type de contrat s'opposent les contrats commutatifs tel le contrat de travail. En effet, les obligations du salarié et celles de l'employeur ne dépendent pas d'un événement incertain. Le contrat commutatif est défini par l'article 1104 du Code civil. Un contrat « *est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle* ».

La liste des contrats aléatoires n'est pas limitative. Il est dès lors possible que cette catégorie contractuelle accueille le contrat *sui generis* dit de télé-réalité. Certains auteurs voient au sein du contrat de télé-réalité la présence d'une chance de gain et d'un risque de perte aussi bien pour les participants que pour la société de production. En ce qui concerne les participants, l'aléa peut être présent par l'existence d'épreuves éliminatoires, mais pas seulement. La seule incertitude d'obtenir un quelconque bénéfice de l'expérience, en présence ou non d'un gain, permet d'observer la présence d'un aléa. En ce qui concerne la société de production, il existe également une incertitude dans la mesure où celle-ci recherche un niveau d'audience qu'elle ne peut être certaine d'atteindre. Or, l'existence de l'aléa chasse le contrat de travail. En présence d'un aléa, le règlement participants serait un contrat de jeu.

---

<sup>208</sup> J. Barthélémy, « *Qualification de l'activité du participant à une émission de télé-réalité* », Semaine Sociale Lamy, 07 septembre 2009, n°1411 ;

<sup>209</sup> Édition Littré ;

<sup>210</sup> Édition Larousse ;

**149.** Or, l'article 1965 du Code civil dispose que « *la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari* ». La seule exception existante est celle prévue au sein de l'article 1966 du Code civil. Il s'agit des « *jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et aux jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps* » et des jeux réglementés par les pouvoirs publics dont le PMU et la Française des jeux assurent la gestion exclusive. Le contrat de télé-réalité ne pouvant constituer une exception au principe posé au sein de l'article 1965 du Code civil, les participants à une émission de télé-réalité sont dans l'impossibilité d'intenter une action en justice que cela soit en exécution ou en répétition. Une telle convention ne fait naître qu'une obligation naturelle, subordonnée à un paiement volontaire et insusceptible d'exécution forcée.

**150.** Cependant, pour certains de ces auteurs<sup>211</sup>, le contrat de télé-réalité constitue nécessairement un contrat aléatoire, ce qui nuit à la qualification de contrat de travail. Pour autant il ne serait pas forcément un contrat de jeu. En effet, un gain pécuniaire ou en nature n'est pas systématiquement prévu au sein de chacune des diverses émissions de télé-réalité. C'est notamment le cas en ce qui concerne l'émission « L'île de la tentation ». Or, l'article 1964 du Code civil dispose que le contrat de jeu a pour condition d'existence la présence d'un gain. Le contrat de télé-réalité serait dès lors un contrat aléatoire *sui generis*.

Un auteur<sup>212</sup> rappelle, qu'en tout état de cause, le bénévolat et le jeu ne constituent pas des activités professionnelles. Dès lors la qualification de contrat de travail semble difficile à caractériser en ce qui concerne le contrat de télé-réalité.

**151. L'absence de prestation de travail.** Afin qu'il y ait contrat de travail, il faut qu'il y ait une prestation de travail et ce avant même que ne soit caractérisé un lien de subordination juridique. En ce qui concerne la prestation de travail, au sein d'une émission de télé-réalité, de nombreux auteurs nient son existence. Le travail se définit telle « *une activité humaine exigeant un effort soutenu, qui vise à la modification des éléments naturels, à la création et/ou à la production de nouvelles choses, de nouvelles idées* »<sup>213</sup>. L'étymologie du terme travail « *tripalium* » fait référence à un instrument de torture comprenant trois pieux. En l'absence

---

<sup>211</sup> P. Morvan, « *Télé-réalité et contrat de travail (1<sup>ère</sup> partie)* », Semaine sociale Lamy, 16 octobre 2006, n°1278 ;

<sup>212</sup> J. Barthélémy, « *Qualification de l'activité du participant à une émission de télé-réalité* », Semaine Sociale Lamy, 07 septembre 2009, n°1411 ;

<sup>213</sup> Définition retenue par le Trésor de la langue française (CNRS) ;

même de l'idée de souffrance, il est d'évidence que le travail requiert la réalisation d'un effort de quelque nature qu'il soit.

Or le principe même de la télé-réalité est de filmer la vie personnelle des participants au sein d'un contexte particulier. L'objectif de l'émission est de dévoiler l'intimité des participants. Cet objet s'oppose à ce que ces derniers jouent un rôle. Les participants se doivent d'être naturels et spontanés. Ceux-ci ne sont pas tenus de réaliser un quelconque effort. L'absence d'effort ne peut être une prestation de travail. Selon Monsieur le Professeur P. Morvan cela constitue un « *non-travail* »<sup>214</sup>. Pour lui, qualifier cette activité de prestation de travail « *revient à nier la cause déterminante de leur consentement à participer à cette émission : non point l'exécution d'un travail mais uniquement la volonté de vivre une aventure destinée à éprouver la solidité de leur couple* ».

**152.** De plus, le système économique actuel tend à confondre travail et activité professionnelle. Désormais seule une activité professionnelle semble pouvoir constituer un travail<sup>215</sup>. L'activité professionnelle d'une personne se définit telle « *l'activité qu'elle exerce d'une manière habituelle en vue d'en tirer un revenu lui permettant de vivre* »<sup>216</sup>. Or les participants aux émissions de télé-réalité ont une activité professionnelle distincte. Les conventions de télé-réalité stipulent que les participants s'engagent à se « *libérer de toute obligation professionnelle* » durant le tournage de l'émission. Certains contrats de télé-réalité précisent même que le participant « *participe au programme à des fins personnelles et non professionnelles et que sa motivation principale n'est pas la télédiffusion de son image* ». Participer à une émission de télé-réalité ne constitue pas leur profession. L'activité réalisée au cours du tournage de l'émission est ainsi une activité personnelle qui ne peut constituer un travail et qui relève de la liberté personnelle de chaque individu. En ce qui concerne la promotion du programme télévisé, la plupart des contrats de télé-réalité stipulent que « *sous réserve de leurs obligations professionnelles* » les participants doivent se rendre disponibles.

**153.** Ensuite, l'activité réalisée par les participants s'exerce durant quelques jours. Or selon la Cour de cassation, lorsqu'un travailleur n'exerce que « *quelques missions spéciales ne revêtant pas un caractère permanent* », cela constitue « *une activité ponctuelle exclusive*

---

<sup>214</sup> P. Morvan, « *Le contrat de télé-réalité À propos des arrêts « Ile de la tentation* », Semaine sociale Lamy, 09 juin 2008, n°1357 ;

<sup>215</sup> J. Savatier, « *Le travail non marchand* », Dr. Soc., janvier 2009 ;

<sup>216</sup> J. Savatier, « *Contribution à une étude juridique de la profession* » in Mélanges Hamel dix ans de conférence d'agrégation, Etudes du droit commercial, p.9 ;

de tout lien de subordination »<sup>217</sup>. Ainsi, ne sont pas salariés les médecins et pharmaciens exerçant une activité occasionnelle résultant de missions ponctuelles d'expérimentation réalisées pour le compte d'un organisme de recherche<sup>218</sup>.

**154.** L'absence de travail réalisé est exclusive de la qualification de contrat de travail. Et même si l'existence d'une prestation de travail peut être démontrée par certains auteurs, la rémunération nécessaire à la qualification de contrat de travail et les indices permettant la caractérisation d'un lien de subordination juridique ne sont pas réunis.

**155. L'absence de rémunération perçue.** En ce qui concerne la rémunération, la Cour de cassation indique que l'absence de rémunération ou la perception d'un « *salaire quotidien insignifiant* » est exclusif d'un lien de subordination juridique<sup>219</sup>. Or, aucune convention de télé-réalité ne stipule le versement d'un salaire au profit des participants. La seule somme prévue au sein de certains contrats est une somme forfaitaire versée à titre d'avance sur les redevances qui seraient dues aux participants en contrepartie du droit d'exploiter leur nom et leur image dans l'ensemble des produits dérivés. Cependant le versement de cette somme est prévu au sein du contrat de licence et non au sein du contrat de participation à une émission de télé-réalité.

Au sein du programme télévisé « L'île de la tentation », aucune somme au titre de la participation au tournage n'est versée aux participants. Ces derniers se voient seulement payer leur logement, leur repas durant le tournage de l'émission ainsi que les billets d'avion afin de se rendre sur le lieu de tournage. Quand bien même cela pourrait constituer une rémunération en nature pour certains auteurs, « *le versement d'une rémunération est à lui seul insuffisant pour caractériser un travail salarié* »<sup>220</sup>.

**156. L'absence de temps de travail.** En ce qui concerne le temps de travail, la doctrine s'est interrogée afin de savoir si le temps durant lequel le participant exerce son activité est un temps de travail, d'astreinte ou de repos. Selon l'article L.3121-1 du Code du travail, « *la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des*

---

<sup>217</sup> Cass. Soc., 31 octobre 2000, n°99-11.808 ;

<sup>218</sup> Cass. Soc., 16 janvier 1992, n°89-14.785 ;

<sup>219</sup> Cass. Soc., 8 février 1972, n°71-40.012 ;

<sup>220</sup> Cass. Soc., 31 mai 1989, n°86-10.379 ;

*occupations personnelles* ». Or l'activité principale des participants est de réaliser des activités privées relevant des loisirs. Le participant durant l'émission vaque à ses occupations personnelles. Par conséquent, il ne peut pas effectuer un temps de travail effectif.

Selon l'article L.3121-52 du Code du travail, l'astreinte se définit tel le temps durant lequel le travailleur demeure à son « *domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise* ». Les participants d'une émission de télé-réalité ne se trouve pas à leur domicile ou à proximité dans la mesure où l'objet même de la télé-réalité est de filmer la vie privée de personnes au sein d'un contexte particulier. Il ne s'agit donc pas, du moins pour l'émission de « L'île de la tentation », d'un temps d'astreinte.

Ainsi le temps de tournage ne pouvant être un temps de travail ou d'astreinte, il semble s'agir d'un temps de repos<sup>221</sup>. Qualifier de travail ou d'astreinte le temps passé par les participants à la réalisation d'activités ludiques serait contraire à tous les principes du droit du travail français. Le contrat de télé-réalité serait alors un contrat nécessitant un travail 24 heures sur 24, sans temps de pose, sans temps de repos.

**157. L'absence de respect de la vie privée.** Par la signature du contrat de télé-réalité, le participant s'exclut du champ d'application de la jurisprudence *Nikon* selon laquelle « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée* »<sup>222</sup>. Cette liberté est garantie par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Durant le tournage de l'émission, le participant consent à une immixtion dans l'intimité de sa vie privée. Selon Monsieur le Professeur P. Morvan « *S'il est loisible de dénoncer le voyeurisme dont se nourrit la télé-réalité, il est impossible sans contradiction, de soutenir que les personnes ainsi mises à nu exécutent un contrat de travail dans un cadre professionnel ! L'existence, à l'origine, de critiques d'ordre moral démontre bien que la télé-réalité s'immisce dans le for intérieur de l'individu et est étrangère à sa sphère professionnelle* »<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> P. Morvan, « *Le contrat de télé-réalité À propos des arrêts « Ile de la tentation* », Semaine sociale Lamy, 09 juin 2008, n°1357 ;

<sup>222</sup> Cass. Soc., 2 octobre 2001, n°99-42.942 ;

<sup>223</sup> P. Morvan, « *Télé-réalité et contrat de travail (I<sup>ère</sup> partie)* », Semaine sociale Lamy, 16 octobre 2006, n°1278 ;

**158. L'obligation de résidence.** Cette dernière existe de fait dans la mesure où l'émission « l'île de la tentation » est tournée à l'étranger. Cependant, le règlement participants indique que les participants sont libres d'interrompre à tout moment leur participation et de quitter, sans aucun motif, le lieu de tournage. Il existe certes un délai de préavis ne permettant pas le départ immédiat du participant du lieu de tournage. Cependant, celui-ci est très bref et est dû au fait que la société de production est tenue d'assurer la sécurité du participant ainsi que son rapatriement. Le logement du participant à l'étranger ne constitue pas une réelle obligation de résidence. De plus, une telle liberté de rupture à l'incitative du participant ne démontre pas l'existence d'un contrat de travail dans la mesure où au sein de ce dernier, la « *démission du salarié ouvre droit, si elle est abusive, à dommages-intérêts* »<sup>224</sup>.

Enfin, il est utile de rappeler que l'obligation de résidence ne constitue pas un indice du lien de subordination juridique. Elle constitue une restriction à la liberté de choix du domicile personnel et familial, garantie au sein de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ainsi ce type d'obligation contractuelle n'est valide qu'à « *la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* »<sup>225</sup>. Et même si le contrat de télé-réalité est requalifié en contrat de travail, l'obligation de résidence présente au sein du contrat est proportionnée au but recherché dans la mesure où elle permet le tournage de l'émission durant une brève période.

**159. L'absence de lien de subordination juridique.** En ce qui concerne l'obligation de participation aux activités, les participants doivent, du fait de l'objet des émissions de télé-réalité, révéler leurs sentiments et impressions subjectives notamment au sein d'interviews. La seule participation aux activités, interviews et réunions prévues durant le tournage ne constitue pas un indice de la présence d'ordres et directives donnés par la société de production. En revanche, ces activités peuvent être considérées telles des obligations minimales plaçant les participants sous l'autorité de la société de production. Cette autorité ne constitue pas nécessairement un lien de subordination juridique mais davantage une réglementation collective. Selon Monsieur le Professeur P. Morvan, « *les relations d'autorité, strictement ludiques, avec les organisateurs, gardiens de la règle, ne suffisent pas à caractériser un lien de subordination juridique avec la société de production* »<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> Cass. Soc., 29 janvier 2002, n°98-44.430 ;

<sup>225</sup> Cass. Soc., 12 janvier 1999, n°96-40.755 ;

<sup>226</sup> P. Morvan, « *Télé-réalité et contrat de travail (1<sup>ère</sup> partie)* », Semaine sociale Lamy, 16 octobre 2006, n°1278 ;

**160.** En ce qui concerne le règlement participants, il constitue des règles de jeu et non des ordres et des directives. Le règlement participants peut être assimilé à une « *réglementation de droit privé* »<sup>227</sup>. Cette réglementation a pour destinataire une communauté d'individus. Les usages d'une profession constituent une réglementation de droit privé, tout comme le pouvoir réglementaire exercé par les ordres corporatistes (avocats, médecins, etc.). Les associations ou fédérations sportives agréées réalisent également une réglementation de droit privé.

Tout contrat permettant l'insertion d'un individu au sein d'une communauté est exclusif de la qualification de contrat de travail<sup>228</sup>. Cette qualification est exclue même si la communauté a pour objectif la réalisation d'un travail<sup>229</sup>. Le règlement participants insère le participant au sein d'une communauté particulière afin de vivre une expérience unique. Il ne peut dès lors être requalifié en contrat de travail.

Le règlement participants contient des obligations liées à la législation applicable. Cela permet de prémunir la société de production contre d'éventuelles poursuites pénales. Les participants, par la signature de ce règlement, s'engagent à respecter les consignes de sécurité données par le personnel technique, l'interdiction de consommer ou de détenir des boissons alcoolisées, du tabac et des substances illicites, l'interdiction de jurer et de tenir des propos discriminatoires ou portant atteinte à l'honneur, la prohibition de toute forme de violence, d'intimidation, de harcèlement à l'encontre des autres participants, la prohibition des comportements contraires aux bonnes mœurs, etc. Ces obligations ne peuvent caractériser l'existence d'ordres et de directives émanant de l'employeur dans la mesure où il ne s'agit que d'un rappel des dispositions légales applicables.

Le règlement participants contient également des obligations liées à l'essence même de la télé-réalité. Ce sont notamment les obligations liées à l'éventuelle existence d'un processus éliminatoire, à la non modification de l'apparence physique du participant avant le tournage, à la non communication avec les membres de l'équipe technique ou les membres de leurs familles, à l'inutilisation d'un téléphone portable, etc. Le règlement participants contient

---

<sup>227</sup> Ph. Malaurie et P. Morvan, introduction générale au droit, Defrénois, 2<sup>ème</sup> édition, 2005, n°312 ;

<sup>228</sup> Cass. ass. plén., 8 janvier 1993, n°87-20.036 ; Cass. Soc., 12 juillet 2005, n°03-43.354 ;

<sup>229</sup> Cass. Soc., 9 mai 2001, n°98-46.158 ; Cass. Soc., 24 juin 1998, n°97-60.077 ;

également une obligation de confidentialité relative au résultat final de l'émission. Ce dernier type d'obligations ne constitue pas des ordres et des directives émanant d'un employeur. Le règlement participants ne caractérise dès lors pas l'existence d'un lien de subordination entre les participants et la société de production.

**161.** Le respect d'un règlement n'implique ni pouvoir de contrôle sur la prestation accomplie ni pouvoir de sanction de la société de production à l'encontre des participants. Le règlement participants comporte une stipulation selon laquelle en cas d' « *infraction au règlement de l'émission* » ou de « *violation des règles du programme* » le participant peut être exclu ou éliminé du tournage. Cette stipulation n'est pas caractéristique d'un pouvoir de direction ou de sanction. En effet, même si la société de production conserve la faculté de n'énoncer aucun motif à l'appui de cette décision, le règlement participants énumère les manquements graves causes d'exclusion. Ce pouvoir n'est par conséquent pas arbitraire. L'objectif de cette disposition est la sanction de l'inexécution contractuelle. Cette disposition n'est pas la sanction disciplinaire d'un manquement fautif réalisé par un subordonné. Pour Monsieur le Professeur P. Morvan, cette stipulation est une clause résolutoire<sup>230</sup>. Au sein du domaine de l'audiovisuel, la Cour de cassation refuse la qualité d'employeur de la Société française de production vis-à-vis des « *cachetiers* » dans la mesure où cette société « *n'exerçait aucun pouvoir disciplinaire direct* » sur ces derniers<sup>231</sup>.

**162.** Ainsi selon ces auteurs, aucun des critères du contrat de travail n'est réuni. La participation à une émission de télé-réalité ne peut dès lors, si c'est une prestation de travail, constituer un travail salarié. Le règlement participants ne peut être requalifié en contrat de travail sauf en cas de détournement de sa finalité. C'est ainsi que la Cour de cassation estime que la convention d'évaluation liant l'ANPE à un chômeur ne peut être « *requalifiée en contrat de travail* » sauf s'il est apporté la « *preuve d'un détournement de la finalité de la convention* »<sup>232</sup>.

**163. L'absence de qualification d'artiste.** Selon les articles L.7121-3 du Code du travail et L.3111-3, 15° du Code de la Sécurité sociale, « *Tout contrat par lequel une personne s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa*

---

<sup>230</sup> P. Morvan, « *Télé-réalité et contrat de travail* » (2<sup>ème</sup> partie), Semaine Sociale Lamy, 23 octobre 2006, n°1279 ;

<sup>231</sup> Cass. Soc., 20 novembre 1991, n°90-60.388 ;

<sup>232</sup> Cass. Soc., 18 juillet 2001, n°99-42.525 ;

*production, est présumé être un contrat de travail dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité qui fait l'objet de ce contrat dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce* ». Les participants à une émission de télé-réalité ne semblent pouvoir bénéficier de ces dispositions. Tout d'abord, ils ne perçoivent aucune rémunération de nature salariale. Ensuite, ils ne peuvent être des artistes du spectacle dans la mesure où, selon la Cour de cassation, pour bénéficier de cette qualification il est nécessaire que soit caractérisée une performance<sup>233</sup>. Or, au sein de l'émission « l'île de la tentation », aucun des participants ne réalise de performance que celle-ci soit intellectuelle, artistique ou encore sportive. La spontanéité et le naturel requis des participants chassent nécessairement toute idée de performance. Les participants ne sont dès lors pas des artistes du spectacle assimilés à des salariés.

La qualification d'artiste interprète, prévue au sein de l'article L.212-1 du Code de la propriété intellectuelle, nécessite l'existence d'une œuvre de l'esprit donnant lieu à une interprétation. Selon ces auteurs, le participant à une émission de télé-réalité ne peut pas davantage être qualifié d'artiste interprète et ce pour les mêmes raisons que celles justifiant l'impossibilité de la qualification d'artiste du spectacle.

**164.** Pour ces auteurs, il est nécessaire d'éviter tout « *salariat-centrisme* »<sup>234</sup>. Tout contrat ne constitue pas un contrat de travail. L'ensemble des contrats commerciaux à exécution successive, contenant une énumération précise des obligations du commerçant, ne peut être requalifié en contrat de travail. Une obligation contractuelle n'est pas un ordre ou une directive émanant de l'employeur.

**165.** Surtout, la requalification du règlement participants en contrat de travail se heurte à l'esprit même du droit social. Il y a certes, une extension du champ d'application de la législation sociale, que cela soit le fait des juges ou du législateur. Pour autant cette extension profite toujours à des travailleurs placés dans une situation de dépendance économique. Or tel n'est pas le cas du participant à une émission de télé-réalité. De plus, en opportunité, un participant à une émission de télé-réalité ne peut pas prétendre travailler par rapport à un ouvrier qui travaille quotidiennement dans des conditions difficiles. Pour Beveridge,

---

<sup>233</sup> Cass. Soc., 6 mars 2003, n°01-21.323 ;

<sup>234</sup> P. Morvan, « *Télé-réalité et contrat de travail (1<sup>ère</sup> partie)* », Semaine sociale Lamy, 16 octobre 2006, n°1278 ;

« Travailler signifie qu'on fait ce qui est nécessaire, et pas seulement ce que l'on désire faire »<sup>235</sup>.

Malgré l'existence d'une autre opinion doctrinale, l'avocat général devant la Cour de cassation estime au sein du litige relatif à l'émission « l'île de la tentation » « *qu'un divertissement entre adultes consentants n'agissant qu'à des fins purement personnelles et non professionnelles ne pouvait relever de la législation du travail* »<sup>236</sup>.

#### *b-Le règlement participants tel un contrat de travail*

**166. L'absence d'un contrat de jeu.** Les émissions de télé-réalité divertissent le public, cela est une certitude. En revanche, il est moins certain que les participants lors du tournage se divertissent. Les activités réalisées par les participants sont certes ludiques, cependant, durant le tournage la pratique de celles-ci est obligatoire sous peine d'exclusion. Pour certaines de ces émissions, tel « Loft Story », les caractéristiques du jeu sont présentes. En effet, il existe un gagnant, un perdant, un gain, des règles du jeu et un aléa. Ce dernier disparaît lors de la seconde étape de l'émission « Loft Story » dans la mesure où pour gagner les finalistes doivent simplement cohabiter ensemble durant plusieurs jours. Cela ne relève plus de l'aléa. En ce qui concerne l'existence de règles du jeu, la présence de règles n'implique pas nécessairement la qualification de contrat de jeu. Ainsi le règlement intérieur instauré au sein de l'entreprise constitue un ensemble de règles mais ce dernier n'est pas un règlement de jeu. D'autant plus qu'au sein de certaines émissions de télé-réalité, les règles du jeu sont modifiables unilatéralement par la société de production et ce même au cours de l'émission<sup>237</sup>. Cela est contraire au principe d'intangibilité des règles du jeu. Enfin au sein des relations contractuelles liant le participant à la société de production, cette dernière ne joue pas et ne court aucun risque de perte. Pour un auteur, la participation à une émission de télé-réalité paraît être un concours<sup>238</sup>. Or, selon les juges du fond, le jeu-concours ne peut revêtir la qualification civile de jeu<sup>239</sup>. Il n'est dès lors pas évident que le règlement participants soit un contrat de jeu. Il semble davantage être un contrat de travail.

---

<sup>235</sup> J.-E. Ray, « *Sea, sex... and contrat de travail* », Semaine sociale Lamy, 07 septembre 2009, n°1411 ;

<sup>236</sup> J.-E. Ray, « *Sea, sex... and contrat de travail* », Semaine sociale Lamy, 07 septembre 2009, n°1411 ;

<sup>237</sup> Article 4. 4 du règlement participants de l'émission « Loft Story » ;

<sup>238</sup> P. Stoffel-Munck, « *Les participants à une émission de télé-réalité peuvent être qualifiés de salariés* », Revue Communication Commerce électronique n°6, juin 2006, commentaire n°96 ;

<sup>239</sup> TGI de Paris, 18 décembre 1974, Gaz. Pal. 1975, 1, p.258 ; Cour d'appel de Paris, 13 décembre 1974, Epx Sares c/ Bourgeois et a., D. 1975, p.234, note Fergani ;

**167. La présence d'une prestation de travail.** Ces auteurs voient le règlement participants tel un contrat de travail dans la mesure où les trois critères de ce dernier sont réunis. En ce qui concerne la réalisation d'une prestation de travail, le travail est la mise à disposition de l'activité d'une personne au bénéfice d'une autre. Or, lors du tournage de l'émission de télé-réalité, les participants sont à l'entière disposition de la société de production. Ils ne peuvent d'ailleurs quitter le lieu de tournage sauf en motivant ce départ. Ainsi au sein du règlement participants de l'émission « Loft Story », l'article 4. 10 dispose « *Seule la société décidera si, et si oui, dans quelles circonstances le participant sera autorisé à quitter la maison temporairement sans que la possibilité de gagner un prix soit perdue pour ce dernier* ». Cette disposition, pour ces auteurs, est semblable à une autorisation d'absence exceptionnelle donnée par un employeur à son salarié<sup>240</sup>.

**168.** En ce qui concerne l'activité réalisée par les participants, l'inactivité peut constituer une prestation de travail. En effet, l'article L.3121-1 du Code du travail définit le temps effectif de travail tel « *le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ». Le participant de télé-réalité se tient à la disposition de la société de production et ne peut vaquer à ses occupations personnelles. Cela est constitutif d'un temps de travail effectif même si en soit le participant ne réalise aucune activité. Malgré l'absence d'activité d'un modèle qui pose pour un peintre, un contrat de travail lie les partis. De même, est salarié un couple surveillant un dépôt de carburants au sein de son domicile alors même qu'il n'est tenu à la réalisation d'aucune tâche déterminée<sup>241</sup>.

**169.** Les participants à une émission de télé-réalité se montrent volontairement au public. Le fait d'être filmé incite les participants à ne pas être eux-mêmes, à « *jouer un rôle* ». L'article 1. 6 du règlement participants de l'émission « Loft Story » dispose que le participant est « *parfaitement informé et conscient du fait que participer à l'émission l'exposera lors de son séjour dans la maison à des conditions de vie extraordinaires* ». Lors du tournage, le participant s'éloigne de la réalité, du quotidien et semble se rapprocher de la comédie. Celle-ci étant définie telle « *la représentation en action, des caractères et des mœurs des hommes et d'incidents ridicules, plaisants ou intéressants* »<sup>242</sup>. A cette activité, s'ajoutent celles prévues

---

<sup>240</sup> D. Cohen, L. Gamet, « *Loft story : le jeu-travail* », n°9/ 10 Septembre - Octobre 2001, p.792 ;

<sup>241</sup> Cass. Soc., 18 juillet 2000, n°97- 45.010 ;

<sup>242</sup> Dictionnaire Littré ;

par le règlement participants qui nécessitent un minimum de coopération des participants telle la participation aux interviews, aux activités ludiques, etc.

