

UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-ASSAS
École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 11 janvier 2021

L'appartenance du salarié à l'entreprise



Amélie BONARDI

Sous la direction de Madame Françoise FAVENNEC-HERY

Membres du jury :

Madame Françoise FAVENNEC-HERY
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Frédéric GEA
Professeur à l'Université de Lorraine

Monsieur Julien ICARD
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Emmanuel JEULAND
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Madame Laurence PECAUT-RIVOLIER
Conseiller à la Cour de cassation

Monsieur Pierre-Yves VERKINDT
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit – Économie – Sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

A mes parents,

Qui m'ont appris la valeur de la plus belle des appartenances : celle à une famille

Remerciements

Ma plus profonde, ma plus vive gratitude va avant toute chose à Madame le Professeur FAVENNEC-HERY qui m'a honorée de sa confiance et dont la direction a toujours été sincère et bienveillante.

Mes sincères remerciements s'adressent ensuite à toutes les personnes ayant accompagné, d'une façon ou d'une autre, ce travail doctoral. A Béatrice, à Christian, à Vincent, à ma famille, à mes proches, à Nicolas mon relecteur, soutien sans faille, aux amis de toujours, aux membres du laboratoire de droit social de Paris II, aux autres juristes de la cour d'appel de Montpellier.

A tous ceux enfin qui ont su me transmettre leur passion du droit.

Liste des abréviations

1 ^{ère} civ.	Première chambre civile de la Cour de cassation
2 ^{ème} civ.	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
3 ^{ème} civ.	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
<i>Adde</i>	Ajouter
AJDA	Actualité juridique, droit administratif
al.	Alinéa
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BJT	Bulletin Joly Travail
Bull. AP	Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
c.	contre
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code de procédure pénale
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cah. du DRH	Cahiers du DRH
Cass.	Cour de cassation
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droits d'asile
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CE	Conseil d'État
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
civ.	Une chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation

comm.	commentaire
<i>Comp.</i>	Comparer
concl.	Conclusions
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	Opinion contraire
Conv.	Convention
CPC	Code de procédure civile
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSB	Cahiers sociaux du barreau de Paris
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz
D. H.	Dalloz hebdomadaire
D. P.	Dalloz Périodique
dactyl.	Dactylographié(e)
déc.	Décision
Décr.	Décret
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
DGT	Direction générale du Travail
dir.	Sous la direction de
Doc. fr.	La Documentation française
doctr.	Doctrine
Dr. & Patr.	Droit et patrimoine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. ouv.	Droit ouvrier
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Droits	Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques
éd.	Édition
égal.	Également
Fasc.	Fascicule
févr.	Février
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid</i>	Source citée dans la référence précédente
<i>in</i>	Dans
<i>infra</i>	Ci-dessous
<i>IR</i>	Recueil Dalloz Informations rapides
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc
janv.	Janvier
Jcl	JurisClasseur
JCP E	La Semaine juridique, édition Entreprise et Affaires
JCP G	La Semaine juridique, édition Générale
JCP S	La Semaine juridique, édition Social
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JO AN	Journal Officiel de l'Assemblée nationale

JORF	Journal Officiel de la République Française
JOCE	Journal Officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
juill.	Juillet
L.	Loi
Lebon	Recueil Lebon
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Liaisons soc. Europe	Liaisons sociales Europe
LPA	Les Petites Affiches
Mixte	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
n°	Numéro
not.	Notamment
Nouv. Cah. Cons.	Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
Const.	
nov.	Novembre
obs.	Observations
oct.	Octobre
Ord.	Ordonnance
p.	Page
préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUC	Presses universitaires de Caen
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUR	Presses universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	Rapport
<i>Rappr.</i>	Rapprocher
RDA	Revue de droit d'Assas
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue de droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de droit du travail
réf.	Référé
réimp.	Réimpression
Rép. civ.	Répertoire civil Dalloz
Rép. sociétés	Répertoire de droit des sociétés Dalloz
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. crit. lég. et jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RGD	Revue générale du Droit
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique – droit prospectif

RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey
s.	Suivants.
sept.	Septembre
soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	Spécialement
SSL	Semaine Sociale Lamy
supra	Ci-dessus.
trad.	Traduction

Sommaire

Introduction	12
Partie 1 : Ce qui fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise	53
<i>Titre 1 : La dissociation d'avec le travail</i>	55
Chapitre 1 : Manifestation.....	56
Chapitre 2 : Démarcation	99
<i>Titre 2 : La révélation de la qualité de salarié</i>	161
Chapitre 1 : L'appartenance primaire.....	163
Chapitre 2 : L'appartenance dérivée	229
Partie 2 : Ce que fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise	296
<i>Titre 1 : En raison de la qualité même</i>	297
Chapitre 1 : La suspension	298
Chapitre 2 : La rémunération.....	360
<i>Titre 2 : En raison de la même qualité</i>	397
Chapitre 1 : L'égalité entre salariés.....	399
Chapitre 2 : La solidarité entre salariés	493
Conclusion générale	570

Introduction

« *Que d'autres se vantent des pages qu'ils ont écrites ;*

Moi je suis fier de celles que j'ai lues. »¹

1. **L'idée.** « *L'idée d'appartenance à l'entreprise perd toute espèce de pertinence* »² dans le contexte actuel. Si cette affirmation du Professeur SUPIOT ne laisse pas présager un destin prometteur à l'idée d'une appartenance à l'entreprise, il est même encore possible de surenchérir et de généraliser : l'appartenance a-t-elle déjà eu une quelconque pertinence dans la sphère juridique ? Au-delà de son fort pouvoir d'évocation, renvoie-t-elle seulement à une *réalité juridique* saisissable ? La pertinence suppose la connaissance, la perception de l'importance de l'objet intellectuel. Or, l'appartenance déconcerte le juriste sur deux points : s'agissant de ses extrémités, d'une part, et de sa légitimité, d'autre part. Les *extrémités de l'appartenance* sont difficilement perceptibles. Puisque les appartenances sont innombrables³, impossible de savoir avec précision *qui* peut appartenir et *à quoi* peut-on appartenir. Mais c'est surtout la question de la *légitimité de l'appartenance* qui ne manque d'interpeller. Pour le dire franchement, l'appartenance peut « *répugner* »⁴. Si le juriste perçoit en son for intérieur qu'elle possède une indéniable légitimité et une incommensurable élévation (le chrétien qui a reçu le Saint-Esprit ne s'appartient-il plus⁵ ? N'appartient-il pas

¹ J.-L. BORGES, « Un lecteur » Eloge de l'ombre, in *L'or des tigres : Gallimard 2005*, p. 154.

² A. SUPIOT, Les salariés ne sont pas à vendre. En finir avec l'envers de l'article L. 122-12, alinéa 2 : *Dr. soc. 2006*, p. 264 s., spéc. p. 273.

³ C. CAHEN, Appartenance et liberté. Essai : *L'Harmattan 2011*, p. 18.

⁴ P. RICHARD, Appartenance et transitivité ou le vertige de Procuste..., in *Les contentieux de l'appartenance : L'Harmattan 2006*, p. 193.

⁵ 1 Co 6, 19, in *La Bible de Jérusalem : Cerf 2000*, p. 1908.

au Christ⁶ ?), s'il est conscient de sa fonction distributive, il reste toutefois heurté par son essence discriminante. C'est que l'appartenance est à la fois un cercle et une frontière ; elle inclut et elle exclut dans le même mouvement. Elle ne protège véritablement que ceux qui appartiennent⁷... sans égards pour les autres. Il est donc bien compréhensible que le juriste puisse douter de la pertinence juridique de l'appartenance. Indistinctement bornée, malaisément justifiée, elle n'incite pas à une consécration juridique ; il est d'ailleurs symptomatique qu'elle ne soit toujours pas à ce jour une véritable notion juridique.

L'appartenance est un phénomène qui a cependant toute pertinence juridique. Elle a toute sa place en Droit en ce qu'elle organise un va-et-vient permanent entre l'individuel et le subjectif, elle qui synthétise l'individualisme et l'universalisme, elle qui matérialise ce que l'individu doit au groupe et ce que le groupe doit à l'individu. La personne qui est envisagée par le prisme de l'appartenance n'est plus saisie individuellement, mais en tant que partie d'un tout, d'un ensemble plus grand⁸. Elle a vocation à contrebalancer l'individualisme absolu et à corriger la *prima fictio* du Droit qui, d'une part, s'organise autour de l'individu⁹

⁶ Rm 8, 9, in La Bible de Jérusalem : Cerf 2000, p. 1890.

⁷ « L'enjeu véritable de l'appartenance au groupe n'est pas seulement ni même principalement symbolique : elle conditionne l'accès à un ensemble de droits et avantages dont le groupe entend réserver l'exclusivité à ses membres » (D. LOCHAK, L'appartenance saisie par le droit, in Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers », dir. A. GOTMAN : Ed. Maison des Sciences de l'Homme 2004, p. 33 s., spéc. p. 45).

⁸ P. RICHARD, Appartenance et transitivité ou le vertige de Procuste..., in Les contentieux de l'appartenance : L'Harmattan 2006, p. 193 s., spéc. p. 194. V. égal. en protection sociale : « la protection sociale est, fondamentalement et historiquement, liée à l'appartenance au groupe. La personne est protégée, non individuellement, mais en tant que partie d'un tout » (L. ISIDRO, L'étranger et la protection sociale : Dalloz 2017, p. 462, n° 575).

L'apport des sociétés modernes a pu être de conceptualiser une appartenance qui ne soit plus foncièrement holiste et qui puisse penser l'individu dans un ensemble sans qu'il perde pour autant son essence. Dans certaines sociétés tribales, l'individu qui appartient au groupe n'est rien par lui seul : il n'est qu'une partie de la communauté et s'y dissout. LEVY-BRUHL rapporte ainsi qu'il pouvait être possible, dans certaines sociétés, dites « inférieures » d'obtenir vengeance en tuant aussi bien le meurtrier que n'importe quel membre de son groupe (L. LEVY-BRUHL, La mentalité primitive : Paris 1925, 4^{ème} éd., Chap. XII).

⁹ « C'est donc l'individu qui est le pivot autour duquel la notion de droit doit s'organiser » (R. LIBCHABER, L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit : LGDJ 2013, p. 117, n° 95).

et, d'autre part, n'envisage la personne qu'abstraitement¹⁰, comme si elle était désincarnée¹¹ et comme si elle était seule responsable de ses actions et de sa part. L'appartenance a le pouvoir de rectifier « *l'individualisme du droit* »¹². Si l'appartenance organise cette dialectique entre l'individuel et le collectif, cela s'explique par le fait qu'elle ne s'intéresse pas à une figure particulière, à une notion prise isolément mais répond plutôt à une approche dynamique qui articule l'individu et le groupe. Plutôt que de considérer statiquement un de ces deux pôles, l'appartenance saisit le rapport qui intervient entre ces extrémités qu'elle tient pour également réelles et essentielles. Ici, les deux pôles de l'appartenance sont plus précisément *le salarié*, à un bout, et *l'entreprise*, à l'autre bout. Cela ne veut pas dire que le salarié ne peut exister sans entreprise ou que l'entreprise ne peut exister sans salarié(s). Cela induit que, le cas échéant, il se crée, entre ces deux pôles, une dynamique.