**170.** Le travail consiste également en la réalisation d'une activité productive. Les participants contribuent à la création d'un produit : un programme télévisé. Pour Monsieur le Professeur A. Soupiot, « *le travail se distingue de l'activité en ce qu'il résulte d'une obligation, quelle soit volontairement souscrite ou légalement imposée* »<sup>243</sup>. Même en suivant ce raisonnement, ces auteurs parviennent à la même conclusion, l'activité des participants lors du tournage constitue une prestation de travail dans la mesure où elle est accomplie en exécution d'une obligation. Il importe peu que l'activité réalisée soit agréable ou rébarbative, à partir du moment où la réalisation d'une activité est obligatoire. Elle s'apparente plus, pour ces auteurs, à la réalisation d'un travail qu'à la participation à un jeu.

**171.** La prestation de travail correspond à une activité. Celle-ci ne doit pas nécessairement être professionnelle. Selon la Cour de Justice des Communautés Européennes le caractère professionnel de l'activité n'est pas indispensable à la qualification de contrat de travail. Selon la Cour, « *la caractéristique essentielle de la relation de travail tient au fait qu'une personne accomplit en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération* »<sup>244</sup>.

De même, il importe peu que l'activité réalisée soit occasionnelle. La jurisprudence n'exclut pas la qualification de travail salarié en présence d'une activité occasionnelle si deux conditions sont réalisées. Tout d'abord, le travailleur doit réaliser sa prestation pour une autre personne et être soumis à des ordres et directives<sup>245</sup>. Ensuite, le travailleur doit percevoir une rémunération de la personne pour laquelle il travaille<sup>246</sup>. Il semble dès lors que le participant à une émission de télé-réalité réalise une prestation de travail.

**172. La présence d'une rémunération.** Pour ces auteurs, il y a rémunération des participants lors du tournage des émissions de télé-réalité. Cette rémunération peut être en nature comme au sein de l'émission « l'île de la tentation ». Elle comprend dès lors le

---

<sup>243</sup> A. Supiot, « *Du bon usage des lois en matière d'emploi* », Dr. soc., 1997, p. 229 et suivantes ;

<sup>244</sup> CJCE, 3 juillet 1986, aff. 65/ 85, Lawrie Blum, Rec. CJCE, 1986, p. 2121 ;

<sup>245</sup> Cass. ass. Plén., 18 juin 1976, n°74-11.210 ;

<sup>246</sup> Cass. Soc., 22 mai 1997, n°95-15.455 ;

logement, les repas durant le tournage et le moyen de transport afin de se rendre sur le lieu de tournage. Mais la rémunération peut également être en argent. Au sein de l'émission « Loft Story », tout participant perçoit la somme de 4 520 francs et ensuite, pour chaque semaine de présence, le participant perçoit la somme de 2 260 francs. Ces sommes versées aux participants semblent rémunérer le temps de présence sur le lieu du tournage.

**173. Présence d'un lien de subordination juridique.** Pour ces auteurs, les participants d'une émission de télé-réalité paraissent relever du livre VII du Code du travail. La subordination juridique serait dès lors présumée par la loi. Les participants seraient artistes du spectacle dans la mesure où ils font l'objet d'un divertissement destiné au public. De plus, la qualité d'artiste du spectacle ne requiert ni carte (contrairement au VRP), ni diplôme (contrairement au journaliste). Ensuite, l'article L.762-1 de l'ancien Code du travail réalise une énumération non exhaustive des artistes du spectacle. Enfin, la qualité d'artiste du spectacle ne requiert pas une activité d'interprétation contrairement à la qualité d'artiste interprète. Les participants des émissions de télé-réalité pourraient dès lors bénéficier de la subordination présumée grâce à la qualification d'artistes du spectacle.

**174.** La société de production par le biais du règlement participants impose de nombreuses obligations aux participants. La société peut décider unilatéralement du départ du participant. Ce dernier devant dès lors se conformer à cette décision. Le participant est également tenu de participer aux activités organisées par la société de production. L'ensemble de ces obligations peut être assimilé à des ordres et des directives qu'un employeur donne à ses salariés et dont il peut contrôler l'exécution et sanctionner les manquements. Un lien de subordination juridique semble dès lors unir les participants à la société de production.

Pour ces auteurs, les participants à une émission de télé-réalité réalisent un travail, celui-ci étant salarié. La Cour de cassation saisie de la question, s'est prononcée le 3 juin 2009.

## 2-La solution retenue

L'espèce de l'arrêt (a) permet à la Cour de cassation d'énoncer les motifs de la requalification (b). Cet arrêt possède une portée non négligeable (c).

### *a-L'espèce*

**175.** Le 3 juin 2009, la Chambre sociale de la Cour de cassation statue pour la première fois sur la qualification du contrat liant le participant à la société de production d'une émission de télé-réalité « l'île de la tentation ». Trois des participants de la saison 2003 de l'émission « l'île de la tentation » ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification du règlement participants en contrat de travail. Le Conseil de Prud'hommes, puis la Cour d'appel ont accueilli cette demande. La Cour de cassation motive cette requalification.

### *b-Les motifs de la requalification*

**176.** Le Code du travail ne donne pas de définition du contrat de travail. Selon la Cour de cassation, il appartient au juge de rechercher si les critères du contrat de travail sont réunis. La Chambre sociale rappelle le principe selon lequel « *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* ».

Par une analyse de la situation concrète et des conditions de tournage de la saison 3 de l'émission « l'île de la tentation », la Chambre sociale relève que les participants ont l'obligation de prendre part aux différentes activités et réunions, qu'ils ont dû suivre les règles du programme définies unilatéralement par la société de production, qu'ils sont orientés dans l'analyse de leur conduite, que certaines scènes sont répétées afin de valoriser des moments essentiels, que les heures de réveil et de sommeil sont fixées par la société de production, que le règlement leur impose une disponibilité permanente, avec interdiction de sortir du lieu de tournage et de communiquer avec l'extérieur. Le règlement participants stipule que toute infraction aux obligations contractuelles peut être sanctionnée par le renvoi du participant. La Cour de cassation déduit de cette stipulation qu'il existe un lien de subordination, caractérisé par le pouvoir de la société de production « *de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné* ».

La Chambre sociale considère que l'activité des participants, consistant à participer aux événements imposés par la société de production et à exprimer des réactions attendues durant un temps et au sein d'un lieu sans rapport avec leur vie personnelle quotidienne, constitue une prestation de travail. Pour la Cour de cassation, cette activité n'est pas le seul enregistrement de la vie quotidienne des participants.

La Chambre sociale de la Cour de cassation, sur avis non conforme de l'avocat général, approuve la Cour d'appel quant à la requalification du règlement participants en contrat de travail. En revanche, la Cour d'appel est censurée pour avoir retenu l'infraction de travail dissimulé sans avoir motivé de manière opérante le caractère intentionnel de la dissimulation. Cet arrêt rendu par la Cour de cassation possède une portée non négligeable.

#### *c-La portée de l'arrêt*

**177.** Cet arrêt confirme que le lien de subordination constitue le critère déterminant du contrat de travail. De plus, la Cour de cassation précise, qu'est une prestation de travail, toute activité exécutée au sein d'un lien de subordination pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique et ce même si l'activité est ludique ou exempte de pénibilité.

Par cet arrêt, la Cour de cassation lutte contre l'éviction du droit du travail. L'obligation de présence permanente des participants sur le lieu de tournage n'est pas conciliable avec les règles relatives au temps travail, aux repos quotidiens et hebdomadaires. Les participants sont durant le tournage à la disposition de la société de production et ne peuvent vaquer à leurs occupations personnelles. De même le fait que le participant puisse être renvoyé unilatéralement par la société de production et sans motif est contraire au respect du droit du licenciement. Pour certains auteurs, il est impossible de considérer que les participants sont liés par un contrat de travail à durée déterminée. En effet, la participation à une émission de télé-réalité n'est pas un cas de recours au contrat à durée déterminée. De plus, le participant ne demeure pas nécessairement sur le lieu de tournage jusqu'à la fin de l'émission qui pourrait constituer le terme du contrat de travail à durée déterminée. Or il est de principe qu'un contrat de travail à durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> D. Cohen, L. Gamet, « *Loft story : le jeu-travail* », n°9/ 10 Septembre - Octobre 2001, p.795 ;

**178.** La Cour de cassation lutte également contre la mise à l'écart des droits et des libertés fondamentaux dus à chaque individu. Notamment, par exemple, au sein du règlement participants de l'émission « Loft Story », les participants abandonnent leur droit à l'image<sup>248</sup>, leur droit à la vie privée<sup>249</sup>, leur liberté d'aller et venir<sup>250</sup>, leur liberté d'expression<sup>251</sup> et leur liberté d'entreprendre<sup>252</sup>. Le participant abandonne des droits extrapatrimoniaux dont il est normalement impossible de se dépouiller. Se séparer d'autant de droits extrapatrimoniaux permet de s'interroger sur le maintien de la dignité des participants à une émission de télé-réalité. L'atteinte à la dignité d'un individu peut permettre la prohibition de certaines pratiques tel le lancé de nain<sup>253</sup>. Tout comme les participants à une émission de télé-réalité, le nain a consenti à son sort. C'est pourquoi, Monsieur B. Edelman indique que « *la défense de la dignité n'a plus affaire à l'individu libre mais à l'individu qui appartient à l'humanité* »<sup>254</sup>.

**179.** Ensuite, en opportunité, il est possible que la Cour de cassation ait opté pour la requalification afin de lutter contre le développement de ce type d'émissions télévisées dans la mesure où en appliquant la qualification de contrat de travail, l'émission de télé-réalité devient automatiquement illégale. Néanmoins, un doute apparaît. Juger en opportunité n'entre pas dans l'office du juge.

**180.** La requalification du règlement participants en contrat de travail possède de nombreuses conséquences indemnitaires. Il est dès lors envisageable que l'employeur soit condamné civilement au versement de rappels de salaires, au paiement des heures supplémentaires, de dommages et intérêts pour licenciement irrégulier, des cotisations sociales afférentes aux rémunérations versées aux candidats majorées d'indemnité de retard. Au pénal, l'employeur pourrait être condamné pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris le 12 février 2008, au sein du litige relatif à l'émission « L'île de la tentation » a accordé à Dame Y 8 176 euros au titre d'heures supplémentaires, 817 euros au titre de congés, 500 euros pour licenciement irrégulier, 1 500

---

<sup>248</sup> Article 2. 1 du règlement participants de l'émission « Loft Story » ;

<sup>249</sup> Article 1. 6 du règlement participants de l'émission « Loft Story » ;

<sup>250</sup> Article 4. 12 du règlement participants de l'émission « Loft Story » ;

<sup>251</sup> Article 4. 6 du règlement participants de l'émission « Loft Story » ;

<sup>252</sup> Article 2. 9 du règlement participants de l'émission « Loft Story » ;

<sup>253</sup> CE, ass., 27 octobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence, RFDA 1995, p.1204, conclusion Frydman ;

<sup>254</sup> B.Edelman, « *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau* », D. 1997, chr. p. 185 ;

euros au titre de dommages et intérêts pour rupture abusive, 16 000 euros au titre d'indemnité pour travail dissimulé soit 27 000 euros pour 14 jours d'activité.

Au sein du domaine audiovisuel, la télé-réalité n'est pas l'unique problématique. Le documentaire est également objet de litige.

### ***B-La problématique du documentaire***

**181.** Le documentaire est un « *film didactique, présentant des documents authentiques, non élaborés pour l'occasion* »<sup>255</sup>. Le documentaire, fondé sur des documents réalistes, ne peut comprendre de reconstitutions fictives. Le documentaire dénommé « Etre et avoir » a été l'objet d'un important contentieux. Un instituteur ainsi que sa classe d'une dizaine d'élèves sont choisis par un réalisateur afin d'être filmés durant neuf mois. Le documentaire rencontre un important succès. L'instituteur participe dès lors à la promotion du film. Il demande alors le versement d'une rémunération et la conclusion d'un contrat de travail. L'instituteur saisit dès lors le Conseil de prud'hommes de Perpignan puis la Cour d'appel de Montpellier qui le déboutent de l'ensemble de ses demandes.

Un pourvoi en cassation est formé. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « *le salarié est celui qui accomplit son travail dans un lien de subordination, lequel est caractérisé par l'exécution du 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 ; (...) la cour d'appel, qui a constaté, tant par motifs propres qu'adoptés, que M. Lopez n'était soumis à l'autorité d'aucun des préposés de la société, qu'il ne recevait aucune directive ou consigne, ni même avis ou conseil, pour les interventions proposées, qu'il était libre d'accepter ou de refuser, et n'avait aucune obligation de se plier aux « plannings » prévisionnels de l'opération de promotion, a pu en déduire que M. Lopez ne se trouvait pas dans un lien de subordination caractérisant l'existence d'un contrat de travail* »<sup>256</sup>.

En l'espèce, la Cour de cassation indique qu'un individu faisant l'objet d'un documentaire n'est pas un salarié s'il n'est soumis à aucune obligation. Le simple fait qu'une

---

<sup>255</sup> Dictionnaire Le Robert ;

<sup>256</sup> Cass. Soc., 15 février 2006, n°04-44.049 ;

prestation de travail soit réalisée au profit d'un tiers n'implique pas nécessairement la reconnaissance d'un contrat de travail.

Par cet arrêt, la Cour de cassation précise qu'il importe peu que la prestation de travail soit réalisée à temps plein ou à temps partiel. De même, il importe peu que soient déterminés les lieux et les horaires de rencontre avec les médias et le public ainsi que les modalités de déplacement de l'instituteur pour que soit caractérisé un contrat de travail. Enfin l'insubordination de l'instituteur n'affecte pas l'existence de la relation de travail.

En revanche, ce qui est caractéristique d'une prestation de travail salariée est l'existence d'un pouvoir de sanction de l'employeur à l'encontre du salarié. La Cour de cassation indique également que l'autorité permettant de caractériser le lien de subordination peut être exercée par l'employeur mais également par ses préposés<sup>257</sup>. En l'espèce, l'instituteur ne parvient pas à démontrer l'exécution d'une prestation de travail sous l'autorité de l'employeur ou de l'un de ses préposés.

En l'absence de contrat écrit, l'instituteur a la possibilité d'apporter la preuve d'un contrat de travail par tout moyen<sup>258</sup>. Cependant, la Cour de cassation rejette la preuve d'un contrat de travail par la seule production de bulletins de paie délivrés par l'employeur<sup>259</sup>. Par cet arrêt, la Cour de cassation démontre qu'il est impossible de bénéficier d'un contrat de travail dans n'importe quelle condition. L'instituteur ne peut être lié par un contrat de travail dans la mesure où il « *n'était soumis à l'autorité d'aucun des préposés de la société, qui ne recevait aucune directive ou consigne, ni même avis ou conseil, pour les interventions proposées qu'il était libre d'accepter ou de refuser, et n'avait aucune obligation de se plier aux plannings prévisionnels de l'opération de promotion* ».

**182.** L'instituteur au sein du documentaire « Etre et avoir » ne possède pas davantage la qualité de salarié que celle d'artiste du spectacle. Un arrêt du 29 mars 2006 de la Cour d'appel de Paris, confirmé le 13 novembre 2008 par la Cour de cassation<sup>260</sup>, dénie tout droit d'auteur à l'instituteur que cela soit sur les cours d'école que sur l'œuvre cinématographique. En effet selon la Cour, les leçons de l'instituteur comme ses dialogues avec les élèves « *ne présentent*

---

<sup>257</sup> Cass. Soc., 30 avril 1997, D. 1998, jurisprudence, p. 53 ;

<sup>258</sup> Cass. Soc., 28 avril 1955, Bull. civ. 1955, IV, n°345 ;

<sup>259</sup> Cass. Soc., 14 mai 1992, Brama c/ SA International Lainière et a. ;

<sup>260</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 novembre 2008, RLDI 2009/46, n°1501, observations M. Schaffner, A. Abello et G. Sroussi ;

*pas une originalité suffisante pour accéder au statut d'œuvre de l'esprit* ». Ensuite, « *le film en litige relève du genre documentaire (...) dont l'objet est de filmer des personnes qui ne jouent, ni ne suivent des scénarios, mais accomplissent, devant la caméra, leur tâche ou fonction habituelle, simple transcription de la réalité* ». Or, « *il n'est pas dans les usages de prévoir une rémunération pour les intervenants, afin de préserver l'authenticité des scènes filmées* »<sup>261</sup>. Enfin les juges observent que l'instituteur n'a demandé aucune rémunération jusqu'au succès médiatique du film.

Les critères jurisprudentiels du contrat de travail semblent désormais insuffisants afin de prendre en considération l'évolution du marché du travail. C'est pourquoi, une extension des critères a été réalisée par la jurisprudence. Cependant, cette dernière n'est pas la seule à avoir créée des extensions du contrat de travail. En effet, le législateur a mis en place un procédé de présomptions de contrat de travail et d'assimilations au salariat. De surcroît, la doctrine, inspirée par le droit comparé, construit et développe la notion de parasubordination afin de créer un régime uniforme englobant l'ensemble des extensions d'exception du contrat de travail.

---

<sup>261</sup> Cour d'appel de Paris, 29 mars 2006, Communication Commerce électronique, mai 2006, commentaire 77, observations Ch. Caron ;

## **Titre 2 : Les extensions d'exception du contrat de travail**

Les extensions d'exception du contrat de travail existent afin de prendre en considération la dépendance économique dont sont victimes certains travailleurs. En droit positif, la multiplication des extensions légales permet la prise en considération de la dépendance économique due à l'évolution du marché du travail (**Chapitre 1**). En droit prospectif, la création de la notion de parasubordination permettrait de mettre un terme à ces diverses extensions légales (**Chapitre 2**).

### **Chapitre 1 : Droit positif : la multiplication des extensions couvrant la dépendance économique**

Le législateur réalise une extension de l'application du droit du travail afin de protéger les travailleurs en situation de dépendance économique. L'extension est soit celle de la qualification de contrat de travail grâce à l'existence de présomptions de salariat (**Section 1**), soit celle de la législation du travail grâce à l'existence d'assimilations au salariat (**Section 2**).

#### **Section 1 : L'extension de la qualification : les présomptions de salariat**

L'extension de la qualification de contrat de travail réalisée par le législateur s'illustre par l'existence de présomptions irréfragable (§1) et simples (§2) de contrat de travail.

##### **§1. La présomption irréfragable**

Il existe une présomption irréfragable de contrat de travail au bénéfice du voyageur, représentant ou placier (**A**). L'application de cette présomption nécessite la réunion de plusieurs conditions (**B**). Une fois la présomption reconnue, celle-ci emporte plusieurs effets (**C**).

##### ***A-L'existence de la présomption***

**183.** Par l'œuvre du législateur le contrat du voyageur, représentant ou placier (VRP) est un contrat de travail. Sans intervention légale, le VRP serait un mandataire. En effet, la représentation consiste à visiter des clients pour le compte d'une ou plusieurs entreprises afin

de prendre et de transmettre des commandes. Cela suppose une action de prospection à l'extérieur des locaux de l'entreprise. L'article L.7313-1 du Code du travail pose une présomption irréfragable d'existence d'un contrat de travail en faveur du VRP. Cet article dispose que « *toute convention dont l'objet est la représentation, conclue entre un voyageur, représentant ou placier et un employeur est, nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, un contrat de travail* ». Le contrat conclu est dès lors réputé être un contrat de travail. Aucune preuve contraire ne peut être apportée par l'une des parties. Aucune importance n'est donnée à l'existence d'un lien de subordination juridique<sup>262</sup>. Une présomption existe également en droit de la Sécurité sociale, afin que le VRP soit affilié au régime général de la Sécurité sociale<sup>263</sup>. Le bénéfice de cette présomption nécessite la réunion de conditions.

### ***B-Les conditions de la présomption***

**184.** Le statut de VRP est d'ordre public. Selon l'article L.7313-4 du Code du travail, « *Est nulle toute convention qui aurait pour objet de faire obstacle à l'application des dispositions du présent titre* ». Ainsi, la stipulation de clauses contractuelles incompatibles avec le statut de VRP n'est pas exclusive de ce dernier dans la mesure où ces clauses n'ont jamais pris effet<sup>264</sup>.

**185.** Afin de bénéficier du statut de VRP et ainsi de la présomption irréfragable de l'existence d'un contrat de travail, plusieurs conditions cumulatives doivent être réunies. Ces dernières sont posées au sein de l'article L.7311-3 du Code du travail. Afin de bénéficier du statut de VRP, il est nécessaire de travailler pour le compte d'un ou plusieurs employeurs, d'exercer en fait de façon exclusive et constante une profession de représentant, de ne faire effectivement aucune opération commerciale pour son compte personnel et d'être lié à son employeur par des engagements qui déterminent la nature des prestations de services ou des marchandises offertes à la vente ou à l'achat, la région dans laquelle est exercée l'activité ou les catégories de clients devant être visitées et les taux de rémunérations. Ces conditions doivent être présentes au sein du contrat mais également dans l'exercice effectif de l'activité<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> Cass. Soc., 13 janvier 2009, Bull. civ. 2009, V, n°10 ;

<sup>263</sup> L311-3, 2° du Code de la sécurité sociale ;

<sup>264</sup> Cass. Soc., 13 octobre 1988, n°85-45.093 ;

<sup>265</sup> Cass.Soc., 13 janvier 2009, Bull.civ. 2009, V, n°10 ;

**186.** En ce qui concerne la condition relative au travail pour le compte d'autrui, la capacité à prendre des ordres pour l'entreprise représentée est un élément nécessaire à la reconnaissance du statut de VRP. Ainsi, le travailleur qui visite les clients sans avoir la capacité de conclure un contrat pour le compte de l'entreprise ne peut bénéficier du statut de VRP<sup>266</sup>. *A contrario*, l'existence d'une clause d'agrément des commandes au sein du contrat n'est pas exclusive de la qualité de VRP dans la mesure où il s'agit d'un simple mécanisme de résolution d'un contrat conclu par le représentant<sup>267</sup>.

**187.** En ce qui concerne la condition relative à l'exercice exclusif et constant de la profession de représentant, l'article L.7313-2 du Code du travail n'exige pas la présence au sein du contrat d'une clause interdisant l'exercice d'une autre profession. Il est seulement nécessaire, pour que le statut de VRP s'applique, que le travailleur exerce de manière effective et habituelle l'activité de représentation. Cette dernière doit demeurer l'activité principale. Les autres activités pratiquées ayant un caractère accessoire<sup>268</sup>.

**188.** En ce qui concerne la condition relative à l'absence d'opérations personnelles, la stipulation contractuelle permettant la réalisation d'opérations commerciales pour son compte personnel et le recrutement de sous-agents n'est pas exclusive de l'application du statut de VRP. Seules les conditions d'exécution du contrat doivent être prises en considération<sup>269</sup>. L'article L.7313-2 du Code du travail n'exige pas que le contrat stipule une interdiction de pratiquer de telles opérations.

**189.** En ce qui concerne la condition relative au secteur professionnel, il doit être déterminé par accord entre le représentant et l'employeur. La détermination, au sein du contrat, de la catégorie de clients à visiter est assimilée à l'existence d'un secteur professionnel<sup>270</sup>. L'existence d'un client unique n'est pas exclusive de la qualité de VRP<sup>271</sup>. Le secteur ne doit pas nécessairement être exclusif<sup>272</sup>. En revanche, il doit être fixe<sup>273</sup>. Dans le

---

<sup>266</sup> Cass. Soc., 18 juillet 2001, JurisData n°2001-011021 ;

<sup>267</sup> Cass. Soc., 16 mai 2007, JCP S 2007, 1675, note J.-F. Cesaro ;

<sup>268</sup> Cass. Soc., 22 janvier 2003, n°00-44.926 ;

<sup>269</sup> Cass. Soc., 4 janvier 1979, Bull. civ. 1979, V, n°9 ;

<sup>270</sup> Cass. Soc., 26 octobre 1966, Bull. civ. 1966, IV, n°818 ;

<sup>271</sup> Cass. Soc., 5 mai 1977, Bull. civ. 1977, V, n°306 ;

<sup>272</sup> Cass. Soc., 24 janvier 1979, n°77-41.373 ;

cas contraire, le statut de VRP ne peut être retenu<sup>274</sup>. L'employeur ne peut modifier unilatéralement le secteur de prospection dans la mesure où il s'agit d'un élément essentiel du contrat de travail. La clause prévoyant cette modification unilatérale est nulle<sup>275</sup>.

**190.** En ce qui concerne la rémunération, la prédétermination du taux des rémunérations est un élément nécessaire à la reconnaissance du statut de VRP. Le législateur ne précise en rien la forme de la rémunération due au VRP. Tous les modes de rémunérations sont dès lors possibles. La rémunération peut être exclusivement constituée d'un salaire fixe, de commissions ou peut être mixte. En revanche, la négociation à chaque opération de la rémunération due est exclusive de la qualité de VRP. La reconnaissance de la présomption de contrat de travail emporte certains effets.

### *C-Les effets de la présomption*

**191.** Aucune condition supplémentaire n'est requise pour l'accès au statut de VRP. Lorsque les conditions d'application du statut sont réunies, le travailleur est VRP et bénéficie de la qualité de salarié. Il peut dès lors se prévaloir des dispositions du Code du travail, de l'accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975 et de la convention collective applicable au sein de l'entreprise où il travaille. De plus, selon l'article L.7313-18 du Code du travail, la juridiction compétente en cas de litige est le Conseil de prud'hommes.

En l'absence d'une condition, le statut de VRP ne peut s'appliquer et le travailleur ne peut bénéficier de la présomption irréfragable de contrat de travail. Néanmoins, rien ne s'oppose à ce que le statut de VRP soit appliqué conventionnellement par accord exprès<sup>276</sup> entre le représentant et l'employeur<sup>277</sup>. En revanche, l'application conventionnelle du statut de VRP ne peut désavantager le représentant. Elle est par conséquent limitée aux dispositions plus favorables que le droit commun<sup>278</sup>. Le législateur, outre la mise en place d'une présomption irréfragable de contrat de travail, a également élaboré des présomptions simples.

---

<sup>273</sup> Cass. Soc., 14 mai 2003, RJS 2003, n°1326 ;

<sup>274</sup> Cass. Soc., 14 mai 2003, RJS 2003, n°1326 ;

<sup>275</sup> Cass. Soc., 16 octobre 2002, RJS 2003, n°102 ;

<sup>276</sup> Cass. Soc., 29 octobre 1986, n°83-45.400 ;

<sup>277</sup> Cass. Soc., 24 avril 1990, n°86-43.723 ;

<sup>278</sup> Cass. Soc., 17 décembre 2002, n°00-44.723 ;

## §2. Les présomptions simples

Le législateur a mis en place plusieurs présomptions simples de qualification de contrat de travail. Il en existe une au bénéfice des journalistes professionnels (A), des artistes du spectacle (B) et des mannequins (C).

### *A-Les journalistes professionnels*

Il existe une présomption simple de contrat de travail au bénéfice des journalistes professionnels (1). L'application de cette présomption nécessite la réunion de plusieurs conditions (2).

#### 1-L'existence d'une présomption

**192.** Le législateur a instauré au bénéfice du journaliste professionnel une présomption simple de qualification de contrat de travail. En l'absence de cette présomption, le journaliste serait un auteur. Par l'existence de cette présomption, celui qui souhaite se prévaloir de la qualité de salarié bénéficie, par présomption, de l'ensemble des dispositions du droit du travail. La présomption simple de qualification de contrat de travail applicable aux journalistes professionnels est indiquée au sein de l'article L.7112-1 du Code du travail. Cet article dispose que « *Toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel est présumée être un contrat de travail. Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties* ». Cette présomption est également posée au sein de l'article L.311-3, 16° du Code de la Sécurité sociale. Ainsi sont assujettis au régime général de la Sécurité sociale les journalistes professionnels ou assimilés et ceux qui répondent aux conditions de droit commun d'affiliation à ce régime. Les autres journalistes relèvent du régime des artistes-auteurs ou des régimes non-salariés.