2. L'expression. D'instinct, l'expression de l'« appartenance du salarié à l'entreprise » renvoie à deux situations, une première, de réification, dans laquelle l'employeur paraît être en possession du salarié, et une seconde, de gestion, dans laquelle pointent et l'affection et la fierté que le salarié éprouverait en étant au service de son entreprise et les éléments rituels d'attachement à une entreprise¹³. Ces deux cas de figure sont pourtant de redoutables faux-amis qui nous conduisent en dehors du Droit et de sa justice. Pour se garder d'emprunter cette direction, nous devons revenir à l'élémentaire et partir d'un découpage sémantique. L'étude des termes composant l'appartenance saura nous ramener dans le giron du Droit et à l'issue de ce tour des mots, c'est une appartenance pleinement juridique qui s'esquissera : certainement objective, potentiellement abstraite, éventuellement médiatrice. Pour concrétiser l'esquisse et pour définir la notion encore inédite d'*appartenance du salarié à*

¹⁰ B. TEYSSIE, Les groupes de contrats : *LGDJ 1975, p. 1, n° 1* : « Avec la Révolution de 1789 triomphent les doctrines individualistes et libérales. Forgées au cours du XVIII^{ème} siècle, elles placent au premier rang l'individu, envisagé si abstraitement qu'on a pu parler de concept épuré... de toute réalité humaine ». V. égal. G. MORIN, La révolte du Droit contre le Code : *Sirey 1945, spéc. p. 109 s.*

¹¹ *Rappr.* F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, Manuel de droit des personnes : *PUF 2006, p. 13, n° 1.*

¹² G. GURVITCH, L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle : *Paris 1932, réimpr. Scientia Verlag Aalen 1972, p. 539.*

¹³ V. not. E. GODELIER, La culture d'entreprise : *La Découverte 2006, p. 86* : « La liste des éléments qui contribuent à affirmer au jour le jour de façon concrète ou symbolique l'appartenance à une entreprise est infinie ».

l'entreprise, à laquelle aucune étude autonome n'a jamais été consacrée malgré sa positivité latente, nous ne pouvions emprunter que deux chemins, alternatifs : le chemin de *l'idée* ou le chemin de la *lettre*. C'est le mode inductif, partant de la lettre, qui a été finalement retenu. Après les mots (§1), le mode (§2).

§1 Les mots

3. Avant d'aborder la méthode, le mode de réalisation et de traitement adopté dans cette étude, des précisions terminologiques doivent être apportées. Des trois mots du sujet, le premier, l'appartenance (**I**), est le moins connu du juriste. Contrairement aux mots du vocabulaire juridique¹⁴, il ne revêt aucun sens établi dans le langage du droit. La difficulté sera dès lors de le saisir juridiquement et de ne pas se laisser parasiter par ce que les autres sciences sociales projettent en lui. S'agissant du salarié (**II**) et de l'entreprise (**III**), notions cardinales du droit social, la difficulté sera toute autre : il s'agira d'isoler ce qui, dans ces notions, aura vocation à intéresser notre étude, sans se laisser attirer par les débats juridiques qui agitent ces notions. Nous naviguerons, en somme, en trop peu et trop-plein de Droit.

I. L'appartenance

¹⁴ G. CORNU, La linguistique au service de la légistique, in *L'art du droit en quête de sagesse* : PUF 1998, p. 295 s. CORNU distingue plusieurs genres de mots dans le vocabulaire juridique : les termes de polysémie externe (nombreux) et les termes d'appartenance juridique exclusive et d'appartenance juridique principale (plus réduits). Le mot « appartenance » semble encore renvoyer à un autre type, à savoir les termes sans appartenance juridique.

4. La notion d'appartenance. L'appartenance, qui se définit classiquement comme « *le fait d'appartenir à un ensemble constitué, à une collectivité* »¹⁵, est rarement abordée de front par les sciences humaines¹⁶. Deux mots peuvent être dits de sa réception et de sa représentation intellectuelles.

S'agissant de sa réception, l'appartenance est pensée et conceptualisée médiatement dans des réflexions périphériques, et notamment dans les thèses communautaristes, multiculturalistes ou encore formalistes, qui ont pour objet de résoudre la question suivante : comment l'individu peut-il s'accomplir ? Doit-on gommer les particularismes, essentiellement historiques et sociaux, des individus et rejeter toute appartenance (thèse formaliste) ? Doit-on, au contraire, dénier toute vision universaliste afin de promouvoir les appartenances particulières de l'individu, au nom de la protection contre l'individualisme qu'elles lui accordent et de l'identité qu'elles lui confèrent (thèses communautariste et multiculturaliste) ? A ces questions, l'on pressent déjà que l'appartenance d'un individu à un collectif enferme aussi bien qu'elle libère, qu'elle soumet aussi bien qu'elle protège. « *Elle est cet infernal cachot duquel il est impossible et impératif de s'échapper* »¹⁷. La réflexion sur l'appartenance de l'individu au collectif, « *toujours passionnée* »¹⁸, porte nécessairement en elle cette ambivalence. Pire, elle inspire souvent la défiance¹⁹. La seule appartenance susceptible d'échapper à cette critique, celle qui possède sans discussion possible une légitimité certaine, est l'appartenance au « *collectif supérieur* »²⁰, celle du genre

¹⁵ « Appartenance », in Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd. : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A2190>.

¹⁶ V. cependant A. DIECKHOFF (dir.), La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme : *Presses de Sciences Po 2004* ; C. CAHEN, Appartenance et liberté. Essai : *L'Harmattan 2011* ; M. WALZER, Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité : *Seuil 2013* ; P. AUDI, Le démon de l'appartenance : *Les belles lettres 2014*.

¹⁷ P. AUDI, Le démon de l'appartenance : *Les belles lettres 2014*, p. 94.

¹⁸ D. SCHNAPPER, La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation : *Gallimard 1994*, p. 31.

¹⁹ V. par ex. M. DELMAS-MARTY, Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs ? : *Seuil 2011*, p. 93 : « *La difficulté est dans la façon, d'articuler, ou d'opposer, le collectif et l'individuel. Pour certains, l'appartenance à une communauté va jusqu'à absorber l'individu* ».