**193.** Cette présomption n'étant pas irréfragable, il est possible d'apporter la preuve contraire. Tout l'intérêt de cette présomption est de permettre un renversement de la charge de la preuve. Cette dernière appartient à la personne qui souhaite exclure la qualification de contrat de travail et non à celle qui souhaite en bénéficier. L'employeur peut écarter la qualité de journaliste professionnel et ainsi la qualification de contrat de travail en établissant que le

travailleur exerce sa prestation de travail en toute indépendance et en toute liberté<sup>279</sup>. Selon la jurisprudence, la présomption peut ainsi être renversée lorsque l'entreprise de presse démontre que le journaliste ne collabore pas régulièrement à la revue<sup>280</sup> ou n'exerce pas sa prestation de travail de manière subordonnée<sup>281</sup>. Au sein de la dernière espèce, la Cour de cassation précise que « *la cour d'appel a relevé que M.X... choisissait les sujets qu'il traitait, sans instruction ou directive de la société, qu'il exerçait d'autres activités, que sa contribution à la revue avait un caractère variable, qu'il était rémunéré par le versement d'honoraires de collaborateur indépendant ; qu'elle en a exactement déduit (...) qu'il ne pouvait être lié par un contrat de travail* ». L'application de cette présomption nécessite la réunion de conditions.

## 2-Les conditions d'application de la présomption

**194.** Afin de bénéficier de la présomption simple de qualification de contrat de travail, le journaliste doit réunir trois conditions cumulatives. Ces conditions légales sont prévues au sein de l'article L.7111-3 du Code du travail. Tout d'abord, le journaliste doit exercer sa profession à titre principal, de façon régulière et rétribuée. Ensuite, il doit exercer cette profession au sein d'une ou plusieurs entreprises de presse, publications quotidiennes et périodiques, agences de presse. Les salariés présents au sein du service communication d'une entreprise ne relèvent pas de la qualification de journaliste professionnel<sup>282</sup>. De même, ne possèdent pas la qualité de journaliste professionnel, ceux travaillant pour un journal d'entreprise, un bulletin syndical, etc. Enfin pour le journaliste professionnel, cette activité doit lui fournir le principal de ses ressources. Le législateur n'a pas fixé de rémunération minimale pour la profession de journaliste professionnel. Dès lors, les juges du fond doivent apprécier l'existence de cette condition et ce peu important la modicité de la rémunération perçue<sup>283</sup>. Selon la Cour de cassation, le SMIC est applicable aux journalistes professionnels<sup>284</sup>.

---

<sup>279</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> février 1995, n°091-42.789 ;

<sup>280</sup> Cass. Soc., 8 mars 1995, RJS 1995, n°452 ;

<sup>281</sup> Cass. Soc., 11 mars 2008, n°06-45.423 ;

<sup>282</sup> Cass. Soc., 22 octobre 1996, Bull. civ. 1996, V, n°341 ;

<sup>283</sup> Cass. Soc., 7 février 1990, Bull. civ. 1990, V, n°47 ;

<sup>284</sup> Cass. Soc., 10 mai 2006, n°05-60.268 ;

195. À ces conditions légales, s'ajoutent des conditions jurisprudentielles. Tout d'abord, la Cour de cassation ajoute une condition relative à l'objet de l'activité exercée. L'activité doit être réalisée afin d'informer les lecteurs<sup>285</sup>. « *Sont journalistes ceux qui apportent une collaboration intellectuelle et personnelle à une publication périodique en vue de l'information des lecteurs* »<sup>286</sup>. Ne peut avoir la qualité de journaliste professionnel, la personne n'apportant pas d'information tel est le cas d'un dessinateur<sup>287</sup>. Néanmoins, les pigistes<sup>288</sup> et les photographes de presse<sup>289</sup> peuvent bénéficier du statut de journaliste professionnel. Cela est conforme à l'article L.7111-4 du Code du travail qui assimile aux journalistes professionnels « *les collaborateurs directs de la rédaction, rédacteurs-traducteurs, sténographes-rédacteurs, rédacteurs-réviseurs, reporters-dessinateurs, reporters-photographes* ».

Ensuite, la Cour de cassation apporte des précisions relatives au support de l'information. La qualification de publication est due à tous les supports de l'information : papier, radio<sup>290</sup>, internet<sup>291</sup>, etc. Ainsi, les journalistes des entreprises de communication audiovisuelle ont la qualité de journaliste professionnel et ce même si l'entreprise n'assure pas directement la diffusion des œuvres qu'elle produit<sup>292</sup>. Cette précision a été confirmée par le législateur au sein de la loi n°2009-669 du 12 juin 2009. Désormais, l'article L.7111-5-1 du Code du travail dispose que « *la collaboration entre une entreprise de presse et un journaliste professionnel porte sur l'ensemble des supports du titre de presse tel que défini au premier alinéa de l'article L.132-35 du code de la propriété intellectuelle, sauf stipulation contraire dans le contrat de travail ou dans toute autre convention de collaboration ponctuelle* ». La Cour de cassation apporte également des précisions au regard de la carte professionnelle. Celle-ci ne constitue qu'un indice de la qualité de journaliste professionnel, ce n'est pas un critère<sup>293</sup>.

---

<sup>285</sup> Cass. Soc., 4 février 1988, Bull. civ. 1988, V, n°100 ; Cass. Soc., 22 mars 2006, JCP S 006, 1380, note T. Lahalle ;

<sup>286</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, Bull. civ. 1992, V, n°221 ;

<sup>287</sup> Cass. Soc., 4 février 1988, Bull. civ. 1988, V, n°100 ;

<sup>288</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 février 2009, JCP S 2009, 1299, note T. Tauran ;

<sup>289</sup> Cass. Soc., 3 novembre 2004, n°02-43.952 ;

<sup>290</sup> CE, 23 octobre 2006, JCP S 2007, 1051, note T. Lahalle ;

<sup>291</sup> CE, 26 juillet 2007, JCP S 2007, 1912, note T. Lahalle ;

<sup>292</sup> CE, 5 avril 2002, n°219829, RJS 7/02 n°909 ;

<sup>293</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, Bull. civ. 1992, V, n°221 ;

Une fois les conditions d'application de la présomption simple réunies, le journaliste professionnel bénéficie de l'ensemble des dispositions du droit du travail et de la convention collective nationale de travail des journalistes en date du 1<sup>er</sup> novembre 1976. De plus, il jouit de l'affiliation au régime générale de la Sécurité sociale. Le législateur a également mis en place une présomption simple au bénéfice des artistes du spectacle.

### ***B-Les artistes du spectacle***

Il existe une présomption simple de contrat de travail au bénéfice des artistes du spectacle (1). L'application de cette présomption nécessite la réunion de plusieurs conditions (2). Cette présomption peut être renversée, mise à l'écart (3) et possède certains effets (4).

#### 1-L'existence de la présomption

**196.** Afin de pallier la dépendance économique, le législateur a mis en place une présomption simple de contrat de travail au bénéfice des artistes du spectacle. En l'absence de celle-ci, ces derniers seraient des prestataires de services indépendants. Selon l'article L.7121-2 du Code du travail sont notamment considérés comme des artistes du spectacle, les artistes lyriques, dramatiques, chorégraphes, de variété, de complément, les musiciens, les chansonniers, les chefs d'orchestre, les arrangeurs - orchestrateurs et les metteurs en scène. Par la présence de l'adverbe « *notamment* » cette liste légale n'est pas limitative. Par l'existence de cette présomption, tout contrat signé par un artiste du spectacle avec un organisateur de spectacle, personne physique ou personne morale, est présumé être un contrat de travail<sup>294</sup>. Cette présomption ne vaut qu'en présence de ces deux parties<sup>295</sup>. Néanmoins conformément au droit commun, l'artiste du spectacle peut apporter la preuve qu'une autre personne que l'organisateur de spectacle exerce sur lui un lien de subordination<sup>296</sup>. Cela peut aboutir à la reconnaissance d'une pluralité d'employeurs en présence d'une activité unique. Cette présomption existe également en droit de la Sécurité sociale, elle est posée à l'article L.311-3, 15° du Code de la Sécurité sociale. Ainsi, l'artiste du spectacle est affilié au régime général de la Sécurité sociale. L'application de cette présomption nécessite la réunion de plusieurs conditions.

---

<sup>294</sup> Cass. Soc., 19 mai 1998, Bull. civ. 1998, V, n°270 ;

<sup>295</sup> Cass. Soc. , 3 octobre 2007, JCP S 2008, 1133, note T. Lahalle ;

<sup>296</sup> Cass. Soc., 19 décembre 2007, JCP S 2008, 1271, note T. Lahalle ;

## 2-Les conditions de la présomption

**197.** L'article L.7121-3 du Code du travail pose des conditions légales à l'application de la présomption simple. Selon cette disposition, « *Tout contrat par lequel une personne s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production, est présumé être un contrat de travail dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité qui fait l'objet de ce contrat dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce.* » Tout d'abord, la prestation de travail de l'artiste doit être rémunérée. A cet égard, « *les royalties perçues ultérieurement à l'occasion de la vente des disques ne sauraient être considérées comme des rémunérations au sens de l'article L.762-1 précité dès lors qu'elles sont perçues ultérieurement, après exploitation du produit, et sont exclusivement fonction de cette exploitation* »<sup>297</sup>. Ensuite, l'objet du contrat doit être la production de l'artiste. Enfin, l'artiste ne doit pas exercer sa prestation de travail dans des conditions permettant l'application de la présomption de non-salariat posée au sein de l'article L.8221-6 du Code du travail<sup>298</sup>. Ainsi ne peut bénéficier de la présomption simple de qualification de contrat de travail, l'artiste inscrit au registre du commerce et des sociétés qui choisit sa clientèle, organise librement son activité, supporte les charges et les risques de celle-ci et négocie avec ses clients les tarifs horaires de ses prestations<sup>299</sup>. Ces conditions légales sont cumulatives. Cependant aucune autre condition n'est nécessaire à l'application de la présomption de qualification de contrat de travail. Les juges du fond ne doivent dès lors pas caractériser l'existence d'un lien de subordination<sup>300</sup>. Une fois la présomption appliquée, celle-ci peut être renversée et mise à l'écart.

## 3-Le renversement et la mise à l'écart de la présomption

**198.** La présomption mise en œuvre par le législateur au bénéfice des artistes du spectacle est une présomption simple. Ainsi, elle peut être renversée par la preuve de l'exécution de la prestation de travail dans les conditions d'une activité indépendante. Cependant, en pratique, peu d'éléments de preuve permettent de renverser cette présomption. Selon l'article L.7121-4, alinéa 1 du Code du travail, la preuve contraire ne peut être constituée par le mode et le montant de la rémunération. La présentation de factures et l'adoption d'un régime fiscal

---

<sup>297</sup> Cour d'appel de Rennes, Chambre prud'homale, 20 septembre 2001, JurisData n°2001-153518 ;

<sup>298</sup> Cass. Soc., 13 mai 1980, D. 1981, p.124, observation de Ph. Langlois ;

<sup>299</sup> Cass. Soc., 12 janvier 1995, RJS 1995, n°192 ;

<sup>300</sup> Cass. Soc., 8 juillet 1999, Bull. civ. 1999, V, n°339 ;

libéral ne permettent pas le renversement de la présomption<sup>301</sup>. De même le fait que l'artiste emploie du personnel est sans incidence sur le maintien de la présomption à la seule condition qu'il participe au spectacle<sup>302</sup>. C'est ainsi qu'un contrat d'animation de camping répond aux conditions exigées pour l'application de la présomption de contrat de travail<sup>303</sup>. L'article L.7121-4, alinéa 2 du Code du travail précise que lorsque l'artiste est propriétaire des biens utilisés pour les besoins de la prestation, cela n'entraîne pas l'absence d'une relation salariée.

**199.** Afin d'être en conformité avec une jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, il y a certaines situations où la présomption simple au bénéfice des artistes du spectacle est mise à l'écart. Selon l'article L.7121-5 du Code du travail, « *la présomption de salariat prévue à l'article L. 7121-3 ne s'applique pas aux artistes reconnus comme prestataires de services établis dans un Etat membre de la Communauté européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen où ils fournissent habituellement des services analogues et qui viennent exercer leur activité en France, par la voie de la prestation de services, à titre temporaire et indépendant.* » Cette disposition rend conforme la législation française du travail à une décision jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes<sup>304</sup> selon laquelle, « *le fait de présumer qu'un artiste établi en tant qu'opérateur indépendant dans un autre Etat membre, est salarié lorsqu'il exerce une prestation provisoire en France est une entrave à la libre prestation de services* »<sup>305</sup> et ce même si cette entrave est non discriminatoire. En revanche, la présomption de contrat de travail et d'affiliation au régime général de la Sécurité sociale au bénéfice des artistes du spectacle subsiste pour les artistes extracommunautaires<sup>306</sup>. Lorsque la présomption est appliquée, elle possède un certain nombre d'effets.

#### 4-Les effets de la présomption

**200.** Tout d'abord, lorsque l'artiste du spectacle bénéficie de la présomption, il est partie à un contrat de travail. Il bénéficie de l'ensemble des dispositions du droit du travail et est affilié au régime général de la Sécurité sociale. La rémunération versée en contrepartie de sa

---

<sup>301</sup> Cass. Soc., 20 septembre 2006, JCP S 2006, 1835, note T. Lahalle ;

<sup>302</sup> Cass. Soc., 29 mars 1973, Bull. civ. 1973, V, n°210 ;

<sup>303</sup> Cass. Soc., 20 septembre 2006, n°05-40.225 ;

<sup>304</sup> CJCE, 15 juin 2006, aff. C-255/04, JCP S 2006, 1611, note J. Cavallini ;

<sup>305</sup> JurisClasseur Travail Traité, fascicule 17-1 : salariat, I-Identification, B-Salariat présumé, n°76 ;

<sup>306</sup> Cass. 2° civ., 25 mai 2004, Bull. civ. 2004, II, n°233 ;

prestation constitue un salaire soumis à charges sociales. Ensuite, la juridiction compétente en cas de litige relatif au contrat est le Conseil de prud'hommes.

**201.** En ce qui concerne particulièrement les artistes interprètes bénéficiant de la présomption, ils conservent la titularité de leurs droits malgré l'existence d'un contrat de travail. Ce dernier n'a pas d'incidence au regard de la propriété littéraire et artistique. Ainsi, l'employeur doit nécessairement recueillir l'accord exprès du salarié pour exploiter l'interprétation<sup>307</sup>. De même l'artiste lié par un contrat de travail demeure titulaire de son droit moral. Il peut dès lors l'opposer à son employeur<sup>308</sup>. Une présomption simple existe également en faveur des mannequins.

### ***C-Les mannequins***

Il existe une présomption simple de contrat de travail au bénéfice des mannequins **(1)**. L'application de celle-ci nécessite la réunion de plusieurs conditions **(2)**. Cette présomption peut être renversée **(3)**.

#### 1-L'existence de la présomption

**202.** Selon l'article L.7123-3 du Code du travail, « *tout contrat par lequel une personne s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un mannequin est présumé être un contrat de travail* ». Par cette disposition, le législateur pose une présomption simple de contrat de travail au bénéfice des mannequins. En revanche, l'article L.7123-6 du Code du travail précise que « *la rémunération due au mannequin à l'occasion de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement de sa présentation par l'employeur ou tout autre utilisateur n'est pas considérée comme salaire dès que la présence physique du mannequin n'est plus requise pour exploiter cet enregistrement et que cette rémunération n'est pas fonction du salaire reçu pour la production de sa présentation, mais est fonction du produit de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement.* » Ainsi le contrat liant le mannequin à la personne physique ou morale chargée de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement de sa présentation en son absence ne constitue pas un contrat de travail. Plusieurs conditions doivent être réunies afin que le mannequin bénéficie de la présomption de contrat de travail.

---

<sup>307</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 mars 2001, JCP G 2002, II, 10012, note Fr. Pollaud-Dulian ;

<sup>308</sup> Cour d'appel de Paris, 20 avril 1989, RIDA janvier 1990, p.320 ;

## 2-Les conditions de la présomption

**203.** Afin de bénéficier de la présomption de contrat de travail, le mannequin doit présenter au public par reproduction de son image sur tout support un produit, un service ou un message publicitaire. Ainsi lorsqu'un chanteur vend son image et sa voix afin de promouvoir la vente d'une marque de café, il s'agit d'un mannequin en ce qui concerne cette activité<sup>309</sup>. Le mannequin est également celui qui pose comme modèle avec ou sans utilisation postérieure de son image. En revanche, n'est pas mannequin, un individu se faisant photographier à des fins d'édition<sup>310</sup>. Cette décision, pour certains auteurs, est critiquable dans la mesure où l'individu pose comme modèle même s'il ne présente pas de message publicitaire. La présomption simple de contrat de travail bénéficiant au mannequin peut être renversée.

## 3-Le renversement de la présomption

**204.** Malgré le fait que la présomption soit simple, elle est particulièrement complexe à renverser. Selon l'article L.7123-4, alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, cette présomption subsiste peu important le mode, le montant de la rémunération et la qualification contractuelle retenue par les parties. De même lorsque l'employeur apporte la preuve que le mannequin conserve une entière liberté d'action dans l'exercice de sa prestation de travail cela ne renverse pas la présomption<sup>311</sup>. La présomption est néanmoins réfragable. Ainsi, démontrer l'absence de lien de subordination, à partir d'autres éléments de preuve, emporte exclusion du salariat<sup>312</sup>. Le législateur, afin de prendre en considération la dépendance économique, n'a pas mis en place que des présomptions de qualification de contrat de travail. Il a également réalisé une extension de la législation du travail par l'existence d'assimilations au salariat.

---

<sup>309</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 décembre 2005, JCP S 2006, 1096, note T. Lahalle ;

<sup>310</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 mars 2007, JCP S 2007, 1410, note T. Lahalle ;

<sup>311</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 décembre 2005, JCP S 2006, 1096, note T. Lahalle ;

<sup>312</sup> Cass. Soc., 16 janvier 1997, n°95-12.994 ;

## **Section 2 : Les extensions de la législation : les assimilations au salariat**

Le législateur a étendu la législation du travail aux gérants de succursales (§1), aux travailleurs à domicile (§2) et aux portés (§3) grâce à une assimilation au salariat.

### **§1. Le gérant de succursales**

« Le législateur a pris en considération la dépendance économique pour assurer aux gérants une protection que la subordination juridique ne leur aurait pas conférée »<sup>313</sup>. Une assimilation légale au salariat bénéficie aux gérants salariés (A) et non salariés (B).

#### ***A-Le gérant salarié***

Le gérant salarié bénéficie d'une assimilation au salariat en présence de la réunion d'une pluralité de conditions (1). Cette assimilation des gérants salariés au salariat entraînent certains effets (2).

#### **1-Les conditions de l'assimilation**

L'assimilation au salariat nécessite la réunion de conditions relatives aux bénéficiaires de l'assimilation (a), à la nature de l'activité exercée (b) et aux modalités d'exercice de l'activité (c).

##### ***a-Les bénéficiaires de l'assimilation***

**205.** Par principe, selon l'article L.7321-2 du Code du travail, ne peuvent être gérants salariés que les personnes physiques. Cependant le risque de fraude est non négligeable. En effet, certaines entreprises peuvent constituer des personnes morales *ad hoc* et refuser aux personnes physiques y exerçant leur activité l'application du droit du travail. Dans un premier temps, afin de limiter les fraudes, la Cour de cassation indique que les dispositions du Code du travail sont applicables lorsqu'est démontré le caractère fictif de la personne morale interposée<sup>314</sup>. Dans un second temps, la Cour de cassation retient l'application du droit du travail même lorsque la personne morale interposée n'est pas par nature fictive<sup>315</sup>. Dès lors les juges du fond doivent vérifier l'existence, entre l'entreprise qui fournit l'activité et le prétendu

<sup>313</sup> Brun et Galland, Droit du travail, Sirey, 2<sup>ème</sup> édition, n°551, p.683 ;

<sup>314</sup> Cass. Soc. , 16 novembre 2005, n°03-47080 ;

<sup>315</sup> Cass. Soc., 28 novembre 2006, n°04-46055 ;

gérant salarié, de liens personnels correspondant aux articles L.7321-1 et suivants du Code du travail. La qualification de gérant salarié peut être retenue lorsque les juges du fond constatent « *qu'un lien direct s'était établi entre M.X... et les sociétés Mobil et BP* »<sup>316</sup> ou encore que « *la location-gérance avait été confiée par la société BP France à la société X... en considération de la personne de Mme X...* ». En effet, en l'espèce, les « *dispositions contractuelles spécifiaient que la location-gérance prendrait fin si cette dernière cessait d'être gérante et d'en assurer personnellement la direction* »<sup>317</sup>. Ainsi la requalification de la relation contractuelle s'impose dès lors que la personne morale est créée « *pour la cause* » dans le seul but d'é luder l'application du droit du travail ou lorsqu'elle n'a pas d'autonomie réelle eu égard à la personne du gérant. En revanche, lorsque l'identité du gérant personne physique est indifférente, la qualification de gérant salarié est exclue. C'est notamment le cas lorsque le gérant est librement nommé et révoqué par les associés de la société. La nature de l'activité exercée importe également afin de retenir la qualification de gérant salarié.

#### *b-La nature de l'activité exercée*

**206.** La qualification de gérant salarié ne s'applique qu'en présence de l'exercice d'activités déterminées. Ainsi selon l'article L.7321-2 du Code du travail, est gérant salarié, l'individu dont la « *profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises ou des denrées de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte* ». Cette disposition fait l'objet d'une interprétation large par la jurisprudence. Cela permet de prendre notamment en considération la vente de carburants<sup>318</sup>, de produits de beauté<sup>319</sup>, de vêtements<sup>320</sup>, de papiers-peints<sup>321</sup>, de revues<sup>322</sup>, etc.

**207.** L'article L.7321-2 du Code du travail prévoit également la qualification de gérant salarié en présence d'une activité de services. L'article L.7321-2, 1° du Code du travail prend en considération les services consistant à recevoir des clients de l'entreprise « *des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature* ». Cette

---

<sup>316</sup> Cass. Soc., 28 novembre 2006, RJDA 2007, n°374 ;

<sup>317</sup> Cass. Soc., 26 novembre 2008, Bull. civ. 2008, V, n°235 ;

<sup>318</sup> Cass. Soc., 25 février 2009, n°07-40371 ;

<sup>319</sup> Cass. Soc., 25 mars 2009, Bull. civ. 2009, V, n°89 ;

<sup>320</sup> Cass. Soc., 12 juillet 2006, n°04-46651 ;

<sup>321</sup> Cass. Soc., 18 février 2009, n°07-42224 ;

<sup>322</sup> Cass. Soc., 20 janvier 1993, D.1993, jurisprudence, p.414, note J. Ghestin et Ph. Langlois ;

qualification est assez large et fait l'objet d'une interprétation extensive par la jurisprudence. L'activité de services peut également, selon le même article, consister à « *recueillir les commandes ou recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter* ». Cette disposition possède également un champ d'application très large. Outre l'activité exercée, les modalités d'exercice de celle-ci importent afin de retenir la qualité de gérant salarié.

### *c-Les modalités d'exercice de l'activité*

**208. Une activité professionnelle.** L'article L.7321-2 du Code du travail prévoit que la qualité de gérant salarié ne peut être retenue qu'en présence d'une activité professionnelle. N'est pas gérant salarié, celui qui exerce une activité occasionnelle ou irrégulière<sup>323</sup>.

**209. Un exercice personnel.** Cette exigence résulte de l'article L.7321-2 du Code du travail. Sont gérants salariés, ceux qui « *exerçaient en fait personnellement l'activité de la station service* »<sup>324</sup>. Néanmoins le gérant salarié peut se faire assister par des salariés. En effet, selon la Cour de cassation, la qualité de gérant salarié n'est pas subordonnée à « *la condition que l'activité professionnelle découlant de cette exploitation soit exercée par les seuls intéressés à l'exclusion de l'emploi de salariés* »<sup>325</sup>. En revanche, est exclusif de la qualité de gérant salarié le fait d'assurer la seule gestion financière d'une entreprise et de ne pas y accomplir personnellement les activités prévues au sein de l'article L.7321-2 du Code du travail.

**210. Une activité principale.** L'article L.7321-2 prévoit que la qualification de gérant salarié ne s'applique qu'aux personnes dont l'activité consiste « *essentiellement* » dans la vente ou le service pour le compte de l'entreprise. N'est pas exclusif de la qualité de gérant salarié le fait d'exercer d'autres activités à titre accessoire. Selon la jurisprudence, ces activités secondaires ne doivent occuper qu'une faible partie du temps du gérant salarié et représenter une fraction minimale de son chiffre d'affaires<sup>326</sup>.

**211. La problématique de l'exclusivité.** Le degré d'exclusivité requise est fonction de l'activité exercée par le gérant salarié. En présence d'une activité de vente, le gérant salarié

---

<sup>323</sup> Cass. Soc., 21 novembre 1968, JCP G 1969, II, 15946 ;

<sup>324</sup> Cass. Soc., 2 juillet 2008, n°07-17338 ;

<sup>325</sup> Cass. Soc., 25 février 2009, JCP S, 2009, 1329 ;

<sup>326</sup> Cass. Soc., 4 mai 1999, n°99-43.775 ;

est tenu à une quasi-exclusivité. La jurisprudence admet l'approvisionnement quasi-exclusif lorsque le gérant achète 80% des marchandises auprès d'une seule entreprise<sup>327</sup>. En présence d'une activité consistant au recueil des commandes, de marchandises, à la manutention ou au transport, l'article L.7321-1 du Code du travail exige une exclusivité totale du gérant salarié. En revanche, lorsque l'activité consiste à être à la disposition de clients durant leur séjour dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, le gérant salarié n'est tenu à aucune obligation d'exclusivité. Selon l'article L.7321-1 du Code du travail, la seule obligation du gérant salarié est d'être à la « *disposition de la clientèle* » durant leur séjour. Le gérant salarié doit exercer son activité au sein d'un local.

**212. La nécessité d'un local.** L'article L.7321-2 du Code du travail exige que le gérant salarié exerce son activité « *dans les locaux ou dépendances de l'entreprise* » ou « *dans un local fourni ou agréé par cette entreprise* ». En ce qui concerne la seconde formule, elle exclut pour les gérants salariés exerçant les activités de vente, de recueil de commandes, de marchandises, de manutention et de transport, la pluralité de locaux. La notion de local est interprétée extensivement par la jurisprudence. Ainsi, le gérant travaillant à l'extérieur mais disposant d'un dépôt à partir duquel il déploie son activité satisfait à l'exigence d'un local et possède la qualité de gérant salarié<sup>328</sup>. L'absence de local est incompatible avec la qualité de gérant salarié<sup>329</sup>.

Le local doit être fourni ou agréé par l'entreprise. Le gérant salarié peut se voir fournir son local par l'entreprise notamment par un contrat de location<sup>330</sup>. L'entreprise ne doit pas nécessairement être propriétaire du local. Elle peut également le louer à un tiers<sup>331</sup>. Lorsque le gérant est propriétaire du local ou qui le loue à un tiers, il est nécessaire que l'entreprise ait agréé le local<sup>332</sup>. L'agrément peut être implicite selon la jurisprudence<sup>333</sup>.

**213. La présence de conditions et de prix imposés par l'entreprise.** Afin d'être gérant salarié, le gérant doit exercer son activité en respectant les conditions imposées par

---

<sup>327</sup> Cass. Soc., 23 mai 2000, RJS 2000, n°881 ;

<sup>328</sup> Cass. Soc., 18 avril 2008, n°06-43.536 ;

<sup>329</sup> Cass. Soc., 5 juin 1990, n°86-45.202 ;

<sup>330</sup> Cass. Soc., 26 février 1981, Bull.civ. 1981, V, n°170 ;

<sup>331</sup> Cass. Soc., 4 décembre 2001, JCP E 2002, 954, note L. Leveneur ;

<sup>332</sup> Cass. Com., 3 mai 1995, D. 1997, jurisprudence, p.10, note L. Amiel-Cosme ;

<sup>333</sup> Cass. Soc., 12 décembre 1995, Bull. civ. 1995, V, n°344 ;

l'entreprise. Afin d'apprécier ce critère, la jurisprudence se fonde sur un faisceau d'indices. Des conditions sont notamment posées par l'entreprise lorsque cette dernière fixe les horaires d'ouverture<sup>334</sup>, contrôle la comptabilité<sup>335</sup>, impose une tenue vestimentaire au personnel<sup>336</sup>, une politique commerciale<sup>337</sup>, etc.

Le gérant salarié doit se voir imposer les prix par le fournisseur. Cela est surprenant à la lecture de l'article L.442-5 du Code de commerce. En effet, cette disposition punit « *d'une amende de 15 000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* ». La pratique des prix maxima et des prix conseillés n'entre pas dans le champ d'application de l'incrimination prévue par le Code de commerce. De même si le gérant salarié ne réalise pas de revente, dans la mesure où il agit en tant que mandataire à la vente ou en tant que commissionnaire, le fournisseur peut fixer le prix. Pour que le gérant ait la qualité de gérant salarié, il est nécessaire que le prix maximal défini par le fournisseur ne lui laisse qu'une faible marge bénéficiaire. Ainsi le gérant ne peut pratiquer une politique autonome des prix et possède la qualité de gérant salarié<sup>338</sup>.

**214. L'appréciation des conditions.** Afin que la qualité de gérant salarié soit retenue, les conditions doivent être cumulativement réunies<sup>339</sup>. En revanche, une fois les conditions réunies, il n'est pas utile de démontrer l'existence d'un lien juridique de subordination<sup>340</sup>. Ainsi de nombreux contrats de distribution se voient appliquer le statut de gérant salarié. C'est notamment le cas du contrat de franchise<sup>341</sup>, de concession<sup>342</sup>, de dépôt aux fins de vente<sup>343</sup>, de location-gérance<sup>344</sup>, etc. La réunion de l'ensemble des conditions permet l'assimilation au salariat du gérant salarié. Cette dernière entraîne des effets.

---

<sup>334</sup> Cass. Soc., 12 janvier 1983, JCP G 1983, IV, 93 ;

<sup>335</sup> Cass. Soc., 19 juin 1990, arrêt n°2632 ;

<sup>336</sup> Cass. Soc., 27 février 1974, Bull. civ. 1974, V, n°145 ;

<sup>337</sup> Cass. Soc., 4 décembre 2001, JCP E 2002, 954, note L. Leveneur ;

<sup>338</sup> Cass. Soc., 17 janvier 1970, Bull. civ. 1979, V, n°48 ; Cass.com., 3 mai 1995, D., jurisprudence p.10, note L. Amiel-Cosme ;

<sup>339</sup> Cass. Soc., 21 février 2007, n°06-41614 ;

<sup>340</sup> Cass. Soc., 8 février 2005, RJS 2005, n°453 ;

<sup>341</sup> Cass.com., 3 mai 1995, D., jurisprudence p.10, note L. Amiel-Cosme ;

<sup>342</sup> Cass. Soc., 16 février 1983, Bull. civ. 1983, V, n°88 ;

<sup>343</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> mars 1973, JCP G 1974, II, 17687, note H. Meyzonnade ;

<sup>344</sup> Cass. Soc., 23 mai 2000, RJS 2000, n°881 ;

## 2-Les effets de l'assimilation

**215.** Selon l'article L.7321-1 du Code du travail, « *les dispositions du présent code sont applicables aux gérants de succursales, dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre* ». Cette assimilation au salariat des gérants de succursales pallie la dépendance économique dont ils sont victimes. L'article L.311-3, 6° du Code de la Sécurité sociale tout comme la jurisprudence<sup>345</sup> réalisent une assimilation afin que ces gérants soient affiliés au régime général de la Sécurité sociale. Néanmoins, en l'absence de lien de subordination, l'ensemble des dispositions du Code du travail n'est pas applicable aux gérants salariés. En cas d'assimilation, il est complexe de déterminer les dispositions applicables à ceux-ci dans la mesure où la formule de l'article L.7321-1 du Code du travail est peu explicite.

**216.** L'article L.7321-3 du Code du travail précise les dispositions applicables au gérant salarié. Selon certains auteurs, ce texte distingue entre les gérants « *contrôlés* » et les autres<sup>346</sup>. Les gérants « *contrôlés* », auxquels l'entreprise impose les conditions de travail, bénéficient de l'ensemble du Code du travail y compris des dispositions relatives au temps de travail et à la sécurité. Au regard de certaines dispositions, ils sont traités tels des chefs d'établissement. Le gérant est « *contrôlé* » lorsque l'entreprise détermine ou exerce un contrôle *a priori* sur les conditions de travail, de santé et de sécurité de l'établissement. Selon la jurisprudence, il appartient au gérant d'établir qu'il n'est pas libre pour la détermination des conditions de travail, de santé et de sécurité<sup>347</sup>. N'est pas « *contrôlé* » le gérant qui a le libre choix des personnes qu'il emploie, des heures et des jours d'ouverture de la station service<sup>348</sup>. Les gérants non contrôlés bénéficient de l'ensemble des dispositions du Code du travail à l'exception de celles relatives à la durée du travail, au repos, aux congés, à la santé et à la sécurité.

**217.** Les articles L.7321-1 et suivants du Code du travail sont d'ordre public. Dès lors selon l'article L.7321-5 du Code du travail, « *est nulle, toute convention contraire aux dispositions du présent chapitre* ». Néanmoins, à l'expiration du contrat le liant à l'entreprise, le gérant peut renoncer en contrepartie d'avantages aux dispositions du droit du travail<sup>349</sup>. La

---

<sup>345</sup> Cass. Soc., 6 février 2008, RJS 2008, n°489 ;

<sup>346</sup> JurisClasseur Travail Traité, fascicule 4-5 : Gérants de succursales, J. -F. Cesaro, n°29 ;

<sup>347</sup> Cass. Soc., 2 juillet 2008, n°07-43400 ;

<sup>348</sup> Cass. Soc., 6 février 2008, n°06-42941 ;

<sup>349</sup> Cass. Soc., 22 mars 2006, JCP S, 2006, 1393 ;

renonciation doit être claire et non équivoque. La saisine de la juridiction commerciale ne peut établir une telle renonciation<sup>350</sup>. La renonciation est possible même postérieurement à la saisine de la juridiction prud'homale. Le gérant doit dès lors se désister de son action<sup>351</sup>.

**218.** Selon l'article L.7321-4 du Code du travail, les gérants salariés, à la condition d'être libres en matière d'embauche, de licenciement et de fixation des conditions de travail, sont responsables à l'égard des salariés placés sous leur autorité de l'application des dispositions du Code du travail relatives aux relations individuelles de travail, à la négociation collective et aux conventions et accords collectifs de travail, à la durée du travail, aux repos et aux congés, aux salaires, à la santé et à la sécurité. Outre l'assimilation au salariat mise en place par le législateur au bénéfice des gérants salariés, une autre assimilation profite aux gérants non salariés.

### ***B-Le gérant non salarié***

Le gérant non salarié bénéficie d'une assimilation au salariat sous réserve du respect de certaines conditions (1). Cette assimilation entraîne de nombreux effets (2).

#### 1-Les conditions de l'assimilation

**219.** La loi du 3 juillet 1944 instaure un régime particulier au bénéfice des gérants exploitant les succursales de maison d'alimentation de détail ou des coopératives de consommation. Ces dispositions sont codifiées au sein des articles L.7322-1 et suivants du Code du travail. Elles instaurent une assimilation au salariat au bénéfice de ces gérants.

**220.** Selon l'article L.7322-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, « *Est gérant non salarié toute personne qui exploite, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des commerces de détail alimentaire ou des coopératives de consommation lorsque le contrat intervenu ne fixe pas les conditions de son travail et lui laisse toute latitude d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer à ses frais et sous son entière responsabilité.* » Ainsi la qualité de gérant non salarié nécessite la réunion de trois conditions cumulatives.

---

<sup>350</sup> Cass. Soc., 3 novembre 2005, JCP S2005, 1399, note J.-F. Cesaro ;

<sup>351</sup> Cass. Soc., 8 avril 1992, RJS 1992, n°807 ;

Tout d'abord, le gérant doit exploiter une succursale de maison d'alimentation de détail ou de coopérative de consommation. Selon la Cour de cassation, les maisons d'alimentation ne doivent pas avoir pour seule activité la vente au détail. Elles peuvent exercer d'autres activités telle celle de grossiste de denrées alimentaires<sup>352</sup>. De plus l'activité du gérant ne doit pas nécessairement être sédentaire. Elle peut être exercée au sein d'un local fixe ou mobile<sup>353</sup>.

Ensuite, le gérant doit être rémunéré par des remises proportionnelles au montant des ventes<sup>354</sup>. Est incompatible avec la qualité de gérant non salarié, le versement d'un appointement mensuel en plus des remises<sup>355</sup>. En revanche n'est pas exclusif de la qualité de gérant non salarié le versement temporaire d'un salaire fixe<sup>356</sup>.

Enfin, les conditions de travail du gérant ne doivent pas être fixées par le contrat et ce dernier doit le laisser libre en matière d'embauche du personnel et de remplacement à ses frais et sous sa responsabilité. En ce qui concerne la liberté d'exécution du travail, l'autonomie dont bénéficie le gérant non salarié permet de le distinguer du gérant salarié et d'un salarié. En l'absence d'indépendance dans les faits, la gérance non salariée est requalifiée en gérance salariée<sup>357</sup>. En présence d'un lien de subordination juridique, la gérance non salariée peut même être requalifiée en contrat de travail<sup>358</sup>. Néanmoins le contrat de gérance non salariée peut contenir certaines obligations à la charge du gérant sans crainte de requalification. Ainsi les stipulations contractuelles prévoyant la fourniture du local, la fixation des prix de vente, la présentation des marchandises par l'entreprise ne caractérisent pas la présence d'un lien de subordination juridique excluant la qualité de gérant non salarié<sup>359</sup>.

En ce qui concerne la liberté d'embauche, ce critère est déterminant de la qualification de gérant non salarié<sup>360</sup>. Ce critère n'est pas satisfait lorsqu'il fait l'objet d'une stipulation contractuelle qui n'a jamais été appliquée<sup>361</sup>. Cette liberté entraîne certaines conséquences.

---

<sup>352</sup> Cass. Soc., 18 mai 1967, Bull. civ. 1967, IV, n°399 ;

<sup>353</sup> Réponse ministérielle du 27 août 1957, n°13289, Journal Officiel du 27 août 1954 ;

<sup>354</sup> Cass. Soc., 3 mars 1993, n°99-41.213 ;

<sup>355</sup> Cass. Soc., 15 mai 1952, Bull.civ. 1952, IV, n°417 ;

<sup>356</sup> Cass. Soc., 29 mars 1995, Cah. Soc. Barreau 1995, p.145, B. 79 ;

<sup>357</sup> Cass. Soc., 19 janvier 1999, n°97-13.299 ;

<sup>358</sup> Cass. Soc., 15 décembre 1993, RJS 1994, n°90 ;

<sup>359</sup> Cass. Soc., 15 décembre 1993, RJS 1994, n°90 ;

<sup>360</sup> Cass. Soc., 2 février 2001, n°99-11653 ;

<sup>361</sup> Cass. Soc., 19 janvier 1999, n°97-13.299 ;

Le gérant non salarié est responsable de l'application de la législation sociale à l'égard des salariés qu'il embauche et rémunère<sup>362</sup>.

Ces conditions se distinguent de celles requises pour bénéficier de la qualité de gérant salarié. Ainsi, à titre d'exemple, selon l'article L.7322-2, alinéa 2 du Code du travail, « *La clause de fourniture exclusive avec vente à prix imposé est une modalité commerciale qui ne modifie pas la nature du contrat.* » Une fois l'ensemble des conditions réunies, la qualification de gérant non salarié permet l'application de l'assimilation et emporte certains effets.

## 2-Les effets de l'assimilation

**221.** Selon l'article L.7322-1 du Code du travail, « *Les dispositions du chapitre Ier sont applicables aux gérants non salariés définis à l'article L.7322-2, sous réserve des dispositions du présent chapitre* ». Par principe, le gérant non salarié bénéficie des mêmes dispositions du Code du travail que le gérant salarié.

Selon l'article L.7322-3 du Code du travail, le statut applicable au gérant non salarié dépend très largement des dispositions conventionnelles qui lui sont applicables. Deux accords sont applicables : l'accord national concernant les gérants non salariés des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés « *gérants mandataires* » en date du 18 juillet 1963 et l'accord collectif national du 12 novembre 1951 relatif aux contrats individuels passés entre les gérants non salariés et les sociétés coopératives de consommation.

En cas de litige, la compétence juridictionnelle est partagée entre le Conseil de prud'hommes et le Tribunal de commerce. Les différends relatifs à la rupture du contrat de travail relèvent de la juridiction prud'homale<sup>363</sup> alors que ceux relatifs à un déficit de gestion<sup>364</sup>, d'inventaire<sup>365</sup> relèvent du Tribunal de commerce. Le législateur a également mis en place une assimilation au bénéfice du travailleur à domicile.

---

<sup>362</sup> Cass. Soc., 27 octobre 1978, Bull. civ. 1978, V, n°730 ;

<sup>363</sup> Cass. Soc., 3 mai 1995, n°94-14208 ;

<sup>364</sup> Cass. Soc., 22 novembre 1979, Bull.civ. 1979, V, n°890 ;

<sup>365</sup> Cass. Soc., 3 mai 2006, JCP S 2006, 1591 ;

## **§2. Le travailleur à domicile**

Il existe une assimilation au salariat au bénéfice des travailleurs à domicile (**A**). Celle-ci nécessite la réunion de plusieurs conditions (**B**) et entraîne des effets (**C**). Il est nécessaire de distinguer le travailleur à domicile de l'indépendant (**D**).

### ***A-L'existence de l'assimilation***

**222.** Le législateur a mis en place une assimilation au salariat au bénéfice des travailleurs à domicile afin de pallier leur dépendance économique. Cette assimilation permet d'appliquer à ces travailleurs la législation du droit du travail. Selon l'article L.7411-1 du Code du travail, « *Les dispositions du présent code sont applicables aux travailleurs à domicile, sous réserve des dispositions du présent livre.* » En matière de Sécurité sociale, l'article L.311-3, 1° du Code de la Sécurité sociale prévoit l'assujettissement des travailleurs à domicile au régime général de la Sécurité sociale. Cette assimilation requiert certaines conditions.

### ***B-Les conditions de l'assimilation***

L'assimilation aux salariés des travailleurs à domicile nécessite la réunion de conditions (1). En dehors de celles-ci, certains éléments sont indifférents à la qualité de travailleur à domicile (2).

#### **1-L'existence de conditions**

**223.** Selon l'article L.7412-1 du Code du Code du travail, est travailleur à domicile celui qui réunit plusieurs conditions cumulatives. Tout d'abord, le travailleur pour être travailleur à domicile doit exécuter, en contrepartie d'une rémunération forfaitaire, une prestation de travail qui lui est confiée, soit directement soit par un intermédiaire. Ensuite, il doit exécuter cette prestation pour le compte d'un ou plusieurs établissements. Enfin, il doit travailler seul, avec son conjoint, son partenaire de PACS, son concubin, ses enfants à charge au sens de l'article L.313-3 du Code de la Sécurité sociale, un auxiliaire. Ainsi cinq conditions cumulatives sont nécessaires à la qualification de travailleur à domicile.

**224.** En ce qui concerne l'exécution d'un travail pour un donneur d'ouvrage, cela est une condition nécessaire à la qualité de travailleur à domicile. L'article L.7412-1 du Code de travail n'énumère pas les établissements possédant la qualité de donneur d'ouvrage

contrairement à l'article L.721-1 de l'ancien Code du travail. Sous l'empire de l'ancien Code, la notion de donneur d'ouvrage était entendue largement. Pour de nombreux auteurs, cette interprétation demeure malgré la recodification. En retenant une interprétation large, la nature de l'établissement donneur d'ouvrage importe peu. Il peut dès lors être industriel, artisanal, commercial, agricole, public, privé, laïc, religieux, de bienfaisance, etc. Il est nécessaire de préciser que peuvent également posséder la qualité de donneur d'ouvrage les offices ministériels, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les associations ou les professionnels libéraux<sup>366</sup>. Le travailleur peut exercer sa prestation de travail pour le compte d'un ou plusieurs établissements. Il n'est dès lors pas interdit au travailleur à domicile de travailler pour des entreprises concurrentes<sup>367</sup>.

**225.** En ce qui concerne la prestation réalisée, le travailleur pour être qualifié de travailleur à domicile doit se voir confier une tâche prédéfinie. Les tâches pouvant être confiées au travailleur à domicile sont nombreuses et diversifiées grâce au développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Ainsi, pour être travailleur à domicile, il n'est pas nécessaire de transformer les matières premières confiées par le donneur d'ouvrage<sup>368</sup>. Le travailleur n'est aucunement tenu d'exercer cette prestation de travail de manière exclusive. Il peut même avoir une autre activité à titre principal<sup>369</sup>. En revanche, cette activité principale ne peut pas être de même nature que celle exercée au titre du travail à domicile. Selon l'article L.7412-1, e) du Code du travail, le nombre d'heures réalisées par le travailleur souhaitant avoir la qualité de travailleur à domicile importe peu. Il en résulte que la prestation de travail réalisée ne doit pas être régulière ou constante. Elle peut seulement être occasionnelle, épisodique voire saisonnière.

**226.** En ce qui concerne le recours à des aides, c'est une exception légale au principe de l'exécution personnelle de la prestation de travail. Pour certains, cela est assimilable aux anciennes règles régissant les « *ateliers familiaux* ». Même si l'aide d'un ascendant n'est pas prévue par le Code du travail, elle ne fait pas perdre la qualité de travailleur à domicile dans la mesure où l'ascendant pourrait, pour certains auteurs, être un auxiliaire<sup>370</sup>. Le travailleur à

---

<sup>366</sup> Cass. Soc., 6 mai 1981, n°80-10.855 ;

<sup>367</sup> Cass. Soc., 5 janvier 1995, n°91-41.174 ;

<sup>368</sup> Cass. Soc., 10 janvier 1968, n°66-10.623 ;

<sup>369</sup> Cass. Soc., 6 mai 1981, n°80-10.855 ;

<sup>370</sup> Cass. Soc., 5 janvier 1995, n°91-41.174 ;

domicile ne peut se faire assister que par un seul auxiliaire. L'article L.7412-1 du Code du travail exclut l'éventuel cumul d'aides.

**227.** En ce qui concerne le lieu de travail, l'article L.7412-1 du Code du travail dispose que le travailleur à domicile doit nécessairement travailler en dehors des locaux de l'entreprise. Le local où la prestation de travail est exécutée n'est pas obligatoirement le domicile du salarié. Ce peut être un local dont il est propriétaire, qu'il loue.

**228.** En ce qui concerne le versement d'une rémunération forfaitaire, l'article L.7412-1 du Code du travail définit la rémunération forfaitaire telle celle dont les bases sont fixées à l'avance par le contrat ou par une décision réglementaire. La rémunération forfaitaire est calculée selon un tarif de base, convenu à l'avance. Elle ne dépend pas de circonstances postérieures à l'exécution de la prestation de travail. Est notamment forfaitaire la rémunération fixée à l'avance selon un calcul à la tâche ou à l'unité, à la ligne ou à la page, au mot traduit, à la copie corrigée, etc. En dehors de ces conditions, certains éléments sont indifférents à la qualité de travailleur à domicile.

## 2-Les éléments indifférents

**229.** Sont sans incidence sur la qualification de travailleurs à domicile, selon l'article L.7412-1 du Code du travail, l'existence d'un lien de subordination juridique, sous réserve de l'application de l'article L.8221-6 du Code du travail, l'exercice de la prestation de travail sous la surveillance immédiate et habituelle du donneur d'ouvrage, la propriété du local, du matériel nécessaire à la réalisation de la prestation de travail et des fournitures accessoires et le nombre d'heures accomplies par le travailleur. Même si l'article L.7412-1 du Code du travail ne le précise pas, la nature de la prestation de travail réalisée importe peu.

En ce qui concerne la subordination juridique, le travailleur, n'exécutant pas sa prestation de travail au sein des locaux de l'entreprise, échappe à la surveillance et au contrôle de l'employeur. Cette situation de fait est exclusive de l'existence d'un lien de subordination juridique. La présence d'un tel lien n'est pas requise afin de bénéficier de la qualité de travailleur à domicile selon l'article L.7412-1 du Code du travail. Cependant, dans les faits, une certaine subordination existe nécessairement dans la mesure où la prestation de travail réalisée suppose qu'elle ait été confiée au travailleur puis qu'elle soit vérifiée par le donneur d'ouvrage. La présence de ces contraintes permet de différencier le travail à domicile du travail indépendant.

En ce qui concerne le matériel et les fournitures permettant la réalisation de la prestation de travail, l'article L.7412-2 du Code du travail précise que la qualité de travailleur à domicile n'est pas remise en cause lorsque le travailleur fournit tout ou partie des matières premières à la condition qu'elles lui soient vendues par le donneur d'ouvrage ou par un fournisseur conseillé par celui-ci. L'assimilation aux salariés des travailleurs à domicile entraîne certains effets.

### *C-Les effets de l'assimilation*

**230.** Selon l'article L.7413-1 du Code du travail, le donneur d'ouvrage est responsable à l'égard du travailleur à domicile de l'application de l'ensemble des dispositions légales applicables aux salariés et ce même en présence d'un intermédiaire. Cette responsabilité légale prend en considération la législation du travail mais également celle de la Sécurité sociale. En revanche, selon l'article L.7413-4 du Code du travail, le donneur d'ouvrage n'est pas, par principe, responsable de l'application de la législation sociale au bénéfice de l'auxiliaire. C'est le travailleur à domicile qui est responsable de l'application de l'ensemble des dispositions sociales au bénéfice de l'auxiliaire sous réserve de l'application des articles L.8232-1 et L.8232-3 du Code du travail relatifs à la solidarité financière du donneur d'ordre et aux situations présentant une dangerosité particulière en matière d'hygiène et de sécurité.

**231.** Le donneur d'ouvrage n'a pas l'obligation de fournir un volume de travail constant au travailleur à domicile sauf en présence de disposition contractuelle ou conventionnelle contraire. Néanmoins, le donneur d'ouvrage ne peut pas modifier unilatéralement, sans motif et de façon durable la quantité de travail fournie et la rémunération. Dans le cas contraire, des dommages et intérêts sont dus au travailleur à domicile en réparation du préjudice subi du fait de la diminution de la quantité de travail<sup>371</sup>.

**232.** Selon l'article L.7413-2 du Code du travail, le travailleur à domicile bénéficie également de la convention collective à laquelle est soumis le donneur d'ouvrage et ce quel que soit le lieu où il exerce sa prestation de travail. Lorsqu'aucune stipulation conventionnelle n'exclut le travailleur à domicile du champ d'application de la convention, ces stipulations lui sont applicables<sup>372</sup>. Il est intéressant de préciser qu'en application de l'article L.2261-22 du

---

<sup>371</sup> Cass. Soc., 26 septembre 2007, n°06-41.495 ;

<sup>372</sup> Cass. Soc., 17 janvier 1995, n°91-43.492 ;

Code du travail, une convention collective de branche conclue au niveau nationale doit, pour être étendue, préciser les conditions d'emploi et de rémunération des travailleurs à domicile. Il est nécessaire de distinguer le travailleur à domicile de l'indépendant.

### ***D-La distinction entre travailleur à domicile et indépendant***

**233.** La distinction entre le travail à domicile et le travail indépendant est parfois complexe. Pour le donneur d'ordre, il est plus avantageux de recourir au contrat d'entreprise qu'au contrat de travail. Au sein du domaine de l'édition, a la qualité de travailleur à domicile, le travailleur chargé de fournir à une maison d'édition un compte rendu précis sur le contenu des ouvrages lus en se conformant aux normes fixées préalablement en contrepartie d'une rémunération<sup>373</sup>. *A contrario*, est un travailleur indépendant, le rédacteur d'articles historiques qui choisit en toute liberté ses sujets, ne respecte aucune normes préétablies et exerce son activité à ses risques et périls. La présence d'une rémunération à la ligne ne suffit pas à établir le caractère forfaitaire de la rémunération dès lors que le travailleur ne prouve pas qu'elle est calculée d'après un tarif de base fixe et préétabli<sup>374</sup>. Au sein du domaine artistique, a la qualité de travailleur à domicile, le dessinateur percevant une rémunération forfaitaire dont les bases sont convenues au préalable. Est indifférent, le peu de temps passé par le travailleur au sein des locaux du donneur d'ouvrage<sup>375</sup>. *A contrario*, ne peut être travailleur à domicile, le dessinateur percevant une rémunération fonction des difficultés du travail à effectuer. Cette rémunération ne possède pas un caractère forfaitaire au sens de l'article L.7412-1 du Code du travail<sup>376</sup>.

**234.** Certains indices permettent de distinguer le travailleur à domicile du travailleur indépendant. Constituent notamment des indices, le choix de la clientèle, la possibilité de refuser des commandes, le mode de fixation des prix et des délais, la responsabilité encourue en cas de malfaçon et la possibilité de recours à des salariés. *De lege lata*, le travailleur à domicile jouit d'une assimilation légale au salariat tout comme le porté au sein d'une relation de portage salarial.

---

<sup>373</sup> Cass. Soc., 22 janvier 1981, n°80-10.483 ;

<sup>374</sup> Cass. Soc., 22 janvier 1981, n°77-12.854 ;

<sup>375</sup> Cass. Soc., 13 novembre 1997, n°96-13.711 ;

<sup>376</sup> Cass. Soc., 23 janvier 1985, n°83-12.039 ;

### §3. Le portage salarial

La notion de portage salarial (A) fait l'objet d'une assimilation jurisprudentielle (B) et légale (C) au salariat. Néanmoins, cette pratique demeure aux marges du droit (D).

#### *A-La notion de portage salarial*

**235.** Le portage salarial possède une place singulière au sein des opérations de prestations de services<sup>377</sup>. Le mécanisme du portage salarial est original. Il permet à une personne experte dans un domaine d'activité de trouver des missions. Une fois l'activité de prospection réalisée et les missions identifiées, cette personne bénéficie du statut de salarié, du régime général de la Sécurité sociale et d'une structure administrative de support.

L'opération comporte trois étapes, chacune étant formalisée par la signature d'un contrat. Tout d'abord, une convention d'adhésion est conclue entre le travailleur porté et la société de portage afin d'organiser les conditions de la collaboration, notamment durant la période de prospection. Cette convention ne constitue pas un contrat de travail. Ensuite, lorsqu'une mission est identifiée par le travailleur porté, une convention de prestation de services est conclue entre la société utilisatrice et la société de portage. Enfin, un contrat de travail est conclu entre la société de portage et le travailleur porté.