²⁰ C. COLLIOT-THELENE, La démocratie sans « Demos » : *PUF 2011*, p. 132.

humain²¹. « *Elle est la matrice de toutes les appartenances particulières* »²². Sauvegarder la dignité de la personne, c'est d'ailleurs reconnaître son appartenance à l'humanité²³. C'est dire la force et la légitimité de cette appartenance faîtière qui transcende les multiples autres appartenances particulières de l'individu. En deçà de la figure de l'être humain, égal en dignité et en respect, apparait la figure de « *l'homme situé* »²⁴, c'est-à-dire l'individu concret, caractérisé par ses multiples appartenances et les particularités de sa situation. Le caractère innombrable de l'appartenance²⁵ chahute sa légitimité intrinsèque et empêche toute réflexion systématique sur le sujet : autant l'appartenance au genre humain est d'une légitimité indiscutable, voire même vide d'enjeu puisque tous les hommes appartiennent à l'humanité, autant l'appartenance à tel ou tel groupe particulier, souvent responsable d'une dilution de l'indépendance de l'individu, peut être sujette à caution.

S'agissant de la représentation de l'appartenance, le philosophe est prompt à dénier toute possibilité de représentation objective de l'appartenance, d'édification d'une abstraction idéale. « *De l'appartenance, il n'y a et il n'y aura jamais autre chose qu'un sentiment* »²⁶. Dans cette acception, l'appartenance se présente alors comme un « *attachement construit* »²⁷, et non comme un rattachement immédiat et objectif. Cette connotation émotiviste marque, colore la notion générale d'appartenance ; le mince apport des sciences juridiques à la notion d'appartenance a justement été de se défaire de cette coloration.

²¹ G. Cornu, L'embryon humain, in *L'art du droit en quête de sagesse* : PUF 1998, p. 6 : « *Dans la création, toute femme, tout homme appartient à l'espèce humaine* ».

²² C. CAHEN, Appartenance et liberté. Essai : *L'Harmattan* 2011, p. 18.

²³ C. ATIAS, Philosophie du droit : PUF 2016, 4^{ème} éd., p. 275, n° 63.

²⁴ G. BURDEAU, La démocratie : *Seuil* 1966, p. 29 : « *C'est l'homme situé ; c'est celui que nous rencontrons dans les relations de la vie quotidienne, tel que le caractérisent sa profession, son mode et ses moyens de vivre, ses goûts, ses besoins, les chances qui s'offrent à lui* ».

²⁵ C. CAHEN, Appartenance et liberté. Essai : *L'Harmattan* 2011, p. 18. Adde M. WALZER, Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité : *Seuil* 2013, p. 67.

²⁶ P. AUDI, Le démon de l'appartenance : *Les belles lettres* 2014, p. 86. L'auteur définit l'appartenance comme un rattachement à l'Avant, qui, une fois l'attache fidèlement nouée, fait aussitôt figure de « *provenance* ».

²⁷ J.-L. MATHARAN, Histoire du sentiment d'appartenance en France. Du XII^{ème} siècle à nos jours : *L'Harmattan* 2010, p. 313.

5. La notion d'appartenance juridique (en droit privé). L'appartenance, définie dans les dictionnaires juridiques par le « *fait d'appartenir à un groupe, d'en être membre* »²⁸, n'est que rarement saisie, en tant que telle, par le Droit. C'est que le phénomène d'appartenance juridique est bien souvent éclipsé par les *deux pôles* qui en constituent la matérialité : l'ensemble constitué ou préconstitué, d'une part, et l'élément, la personne qui s'y introduit, d'autre part. Ainsi, au sens des textes juridiques, toute personne ou entité, *quelle qu'elle soit* (médiateur²⁹, assuré³⁰, parlementaire³¹, association³², entreprise³³...) peut appartenir à un groupe, *quel qu'il soit* (ordre professionnel³⁴, association³⁵, société³⁶, réseau³⁷, groupe social³⁸, religion ou ethnie³⁹...). L'élément inclu peut être simple entité, personne physique ou personne morale ; le groupe incluant peut être entité concrète ou abstraite, dotée de personnalité morale ou non. C'est dire, à la lecture des Codes de lois, que les règles de l'appartenance juridiques sont minces et que son cadre est flou.

Étudier l'appartenance juridique, c'est donc pénétrer un champ d'investigation à la fois pléthorique, nébuleux et relativement indéfriché. C'est investir « *un mot étrange* »⁴⁰. A son sujet, l'on sait essentiellement qu'elle s'inscrit dans un phénomène général d'objectivation des rapports sociaux en vertu duquel « *les appartenances ne dépendent plus de considérations subjectives qui font qu'on se sent solidaire de tel ou tel groupe et que l'on est considéré par les autres comme appartenant à ce groupe, mais sont déterminées sur la*

²⁸ G. CORNU, « Appartenance », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 70.

²⁹ C. conso. art. R. 614-1.

³⁰ CSS art. L. 762-6-4.

³¹ CPP art. 100-7.

³² C. trav. art. R. 4642-2.

³³ C. ass. art. A 310-8.

³⁴ C. pén., art. 56-3.

³⁵ CPP, art. D38.

³⁶ C. com., art. R743-135.

³⁷ C. trav., art. R. 4642-2.

³⁸ CESEDA, art. L.711-2.

³⁹ C. pén. art. 225-1.

⁴⁰ J.-J. SUEUR, Avant-propos, in *Les contentieux de l'appartenance* : L'Harmattan 2006, p. 11.

base de règles juridiques objectives »⁴¹. Essentiellement seulement, car en de rares et certaines occasions, le Droit (certes le droit public) s'intéresse au sentiment d'appartenance et à sa promotion⁴². En objectivant l'appartenance, le Droit révèle ici sa particularité par rapport aux autres sciences sociales : *il laisse le sentiment de côté* pour ne désigner qu'une appartenance à une catégorie juridique prédéfinie – et cela même si cette appartenance semble avoir été choisie, voulue, recherchée⁴³. C'est tout le tranchant du Droit : s'il y a sociologiquement, philosophiquement et psychologiquement une « *subtile gradation dans l'appartenance et le sentiment d'appartenance* »⁴⁴, en revanche on ne peut pas, au sens du Droit, appartenir progressivement ou n'appartenir qu'à moitié au groupe. « *D'un point de vue juridique, on ne peut pas davantage être un peu français qu'un peu enceinte : le Droit tranche au scalpel entre le Français et l'étranger* »⁴⁵. La science juridique s'autonomise ici pleinement des autres sciences sociales et s'approprie, dans un sens objectif, la notion d'appartenance. *Exit* le sentiment d'appartenance⁴⁶. Pour le juriste, « *l'appartenance s'appréhende ainsi en termes d'inscription dans un ordre normatif ou dans une relation juridique* »⁴⁷. Mais il est dès à présent possible de préciser plus avant, dans le registre de l'objectivité, ce qu'il faut entendre par appartenance. La science juridique peut et semble conserver des autres sciences sociales l'une des fonctions de l'appartenance, à savoir la *place* que cette dernière ménage à l'individu, à l'élément. Ainsi, souligne le philosophe, ceux qui

⁴¹ D. LOCHAK, L'appartenance saisie par le droit, *in* Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers », dir. Anne GOTMAN : : *Ed. Maison des Sciences de l'Homme 2004*, p. 33.