**236.** Ce montage juridique est fébrile. En effet, il repose sur une relation salariale fictive au regard des conditions fixées par le droit positif. Le contrat de travail n'est conclu que « *pour les besoins de la cause* ». Il a pour seul objectif d'offrir au travailleur porté le bénéfice du statut de salarié, alors même que les conditions de réalisation de la prestation de travail s'apparentent davantage à la relation existante entre un travailleur indépendant et son client. Ainsi comme l'indique le Ministre des PME, « *la société de portage peut apparaître, dans certains cas, comme une simple structure dédiée à la mise à disposition de main-d'oeuvre en éludant l'application des dispositions légales et conventionnelles du droit du travail* »<sup>378</sup>. Cette opération de portage salarial se développe fortement dans la mesure où elle est adaptée à l'évolution du marché du travail et aux mutations des relations de travail. Cependant elle se heurte au droit positif actuel. C'est pourquoi, préalablement à l'intervention du législateur, la jurisprudence a constitué le régime applicable à l'opération de portage salarial. Ce régime paraît être une assimilation au salariat.

---

<sup>377</sup> N. Côte, « *Le portage salarial : entre innovations et dérives* », JCP E 2002, p. 1758 ;

<sup>378</sup> Rép. min. PME n° 33150 : JOAN Q 6 juillet 2004, p. 5175 ;

## ***B-Une assimilation jurisprudentielle***

**237.** La jurisprudence, en instituant un régime applicable à l'opération de portage salarial, pallie la carence du législateur. Par deux arrêts du 17 février 2010, la Cour de cassation précise ce régime alors même que les faits sont antérieurs à la conclusion de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 et au vote de la loi du 25 juin 2008<sup>379</sup>. Ces arrêts indiquent que tout contrat de portage salarial conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008 est soumis aux règles d'ordre public du droit du travail, notamment aux dispositions relatives à l'hygiène, à la santé et à la sécurité. Il en découle une assimilation au salariat des travailleurs portés alors même qu'ils devraient, par définition, relevés du régime des travailleurs indépendants. La Cour de cassation, au sein de ces arrêts, précise également les obligations des parties lors d'une opération de portage salariale.

**238. Obligation de fournir du travail au travailleur porté.** Par l'un de ces arrêts en date du 17 février 2010, la Cour de cassation, au visa des articles L. 1221-1 et L.1211-1 du Code du travail, rappelle que « *le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail* »<sup>380</sup>. Ainsi, il ne peut être reproché au travailleur porté de ne pas trouver de missions. Selon la Cour de cassation, la société de portage a l'obligation de lui fournir du travail. La Cour précise cela par la formule suivante, « *alors que c'était à la Société A., en sa qualité d'employeur, de lui fournir du travail* ». Il en résulte que l'obligation de fournir du travail doit s'appliquer même lorsque le travailleur porté a, parallèlement au contrat de travail, souscrit l'engagement de rechercher ses missions et de les exécuter dans le respect des règles en vigueur dans son domaine d'activité.

**239. Prélèvements réalisés par l'entreprise de portage salarial.** Au sein d'un arrêt en date du 17 février 2010<sup>381</sup>, le salarié conteste également les prélèvements opérés par l'employeur, la société de portage, sur sa rémunération. La Cour d'appel estime que ces prélèvements sont licites en se fondant sur la charte de collaboration signée par le travailleur porté. Celle-ci prévoit en effet que des prélèvements correspondant aux cotisations sociales et à une commission sont opérés sur le chiffre d'affaires réalisé par le salarié. La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir vérifié si ces prélèvements étaient

---

<sup>379</sup> M.-C. Haller, Jurisprudence Sociale Lamy, 06 avril 2010, n°274 ;

<sup>380</sup> Cass. Soc., 17 février 2010, n° 08-45.298 ;

<sup>381</sup> Cass. Soc., 17 février 2010, n° 08-45.298 ;

conformes aux dispositions légales. Selon Monsieur H. Gosselin<sup>382</sup>, Conseiller à la Chambre sociale de la Cour de cassation, la Cour de cassation, en décidant cela, a pensé à l'article L.241-8 du Code de la Sécurité sociale qui impose que les cotisations sociales dues par l'employeur restent exclusivement à sa charge<sup>383</sup>; et aux articles L.3251-1 et suivants du Code du travail qui fixent les conditions d'exercice des retenues sur salaire.

**240. La requalification d'un contrat à temps partiel en temps complet.** Au sein du second arrêt rendu le 17 février 2010<sup>384</sup>, la Cour de cassation a dû se prononcer sur le fait de savoir si, compte tenu du particularisme du portage salarial, l'entreprise de portage salarial peut, sans risquer une requalification en un contrat de travail à temps plein, se dispenser d'indiquer la durée hebdomadaire ou mensuelle ainsi que la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine dans le contrat de travail qui la lie au travailleur porté. La Cour de cassation rappelle que selon l'article L.3123-14 du Code du travail, il ne peut être dérogé par voie contractuelle à l'obligation d'indiquer dans le contrat de travail à temps partiel la durée hebdomadaire ou mensuelle et la répartition entre les jours de la semaine. Elle censure dès lors la Cour d'appel, « *qui après avoir constaté que le contrat de travail prévoyait une durée de travail minimale symbolique, la durée réelle étant variable et dépendant de l'activité déployée par le salarié selon sa propre initiative* », a refusé la requalification en un contrat de travail à temps plein.

**241. L'assurance chômage au bénéfice du travailleur porté.** Par un arrêt rendu le 16 décembre 2009<sup>385</sup>, la Cour de cassation décide que le salarié recruté par une entreprise de portage salarial par contrat de travail intermittent peut bénéficier du régime d'assurance-chômage à la suite de son licenciement. Selon Monsieur H. Gosselin, « *Cet arrêt ne saurait être interprété comme l'énonciation que tout contrat passé entre une entreprise de portage salarial et un « porté » est un contrat de travail. Il traduit seulement le fait que le juge, qui n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties à la relation de travail, doit vérifier, à chaque fois, in concreto, si les éléments caractéristiques du contrat de travail sont réunis* »<sup>386</sup>. Le législateur face au développement quantitatif des opérations de portage salarial tente d'élaborer un régime propre au portage salarial.

---

<sup>382</sup> H. Gosselin, « *Le portage salarial face au contrat de travail* », Semaine Sociale Lamy, 22 février 2010, n°1434 ;

<sup>383</sup> Cass. Soc., 17 octobre 2000, n°98-45.669 ;

<sup>384</sup> Cass. Soc., 17 février 2010, n° 08-40.671 ;

<sup>385</sup> Cass. Soc., 16 décembre 2009, n° 08-17.852 ;

<sup>386</sup> H. Gosselin, « *Le portage salarial face au contrat de travail* », Semaine Sociale Lamy, 22 février 2010, n°1434 ;

### ***C-Une assimilation légale***

**242.** La légalité du portage salarial a suscité de nombreux débats doctrinaux à la suite notamment des travaux commandés par le Ministère du Travail à des juristes et à des sociologues. Un compte-rendu de ces travaux a été réalisé lors d'un colloque tenu à Nantes le 22 juin 2007. Par suite, les partenaires sociaux se sont saisis de la question au sein de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail. L'article 19 de cet accord précise que le portage salarial « *est une forme d'activité, considérée comme entachée d'illégalité, répondant cependant à un besoin social dans la mesure où elle permet le retour à l'emploi de certaines catégories de demandeurs d'emploi, notamment des seniors, et qu'il est souhaitable d'organiser afin de sécuriser la situation des portés ainsi que la relation de prestation de service* ».

**243.** Enfin, le législateur a pris en considération l'opération de portage salarial au sein de l'article 8 de la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail. Cette disposition définit le portage salarial telle une relation triangulaire entre une entreprise de portage, une personne portée, qui est salariée, et des entreprises clientes. Cet article garantit les droits du travailleur porté sur son apport de clientèle. En effet, selon l'article L. 1251-64 du Code du travail, « *Le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle.* » Cet article a par la suite été complété par l'insertion de l'article L. 8241-1 du Code du travail. Ce dernier dispose que « *Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre est interdite. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre : 1° Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, au portage salarial aux entreprises de travail à temps partagé et à l'exploitation d'une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ;* ». Cette disposition confère au portage salarial la nature de dérogation à l'interdiction du prêt de main d'œuvre à but lucratif.

**244.** Le législateur n'a pas résolu l'ensemble des difficultés liées au portage salarial. Il a élaboré une définition succincte de l'opération et indiqué que le travailleur porté bénéficie du régime du salariat. Le législateur, par son absence de précision, semble avoir mis en place une

assimilation au salariat sans toutefois aller jusqu'à la présomption. Selon Monsieur A. Fabre, « *Cette technique est sensiblement plus ouverte, puisqu'elle ne conduit pas automatiquement à faire application de toutes les dispositions du droit du travail, mais à rechercher celles qui ont vocation à s'appliquer à la place, ou parfois même à côté, des dispositions du droit commercial ou du droit civil* »<sup>387</sup>. Le législateur renvoie la détermination du régime de l'opération de portage salarial à une négociation confiée à la branche du travail temporaire. Cette négociation est en cours. Une question se pose alors. Celle de savoir si la jurisprudence de la Cour de cassation demeure applicable à des opérations de portage salarial conclues après l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008.

**245.** En ce qui concerne l'obligation pour l'employeur de fournir du travail, selon Monsieur A. Fabre, l'article L. 1251-64 du Code du travail « *ne permet pas de dire que le portage salarial fait exception à l'obligation pour l'employeur de fournir du travail. Il en aurait été autrement si le législateur avait repris la description du portage contenu dans l'ANI du 11 janvier 2008* »<sup>388</sup>. Néanmoins, le projet d'accord de branche devant organiser le portage salarial maintient formellement l'obligation faite au travailleur porté de rechercher des missions. De même, selon le projet d'accord de branche, le travailleur porté, lorsqu'il est embauché par un contrat de travail à durée indéterminée, s'engage à assurer une prospection active des clients. L'entreprise de portage n'a alors qu'une simple obligation d'accompagnement et de développement des prestations. Ainsi tout comme l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, la négociation en cours contredit la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point.

**246.** En ce qui concerne la qualification de contrat de travail, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 semble qualifier de contrat de travail le contrat liant l'entreprise de portage au travailleur porté. *A priori*, en ce qui concerne la négociation de branche en cours la qualification demeure identique. Cependant une distinction semble apparaître au sein du projet d'accord. Ainsi, il est indiqué au sein de la première phrase du préambule du projet d'accord que « *le présent accord a pour finalité d'organiser l'activité du portage salarial et s'applique aux personnes titulaires d'un contrat de travail en portage salarial* ». Il semble dès lors que seuls certains travailleurs portés jouissent de la qualité de salarié. Cette distinction paraît renforcée au sein de la dernière version du projet d'accord. Celle-ci fait référence à l'obligation pour le travailleur porté de réaliser régulièrement des

---

<sup>387</sup> A. Fabre, « *Le portage salarial au milieu du gué ?* », Semaine sociale Lamy, 08 mars 2010, n°1435-1436 ;

<sup>388</sup> A. Fabre, « *Le portage salarial au milieu du gué ?* », Semaine sociale Lamy, 08 mars 2010, n°1435-1436 ;

comptes-rendus relatifs à sa prestation de travail. Selon Monsieur A. Fabre<sup>389</sup>, il serait préférable que l'ensemble des travailleurs portés soit salarié.

**247.** En ce qui concerne le recours au contrat de travail à durée déterminée, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 a expressément prévu que « *la durée du contrat de portage ne devra pas excéder trois années* ». Pour les négociateurs de branche, le contrat de travail à durée déterminée est de principe en matière de portage salarial. Selon ces derniers, « *La durée et les caractéristiques de la prestation de travail à réaliser justifient que le contrat de travail conclu, entre l'entreprise de portage salarial et la personne souhaitant être portée, soit d'une durée déterminée* ». Les négociateurs de branche souhaitent s'inspirer du contrat de travail à durée déterminée « *à terme incertain conclu pour la réalisation d'un objet défini* »<sup>390</sup>. Ainsi le contrat de travail à durée déterminée conclu dans le cadre d'une opération de portage salarial doit, selon eux, décrire la prestation à réaliser ainsi que la durée prévisible du contrat et l'événement qui en constitue le terme. Selon la négociation en cours, ce contrat doit comporter une période minimale et peut comporter une période d'essai. Ce contrat doit également être établi par écrit et comporter de nombreuses mentions obligatoires.

En ce qui concerne la rupture, les négociateurs ont prévu que « *la rupture du contrat de prestation de service n'est pas un motif de rupture du contrat de travail pendant la période minimale, sauf lorsque cette rupture est directement liée à une faute grave ou lourde de la personne portée* ». Aucune place ne semble laissée à la force majeure ou à la volonté commune des parties. La Cour de cassation, par sa jurisprudence, semble avoir sécurisé l'opération de portage salarial actuellement en cours d'élaboration par les négociateurs de branche. L'accord de branche une fois négocié ne règlera pas toutes les difficultés et une nouvelle intervention du législateur semble inévitable et souhaitée. L'action du législateur paraît actuellement incomplète et semble laisser la pratique du portage salarial aux marges du droit.

#### ***D-Une pratique demeurant aux marges du droit***

**248.** Depuis l'origine, le portage salarial fait l'objet de nombreuses critiques relatives à sa légalité. La question qu'il semble utile de se poser est celle de savoir si l'intervention législative en date du 25 juin 2008 a clos le débat doctrinal relatif à la légalité de l'opération

---

<sup>389</sup> A. Fabre, « *Le portage salarial au milieu du gué ?* », Semaine sociale Lamy, 08 mars 2010, n°1435-1436 ;

<sup>390</sup> Article 6 de la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 ;

de portage salarial. Il est permis d'en douter en présence des récents arrêts rendus par la Cour de cassation. La licéité du portage salarial est contestée quant aux infractions de fourniture de main d'œuvre à but lucratif non autorisée et de marchandage. Désormais, l'article L. 8241-1 du Code du travail soustrait le portage salarial à la prohibition du prêt de main d'œuvre illicite. Le portage salarial est ainsi une activité de fourniture de main d'œuvre à but lucratif autorisée.

**249.** Néanmoins, le législateur n'a rien prévu pour conférer une immunité à l'opération de portage salarial au regard de l'infraction de marchandage. Selon l'article L. 8231-1 du Code du travail, « *Le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'é luder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail, est interdit* ». Le législateur n'exclut pas expressément l'opération de portage salarial du champ d'application de l'infraction de marchandage. S'ouvre alors un débat doctrinal. Pour certains<sup>391</sup>, le portage salarial ne constitue pas un tel délit dans la mesure où les travailleurs portés ne souffrent d'aucun préjudice. Pour d'autres<sup>392</sup>, les travailleurs portés peuvent subir un préjudice dans la mesure où ils ne bénéficient pas des mêmes avantages que ceux accordés aux salariés de l'entreprise cliente. D'autant que c'est précisément pour éviter d'embaucher des salariés que les entreprises décident de recourir au portage salarial. Il est par conséquent possible de penser que le portage salarial fait encore l'objet d'un risque pénal. Pour Monsieur le Professeur P. Morvan<sup>393</sup>, la loi du 25 juin 2008 n'a opéré qu'une « *petite dépenalisation* ». *De lege lata*, le travailleur porté jouit d'une assimilation légale au salariat comme d'autres jouissent d'une présomption de qualification de contrat de travail. *De lege ferenda*, la prise en considération de la notion de parasubordination pourrait mettre un terme à l'ensemble des présomptions et assimilations légales existantes.

---

<sup>391</sup> P. Morvan, « *Eloge juridique et épistémologique du portage salarial* », Dr. soc. 2007, p. 607 ;

<sup>392</sup> J.-Y. Kerbourc'h, « *Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main d'œuvre illicite ?* », Dr. soc. 2007, p. 72 ;

<sup>393</sup> P. Morvan, « *Le portage salarial face à son destin* », JCP S 2008, 1363 ;

## **Chapitre 2 : Droit prospectif : La fin des extensions par la création de la parasubordination**

En droit prospectif, la fin des extensions légales est imaginable par la création de la notion de la parasubordination. Afin de percevoir les implications de cette éventuelle mise en œuvre, il semble nécessaire d'étudier la qualification de parasubordination (**Section1**) puis le régime applicable à cette notion (**Section2**).

### **Section 1 : Qualification de la parasubordination**

Le préalable indispensable à la qualification de parasubordination est la prise en considération de ce phénomène factuel par le droit (§1). Ce dernier détermine ensuite les critères et les bénéficiaires de la parasubordination (§2).

#### **§1. La prise en considération de la parasubordination**

La prise en considération de la parasubordination provient de l'existence d'une frontière floue entre indépendance et subordination (**A**). La perméabilité de cette frontière possède plusieurs causes dont la métamorphose du pouvoir (**B**), le développement de l'autonomie dans la subordination (**C**) et l'accroissement de la dépendance dans l'indépendance (**D**).

#### ***A- Une frontière floue entre indépendance et subordination***

**250.** Dans l'Antiquité, la distinction entre le travail servile et le travail de l'homme libre était efficace. « *Le travail servile était réductible à une simple quantité, à une valeur mesurable en temps et en argent, tandis que le travail de l'homme libre ne se donnait à voir qu'au travers de ses œuvres, produits uniques qui incorporaient ses qualités et son génie propre* »<sup>394</sup>. Pour Pothier, le contrat de louage de services, ancêtre du contrat de travail, n'existe qu'en présence de certains travaux. Pour lui, « *il n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent qui soient susceptibles du contrat de louage, tels ceux des serviteurs et servantes, des manœuvres, des artisans etc... Ceux que leur excellence ou la dignité de la personne qui les rend empêche de pouvoir s'apprécier à prix d'argent n'en sont pas susceptibles* »<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> A. Supiot, « *Les nouveaux visages de la subordination* », Droit social, février 2000, p.131 ;

<sup>395</sup> Pothier, Traité du louage, n°10, cité par G. H. Camerlynck, « Traité de droit du travail », t.1 « Le contrat de travail », Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition. 1982, p.5 ;

**251.** A l'heure actuelle, il est une évidence partagée par l'ensemble de la doctrine, la frontière entre travailleurs indépendants et travailleurs subordonnés est de plus en plus perméable. Au sein même du contrat de travail, l'indépendance surgit. *A contrario*, la dépendance apparaît au sein du travail indépendant. Ainsi le travail indépendant et le travail salarié se rapprochent. D'ailleurs, au sein de chaque profession, il coexiste désormais un exercice salarié et un exercice indépendant. De même, il est intéressant de constater que la Cour de Justice des Communautés Européennes invoque la notion de « *travailleur européen* ». Elle ne distingue pas entre les exercices indépendant et subordonné d'une activité. Il s'agit d'une conception professionnelle du travailleur. Cette notion communautaire prend en considération l'évolution que subit la frontière entre indépendant et salarié. L'effacement progressif de cette distinction possède plusieurs causes dont l'une est la métamorphose du pouvoir.

### ***B-La métamorphose du pouvoir***

**252.** La première cause de l'effacement progressif de la frontière entre travailleur indépendant et travailleur subordonné est la métamorphose du pouvoir. Au sein de l'entreprise, le modèle de l'organisation pyramidale et hiérarchisée connaît un déclin. Le pouvoir ne disparaît pas. Il s'exerce sous de nouvelles formes. Ainsi, il y a un développement du pouvoir reconnu aux juges et aux experts. Au sein même de l'entreprise, l'organisation est bouleversée. La structure en réseaux se développe. Celle-ci se traduit par une redistribution des lieux de pouvoir. À titre d'exemple, le contrôle de la production n'est plus effectué en interne mais en externe par des experts certifiant la qualité de cette dernière. La perméabilité de la frontière entre le travail indépendant et le travail subordonné possède une seconde cause : le développement de l'autonomie dans la subordination.

### ***C-L'autonomie dans la subordination***

**253.** Une seconde cause de l'effacement progressif de la frontière entre travailleur indépendant et travailleur subordonné est l'apparition d'une certaine autonomie au sein de la subordination. Certains travailleurs subordonnés jouissent d'une relative liberté. Ils exercent leur prestation de travail dans des conditions de travail qui sont semblables à celles d'un travailleur indépendant. De récentes théories du management prennent en considération cette « *autonomisation du salarié* ». Le développement de l'autonomie du travailleur salarié est dû à un recul du pouvoir patronal. Ce dernier phénomène est causé par une obligation croissante

de motivation des décisions de l'employeur, un développement du droit des institutions représentatives du personnel à l'information et à la consultation, un accroissement de la négociation collective au sien de l'entreprise et un développement du rôle des juges qui réalisent un contrôle *a posteriori* des décisions prises par l'employeur. Désormais le pouvoir patronal n'est plus discrétionnaire. Il est fonctionnel.

**254.** Le pouvoir patronal est également affecté par sa décentralisation. Cela résulte des nouvelles formes juridiques de l'entreprise. L'entreprise n'est plus une entité unique, intégrée et centralisée. Elle se constitue davantage en groupes ou en réseaux. « *Les réseaux sont des groupes à structure contractuelle, tandis que les groupes sont des réseaux à structure sociétaire* »<sup>396</sup>. En présence de ces nouvelles organisations, il n'y a plus un seul centre de pouvoir mais une pluralité de pôles décisionnels ayant chacun sa propre compétence et ses propres responsabilités. Désormais, les décisions les plus importantes émanent de la société mère ou du donneur d'ordre qui exerce de fait un pouvoir sur la gestion du personnel alors même qu'il n'en n'assume pas la responsabilité juridique. Le droit du travail appréhende d'ores et déjà le groupe de sociétés en tant qu'entité juridique. En revanche, en ce qui concerne les réseaux, seul le droit commercial les appréhende. Ont notamment été créées des règles relatives à la transparence afin de favoriser la concurrence.

**255.** Le développement de l'autonomie des salariés est également dû à l'acquisition de nouveaux droits. Les salariés ont désormais un droit à la prise de congés spéciaux. Ceux-ci autorisent le salarié à quitter l'entreprise pour des raisons d'ordre privé (congé parental, etc.), professionnel (congé formation, création d'entreprise, etc.) ou d'intérêt général (mandat politique, associatif, etc). Ces congés peuvent être totalement ou partiellement financés par l'employeur. Le salarié possède désormais la liberté de dégager du temps pour réaliser des activités non nécessairement liées à sa profession. De même la création du droit de retrait en présence d'une situation dangereuse permet au salarié d'être autonome. C'est également le cas des clauses de conscience présentes au sein de certains contrats. Par cette clause, dans certains milieux professionnels, le salarié est seul juge du comportement qu'il doit adopter en présence d'une situation de travail déterminée. Le caractère flou de la frontière entre travail indépendant et travail subordonné possède une troisième cause : l'accroissement de la dépendance dans l'indépendance.

---

<sup>396</sup> A. Supiot, « *Les nouveaux visages de la subordination* », Droit social, février 2000, p.135 ;

### *D-La dépendance dans l'indépendance*

**256.** La généralisation de l'application de la Sécurité sociale a permis une application aux travailleurs indépendants. Par définition, cela implique une restriction de l'autonomie des professionnels indépendants qui sont dès lors obligés de s'affilier à une caisse qu'ils n'ont pas choisie. De même afin de bénéficier d'une certaine sécurité contractuelle, les travailleurs indépendants se trouvent de plus en plus dans une situation de dépendance. Cela s'observe par un mouvement d'intégration de ces travailleurs au sein de réseaux de production ou de distribution. Dès lors, ils sont tenus de respecter certaines contraintes commerciales et techniques. Le respect de ces obligations doit nécessairement être contrôlé par le donneur d'ordre. La contrepartie de cette diminution d'autonomie est une sécurité contractuelle qui s'illustre notamment par un droit à indemnisation en cas de rupture du contrat. De plus, une sorte de droit collectif semble applicable aux travailleurs indépendants. Les contrats les liant aux donneurs d'ordres sont bien individuels, néanmoins ils sont encadrés par des contrats-types voir par de véritables conventions collectives. Deux domaines d'activités permettent d'illustrer la subordination croissante des travailleurs indépendants : l'agriculture et la distribution commerciale.

**257.** Le domaine de l'agriculture est particulièrement intéressant dans la mesure où dans la plupart des Etats de l'Union européenne cette activité est exercée par des travailleurs indépendants. Néanmoins les agriculteurs sont soumis à une forte dépendance économique. Celle-ci possède deux causes essentielles. Tout d'abord, les agriculteurs sont soumis à la politique agricole commune qui, en contrepartie de subventions, impose des quotas de production et le partage du travail. Ensuite, les agriculteurs sont soumis à l'industrie agro-alimentaire puisque l'intégration dans des réseaux de production a pour contrepartie le respect de normes techniques et la réalisation de contrôles. En France, les travailleurs indépendants dans le domaine agricole sont tellement subordonnés, qu'une loi a dû intervenir pour que les agriculteurs sous contrat d'intégration ne soient pas qualifiés de salariés<sup>397</sup>. L'agriculteur est dès lors juridiquement un travailleur indépendant. Cependant dans les faits, il est subordonné à son donneur d'ordre.

**258.** Le domaine de la distribution commerciale fait lui aussi apparaître l'existence de travailleurs indépendants fortement dépendants. Le domaine de la grande distribution impose à ses fournisseurs le respect de certaines normes techniques, de qualité des produits et de

---

<sup>397</sup> Loi du 6 juillet 1964 relative à l'économie contractuelle en agriculture ;

service après-vente en contrepartie de l'intégration dans le réseau d'approvisionnement. Ce système assure aux fournisseurs, travailleurs indépendants, une sécurité quant à l'écoulement de leurs productions.

*A contrario*, le petit commerçant ne peut survivre qu'en intégrant un réseau de distribution dominé par un fournisseur. Le distributeur est tenu au respect de certaines normes techniques, à une politique des prix et à des méthodes de vente édictées par le fournisseur. Juridiquement, le réseau de distribution est constitué par des contrats de franchise, de concession entre commerçants et fournisseurs. L'intégration du distributeur au sein du réseau peut être totale. Dès lors celui-ci ne supporte aucun risque financier. Il est au service exclusif du fournisseur et n'intervient pas sur le même marché en qualité de distributeur indépendant. En présence d'une intégration totale, le droit communautaire ne reconnaît pas la qualité d'entrepreneur au distributeur et ce même s'il est qualifié en droit interne de travailleur indépendant<sup>398</sup>. La prise en considération par la doctrine de la notion de parasubordination permet de dégager les critères et les bénéficiaires de celle-ci.

## **§2. Les critères et les bénéficiaires de la parasubordination**

L'étude des critères et des bénéficiaires de la parasubordination doit être réalisée aussi bien en droit comparé (A) qu'en droit interne (B).

### ***A-En droit comparé***

Au sein de l'Union européenne, chaque Etat possède une approche propre de la qualification de parasubordination tel est le cas de l'Espagne (1), de l'Italie (2), du Royaume-Uni (3) et de l'Allemagne (4).

#### **1-L'Espagne**

**259.** Au sein de l'exposé des motifs de la loi n°20/2007 du 11 juillet 2007, le législateur indique que « *le travail autonome s'est traditionnellement organisé dans le cadre des relations de droit privé, puisant à des sources dispersées au sein de tout l'ordre juridique* ». Le « travailleur autonome économiquement dépendant » possède une organisation dotée de moyens propres ainsi que le pouvoir de décision relatif aux modalités d'exercice de son activité professionnelle. En revanche, son indépendance à l'égard de son client est faible dans

---

<sup>398</sup> CJCE, 12 juillet 1984, Rec. 1984, p.2999 ;

la mesure où ce dernier constitue une part essentielle du chiffre d'affaires du travailleur. Dès lors, la réalisation de la prestation de travail ne s'inscrit pas au sein d'un marché économique mais s'adresse exclusivement à un client unique. L'article 11§1 de la loi du 11 juillet 2007 définit les « travailleurs autonomes économiquement dépendants ». Ils « *exercent une activité économique ou professionnelle à but lucratif, de manière habituelle, personnelle, directe et, de manière prépondérante, au profit d'une personne physique ou morale dénommée cliente, dont ils dépendent économiquement pour percevoir au moins 75% des revenus de leur activité professionnelle* ».

**260.** Selon l'article 11§2 de la même loi, la réunion de plusieurs conditions cumulatives est nécessaire afin de bénéficier de la qualité de « travailleur autonome économiquement dépendant ». Tout d'abord, le travailleur ne doit pas être employeur de salariés. De même, il ne doit pas sous-traiter une partie de son activité et ce qu'il s'agisse de l'activité pour laquelle il existe une dépendance ou d'une autre. Ensuite, le travailleur doit exercer son activité d'une façon qui permette de la distinguer de celle qu'exercent d'autres personnes au bénéfice du client et ce sous quelque forme juridique que ce soit. Le travailleur doit disposer d'infrastructures productives, matérielles propres et distinctes de celles du client. Il doit déterminer lui-même l'organisation du travail et ce sans préjudice des indications techniques éventuellement fournies par le client. Enfin, le travailleur doit percevoir une contrepartie financière en fonction du résultat de l'activité réalisée et ce conformément au contrat passé avec le client. Il assume l'ensemble des risques de l'activité. Ne peuvent être des « travailleurs autonomes économiquement dépendants », les personnes qui exercent leur activité sous la forme d'une société commerciale ou civile. Il en est de même des personnes disposant de locaux ouverts au public. Lorsque l'ensemble des conditions est rempli, le contrat liant le travailleur au client doit être conclu par écrit. Ce contrat doit expressément mentionner la qualité de « travailleur autonome économiquement dépendant » et il est consigné au sein d'un registre tenu par l'administration. Le législateur italien a également défini la qualification de parasubordination.

## 2-L'Italie

**261.** L'expression « *parasubordination* » est introduite en 1973 au sein de l'article 409, alinéa 3 du Code de Procédure Civile italien. Cette disposition a pour finalité d'étendre à quelques rapports spéciaux de travail la procédure propre aux litiges du travail. Ce texte envisage à côté des rapports dits d'agence ou de représentation commerciale les « *autres types*

*de rapport de collaboration qui prennent la forme d'une prestation d'ouvrage continue et coordonnée, le plus souvent exécutée de manière personnelle* ». Ce texte ne fournit pas d'indices permettant l'identification de la notion de dépendance économique.

**262.** La création du contrat de projet pas le décret législatif n°276/2003 est accompagnée d'un dispositif transversal dit de « *certification des contrats de travail* » dont l'objectif est de « *réduire le contentieux en matière de qualification* »<sup>399</sup>. Ainsi avec l'accord préalable des parties au contrat, la Commission de certification peut se voir présenter tous les contrats portant une relation de travail qu'ils soient autonomes, subordonnés ou parasubordonnés. La Commission garantit aux parties la nature juridique du contrat qui lui est soumis. Cela a pour objectif et conséquence de réduire le recours au juge en matière de requalification.

**263.** Il est actuellement débattu une proposition de « *régime unique de stabilité pour tous les travailleurs économiquement dépendants* » élaborée par Pietro Ichino<sup>400</sup>. L'objectif de cette réforme est l'effacement de la frontière entre subordination et parasubordination, notamment en ce qui concerne la protection contre le licenciement injustifié. Sans remettre en cause les qualifications juridiques actuelles, Monsieur Pietro Ichino propose la création d'une « *zone de dépendance économique* » qui bénéficierait aux travailleurs subordonnés mais également à ceux dont les deux tiers de leurs revenus annuels proviennent d'un même donneur d'ordre. L'ensemble de ces travailleurs serait soumis à des règles communes en présence de la cessation des paiements du donneur d'ordre. Ainsi en présence d'un motif économique de rupture, le travailleur parasubordonné serait indemnisé et ce proportionnellement à l'ancienneté de service acquise. Cette réforme permettrait d'instaurer une sorte d'indemnité de chômage au bénéfice des travailleurs parasubordonnés. Le législateur britannique a également pris en considération la qualification de parasubordination.

### 3-Le Royaume-Uni

**264.** La jurisprudence britannique conduit à écarter de la notion de salarié les travailleurs parasubordonnés. Afin de déterminer la qualité de salarié d'un travailleur, les juges ont recours à une série de tests judiciaires. Un des tests a pour objectif de vérifier la réciprocité des obligations. Cela consiste à vérifier si les parties se sont engagées réciproquement à

---

<sup>399</sup> Article 75 du décret législatif 276/2003 ;

<sup>400</sup> n°4/2008 de la revue *Italianeuropei* ;

fournir une prestation. Ce critère de réciprocité des obligations est interprété strictement par la jurisprudence. Ainsi de nombreux travailleurs en situation de dépendance économique tels les travailleurs à domicile, les prestataires de travail irréguliers, les travailleurs intérimaires sont exclus de la qualification de salarié. De plus, la jurisprudence admet la validité d'une stipulation contractuelle prévoyant expressément l'absence d'obligations réciproques. La sévérité des juges ainsi que la liberté laissée aux parties afin de déterminer la qualification contractuelle impliquent nécessairement que les travailleurs parasubordonnés n'entrent pas dans le champ d'application de la qualification de salarié. Cependant, le Royaume-Uni ne possède pas encore de définition positive du travail parasubordonné. *A contrario*, le législateur allemand donne une définition de la notion de parasubordination.

#### 4-L'Allemagne

**265.** Les quasi-salariés dits « *arbeitnehmerähnliche Personen* » sont définis au sein de la section 12a de la loi de 1974 relative aux conventions collectives. Ils sont définis tels des travailleurs juridiquement indépendants, mais économiquement dépendants, qui ont besoin d'une protection semblable à celle des salariés. Pour qu'un travailleur ait la qualité de quasi-salariés, deux conditions doivent être réunies. Tout d'abord, il doit travailler seul et sans l'assistance d'un personnel salarié. Ensuite, la majeure partie du travail qu'il réalise ou de ses revenus doit provenir d'une seule personne ou d'une seule institution. Pour apprécier ce seuil, une même entité économique est considérée comme une seule institution sur le plan juridique et ce peu important que cette entité ait ou non la personnalité juridique. Les quasi-salariés demeurent néanmoins des travailleurs indépendants. Le travail de qualification préalablement réalisé en droit comparé permet de définir, en droit interne, la notion de parasubordination.

#### ***B-En droit interne***

En droit interne, la qualification de parasubordination relève de l'analyse de ses composantes: le travailleur bénéficiaire de cette qualification (1) et la dépendance économique (2).

#### 1-Le travailleur bénéficiaire

**266.** Pour Monsieur le Professeur A. Perulli, « *le travailleur économiquement dépendant est actuellement inclus dans la catégorie du travail indépendant, il s'agit donc d'un travail indépendant bien que présentant des traits particuliers* ». De prime abord, il est dès lors

possible d'écarter de la qualification de travailleurs économiquement dépendants les relations triangulaires de travail dans la mesure où l'existence d'un contrat de travail n'est pas contestée au sein de ces situations.

267. Le travailleur économiquement dépendant, relevant de la catégorie juridique du travailleur indépendant, doit présenter les critères de qualification de ce dernier. Depuis la loi n°2008-776 du 4 août 2008, « *est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre* »<sup>401</sup>. Néanmoins, le critère légal n'est pas unique. Par une observation de la jurisprudence et de la doctrine, d'autres critères du travail indépendant apparaissent, notamment l'« *exercice d'un travail à titre personnel, pour son compte, dans le cadre d'une organisation productive indépendante de celle du bénéficiaire de la prestation, le travailleur assumant les risques de son activité* »<sup>402</sup>. Le travailleur économiquement dépendant doit exécuter sa prestation de travail seul. Pour Monsieur le Professeur P.-H. Antonmattei, la qualité de travailleur économiquement dépendant ne devrait être retenue qu'en l'absence de forme sociétaire ou qu'en présence de formes sociétaires individuelles. Au sein du contentieux de la requalification de l'artisan, la Cour de cassation indique que l'exercice à titre personnel d'une prestation de travail exclut le recours à de la main d'œuvre<sup>403</sup>. La solution retenue en ce qui concerne les gérants non salariés de succursales de commerce de détail alimentaire est à l'opposé. En pratique, la réalisation de la prestation de travail seul ou avec un nombre réduit de salariés n'a que peu d'incidences. Néanmoins, la notion de « *nombre réduit* » est floue. Il est dès lors nécessaire de fixer un nombre seuil de salariés. Or ce seuil serait par définition arbitraire. C'est pourquoi, en droit comparé, les législations retiennent la qualification de travailleur économiquement dépendant à la condition que le travailleur exerce seul la prestation de travail. Monsieur le Professeur P.-H. Antonmattei suggère de retenir ce critère<sup>404</sup>. Suite à l'étude des travailleurs pouvant bénéficier de la qualification de parasubordination, il est nécessaire d'observer sa composante principale : la dépendance économique.

---

<sup>401</sup> Article L.8221-6-1 du Code du travail ;

<sup>402</sup> P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008 ;

<sup>403</sup> Cass. Com., 11 mars 2008, n°06-20.089, JCP E, 2008, 2050, note Ch. Lebel ;

<sup>404</sup> P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008, n°14, p.11 ;

## 2-La dépendance économique

**268.** Le livre vert de la Commission des Communautés Européennes nommé « *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle* » en date du 22 novembre 2006 définit la dépendance économique<sup>405</sup>. Selon la Commission, « *La notion de « travail économiquement dépendant » couvre des situations qui ne relèvent ni de la notion bien établie de travail salarié, ni de celle de travail indépendant. Cette catégorie de travailleurs ne dispose pas de contrat de travail. Ils peuvent ne pas tomber sous le coup de la législation du travail, parce qu'ils occupent une « zone grise » entre le droit du travail et le droit commercial. Quoique formellement « indépendants », ils restent économiquement dépendants d'un seul commettant ou client/ employeur pour la provenance de leurs revenus* ». Trois critères de la dépendance économique semblent se dégager de cette définition : le critère du chiffre d'affaires, celui de la durée de la relation contractuelle et celui de la dépendance de l'organisation productive du travailleur par rapport à l'activité du donneur d'ordre.

**269.** En ce qui concerne le critère du chiffre d'affaires, la dépendance économique du travailleur apparaît lorsqu'il réalise la majeure partie de son chiffre d'affaires grâce aux prestations qu'il réalise pour un seul client. Actuellement, certaines grandes entreprises prennent ce phénomène en considération. C'est pourquoi elles réduisent volontairement le volume d'activité de chacun de leurs prestataires afin de réduire les hypothèses de dépendance économique. Si l'émergence d'une catégorie juridique du travailleur parasubordonné est souhaitée, il est nécessaire de préciser le seuil de la part du chiffre d'affaires menant à la dépendance économique. Monsieur le Professeur P. -H. Antonmattei suggère qu'un travailleur ait la qualité de travailleur économiquement dépendant dès lors qu'il perçoit au moins 50% de ses revenus professionnels d'un même client. Selon lui, ce seuil pourrait être augmenté par le « *jeu de la négociation collective* »<sup>406</sup>.

**270.** En ce qui concerne le critère de la durée de la relation contractuelle, cette dernière contribue à créer la dépendance économique en présence d'un seul client. Ce critère est notamment retenu par la législation italienne. Pour qu'il y ait parasubordination, la relation contractuelle doit être durable. La prestation exercée par le travailleur doit satisfaire à un besoin durable de son cocontractant et ne peut être réalisée instantanément. Cette durée de la

---

<sup>405</sup> COM (2006) 708 final ;

<sup>406</sup> P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008, n°16, p.12 ;

relation contractuelle doit être déterminée afin de dégager une catégorie juridique de travailleur parasubordonné. Monsieur le Professeur P.-H. Antonmattei propose une durée minimale de deux mois pouvant être conventionnellement augmentée en fonction des secteurs d'activité<sup>407</sup>.

**271.** En ce qui concerne le critère de la dépendance de l'organisation productive du travailleur par rapport à l'activité du donneur d'ordre, l'absence de lien avec le marché économique démontre une dépendance économique du travailleur. Selon Monsieur le Professeur A. Perulli, « *les travailleurs parasubordonnés effectuent leur travail en faveur de leurs commanditaires, ces derniers se préoccupant ensuite de placer les produits sur le marché. Pour une certaine partie de la doctrine allemande, cette absence de lien avec le marché représente un indice de la dépendance économique, à la fois condition nécessaire et conséquence du manque d'autonomie réelle des travailleurs économiquement dépendants* »<sup>408</sup>. Par ce critère, le travailleur économiquement dépendant se trouve exclu du marché économique de la distribution. Une fois qualifiée, la parasubordination requiert l'élaboration d'un régime spécifique, protecteur du travailleur.

## **Section 2 : Régime de la parasubordination**

En ce qui concerne le régime applicable à la parasubordination, le droit comparé constitue une source d'inspiration (§1) afin de réfléchir aux solutions envisageables en droit interne (§2).

### **§1. Le droit comparé, source d'inspiration**

En droit comparé, la parasubordination est prise en considération par les législateurs de nombreux Etats notamment l'Espagne (A), l'Italie (B), le Royaume-Uni ou encore l'Allemagne (C).

#### ***A-La parasubordination en Espagne***

Le législateur espagnol prend en considération la parasubordination en accordant une double protection aux « travailleurs autonomes économiquement dépendants ». Ces derniers

---

<sup>407 407</sup> P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008, n°16, p.13 ;

<sup>408</sup> P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008, n°17, p.13-14 ;

jouissent de la protection accordée à l'ensemble des travailleurs autonomes (1) et d'une protection spécifique (2).

### 1-La protection accordée à l'ensemble des travailleurs autonomes

**272.** Par l'adoption de la loi n°20/2007 du 11 juillet 2007 portant Statut du travail autonome, le législateur espagnol établit un dispositif juridique qui ne connaît pas d'équivalent au sein de l'Union européenne. Le « travailleur autonome économiquement dépendant » bénéficie de deux régimes, l'un applicable à tous les travailleurs autonomes et l'autre spécifique à ceux soumis à une dépendance économique. Ce dernier régime permet la protection de la partie contractuelle faible et ce sans nuire à la liberté contractuelle des parties.

**273.** Les « travailleurs autonomes économiquement dépendants » bénéficient du régime applicable à l'ensemble des travailleurs autonomes. Ces derniers jouissent d'une protection contre les discriminations. Cette protection est requise par la directive communautaire n°86/613/CE du 11 décembre 1986. Ainsi, les travailleurs autonomes se voient reconnaître le bénéfice des droits fondamentaux et des libertés publiques consacrés par la Constitution. Ils jouissent du droit à la conciliation de leur activité professionnelle avec leur vie personnelle et familiale. Ils bénéficient également du droit de ne pas subir de discriminations directes ou indirectes, que celles-ci proviennent de leur cocontractant ou des autorités publiques. Aucune stipulation contractuelle ne peut faire obstacle à cette protection. Les pouvoirs publics ont l'obligation de garantir l'effectivité des droits fondamentaux et des libertés publiques reconnus aux travailleurs autonomes.

**274.** Par le régime applicable à l'ensemble des travailleurs autonomes, les « travailleurs autonomes économiquement dépendants » bénéficient des dispositions protectrices contre les risques professionnels. La première responsabilité revient à l'administration publique. Celle-ci doit réaliser des activités de promotion de la sécurité au travail, de prévention et de formation. Elle doit également contrôler le respect effectif par le travailleur autonome des règles relatives aux risques professionnels. Lorsque la prestation du travailleur autonome est réalisée au sein des locaux de l'entreprise utilisatrice, cette dernière doit veiller au respect des règles d'hygiène et de sécurité à l'égard de celui-ci. En cas de dommage, l'entreprise utilisatrice est responsable de l'indemnisation du préjudice subi par le travailleur autonome. Tout comme un salarié, le travailleur autonome bénéficie d'un droit de retrait lorsque son activité lui fait courir un risque grave et imminent pour sa vie ou sa santé.

**275.** Enfin l'ensemble des travailleurs autonomes, dont les « travailleurs autonomes économiquement dépendants », bénéficie de garanties économiques. Ils possèdent une action directe en paiement des honoraires à l'encontre du maître de l'ouvrage lorsqu'ils réalisent leur prestation de travail au bénéfice d'un entrepreneur ou d'un sous traitant. Ils jouissent également d'une protection de leur résidence principale sans toutefois que cette dernière soit insaisissable. La loi n°20/2007 portant Statut du travail autonome pose en ses articles 3.1 a) et b) les principes d'articulation entre les dispositions de cette loi, la législation spéciale applicable à l'activité professionnelle de certaines catégories de travailleurs autonomes et le droit commun des contrats civils, commerciaux et administratifs. La loi n°20/2007 portant Statut du travail autonome possède une application prioritaire par rapport au droit commun des contrats dans la mesure où elle est spéciale et postérieure. En ce qui concerne l'articulation entre la loi portant Statut du travail autonome et la législation spéciale, la loi portant Statut du travail autonome ne s'applique que dans la mesure où elle ne contrevient pas à la loi spéciale. Outre cette protection applicable à l'ensemble des travailleurs autonomes, les « travailleurs économiquement dépendants » jouissent d'une protection spécifique.

#### 2-La protection accordée aux seuls « travailleurs autonomes économiquement dépendants »

La protection spécifique accordée aux « travailleurs autonomes économiquement dépendants » leur permet de jouir de droits individuels **(a)** et collectifs **(b)**.

##### *a-La jouissance de droits individuels*

**276.** Le titre II, chapitre 3 du Statut du travail autonome crée un régime spécifique au bénéfice des « travailleurs autonomes économiquement dépendants ». Ce régime confère de nombreuses prérogatives à ces travailleurs. Celles-ci sont proches de celles accordées aux salariés. Néanmoins, il ne s'agit pas d'un régime d'assimilation au salariat. En effet, la loi portant Statut du travail autonome indique, en son article 3. 3, que « *le travail réalisé pour son compte propre ne sera pas soumis à la législation du travail, à moins que la loi n'en dispose expressément autrement* ».

**277.** En ce qui concerne les conditions d'exercice de l'activité, le « travailleur autonome économiquement dépendant » jouit d'un droit au repos, d'un droit au congé et de dix-huit

jours de vacance annuelle. Les heures supplémentaires pouvant être réalisées sont limitées à 30% du volume horaire contractuellement prévu.

**278.** En ce qui concerne la rupture des relations contractuelles, elle peut être due à des causes personnelles telle la retraite, le décès, etc. Elle est également envisageable en cas de faute ou d'inexécution réalisée par l'une des parties au contrat. Ce qui est surprenant est que la rupture ne peut intervenir à l'initiative du «travailleur autonome économiquement dépendant» qu'à la suite de la réalisation d'un préavis. Lorsque la rupture contractuelle est à l'initiative de l'entreprise utilisatrice, elle ne peut intervenir que pour une cause justifiée et qu'à la suite d'un préavis conforme aux usages. En l'absence de motivation, le «travailleur autonome économiquement dépendant» est indemnisé. Le législateur fixe un montant d'indemnité qui est supplétif de la volonté des parties au contrat. Cela implique nécessairement un renforcement du pouvoir des juges lors de la rupture contractuelle. Ceux-ci devant apprécier le motif de la rupture contractuelle ainsi que l'indemnité due. Par ailleurs, ce sont bien les juridictions du travail qui sont compétentes en cas de litige entre le «travailleur autonome économiquement dépendant» et l'entreprise utilisatrice.

**279.** En ce qui concerne la suspension du contrat, le législateur invoque la notion «*d'interruptions justifiées*». Ces dernières ont pour cause un accord mutuel des parties, des nécessités familiales, des risques en matière de santé et de sécurité, une incapacité temporaire du travailleur, une maternité ou une paternité du travailleur, une situation de violence «*de genre*» ou encore un cas de force majeure. Le «travailleur autonome économiquement dépendant» jouit également de droits collectifs.

#### *b-La jouissance de droits collectifs*

**280.** Le titre III du Statut du travail autonome reconnaît à tous les travailleurs autonomes le bénéfice de droits collectifs. Dès lors les «travailleurs autonomes économiquement dépendants» jouissent de ces droits. Néanmoins, le statut collectif applicable aux «travailleurs économiquement dépendants» présente de nombreuses particularités par rapport à celui des travailleurs autonomes. Ce statut s'apparente davantage à une protection spécifique. Les «travailleurs économiquement dépendants» peuvent adhérer librement à l'organisation syndicale ou au groupement patronal de leur choix dans les conditions établies par la loi organique n°11/1985 du 2 août 1985 relative à la liberté syndicale.

**281.** Les « travailleurs autonomes économiquement dépendants » peuvent également créer et adhérer à des associations professionnelles spécifiques qui mènent, selon l'article 19§1, c du Statut du travail autonome, une « *activité collective de défense de leurs intérêts professionnels* ». Cependant, la loi ne confère pas aux associations professionnelles chargées de la défense des intérêts professionnels des travailleurs autonomes les mêmes prérogatives qu'aux organisations syndicales. Les associations professionnelles sont ou non représentatives. Les critères de représentativité de celles-ci diffèrent de ceux usés pour les organisations syndicales. La représentativité des associations professionnelles est acquise si elles démontrent une implantation suffisante dans le cadre où elles exercent leur activité. Le législateur établit une liste non exhaustive des critères objectifs permettant d'apprécier l'implantation : nombre d'adhérents, nombre d'accords de représentation signés avec d'autres associations, moyens matériels et humains, présence d'un siège permanent, etc. *A contrario*, la représentativité des organisations syndicales s'apprécie par référence à l'audience recueillie lors des élections professionnelles.

**282.** Lorsque l'association professionnelle est représentative, le législateur lui confère certaines prérogatives telle la représentation des travailleurs autonomes auprès des autorités publiques, le droit d'être consultée lorsque les pouvoirs publics envisagent de mener une politique publique ayant des conséquences sur le travail autonome et la gestion de programmes publics dont les destinataires sont les travailleurs autonomes<sup>409</sup>. Les associations professionnelles ne peuvent signer des conventions collectives. En revanche, elles ont la possibilité de conclure des accords « *d'intérêt professionnel* ». Ces accords ne sont signés qu'au bénéfice des « travailleurs autonomes économiquement dépendants ». Les parties à ces accords sont les associations professionnelles et les entreprises utilisatrices. Ces accords ont pour objet la fixation des conditions d'exécution de la prestation de travail autonome dans le respect des règles de droit de la concurrence et des dispositions d'ordre public. Ces accords « *d'intérêt professionnel* » ne se substituent pas aux contrats civils et commerciaux liant les parties. En revanche, le législateur indique que « *toute clause du contrat individuel d'un travailleur autonome économiquement dépendant affilié à un syndicat ou membre d'une association professionnelle de travailleurs autonomes sera nulle si elle entre en contradiction avec un accord d'intérêt professionnel signé par ce syndicat ou cette association et applicable à ce travailleur autonome économiquement dépendant en vertu de l'expression de*

---

<sup>409</sup> F. Valdès Dal-Ré et O. Leclerc, « *Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol* », Revue de droit du travail 2008, p.296 ;

son consentement exprès »<sup>410</sup>. Ainsi l'accord « *d'intérêt professionnel* » se distingue nettement de la convention collective dans la mesure où il ne produit pas d'effet *erga omnes*. Cet accord est conclu dans le respect des dispositions du Code civil. Il ne prévaut sur les dispositions contractuelles qu'à la double condition que le « travailleur autonome économiquement dépendant » soit personnellement adhérent au groupement signataire et ait accepté que l'accord « *d'intérêt professionnel* » lui soit applicable. La parasubordination est également prise en considération au sein de la législation italienne.

### ***B-La parasubordination en Italie***

Le législateur italien prend en considération la spécificité du travailleur parasubordonné en établissant un formalisme protecteur pour la conclusion du contrat de projet (1). De plus, la législation applicable au travailleur parasubordonné est semblable à celle applicable au salarié (2).

#### 1-Le formalisme protecteur du contrat de projet

**283.** Le décret législatif n°276/2003 dit Biagi introduit le contrat de projet afin de prendre en considération le phénomène de parasubordination. Ce décret législatif introduit un formalisme renforcé pour la conclusion du contrat de projet afin de protéger le travailleur parasubordonné. Ainsi l'article 62, alinéa 1<sup>er</sup> du décret législatif de 2003 indique que le contrat de projet doit être stipulé par écrit à des fins probatoires. Le législateur n'indique pas la sanction appliquée en l'absence d'écrit. La jurisprudence est ainsi intervenue afin de préciser la sanction applicable<sup>411</sup>. Pour les juges, le contrat de projet doit être rédigé par écrit *ad probationem* et non *ad substantiam*. Le législateur n'ayant prévu aucune sanction spécifique en l'absence d'écrit, le contrat de projet demeure valide. Le contrat de projet non rédigé par écrit n'est pas nul ni requalifié en contrat de travail à durée indéterminée. La jurisprudence, par sa souplesse, atténue la protection que le législateur a souhaitée conférer aux travailleurs parasubordonnés. Outre la présence d'un écrit, certaines mentions doivent être présentes au sein du contrat de projet : la durée, le montant, les modalités de la rémunération et les mesures d'hygiène et de sécurité.

---

<sup>410</sup> Article 3 §2 de la loi n°20/2007 portant Statut du travail autonome ;

<sup>411</sup> Tribunale di Ravenna, 25 novembre 2005, disponible sur le site Internet [www.i-psoa.it/portelavoro](http://www.i-psoa.it/portelavoro);

**284.** Selon l'article 61, alinéa 1<sup>er</sup> du décret législatif n°276/2003 dit Biagi, le contrat de projet doit contenir « *un ou plusieurs projets, programmes de travail ou phases de travail spécifiques* ». Une circulaire ministérielle du 8 janvier 2004 donne une définition de cette notion<sup>412</sup>. Le projet consiste « *en une activité bien identifiée et liée à un résultat final déterminé auquel le collaborateur participe directement avec sa prestation* ». Dès lors, le projet ne peut pas être étranger à l'activité de l'entreprise. La jurisprudence apporte des précisions relatives à la notion de projet. Le projet ne doit pas se confondre avec les modalités d'exécution de l'activité de l'entreprise. Il doit consister dans la création d'une nouvelle idée, d'un nouvel aspect de l'activité<sup>413</sup>. C'est pourquoi le décret législatif de 2003 qualifie le projet de « *spécifique* ». Ce qualificatif a pour conséquence que le projet doit être déterminé, précis. En l'absence de projet spécifique, le contrat de projet est requalifié en contrat de travail à durée indéterminée<sup>414</sup>. Cependant, pour les juges, cette requalification ne consiste qu'en une présomption simple. Il en est de même pour le Ministère du travail au sein de la circulaire ministérielle du 8 janvier 2004. Cette dernière énonce que « *l'article 69, alinéa 1<sup>er</sup>, établit une présomption qui peut être renversée si le donneur d'ordre fournit la preuve de l'existence d'une relation de travail effectivement autonome* ». Ainsi un contrat de projet ne contient pas nécessairement un projet. L'absence de projet a pour seule conséquence que le donneur d'ordre doit prouver l'existence d'une autonomie du travailleur dans le déroulement de la prestation de travail. Le travailleur parasubordonné bénéficie à certains égards d'une législation semblable à celle applicable au salarié.