⁴² C. éduc. art. L. 123-2 ; C. serv. nat. art. L. 111-2.

⁴³ G. KOUBI, Contentieux de l'appartenance et mesures de faveur. A propos de la naturalisation et de la réintégration dans la nationalité française, *in* Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers », dir. Anne GOTMAN : *Ed. Maison des Sciences de l'Homme 2004*, p. 113.

⁴⁴ A. SUPIOT, Critique de droit du travail : *PUF 2015*, 3^{ème} éd., p. 266.

⁴⁵ A. SUPIOT, Critique de droit du travail : *PUF 2015*, 3^{ème} éd., p. 267.

⁴⁶ G. KOUBI, Contentieux de l'appartenance et mesures de faveur. A propos de la naturalisation et de la réintégration dans la nationalité française, *in* Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers », dir. Anne GOTMAN : *Ed. Maison des Sciences de l'Homme 2004*, p. 113. *Rappr.* P. LAGARDE, Débat suivant l'intervention du Pr. Fulchiron, *in* Droit international privé. Travaux du Comité français de droit international privé, 14^{ème} année 1998-2000 : *Pedone 2001*, p. 196, selon qui « *le droit n'a pas de prise sur le sentiment* ».

⁴⁷ P. RICHARD, Appartenance et transitivité ou le vertige de Procuste... , *in* Les contentieux de l'appartenance : *L'Harmattan 2006*, p. 193 s., spéc. p. 194.

n'appartiennent pas à la communauté humaine, ceux qui ne sont pas membres de cette communauté n'ont pas de *place garantie dans la collectivité*⁴⁸. Or, le travail du juriste est, justement, de classer et de formuler afin d'opérer une répartition des biens et des places⁴⁹. L'on devine déjà, et la présente étude démontrera ensuite comment et par quel biais, que l'appartenance juridique d'un individu à un ensemble se traduit concrètement par la *dévolution d'une place, d'une position*.

L'appartenance juridique ne se limite pas au « *fait d'appartenir à un groupe, d'en être membre* » : elle trouve sa plénitude et son expression la plus pure dans le « seul fait » d'être membre d'un groupe. Être membre d'un groupe peut suffire, indépendamment d'autres appartenances ou de toute action individuelle, au déclenchement d'un effet juridique. Ainsi l'arrêté du 7 avril 2011 relatif au respect de l'anonymat de certains fonctionnaires de police et militaires de la gendarmerie nationale liste les services et unités dont l'anonymat des fonctionnaires et militaires « *qui y appartiennent* »⁵⁰ doit être respecté. Qu'importe que les faits se soient déroulés hors des fonctions : la seule appartenance à ce corps expose les fonctionnaires et militaires à un risque, même en dehors de tout cadre professionnel. Ils seront protégés du seul fait de leur appartenance. De même, la « *seule appartenance* »⁵¹ d'un mandataire social à une entreprise peut être la cause du versement d'une somme. Également, à compter d'un revirement de jurisprudence, la seule appartenance des salariés exerçant un travail égal ou de valeur égale à des établissements distincts d'une même entreprise suffit également et dorénavant, en cas d'accord d'établissement, à présumer justifiée une différence de traitement⁵². De ces exemples se révèle la *dimension autosuffisante* de l'appartenance à l'entreprise. L'appartenance juridique répond donc à un mécanisme passif : du seul rattachement⁵³ de l'individu au groupe des conséquences

⁴⁸ M. WALZER, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité* : *Seuil* 2013, p. 61.

⁴⁹ A. SUPIOT, *Critique de droit du travail* : *PUF* 2015, 3^{ème} éd., p. 266.

⁵⁰ JORF du 16 avril 2011, texte n° 10.

⁵¹ Civ. 2^{ème} 14 janvier 2010 : pourvoi n° 09-12.361, inédit.

⁵² Soc. 14 nov. 2012 : pourvoi n° 11-22.644, inédit. – Soc. 3 nov. 2016 : pourvoi n° 15-18.444, Bull. V, n° 206.

⁵³ C'est ce terme de rattachement qui sera retenu, poursuivi dans notre étude. Il porte déjà en lui une connotation objective et formelle. Sur une distinction entre la nationalité – lien de rattachement (objective) et la nationalité – lien d'appartenance (consciente et subjective), v. A. MADEIRA, *Nationaux et étrangers en droit public français* : *LGDJ* 2018, p. 28 s., n° 46 s.

normatives en découlent. Se dessine déjà, à rebours de certaines affirmations doctrinales⁵⁴, la possibilité d'un contenu opératoire et, par là, la force de l'appartenance juridique.

Il suit de ce qui précède que l'appartenance juridique *a un contenu à la fois exorbitant, connu et singulier*. Exorbitant car elle est déterminée objectivement, sans renvoyer au sentiment, contrairement à ce qui a cours dans les autres sciences sociales. Connu car elle conserve de la notion générale d'appartenance une fonction : celle de la dévolution d'une place, d'une position. Singulier car elle se caractérise par une dimension opératoire passive et autosuffisante. Cette dimension n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'appartenance juridique par excellence, celle qui vient instantanément à la plume du juriste qui pense appartenance : *l'appartenance à un Etat*.