## 2- Une législation semblable à celle du salarié

**285.** Dans certains domaines, le législateur permet au travailleur parasubordonné de bénéficier d'une protection assez proche de celle accordée au salarié. Cela se vérifie notamment en matière de rémunération. Selon l'article 63 du décret législatif de 2003, le titulaire d'un contrat de projet a droit à une rémunération « *proportionnée à la quantité et à la qualité du travail exécuté* ». Le donneur d'ordre doit prendre en considération les rémunérations « *habituellement payées pour des prestations de travail autonome équivalentes, au lieu où cette prestation est exécutée* » lors de la fixation de la rémunération du travailleur parasubordonné. Cela a été précisé par l'article 1, alinéa 772 de la loi n°296/2006. Cette disposition indique que la fixation du montant de la rémunération doit

---

<sup>412</sup> Circolare ministeriale n°1 dell'8 gennaio 2004 ;

<sup>413</sup> Tribunale di Modena, sezione lavoro, 21 febbraio 2006, disponible sur le site Internet [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it) ;

<sup>414</sup> Article 69 alinéa 1<sup>er</sup> du décret législatif n°276/2003 ;

prendre en considération les « *performances de qualité professionnelle équivalente* » et les « *accords collectifs de référence élaborés à l'échelon national* ». En matière de Sécurité sociale, un dispositif expérimental permet au travailleur parasubordonné d'obtenir une indemnité égale à 20% de la rémunération annuelle perçue lorsqu'il est sans emploi après avoir travaillé au moins trois mois pour un donneur d'ordre unique en contrepartie d'une rémunération annuelle comprise entre 5 000 et 13 819 euros<sup>415</sup>. Cela est novateur et semble pouvoir être apparenté à une assurance chômage. La parasubordination est également prise en considération par les législateurs britannique et allemand.

### ***C-La parasubordination au Royaume-Uni et en Allemagne***

**286.** Au Royaume-Uni, le législateur accorde une partie de la protection destinée aux salariés aux travailleurs parasubordonnés dits « *workers* ». Ainsi est applicable aux travailleurs parasubordonnés la législation relative aux salaires minimums, au temps de travail, au travail à temps partiel, etc. En 1999, le gouvernement britannique a annoncé la réduction des écarts de protection entre salariés et travailleurs parasubordonnés. Il souhaitait conférer une protection identique aux deux catégories de travailleurs. A l'heure actuelle, aucune disposition n'a été prise en ce sens.

**287.** En Allemagne, les quasi-salariés demeurent des travailleurs indépendants. Ils sont dès lors exclus du champ d'application de certaines dispositions du droit du travail tel le droit du licenciement. Cependant, les quasi-salariés se voient appliquer une partie de la législation du travail afin de bénéficier d'une protection minimale. Ils bénéficient dès lors des dispositions relatives aux litiges du travail, aux congés et aux conditions de travail. De plus, deux catégories de quasi-salariés possèdent des dispositions spécifiques. Ce sont les représentants de commerce et les travailleurs à domicile. En matière de Sécurité sociale, selon Monsieur le Professeur A. Perulli, « *le législateur allemand a remarquablement étendu le champ d'application du droit de la sécurité sociale, au-delà des frontières du travail salarié, pour y inclure les travailleurs, formellement travailleurs indépendants, qui se trouvent dans une situation de dépendance économique* »<sup>416</sup>. En effet, au regard du droit allemand de la protection sociale, est salarié celui qui cumule trois des critères suivants. Les critères légaux sont les suivants : le travailleur ne possède aucun salarié ou alors la rétribution de ce dernier est inférieure à une certaine somme mensuelle, le travailleur exécute sa prestation sur une

<sup>415</sup> Loi n°2/2009, article 19, commi 2 et 2 bis ;

<sup>416</sup> A. Perulli, « *Travail économiquement dépendant/ parasubordination : les aspects juridiques, sociales et économiques* », 2003 ;

longue période ou pour le compte d'un commanditaire essentiel, ce dernier fait exécuter une prestation de travail similaire par des travailleurs qui sont ses propres salariés, le travailleur exerce la même prestation de travail que lorsqu'il était salarié du commanditaire. En matière de protection sociale, le travailleur économiquement dépendant est protégé en Allemagne tel un salarié.

**288.** Néanmoins, ce régime juridique est fortement critiqué par la doctrine britannique. Pour Monsieur Mark Freedland, la catégorie tierce est trop fragile pour perdurer. Il serait préférable, selon lui, de repenser la qualification de salarié. Il propose d'élargir la notion de contrat de travail. Cette notion serait alors dénommée « *personal employment contract* »<sup>417</sup>. Ce contrat de travail repensé intègre dès lors dans le champ du droit du travail l'ensemble des contrats civils et commerciaux qui entraîne une dépendance économique du travailleur à l'égard de l'entreprise utilisatrice. Ainsi, entrent dans la catégorie de « *personal employment contract* » des contrats de travail, de droit civil ou de droit commercial qui font naître une relation de dépendance du travailleur à l'égard d'une entreprise utilisatrice. Le travailleur parasubordonné posséderait alors une protection identique à celle du salarié. Selon Monsieur Mark Freedland, l'élaboration d'une tierce catégorie est inutile et inefficace. Le droit comparé constitue une réelle source d'inspiration afin d'élaborer, en droit interne, des solutions protectrices des travailleurs parasubordonnés.

## **§2. Les solutions envisageables en droit interne**

En droit interne, les solutions envisageables sont proposées par la doctrine (A). Elles définissent la protection à accorder au travailleur parasubordonné (B).

### ***A-Les solutions proposées par la doctrine***

Les propositions doctrinales relatives à la prise en considération de la parasubordination (2) s'inscrivent au sein d'un contexte (1).

#### **1-Le contexte**

**289.** Depuis quelques années, le débat relatif à la dépendance économique retrouve une certaine importance notamment grâce à certains articles<sup>418</sup>, rapports<sup>419</sup> que cela soit en France,

---

<sup>417</sup> M. Freedland, « *The Personal Employment Contract* », OUP 2003, p.28;

<sup>418</sup> E. Peskine, « *Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie* », RDT, 2008, p.371 ;

à l'étranger ou au sein de la Commission européenne. Cette prise en considération de la dépendance économique du travailleur n'a rien de surprenant dans la mesure où ce phénomène existe depuis fort longtemps et qu'il s'est récemment développé par l'apparition de nouvelles formes d'organisation économique tels les réseaux de distribution, l'essaimage, la sous-traitance et l'externalisation.

**290.** La législation française prend déjà en considération la dépendance économique. Elle institue un statut protecteur au bénéfice des travailleurs économiquement dépendants. La majeure partie du dispositif de protection se trouve au sein de la partie VII du Code du travail. Le Code de commerce offre également une protection contre la dépendance économique au bénéfice de certaines personnes tels les gérants-mandataires, les agents commerciaux, les vendeurs à domicile indépendants, etc. La législation actuelle prend en considération la dépendance économique mais uniquement de façon ponctuelle. La multiplication des situations de parasubordination nécessite la prise en considération du phénomène de manière globale. Une législation ponctuelle semble, dans ce contexte, perdre en crédibilité et en efficacité. D'autant que le travailleur parasubordonné est privé à deux égards de protection. N'étant pas salarié, il ne peut prétendre à la protection juridique définie par le Code du travail. N'étant pas totalement indépendant, il ne bénéficie pas de la protection donnée par la multiplicité des donneurs d'ordre. Cette évolution des relations de travail est à l'origine de plusieurs propositions doctrinales ayant pour objectif la protection du travailleur économiquement dépendant.

## 2-Les propositions doctrinales

La doctrine a d'ores et déjà formulé trois propositions majeures. La première consiste en une extension du domaine du salariat **(a)**. La deuxième prône la création d'un droit de l'activité professionnelle **(b)**. La troisième consiste en la création d'une catégorie juridique intermédiaire entre indépendant et salarié **(c)**.

### *a-L'extension du domaine du salariat*

**291.** Certains auteurs prônent une extension du salariat. Selon eux, l'extension peut être réalisée par deux moyens, soit par un assouplissement de la notion de subordination juridique,

---

<sup>419</sup> A. Perulli, « Travail économiquement dépendant/ parasubordination : les aspects juridiques, sociales et économiques », 2003 ; A. Supiot, « Au-delà de l'emploi », Flammarion, 1999 ;

soit par un accroissement des professions présentes au sein de la partie VII du Code du travail. Cette position doctrinale est critiquée par certains auteurs notamment Monsieur le Professeur P.-H. Antonmattei. Pour ce dernier, il est inutile de dénaturer la notion de lien de subordination juridique. D'autant que le travailleur économiquement dépendant se situerait davantage dans le domaine du travail indépendant. En ce qui concerne l'intégration de nouvelles professions au sein de la partie VII du Code du travail, cela ne répond pas à la création d'un régime global et homogène au bénéfice des travailleurs économiquement dépendants. Une autre proposition doctrinale consiste en la création d'un droit de l'activité professionnelle.

### *b-Le droit de l'activité professionnelle*

**292. Présentation du droit de l'activité professionnelle.** Aucun texte légal ne définit l'activité professionnelle. La doctrine définit la profession d'une personne telle « *l'activité qu'elle exerce d'une manière habituelle en vue d'en tirer un revenu lui permettant de vivre* »<sup>420</sup>. Une définition négative de l'activité professionnelle est réalisée par la jurisprudence qui définit le bénévolat. Pour Monsieur le Professeur J. Barthélémy, le bénévolat est une « *activité exercée par une personne physique pour sa seule satisfaction personnelle et sans aucune contrepartie financière, en tout cas lucrative* »<sup>421</sup>. Ce droit de l'activité professionnelle est composé de deux ensembles de règles. L'un applicable à l'ensemble des travailleurs, du plus subordonné au plus indépendant. L'autre est fonction du degré de subordination ou d'autonomie du travailleur et du niveau de protection requis par sa situation. « *Le passage d'un niveau de protection à un autre peut être très progressif et cela est de nature à justifier des solutions adaptées à chaque situation particulière. D'où un progrès, car cela permet d'abandonner une conception technicienne du droit pour un droit vivant, lui-même inspiré d'une approche organisationnelle* »<sup>422</sup>. L'intérêt de la création d'un droit de l'activité professionnelle est la suppression de la distinction existante entre travailleur indépendant et travailleur salarié par la constitution d'un socle de règles commun à tous les travailleurs.

**293. Contenu du droit de l'activité professionnelle.** Le socle commun à tous les travailleurs comporte l'ensemble des droits fondamentaux mentionné notamment au sein des

---

<sup>420</sup> J. Barthélémy, « *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* », Les cahiers du DRH, juin 2008, n°144 ;

<sup>421</sup> J. Barthélémy, « *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* », Les cahiers du DRH, juin 2008, n°144 ;

<sup>422</sup> J. Barthélémy, « *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* », Les cahiers du DRH, juin 2008, n°144 ;

principes constitutionnels et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Tout d'abord, le socle commun offre à tous les travailleurs une protection sociale. Cela paraît cohérent notamment avec l'harmonisation actuelle des régimes de protection sociale. En ce qui concerne les droits individuels, le socle commun offre à l'ensemble des travailleurs le respect de la vie privée et personnelle, le droit d'expression, le droit à l'égalité, le droit à la dignité et le respect de l'interdiction des discriminations. Tout travailleur bénéficie également des dispositions relatives à l'hygiène, la santé et la sécurité en vertu de l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui dispose que « *toute personne a droit à des conditions équitables et satisfaisantes de travail* ». Le socle commun du droit de l'activité professionnelle permet aussi à tout travailleur de bénéficier d'un droit à la formation et à l'adaptation. En ce qui concerne les droits collectifs, le socle commun offre à tous les travailleurs le respect du droit à la coalition, du droit de grève et du droit à la négociation. Quant au socle variable, il est fonction du degré d'autonomie de chacun des travailleurs et de leurs diverses situations personnelles. Ce droit de l'activité professionnelle est l'objet de critiques.

**294. Critique du droit de l'activité professionnelle.** Certains auteurs indiquent que la création d'un droit de l'activité professionnelle est une source de complexité. En effet, pour ces auteurs, ce droit remplace deux statuts existants par une pluralité de statuts. Cette pluralité de situations entraîne une certaine insécurité juridique nécessitant un recours excessif au juge. De plus, pour Monsieur le Professeur P.-H. Antonmattei, « *un droit de l'activité professionnelle ne gommara pas les particularités du travailleur salarié, du travailleur indépendant et du travailleur indépendant économiquement dépendant* »<sup>423</sup>. Une autre proposition doctrinale suggère la création d'une catégorie intermédiaire.

#### *c-La création d'une catégorie intermédiaire*

**295.** Certains auteurs souhaitent admettre l'originalité de la situation factuelle des travailleurs économiquement dépendants. Pour cela ils prônent la création d'une catégorie tierce qui se situerait entre les catégories juridiques d'indépendant et de salarié. La création de cette troisième qualification répond à l'existence d'une situation factuelle. De nombreux travailleurs, sans être qualifiés de salariés, se trouvent dans une situation de dépendance économique. Le recours à cette troisième qualification a pour objectif principal de fournir une

---

<sup>423</sup> P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008, n°6, p.5 ;

protection à ces travailleurs. Une protection supérieure à celle des travailleurs indépendants mais inférieure à celle des salariés. Cette proposition doctrinale subit de nombreuses critiques, notamment celle « *de remplacer une frontière floue par deux qui le seront tout autant* »<sup>424</sup>. Cependant, pour certains auteurs, le risque semble pouvoir être pris dans la mesure où la distinction entre indépendant et salarié ne parvient pas à s'adapter aux mutations actuelles des relations de travail. Quelles que soient les propositions doctrinales, celles-ci prônent la nécessaire protection du travailleur parasubordonné.

### ***B-La protection accordée au travailleur parasubordonné***

La protection accordée au travailleur parasubordonné consiste en l'application de certaines dispositions (1) et en l'existence de régimes social et fiscal de faveur (2).

#### 1-Les dispositions bénéficiant au travailleur économiquement dépendant

**296.** Selon de nombreux auteurs, il est souhaitable d'élaborer un régime de protection des travailleurs économiquement dépendants. Au sein de son rapport, Monsieur le Professeur P.-H. Antonmattéi suggère des règles essentielles de protection du travailleur parasubordonné. Selon lui, le travailleur économiquement dépendant doit jouir de droits individuels (a) et collectifs (b).

##### *a-La jouissance de droits individuels*

**297.** En ce qui concerne le bénéfice des droits fondamentaux, de nombreux droits, reconnus par des sources tant nationales qu'internationales, ne sont pas réservés aux seuls travailleurs salariés. Le travailleur économiquement dépendant peut notamment bénéficier des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. En effet, la loi du 27 mai 2008 dispose que « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y*

---

<sup>424</sup> J. Barthélémy, « *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* », Les cahiers du DRH, juin 2008, n°144 ;

*compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle* »<sup>425</sup>.

**298.** En ce qui concerne la formation professionnelle, l'article L.6312-2 du Code du travail dispose que « *Les travailleurs indépendants, les membres des professions libérales et des professions non-salariées, y compris ceux n'employant aucun salarié, ainsi que leur conjoint collaborateur ou leur conjoint associé mentionné à l'article L.121-4 du Code de commerce, bénéficient personnellement du droit à la formation professionnelle continue* ». Afin de permettre aux travailleurs économiquement dépendants de bénéficier de ce droit, deux solutions sont envisageables. Tout d'abord, lorsque la durée de la prestation de travail réalisée est importante, il est possible d'imposer une obligation au donneur d'ordre. Ce dernier serait en quelque sorte soumis aux mêmes obligations qu'un employeur. Ensuite, il est possible d'imaginer la création d'un compte épargne formation bénéficiant aux travailleurs économiquement dépendants. Ce compte serait alimenté par des cotisations payées par les donneurs d'ordre aux organismes collecteurs. Le montant de la cotisation pourrait être égal à 1, 5% ce qui correspond au minimum légal bénéficiant aux travailleurs salariés.

**299.** En ce qui concerne la rémunération, deux solutions sont également envisageables. La première consiste en une rémunération minimale légale. Il s'agit de l'option la plus protectrice du travailleur économiquement dépendant pour autant celle-ci réduit fortement la liberté contractuelle. Cette solution est déjà présente au sein du Code du travail<sup>426</sup> en ce qui concerne les gérants non salariés de succursales de commerce de détail alimentaire et au sein du Code de commerce<sup>427</sup> en ce qui concerne les gérants mandataires. Selon Monsieur le Professeur P.-H. Antonmattei, « *cette solution ne se conçoit toutefois que dans une relation contractuelle qui représente pour le travailleur l'intégralité de son activité professionnelle. La diversité des métiers concernés ne facilite pas non plus la démarche : le renvoi à des négociations professionnelles est alors pertinent* »<sup>428</sup>. La seconde solution consiste à se contenter d'un standard juridique afin de préserver la liberté contractuelle. Cependant, la protection du travailleur économiquement dépendant est moindre. Ce standard pourrait être celui qui est appliqué aux agents commerciaux, « *une rémunération raisonnable qui tient compte de tous*

---

<sup>425</sup> Article 2 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

<sup>426</sup> Article L.7322-3 du Code du travail ;

<sup>427</sup> Article L.146-3 du Code de commerce ;

<sup>428</sup> P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008, n°26, p.19 ;

*les éléments qui ont trait à l'opération* »<sup>429</sup>. Selon certains auteurs, le travailleur économiquement dépendant possédant un lien d'exclusivité ou de quasi-exclusivité avec son donneur d'ordre pourrait bénéficier des mesures d'épargne salariale. Cela bénéficie d'ores et déjà aux agents généraux d'assurance grâce aux conventions collectives d'entreprise.

**300.** En ce qui concerne le respect des dispositions relatives à l'hygiène, la sécurité et la santé, celui-ci est indispensable à une protection efficace du travailleur économiquement dépendant d'autant que ces dispositions n'ont pas pour seuls bénéficiaires les travailleurs salariés. Cette solution paraît d'autant plus justifiée lorsque le travailleur économiquement dépendant réalise sa prestation de travail au sein des locaux de l'entreprise cliente. Même lorsque le travailleur économiquement dépendant réalise sa prestation en dehors de l'enceinte de l'entreprise cliente, il est possible de considérer que ces règles s'appliquent à partir du moment où cette dernière a consenti à l'exercice de la prestation de travail en ces lieux.

**301.** En ce qui concerne le respect des dispositions relatives au temps de travail, il paraît complexe d'appliquer en tant que telles ces dispositions dans la mesure où le travailleur économiquement dépendant jouit d'une importante autonomie organisationnelle. En revanche, il paraît nécessaire, pour des raisons de santé et de sécurité, d'appliquer les dispositions relatives aux temps de repos comme le prévoit la législation espagnole<sup>430</sup>.

**302.** En ce qui concerne l'élaboration de règles protectrices relatives à la conclusion et à la rupture du contrat, il semble falloir se référer aux dispositions relatives au gérant-mandataire<sup>431</sup>. Le travailleur économiquement dépendant doit être suffisamment éclairé avant de s'engager par un contrat. Il doit dès lors recevoir des informations relatives à la prestation de travail, à la situation économique et financière du donneur d'ordre. Il doit également bénéficier d'un délai de réflexion préalable à la signature du contrat. Il semble que la rédaction du contrat par écrit est indispensable, tout comme la mention des éléments essentiels de l'engagement.

Au moment de la rupture du contrat, se manifeste la fébrilité du travailleur économiquement dépendant. Il semble dès lors nécessaire qu'il bénéficie d'un préavis préalable à la rupture ainsi que d'une indemnité minimale de rupture. Selon Monsieur le

---

<sup>429</sup> Article L.134-5, al.2 du Code de commerce ;

<sup>430</sup> F. Valdes Dal-Re et O. Leclerc, « *Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol* », Revue de droit du travail 2008, p.296 ;

<sup>431</sup> Articles L.146-2 et L.146-4 du Code de commerce ;

Professeur P.-H. Antonmattei, l'indemnité pourrait constituer 10% du chiffre d'affaires réalisé durant l'exécution du contrat. Ce pourcentage pourrait être révisé à la hausse ou à la baisse par la négociation collective<sup>432</sup>. En revanche toute motivation de la rupture paraît inutile sauf à s'inspirer de la législation espagnole ayant recours à la notion de « *cause justifiée* » de rupture du contrat<sup>433</sup>. Cette obligation de motivation serait par essence fortement protectrice du travailleur économiquement dépendant mais justement peut-être un peu trop protectrice. En cas de litige, la juridiction compétente semble devoir être le Conseil de prud'hommes par référence au droit comparé. Le travailleur économiquement dépendant jouit également de droits collectifs.

### *b-La jouissance de droits collectifs*

**303.** En ce qui concerne le bénéfice de droits collectifs fondamentaux, le travailleur économiquement dépendant peut jouir de certains d'entre eux notamment du droit de grève et du droit à la négociation collective. Le droit de grève n'est pas nécessairement lié au salariat. C'est du reste ce qu'indique Monsieur le Professeur A. Supiot par la proposition suivante, « *il y a longtemps en réalité que la grève a débordé le cadre du seul contrat de travail salarié, et si le droit de grève n'a encore été étendu qu'à une seule catégorie de travailleurs non salariés (les fonctionnaires), la pratique de la grève est devenue chose usuelle chez les travailleurs indépendants* »<sup>434</sup>. Il ajoute que sur le fondement de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne il est possible de « *reconnaître un droit d'action collective à tous les travailleurs indépendants en situation de « parasubordination* ». D'autant que le préambule de la Constitution de 1958 ne limite pas expressément le droit de grève aux seuls salariés. La reconnaissance d'un tel droit aux travailleurs parasubordonnés requiert certains aménagements juridiques. Le législateur devra ainsi prévoir le maintien du contrat commercial durant la période de grève et la non substitution du gréviste par un autre travailleur afin de garantir l'effectivité du droit de grève.

Selon le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1958, « *tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective de ses conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises.* » Ainsi, la Constitution ne restreint pas le

---

<sup>432</sup> P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008, n°28, p.20 ;

<sup>433</sup> F. Valdes Dal-Re et O. Leclerc, « *Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol* », Revue de droit du travail 2008, p.296 ;

<sup>434</sup> A. Supiot, « *Revisiter les droits d'action collective* », Dr. soc. 2001, 687, spéc. 694 ;

droit à la négociation collective au seul bénéfice des salariés. D'ailleurs certains travailleurs économiquement dépendants jouissent d'ores et déjà d'un statut négocié : ce sont les agents généraux d'assurance<sup>435</sup>. La seule difficulté est de définir les organisations syndicales ayant la capacité de négocier au nom des travailleurs économiquement dépendants. Il est possible de s'inspirer des législations italienne et espagnole qui prônent des structures syndicales spécifiques à cette catégorie de travailleurs. L'accord conclu n'aurait pas nécessairement un effet *erga omnes* si la législation espagnole sert de modèle d'inspiration. En effet, en Espagne, pour bénéficier de l'accord collectif, le travailleur économiquement dépendant doit adhérer à une organisation syndicale signataire. La protection du travailleur économiquement dépendant peut également résulter d'un régime fiscal et d'un régime social de faveur.

## 2-Le régime fiscal et le régime social du travailleur économiquement dépendant

**304.** Au sein d'un système juridique fondé sur le dualisme entre indépendant et salarié, tout entrepreneur relève de la qualification d'indépendant tel est le cas du travailleur économiquement dépendant. Cependant des aménagements peuvent être réalisés tant sur le plan social **(a)** que sur le plan fiscal **(b)** afin de prendre en considération la dépendance économique du travailleur.

### *a-Régime social*

**305.** En matière de Sécurité sociale, l'harmonisation des régimes permet d'accorder sans complexité un régime de Sécurité sociale protecteur au travailleur économiquement dépendant. Le régime de protection accordé aux travailleurs indépendants est similaire à celui dont bénéficient les salariés à l'exception des couvertures chômage et accidents du travail et maladies professionnelles. De façon théorique, il n'y a aucune difficulté à appliquer le régime général de la Sécurité sociale aux travailleurs économiquement dépendants. En revanche, en pratique, la complexité provient de la pluralité des donneurs d'ordre. En effet, se pose alors la question du paiement des cotisations de Sécurité sociale. Celle-ci paraît complexe. Monsieur le Professeur P.-H. Antonmattei suggère dès lors d'appliquer aux travailleurs économiquement dépendants le régime de Sécurité sociale des travailleurs indépendants tout en ajoutant une couverture relative à la protection contre le chômage et les accidents du travail et maladies professionnelles. En ce qui concerne cette dernière couverture, Monsieur le

---

<sup>435</sup> J. Barthélémy, « Une convention collective de travailleurs indépendants ? Réflexions à propos des accords du 16 avril 1996 fixant le statut des agents généraux d'assurance », Dr. soc. 1997, p.40 ;

Professeur J. Barthélemy propose qu'elle incombe aux donneurs d'ordre<sup>436</sup>. Des aménagements peuvent également être conférés au bénéficiaire du travailleur économiquement dépendant en matière fiscale.

### *b-Régime fiscal*

**306.** En matière fiscale, l'indépendance technique et la dépendance économique du travailleur semblent nécessairement ouvrir une option au bénéfice de celui-ci. Le travailleur économiquement dépendant doit pouvoir choisir entre le régime d'imposition salarié ou celui des bénéficiaires non commerciaux. Cette option fiscale est d'ailleurs retenue pour les agents d'assurance. En droit positif, la prise en considération de la notion de parasubordination et de son régime permettrait de mettre un terme à l'ensemble des extensions du contrat de travail.

---

<sup>436</sup> P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008, n°19, p.16 ; J. Barthélemy, Parasubordination, Les cahiers du DRH, mai 2008, n°143 ;

## Conclusion

**307.** Une seule certitude demeure tout au long de ces écrits : l'indisponibilité de la qualification de contrat de travail. La législation du travail étant pour l'essentiel d'ordre public, la qualification contractuelle retenue par les parties est indifférente. Le juge possède le pouvoir de requalifier toute relation contractuelle en contrat de travail. Le déséquilibre contractuel inhérent à la relation de travail implique nécessairement un recours au juge afin de protéger le travailleur. Ainsi très rapidement, la Cour de cassation affirme que la volonté des parties est « *impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche* »<sup>437</sup>. Plus récemment, la Cour de cassation use de la formule suivante, « *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* »<sup>438</sup>. Ce fil conducteur est en contradiction avec le droit commun des contrats et plus précisément avec l'article 1134 du Code civil qui dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». L'absence d'importance conférée à la qualification contractuelle retenue par les parties provient d'un désir de protection du salarié. Aucun contrat ne doit avoir pour objectif d'é luder le statut protecteur du salarié. Ainsi, le caractère d'ordre public de la législation du travail fait prévaloir le principe du réalisme. L'importance est donnée aux faits. Ce principe n'a subi qu'un seul tempérament : la présomption de non-salariat. Celle-ci est mise en oeuvre en présence d'un travailleur immatriculé. En pratique, après une étude succincte de la jurisprudence, il est possible d'observer que cette présomption ne possède aucune portée. En effet, la possibilité conférée au juge de requalifier toute relation contractuelle en contrat de travail n'est en rien limitée par l'existence de cette présomption.

**308.** Objet d'intenses débats doctrinaux, la dépendance économique est fortement présente au sein de l'évolution historique du contrat de travail. Dès 1931, la Cour de cassation, au sein de l'arrêt *Bardou*, rejette expressément la dépendance économique comme critère du contrat de travail. Selon cet arrêt, « *la condition juridique d'un travailleur à l'égard*

---

<sup>437</sup> Cass. Plén., 4 mars 1983, D. 1983.381 ;

<sup>438</sup> Cass. Soc., 19 décembre 2000, Dr. soc. 2001.227 ;

*de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ; (...) la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* ». Le contrat entre les parties doit avoir pour effet de placer le salarié « *sous la direction, la surveillance et l'autorité* » de son employeur<sup>439</sup>. Cependant très rapidement, la Cour de cassation, tout comme le législateur, s'aperçoit que la dépendance économique doit être prise en considération afin de protéger certains travailleurs. La jurisprudence élabore alors la notion d'intégration du travailleur au sein d'un service organisé. D'abord hissée au rang de critère du contrat de travail, cette dernière notion ne devient finalement qu'un indice du lien de subordination. En effet, selon la Cour de cassation, la prestation de travail réalisée au sein d'un service organisé constitue « *un indice de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail* »<sup>440</sup>.