6. L'élaboration d'un modèle d'appartenance juridique. Si « *le droit privé connaît de nombreuses situations d'appartenance* »⁵⁵ seule l'une d'entre elle est véritablement conceptualisée comme telle : la nationalité. Cette dernière se définit aujourd'hui traditionnellement comme « *l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un Etat* »⁵⁶. Elle est souvent résumée en « *l'appartenance d'un individu à un Etat* »⁵⁷ ; *a contrario*, l'étranger est « *celui qui n'appartient pas* »⁵⁸. Puisque la notion d'appartenance est au cœur de la conception de la nationalité française⁵⁹, puisque

⁵⁴ M. REVERT, Le déni d'appartenance, in *Les contentieux de l'appartenance : L'Harmattan 2006*, p. 211.

⁵⁵ G. FARJAT, Contrat et dépendance, in *Les contentieux de l'appartenance : L'Harmattan 2006*, p. 33.

⁵⁶ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, t. 1 : *LGDJ 1974*, 6^{ème} éd., p. 66, n° 59 ; P. LAGARDE, La nationalité française : *Dalloz 2011*, 4^{ème} éd. p. 1 s. ; E. PATAUT, note sous CJUE 29 mars 2012 aff. C-7/10 et 9-10 : *Rev. crit. DIP 2012*, p. 917 s., spéc. p. 928 ; J. LEPOUTRE, Nationalité et souveraineté : *Dalloz 2020*, spéc. p. 11, n° 12.

On affirmait déjà en 1892 que l'homme « appartient à la nation » par la nationalité (A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*. T. 1. De la nationalité : *Larose et Forcel 1892*, p. 2). Et plus loin : « *La nationalité est le lien qui rattache à l'État chacun de ses membres* » (*Ibid.* p. 6).

⁵⁷ S. PENNARUN, La nationalité, droit objectif ou droit subjectif ?, in *L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé : Bruylant 2002*, p. 499 s., spéc. p. 499. Ou encore un « *statut d'appartenance à l'Etat* » (O. BEAUD, Les étrangers exclus du droit de vote. Une telle exclusion est-elle nécessairement anti-démocratique ?, in *Mél. H. Portelli : Dalloz 2018*, p. 223 s).

⁵⁸ F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers : PUF 2015*, p. 4, n° 5.

⁵⁹ H. FULCHIRON, La nationalité française entre identité et appartenance : *D. 2011*, p. 1915.

parmi toutes les appartenances c'est la nationalité qui produit les effets les plus forts⁶⁰ et puisqu'il n'existe aucune monographie, aucune étude autonome consacrée à l'appartenance juridique, il nous faudra tenir la nationalité pour le *modèle d'appartenance juridique*. L'on s'autorisera ainsi, toutes les fois que la nature de l'ensemble de référence le permettra, à rapprocher l'appartenance à un Etat de l'appartenance à une entreprise, afin que le connu éclaire l'inédit. Pour preuve de la légitimité de ce modèle d'appartenance, il sera d'ailleurs retrouvé tout au long de cette étude des problématiques et des effets communs à ces deux formes d'appartenance. Puisque la nationalité tiendra lieu de gabarit (mais non de parfait calque), procédons dès lors à son exploration.

La nationalité représente un lien juridique, un mode de rattachement d'une personne à un Etat, fondé sur des critères objectifs dont les deux principaux sont le sol et le sang, même si la volonté de la personne revêt une relative influence⁶¹. Cette définition n'épuise cependant pas la représentation de la nationalité qui se singularise surtout par sa double dimension⁶².

⁶⁰ D. LOCHAK, L'appartenance saisie par le droit, *in* Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers », dir. A. GOTMAN : *Ed. Maison des Sciences de l'Homme* 2004, p. 46.

⁶¹ H. FULCHIRON, La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité, *in* Droit international privé. Travaux du Comité français de droit international privé, 14^{ème} année 1998-2000 : *Pedone* 2001, pp. 175-199 ; S. PENNARUN, La nationalité, droit objectif ou droit subjectif ?, *in* L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé : *Bruylant* 2002, p. 499 s. La volonté joue ici un rôle secondaire. L'aspect électif de la nationalité est propre à la nation française (qui s'opposerait ici à la nation allemande) qui fait une place à la socialisation : Y. LEQUETTE, La nationalité française dévaluée, *in* Mél. F. Terré : *Dalloz* 1999, p. 371 s.

S'agissant de l'obtention dès l'origine de la nationalité française, le Code civil ménage la possibilité, dans certains cas, à la personne de répudier la qualité de Français. S'agissant de l'acquisition de la nationalité française, il est possible pour la personne de décliner ou, à l'inverse, de réclamer la qualité de Français. Les hypothèses de changement de nationalité ou de double nationalité sont également à prendre en compte, l'influence de la volonté y étant plus évidente encore.

⁶² P. LAGARDE, La nationalité française : *Dalloz* 2011, 4^{ème} éd. p. 1 s., n° 00.02 ; F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES, Droit de la nationalité et des étrangers : *PUF* 2015, p. 22, n° 25. Cette double dimension a pu être présentée comme étant un lien de rattachement (à l'État) d'une part et d'un lien d'appartenance (à une communauté) d'autre part (H. FULCHIRON, La nationalité française : *PUF* 2000, 1^{ère} éd., p. 6). Sur la relation qu'entretiennent ces deux liens, v. H. FULCHIRON, La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité, *in* Droit international privé. Travaux du Comité français de droit international privé, 14^{ème} année 1998-2000 : *Pedone* 2001, pp. 175-199. Cette distinction peut être toutefois source de

La première dimension, verticale, relie à l'Etat l'individu, ici appréhendé comme un sujet, ce qui explique que cette verticalité soit volontiers caractérisée de lien d'allégeance⁶³. Un auteur a d'ailleurs pu suggérer, par préférence au terme de nationalité, celui d'« *étatialité* »⁶⁴. La seconde dimension, dont on souligne certaines fois le caractère mystique⁶⁵, est horizontale et fait de l'individu le membre d'une collectivité, voire d'une communauté. Relation à l'Etat et relation à la collectivité coexistent donc toutes deux au sein de la nationalité.

7. L'élaboration d'un modèle d'appartenance juridique : les enseignements. On expose traditionnellement que la nationalité confère un « *statut* »⁶⁶ – protection, droits et

confusion puisque seule la deuxième dimension reliant l'individu à une communauté semble impliquer une appartenance alors que la nationalité, indépendamment de sa double dimension, est définie de façon générale comme une appartenance.

Comp. mais pour une analyse historique, F. TERRE, Réflexions sur la notion de nationalité : *Rev. crit. DIP* 1975, p. 197 s., spéc. p. 203, qui distingue historiquement deux types d'appartenance : l'une, verticale, qui rattache l'individu d'abord au souverain, puis à l'État (rapports interindividuels) et l'autre, horizontale, qui unit des compatriotes les uns aux autres (rapports organiques).

⁶³ WEISS avait pu, quant à lui, qualifier ce lien entre l'individu et l'État de « contrat synallagmatique », de « lien contractuel » (A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé. De la nationalité* (t. 1) : *Larose et Forcel* 1892, p. 7 s.). Pour une réponse à cette thèse contractualiste, v. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé* : *Dalloz* 1956, p. 208 s., n° 94 s.

Sur cette allégeance, v. H. FULCHIRON, *La nationalité française* : PUF 2000, 1^{ère} éd., p. 24 (l'auteur oppose cette allégeance personnelle à l'appartenance collective) ; P. LAGARDE, *La nationalité française* : *Dalloz* 2011, 4^{ème} éd., n° 2. On peut d'ailleurs s'étonner que la nationalité, même saisie dans sa dimension verticale, soit rapprochée d'une allégeance, dès lors que les critères du sang et du sol ne relèvent d'aucune décision personnelle. Il est déjà moins surprenant que la résidence soit présentée comme un signe d'allégeance (S. PENNARUN, *La nationalité, droit objectif ou droit subjectif ?*, in *L'identité de la personne humaine, Étude de droit français et de droit comparé* : *Bruylant* 2002, p. 499 s., spéc. p. 517).

⁶⁴ P. LOUIS-LUCAS, *La Nationalité française. Droit positif et conflits de lois* : *Sirey* 1929, p. 1.

⁶⁵ H. FULCHIRON, *La nationalité française* : PUF 2000, 1^{ère} éd., p. 38.

⁶⁶ F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers* : PUF 2015, p. 25, n° 29.

devoirs exclusifs –, qu'elle permet de faire partie d'un « club »⁶⁷ autorisant notamment l'entrée et le séjour sur le territoire, ainsi que l'accès aux scrutins et aux emplois publics⁶⁸.

Un premier enseignement, profitant à notre sujet, peut être tiré de l'analyse de la nationalité : la familiarisation avec la dialectique clôture/ouverture que l'on ne manquera pas de retrouver dans le cadre de la présente étude. Nous apprenons, à l'aune de la nationalité, à tenir pour légitime le raisonnement binaire qui inclut ou n'inclut pas, qui admet ou n'admet pas⁶⁹. De la nationalité, nous apprenons également que l'accès à une qualité juridique n'est pas toujours possible du seul fait qu'on le souhaite ou qu'on le demande⁷⁰, n'en déplaçant aux chantres de l'autonomie de la volonté. En somme, l'analyse de la nationalité accoutume le juriste tant aux ressorts discriminants⁷¹ (au sens premier et neutre du terme) de l'appartenance juridique qu'à la relative indisponibilité, pour l'individu, de cette dernière. Même si cela mène à relativiser l'idéal fantasmé d'une communauté étendue à l'humanité toute entière, il n'est ni illégitime ni injuste de constituer des cercles d'appartenance conférant à l'individu-membre une situation privilégiée⁷² surtout s'il reste possible de rentrer

⁶⁷ Y. LEQUETTE, La nationalité française dévaluée, in Mélanges F. Terré : *Dalloz 1999*, p. 351. Par exemple, la majorité des corps de fonctionnaires restent fermés aux étrangers ainsi que certaines professions privées. Un phénomène d'ouverture est toutefois relevé. La RATP, comme d'autres entreprises statutaires, a par exemple supprimé en décembre 2002 la condition de nationalité (C. WOLMARK, « Travailleur étranger » : *Rép. trav. Dalloz 2017*, n° 34). Dans le même sens, la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a supprimé la condition de nationalité de certains emplois (v. not. CSP, art. L. 3332-3).

⁶⁸ Sur les intérêts de la notion de nationalité, v. P. LAGARDE, La nationalité française : *Dalloz 2011*, 4^{ème} éd., p. 2, n° 00.03.

⁶⁹ F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES : *Droit de la nationalité et des étrangers* : PUF 2015, p. 10, n° 15.

⁷⁰ F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES : *Droit de la nationalité et des étrangers* : PUF 2015, p. 10, n° 15.

⁷¹ E. PATAUT, La nationalité : un lien contesté, in *Les nouveaux rapports de droit*, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. IRJS 2013, p. 153 s., spéc. p. 155.

⁷² Sur une défense du refus du droit de vote des étrangers, une solution pas si anti-démocratique que l'on pense : O. BEAUD, Les étrangers exclus du droit de vote. Une telle exclusion est-elle nécessairement anti-démocratique ?, in *Mél. H. Portelli* : *Dalloz 2018*, p. 223 s.

dans ce cercle⁷³. Il est en effet tout à fait possible de conserver une conception ouverte de l'appartenance juridique.

Un second enseignement peut être tiré de l'analyse de la nationalité : l'acclimatation à l'abstraction, à la permanence et à la transcendance de l'appartenance⁷⁴. Cela est particulièrement visible dans l'hypothèse du vote : le national pourra voter quelle que soit sa proximité avec l'Etat français, même s'il réside dans un autre pays, même s'il n'a pas voté depuis longtemps, même s'il n'est pas impliqué socialement et politiquement... La nationalité, relation complètement « *a-spatiale* »⁷⁵, autorise à penser l'appartenance juridique sous toutes les formes et notamment les plus immatérielles, les plus éthérées. Nous sommes dès à présent entraînés, grâce au modèle de l'« *appartenance-nationalité* »⁷⁶ à pouvoir penser l'appartenance du salarié à l'entreprise comme éventuellement distincte du concret (lequel concret renvoie en droit du travail à la prestation de travail). C'est là tout l'intérêt de l'abstraction, ce d'autant plus que la quête de la *réalité à tout prix* n'est pas le seul objectif du Droit. Celui-ci est et doit rester un ordre idéal⁷⁷, structuré au besoin par des référents abstraits.