La multiplication des extensions du contrat de travail et de la législation du travail est l'objet de critiques doctrinales. Récemment, la Cour de cassation a conféré la qualité de salarié aux participants de l'émission de télé-réalité « l'île de la tentation ». Cette position jurisprudentielle a été fortement critiquée. Le législateur, quant à lui, prend en considération la dépendance économique de certains travailleurs par l'élaboration de présomptions de qualification de contrat de travail et d'assimilations au salariat. Cependant, l'ensemble de ces initiatives paraît inadapté à l'évolution du marché du travail et aux mutations des relations de travail. Il semble nécessaire d'appréhender le phénomène de dépendance économique de manière globale. En effet, la frontière entre indépendance et salariat paraît de plus en plus perméable. C'est pourquoi, tout en s'inspirant du droit comparé, la doctrine a élaboré la notion de travailleur parasubordonné. Elle remet dès lors en cause la distinction binaire entre indépendance et salariat en proposant la constitution d'une tierce catégorie juridique<sup>441</sup>.

**309.** Dans son rapport annuel pour l'année 2009, la Cour de cassation a réalisé une troisième partie consacrée à l'étude au sein de sa jurisprudence des personnes vulnérables. Cette prise en considération par la Cour de cassation de la vulnérabilité de certains travailleurs démontre les insuffisances du contrat de travail. En effet, celui-ci n'est pas présent au sein de

---

<sup>439</sup> Cass. Civ., 6 juillet 1931, DP 1931.1.121 ; Grands arrêts, n°1 ;

<sup>440</sup> Cass. Soc., 15 novembre 1996, Dr. soc. 1996.1067 ;

<sup>441</sup> P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008 ;

l'ensemble des relations de travail. Certains travailleurs, malgré les extensions jurisprudentielles et légales du contrat de travail et de la législation du travail, demeurent privés de toute protection minimale. Forte de cette constatation, la Cour de cassation s'attache notamment à la protection d'une « nouvelle » catégorie de travailleurs : les stagiaires. Selon elle, « *Devenu désormais aujourd'hui le principal outil de validation d'une formation de niveau élevé, le stage en entreprise s'est fort développé ces dernières années. De période provisoire et accessoire, il est devenu pour un nombre croissant de jeunes, un passage long et « par défaut », faisant naître chez ces jeunes des inquiétudes grandissantes sur la précarité de leur situation* »<sup>442</sup>.

Le stagiaire est en situation d'insécurité juridique et de vulnérabilité vis-à-vis de l'entreprise pour laquelle il exerce une activité. Théoriquement, le stagiaire ne bénéficie pas de la qualité de salarié dans la mesure où il n'exécute pas une prestation de travail. C'est ainsi que le législateur au sein de la loi du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances précise que « *Les stages en entreprise ne relevant ni des dispositions de l'article L. 211-1 (L. 4153-1 et suivants) du code du travail, ni de la formation professionnelle telle que définie par (l'ancien) livre IX du même code font l'objet entre le stagiaire, l'entreprise d'accueil et l'établissement d'enseignement d'une convention dont les modalités sont déterminées par décret. Ces stages, à l'exception de ceux qui sont intégrés à un cursus pédagogique, ont une durée initiale ou cumulée, en cas de renouvellement, qui ne peut excéder six mois. Lorsque la durée du stage est supérieure à trois mois, consécutifs, celui-ci fait l'objet d'une gratification dont le montant peut être fixé par convention de branche ou par accord professionnel étendu ou, à défaut, par décret. Cette gratification n'a pas le caractère d'un salaire au sens de l'article L.140-2 (L.3221-3) du même code* »<sup>443</sup>.

Néanmoins, en pratique, une convention de stage implique nécessairement « *l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité fonctionnelle de l'entreprise d'accueil* »<sup>444</sup>. Toute la problématique est explicitée par la Cour de cassation. Selon elle, « *Ces tâches professionnels doivent, à titre principal, être en lien avec les connaissances acquises par l'élève ou l'étudiant qui a souhaité les mettre en œuvre. En pratique, cependant, le stagiaire ne peut pas refuser d'accomplir tout ou partie des « tâches » qui lui auront été confiées par l'entreprise d'accueil même si celles-ci ne relèvent pas, à l'évidence, d'une mise*

---

<sup>442</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, 2009, troisième partie ;

<sup>443</sup> Article 9 de la loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances ;

<sup>444</sup> Cass. Soc., 4 octobre 2007, n°06-44.106 ;

*en pratique de ses connaissances spécifiques* »<sup>445</sup>. Aux fins de protection du stagiaire, une action en requalification de la convention de stage en contrat de travail lui est ouverte. Cependant, cette action demeure en partie illusoire dans la mesure où le stagiaire est dépendant de l'entreprise d'accueil au regard de sa notation. Ainsi, la Cour de cassation<sup>446</sup> rappelle qu'il demeure des travailleurs qui ne sont pas protégés par l'existence d'un contrat de travail ou par une application minimale du droit du travail. Ceux-ci se situent encore actuellement au sein d'une situation de précarité et de vulnérabilité. Il semble dès lors utile de mettre en oeuvre une véritable protection minimale applicable à l'ensemble des travailleurs quelle que soit la relation de travail existante.

---

<sup>445</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, 2009, troisième partie ;

<sup>446</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, 2009, troisième partie.

## **Index**

*(Il est à préciser que les numéros font référence aux numéros de page.)*

<b>A</b>	<b>D</b>
Allemagne..... 136,139,142,149	Dépendance économique 20,42,43,44,66,71,73,88,99,106,110,116 ,120,135,138,140,141,143,150,151,153, 158,160
Artiste du spectacle ..... 87,88,92,97,106,107,108	Dissimulation d'emploi salarié.....30,31
Assimilation au salariat 26,98,99,111,116,117,120,125,126,129, 144	Disssimulation d'emploi salarié .....28
Autonomie des parties ..... 9,10	Documentaire .....79,96,97
<b>B</b>	Droit comparé .....98,136,139,140,142,150,157,161
Bénévolat ..... 6,36,38,39,81,152	Droit de l'activité professionnelle ..... 151,152,153,154,168
Bonne foi ..... 12,13	<b>E</b>
<b>C</b>	Engagement religieux .....38,41
Contrat de collaboration ..... 57,58,59,69	Espagne ..... 136,142,158
Contrat de franchise..... 60,171	<b>F</b>
Contrat de jeu ..... 79,80,81,89	Flexibilité ..... 18,19
Contrat de mandat..... 35,46,55	<b>G</b>
Contrat de projet ..... 138,147,148	Gérant non salarié ..... 117,118,119
Contrat de société ..... 56,63	Gérant salarié ..... 111,112,113,114,115,116,118,119
Contrat de travail ..... 17	<b>I</b>
Contrat d'entreprise..... 6,35,54,55,124	Italie ..... 136,137,142,147
Convention de stage ..... 56,57,162,163	

<b>J</b>	
Journaliste professionnel .	103,104,105,106
<b>L</b>	
Lien de subordination juridique	..... 24,28,38,45,48,53,83,85,92,118,152
Lien de subordination juridique permanente.....	24,26,32
Louage de services.....	7,8,62,132
<b>M</b>	
Mannequin .....	109,110,128
<b>O</b>	
OIT .....	13,14
<b>P</b>	
Para subordination	..... 98,99,131,142,147,149,159,168
Portage salarial .....	125,126,127,128
Prééminence de la réalité .....	22,33
Présomption de non-salariat .....	31,32
Présomption irréfragable .....	99,100,102
Présomption simple	26,32,43,49,53,103,104,106,107,108,109,110,148
<b>R</b>	
Requalification	23,24,28,29,33,35,39,49,57,65,68,75,88,94,112,127,138,148,163
Risque économique .....	42,50
Royaume-Uni .....	136,138,139,142,149
<b>S</b>	
Service organisé	.....38,42,43,45,47,48,49,51,57,77,161
<b>T</b>	
Télé-réalité .....	79,81,84,85,87,88,169,170
Travail en famille .....	38,39
Travailleur à domicile	.....20,119,120,121,122,123,124
Travailleur européen .....	14,17,18
Travailleur économiquement dépendant	.....74,139,141,150,154,156,158
Travailleur indépendant	5,6,20,31,50,55,61,124,125,133,135,140,153
<b>U</b>	
Union européenne	.....13,14,16,135,136,143,157

## *Bibliographie*

### Ouvrages généraux :

- Aragon, « *Les cloches de Bâle* », éd. Folio ;
- Brun et Galland, Droit du travail, Sirey, 2<sup>ème</sup> édition ;
- Dictionnaire édition Larousse ;
- Dictionnaire édition Littré ;
- Dictionnaire édition Le Robert ;
- G. Cornu, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF ;
- G. Couchez, Procédure civile, 15 édition, Sirey Université ;
- Malaurie et Aynès, Droit civil- Les obligations, éd. Cujas 1998 ;
- Ph. Malaurie et P. Morvan, introduction générale au droit, Defrénois, 2<sup>ème</sup> édition, 2005 ;
- Ouvrage Lamy Droit du contrat, 2009 ;
- Ouvrage Lamy social, 2009 ;
- J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 22<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, n°1 ;

- Rapport sur les revirements de jurisprudence, Litec, 2005.

### **Ouvrages spéciaux :**

- Ch. Baudelot et M. Gollac, Travailler pour être heureux ?, Fayard, 2003 ;
- Coeuret, I. Fortis, Droit pénal du travail, Litec, 2<sup>ème</sup> édition, 2001 ;
- E. Dockès , Droit du travail, HyperCours, Dalloz 2005 ;
- JurisClasseur Travail Traité, fascicule 17-1 : salariat ;
- JurisClasseur Travail Traité, fascicule 4-5 : Gérants de succursales, J.-F. Cesaro, n°29 ;
- G.Lyon-Caen, Le droit du travail non salarié, Ed. Sirey 1990 ;
- Th. Revet, La force de travail. Etude juridique, Litec, 1992 ;
- Supiot, Au-delà de l'emploi, Flammarion, 1999 ;
- J.-L. Vergne, Mutation du travail et révolution de l'emploi, le rapport d'entreprise et progrès, Magnard Vuibert Multimédia.

### **Articles de doctrine :**

- P.-H. Antonmattei, J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* », Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008 ;

- D. Asquinazi-Bailleux, « *La difficile distinction du contrat de bénévolat et du contrat de travail* », RJS 2002, p.983 ;
- J. Barthélémy, « *Qualification de l'activité du participant à une émission de télé-réalité* », Semaine Sociale Lamy, 07 septembre 2009, n°1411 ;
- J. Barthélémy, « *Parasubordination* », Les cahiers du DRH , mai 2008, n°143
- J. Barthélémy, « *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* », Les cahiers du DRH, juin 2008, n°144 ;
- J. Barthélémy, « *Une convention collective de travailleurs indépendants ? Réflexions à propos des accords du 16 avril 1996 fixant le statut des agents généraux d'assurance* », Dr. soc. 1997, p.40 ;
- M. Bonnechère, « *La libre circulation des travailleurs dans l'Union Européenne* », Droit ouvrier, août 1995, p. 319 ;
- D. Boulmier, *Quand le « lien de subordination juridique permanente » restreint la portée de la loi Madelin*, Semaine Sociale Lamy, 22 février 1999, n°922 ;
- G. Canivet, « *La procédure d'admission des pourvois en cassation* », D. 2002. 2195 ;
- J.-F. Cesaro, « *Les pasteurs ne sont pas liés aux associations culturelles par un contrat de travail* », JCP S, n°15, 4 Octobre 2005, 1232 ;
- F. Champeaux, « *Les taxis de la marge (1)* », Semaine Sociale Lamy , 15 janvier 2001, n°1011 ;
- D. Cohen, L. Gamet, « *Loft story : le jeu-travail* », n°9/ 10 Septembre - Octobre 2001, p.791 ;
- N. Côte, « *Le portage salarial : entre innovations et dérives* », JCP E 2002, p. 1758 ;

- Ph. Coursier, « *La notion de travailleur salarié en droit social communautaire* », Droit social, 3 mars 2003, p.305 ;
- M. Diakhaté-Faye, « *un régime pour le travail indépendant : une autre lecture des décisions requalifiant les contrats de location de véhicule équipé taxi (VET)* », Jurisprudence Sociale Lamy, 04 décembre 2001, n°91 Chronique ;
- B.Edelman, « *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau* », D. 1997, chr. p. 185 ;
- A. Fabre, « *Le portage salarial au milieu du gué ?* », Semaine sociale Lamy, 08 mars 2010, n°1435-1436 ;
- A. Fossaert, « *Télé-réalité et contrat de travail* », Semaine sociale Lamy, 07 septembre 2009, n°1411 Supplément ;
- M. Freedland, « *The Personal Employment Contract* », OUP 2003, p.28 ;
- H. Gosselin, « *Le portage salarial face au contrat de travail* », Semaine Sociale Lamy, 22 février 2010, n°1434 ;
- H. Groutel, « *Le critère du contrat de travail* », Etudes offertes à G.-H. Camerlynck ;
- M.-C. Haller, Jurisprudence Sociale Lamy, 06 avril 2010, n°274 ;
- A. Jeammaud sous Cass. Soc., 14 janvier 1982, D.1983 IR 201 ;
- A. Jeammaud, « *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail à propos de l'arrêt Labbane* », Dr. Soc., Mars 2001, p. 231 ;
- A. Jeammaud, Dr. soc., 2 février 2004, p. 205 ;
- J.-Y. Kerbourc'h, « *Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main d'œuvre illicite ?* », Dr. soc. 2007, p. 72 ;

- G. Lyon-Caen, « *Où mènent les mauvais chemins* », Dr. Soc. 1995, p.648 ;
- G. Lyon-Caen, « *Défense et illustration du contrat de travail* », APD, t. XIII, 1968, p. 14 ;
- P. Morvan, « *Télé-réalité et contrat de travail (1<sup>ère</sup> partie)* », Semaine sociale Lamy, 16 octobre 2006, n°1278 ;
- P. Morvan, « *Télé-réalité et contrat de travail* » (2<sup>ème</sup> partie), Semaine Sociale Lamy, 23 octobre 2006, n°1279 ;
- P. Morvan, « *Le contrat de télé-réalité À propos des arrêts « Ile de la tentation »* », Semaine sociale Lamy, 09 juin 2008, n°1357 ;
- P. Morvan, « *Eloge juridique et épistémologique du portage salarial* », Dr. soc. 2007, p. 607 ;
- P. Morvan, « *Le portage salarial face à son destin* », JCP S 2008, 1363 ;
- A. Perulli, « *Travail économiquement dépendant/ parasubordination : les aspects juridiques, sociales et économiques* », 2003 ;
- E. Peskine, « *Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie* », RDT, 2008, p.371 ;
- A. Pla Rodriguez, « *Los principios del derecho del trabajo* », Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 243 ;
- Pothier, *Traité du louage*, n°10, cité par G. H. Camerlynck, « *Traité de droit du travail* », t.1 « *Le contrat de travail* », Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition. 1982, p.5 ;
- C. Puigelier, « *Vers la disparition de la collaboration libérale ?* », JCP S, n°26, 23 juin 2009, act. 322 ;

- J.-E. Ray, « *De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail* », Dr. soc., 1995. 634 ;
- J.-E. Ray, « *Sea, sex... and contrat de travail* », Semaine sociale Lamy, 07 septembre 2009, n°1411 ;
- Th. Revet, note sous Cour d'appel de Paris, 7 mai 1986, JCP G 1986, II, 20671 ;
- J. Savatier, « *Le travail non marchand* », Dr. Soc., janvier 2009 ;
- J. Savatier, « *Contribution à une étude juridique de la profession* » in Mélanges Hamel dix ans de conférence d'agrégation, Etudes du droit commercial, p. 9 ;
- P. Stoffel-Munck, « *Les participants à une émission de télé-réalité peuvent être qualifiés de salariés* », Revue Communication Commerce électronique n°6, juin 2006, commentaire n°96 ;
- A. Supiot, « *Du bon usage des lois en matière d'emploi* », Dr. soc., 1997, p. 229 et suivantes ;
- A. Supiot, « *Les nouveaux visages de la subordination* », Droit social, février 2000, p.131 ;
- A. Supiot, « *Revisiter les droits d'action collective* », Dr. soc. 2001, 687, spéc. 694 ;
- A. Supiot, « *Les notions de contrat de travail et de relations de travail en Europe* », Rapport, 1992, Office des publications officielles des Communautés européennes ;
- J.-E. T., « *Portage de presse : conditions de requalification d'un contrat d'entreprise en contrat de travail* », Jurisprudence Sociale Lamy, 14 janvier 2003, n°115 ;

- J.-E. Tourreil, « *Contrat de franchise : si les conditions de l'article L.781-1 sont réunies, le droit du travail s'applique, même en l'absence de lien de subordination* », Jurisprudence Sociale Lamy, 15 janvier 2002, n°93 ;
- B. Teyssié, « *Sur un fragment de la loi n°94-126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L.120-3 du Code du travail* », Dr. social, 1994, p. 667 ;
- F. Valdès Dal-Ré et O. Leclerc, « *Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol* », Revue de droit du travail 2008, p.296 ;
- M. Vericel, « *Le rétablissement de la présomption de non-salariat (article 23 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique)* », Dr. social, 1994, p. 297.

## *Table des matières*

<b>Sommaire.....</b>	<b>2</b>
<b>Liste des principales abréviations .....</b>	<b>3</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>5</b>
Section 1 : Approche classique des relations de travail .....	7
§1. L'histoire des relations de travail .....	7
A-Le contrat de louage de services.....	7
B- L'apparition du contrat de travail .....	8
§2. Le droit du travail, dérogation au droit des contrats.....	9
A-Le non respect du droit des contrats aux fins de protection du salarié .....	9
1-L'insuffisance d'autonomie des parties .....	9
2-L'indifférence à la volonté des parties .....	10
B-Le respect du droit des contrats aux fins de protection du salarié .....	11
1-La force obligatoire du contrat .....	11
2-La bonne foi contractuelle.....	12
a- L'employeur .....	12
b-Le salarié .....	12
Section 2 : Approche contemporaine des relations de travail .....	13
§1. Les relations de travail à l'international .....	13
A-L'OIT .....	13
B-L'Union européenne.....	14
1-Absence de définition textuelle du travailleur européen .....	14
a-La présence d'une référence au droits internes .....	15
b-L'intérêt de certains textes européens.....	15
c-Un travailleur européen, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne.....	16
d- Un travailleur européen exerçant son droit à la libre circulation.....	16
2-La présence d'une définition jurisprudentielle .....	17
a-Les critères objectifs de la relation de travail .....	17
b-Les éléments indifférents à la qualité de travailleur européen.....	18
§2. Les mutations des relations de travail .....	18
A-Un besoin de flexibilité .....	18
B-Le polymorphisme du travail.....	19
1-La diversité des relations contractuelles.....	19
2-Le salarié en dehors de l'entreprise.....	20
3-L'indépendant en dehors de l'entreprise .....	20
<b>Titre 1 : Les critères de principe du contrat de travail.....</b>	<b>22</b>
<b>Chapitre 1 : L'indisponibilité des critères .....</b>	<b>22</b>
Section 1 : L'indifférence de la volonté.....	22
§1- L'indifférence de la dénomination .....	22
§2. L'indifférence de l'immatriculation .....	24
A- La création de la présomption de non-salariat.....	24
1-Le droit commun de la preuve.....	24
2-La nature de la présomption de non-salariat.....	26
3-Le lien de subordination juridique permanente .....	27
4-Les sanctions en présence d'une requalification .....	27
B-La suppression de la présomption de non-salariat .....	28
C- Le rétablissement de la présomption de non salariat .....	29
1- Les objectifs du rétablissement de la présomption.....	29

2-Les distinctions au regard du dispositif dit « <i>Madelin</i> ».....	30
a-Distinction quant aux bénéficiaires.....	30
b-Distinction quant à la dissimulation d'emploi salarié.....	31
3-Les similitudes avec le dispositif dit « <i>Madelin</i> » .....	32
Section 2 : La prééminence de la réalité .....	33
<b>Chapitre 2 : L'énoncé des critères.....</b>	<b>35</b>
Section 1 : La pertinence des critères.....	35
§1. Une prestation de travail rémunérée.....	35
A-La nécessaire présence d'une prestation de travail.....	35
B-La nécessaire présence d'une rémunération .....	36
1- Les modalités et la nature de la rémunération .....	36
2-Le montant et le versement de la rémunération.....	37
3-Les conséquences de l'absence de rémunération.....	38
a-Le bénévolat.....	38
b-Le travail en famille.....	39
c-L'engagement religieux .....	40
§2. Une prestation de travail subordonnée .....	42
A-Le contrat de travail et la subordination .....	42
1- Le rejet de la dépendance économique.....	42
2- La nécessité d'une subordination juridique .....	44
3- L'intégration au sein d'un service organisé.....	46
4- La présence d'indices subsidiaires .....	49
a-L'existence d'une activité profitable à l'entreprise.....	50
b-L'absence de risque économique.....	50
c-L'existence de conditions matérielles d'exécution du travail .....	51
d-La présence d'auxiliaires du travailleur.....	54
B-D'autres contrats et l'absence de subordination .....	54
1-L'absence de lien de subordination et le contrat d'entreprise .....	54
2-L'absence de lien de subordination et le contrat de mandat .....	55
3-L'absence de lien de subordination et le contrat de société.....	56
4-L'absence de lien de subordination et la convention de stage.....	57
5-L'absence de lien de subordination et le contrat de collaboration.....	58
6-L'absence de lien de subordination et le contrat de franchise .....	59
Section 2 : L'insuffisance des critères .....	60
§1. L'espèce des chauffeurs de taxi .....	61
A- Un contentieux ancien.....	62
B-Une décision de principe .....	63
1-Le contexte de l'arrêt <i>Labbane</i> .....	63
2-L'importance de l'arrêt <i>Labbane</i> .....	65
a-La portée de l'arrêt <i>Labbane</i> .....	65
b-L'espèce de l'arrêt <i>Labbane</i> .....	65
c-Une décision de principe.....	66
d-La conciliation des arrêts <i>Labbane</i> et <i>Société générale</i> .....	68
3-L'arrêt <i>Labbane</i> objet de critiques .....	70
a-La convention de location de véhicule tel un contrat de louage de meuble.....	70
b-La convention de location de véhicule, absence de contrat de travail .....	73
C-Un contentieux d'actualité.....	74
1-L'arrêt M. To Hoanh et autres c./ Sté Copagly et autres .....	74
2-Le terme du litige <i>Labbane</i> .....	76
3-L'exigence renforcée des arrêts postérieurs .....	77
§2. Les espèces liés au domaine de l'audiovisuel .....	79
A-La problématique de la télé-réalité.....	79
1-L'affrontement doctrinal .....	79
a-Le règlement participants tel un contrat de jeu .....	79
b-Le règlement participants tel un contrat de travail.....	89
2-La solution retenue .....	93
a-L'espèce.....	93
b-Les motifs de la requalification .....	93
c-La portée de l'arrêt.....	94

B-La problématique du documentaire .....	96
<b>Titre 2 : Les extensions d'exception du contrat de travail.....</b>	<b>99</b>
<b>Chapitre 1 : Droit positif : la multiplication des extensions couvrant la dépendance économique.....</b>	<b>99</b>
Section 1 : L'extension de la qualification : les présomptions de salariat.....	99
§1. La présomption irréfragable .....	99
A-L'existence de la présomption.....	99
B-Les conditions de la présomption .....	100
C-Les effets de la présomption.....	102
§2. Les présomptions simples .....	103
A-Les journalistes professionnels.....	103
1-L'existence d'une présomption .....	103
2-Les conditions d'application de la présomption .....	104
B-Les artistes du spectacle .....	106
1-L'existence de la présomption.....	106
2-Les conditions de la présomption .....	107
3-Le renversement et la mise à l'écart de la présomption.....	107
4-Les effets de la présomption.....	108
C-Les mannequins.....	109
1-L'existence de la présomption.....	109
2-Les conditions de la présomption .....	110
3-Le renversement de la présomption.....	110
Section 2 : Les extensions de la législation : les assimilations au salariat .....	111
§1. Le gérant de succursales.....	111
A-Le gérant salarié .....	111
1-Les conditions de l'assimilation .....	111
a-Les bénéficiaires de l'assimilation.....	111
b-La nature de l'activité exercée.....	112
c-Les modalités d'exercice de l'activité.....	113
2-Les effets de l'assimilation.....	116
B-Le gérant non salarié .....	117
1-Les conditions de l'assimilation .....	117
2-Les effets de l'assimilation.....	119
§2. Le travailleur à domicile .....	120
A-L'existence de l'assimilation.....	120
B-Les conditions de l'assimilation .....	120
1-L'existence de conditions.....	120
2-Les éléments indifférents.....	122
C-Les effets de l'assimilation.....	123
D-La distinction entre travailleur à domicile et indépendant .....	124
§3. Le portage salarial.....	125
A-La notion de portage salarial .....	125
B-Une assimilation jurisprudentielle .....	126
C-Une assimilation légale .....	128
D-Une pratique demeurant aux marges du droit.....	130
<b>Chapitre 2 : Droit prospectif : La fin des extensions par la création de la parasubordination .....</b>	<b>132</b>
Section 1 : Qualification de la parasubordination .....	132
§1. La prise en considération de la parasubordination .....	132
A- Une frontière floue entre indépendance et subordination.....	132
B-La métamorphose du pouvoir.....	133
C-L'autonomie dans la subordination .....	133
D-La dépendance dans l'indépendance .....	135
§2. Les critères et les bénéficiaires de la parasubordination .....	136
A-En droit comparé.....	136
1-L'Espagne .....	136
2-L'Italie.....	137

3-Le Royaume-Uni .....	138
4-L'Allemagne .....	139
B-En droit interne.....	139
1-Le travailleur bénéficiaire .....	139
2-La dépendance économique .....	141
Section 2 : Régime de la parasubordination.....	142
§1. Le droit comparé, source d'inspiration.....	142
A-La parasubordination en Espagne.....	142
1-La protection accordée à l'ensemble des travailleurs autonomes.....	143
2-La protection accordée aux seuls « travailleurs autonomes économiquement dépendants » ...	144
a-La jouissance de droits individuels .....	144
b-La jouissance de droits collectifs .....	145
B-La parasubordination en Italie .....	147
1-Le formalisme protecteur du contrat de projet .....	147
2-Une législation semblable à celle du salarié.....	148
C-La parasubordination au Royaume-Uni et en Allemagne.....	149
§2. Les solutions envisageables en droit interne .....	150
A-Les solutions proposées par la doctrine.....	150
1-Le contexte .....	150
2-Les propositions doctrinales .....	151
a-L'extension du domaine du salariat .....	151
b-Le droit de l'activité professionnelle .....	152
c-La création d'une catégorie intermédiaire .....	153
B-La protection accordée au travailleur parasubordonné .....	154
1-Les dispositions bénéficiant au travailleur économiquement dépendant.....	154
a-La jouissance de droits individuels .....	154
b-La jouissance de droits collectifs .....	157
2-Le régime fiscal et le régime social du travailleur économiquement dépendant .....	158
a-Régime social.....	158
b-Régime fiscal .....	159
<b>Conclusion .....</b>	<b>160</b>
<b>Index .....</b>	<b>164</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>166</b>