Le rapprochement effectué entre appartenance à l'Etat et à appartenance l'entreprise ne peut cependant excéder la simple relation typique, le seul modèle. En effet, si ces deux ensembles

⁷³ Pour la conception ouverte de la nationalité française, v. O. BEAUD, Les étrangers exclus du droit de vote. Une telle exclusion est-elle nécessairement anti-démocratique ?, in Mél. H. Portelli : *Daloz 2018*, p. 223 s., spéc. p. 244 : « *Parce que les conditions d'accès à la nationalité française sont larges, on peut parler d'une communauté ouverte, ce qui interdit d'ailleurs d'évoquer une quelconque ethnicité de la nationalité en ce qui concerne la France* ».

⁷⁴ Sur l'aspect abstrait de la nationalité, v. P. LAGARDE, La nationalité française : *Daloz 2011*, 4^{ème} éd. p. 4, n° 00.05. Sur l'aspect permanent de la nationalité, v. E. PATAUT, La nationalité : un lien contesté, in Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAI-BAHRI : éd. *IRJS 2013*, p. 153 s., spéc. p. 160. Sur l'aspect transcendant de la nationalité, v. Y. LEQUETTE, La nationalité française dévaluée, in Mél. à F. Terré : *Daloz 1999*, p. 349 s., spéc. p. 371.

⁷⁵ C. EISENMANN, Cours de droit administratif. Vol. 2 : *LGDJ 1982*, p. 503.

⁷⁶ P. RICHARD, Appartenance et transitivité ou le vertige de Procuste..., in Les contentieux de l'appartenance : *L'Harmattan 2006*, p. 193 s., spéc. p. 206.

⁷⁷ A. SUPLOT, Critique du droit du travail : *PUF 2015*, 3^{ème} éd., p. 118.

de référence constituent tous deux des collectivités⁷⁸, seul l'Etat bénéficie de la personnalité juridique et il est seul créateur d'appartenance, contrairement à l'entreprise, puisque c'est l'Etat qui attribue souverainement la nationalité. Mais, surtout, entre appartenance à l'Etat et appartenance à l'entreprise, les enjeux ne se situent pas sur le même plan : il n'y a, dans l'entreprise, aucune nécessité à ce que l'appartenance juridique coïncide avec une réalité sociale⁷⁹. C'est qu'il n'existe pas, en droit du travail, l'interférence de l'idée de Nation, contrairement au droit de la nationalité. De sorte que la vive controverse franco-allemande sur la conception de la nationalité (impliquant ou non une identité nationale et une intériorisation des valeurs communes) ne se retrouvera pas dans la présente étude⁸⁰. On touche ici les limites du modèle de l'appartenance-nationalité qui doit mener à une *acclimatation* et non à une *transposition* insensée. De même, et sauf à quitter le terrain juridique pour verser du côté des sciences de gestion, nous ne nous interrogerons pas plus sur le fait de savoir si l'appartenance à l'entreprise est une mentalité⁸¹.

8. L'élaboration d'un modèle d'appartenance juridique : la crise structurelle. C'est toujours en référence à l'appartenance-nationalité que nous nous attendons à des *perturbations* dans la notion d'appartenance à l'entreprise et à l'émergence de critères de

⁷⁸ Ces deux collectivités ne se font d'ailleurs pas directement concurrence : F. POIRAT, « Etat », in Le dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS : PUF 2003, 1^{ère} éd., p. 642.

⁷⁹ Contrairement à la nationalité, F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES, Droit de la nationalité et des étrangers : PUF 2015, p. 23, n° 26 : « La nationalité juridique ne naît pas ex nihilo : elle a un rapport avec le lien factuel, social, psychologique qui rapproche des personnes d'un État ou une nation. En somme, les règles sur la nationalité tentent de traduire dans les mots du droit « l'infrastructure traditionnelle et émotionnelle » ». Et les mêmes auteurs de rappeler que la doctrine allemande distingue nationalité de fait (Volkstum) qui désigne l'appartenance à une communauté et la nationalité de droit (Staatsangehörigkeit) qui désigne le lien juridique entre un individu et un État.

⁸⁰ On sait que dans le système français, la conception ethnique de la nation ne l'a pas emporté (F. BELLIVIER, E. PATAUT, Compte rendu des mélanges en hommage à François TERRE : Rev. crit. DIP 1999, p. 903 s., spéc. p. 908). On sait aussi que la conception française de la nationalité cède progressivement la place à une conception fonctionnelle (Y. LEQUETTE, La nationalité française dévaluée, in Mélanges F. Terré : Dalloz 1999, p. 349 s, spéc. p. 351).

⁸¹ Contrairement à la nationalité qui, selon Hauriou, est une mentalité (M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit constitutionnel : Sirey 1930, 2^{ème} éd., p. 8). Déclinée en droit du travail, cela aurait pour incidence de s'engager du côté de la conscience, de la culture d'entreprise. En un mot, du sentiment d'appartenance, alors même que nous l'avons précédemment évacué de la présente étude.

rattachement concurrents. En effet, la nationalité traverse aujourd'hui une « *remise en cause profonde* »⁸², voire une véritable « *crise* »⁸³, et rien n'indique que l'appartenance à l'entreprise sera épargnée. En quoi consiste cette crise ? Premièrement, il est reproché à la notion traditionnelle de nationalité de ne plus constituer le reflet fidèle des liens unissant une personne à un Etat ; de manquer d'attaches concrètes⁸⁴. Deuxièmement, comme toute appartenance à un groupe intermédiaire (l'appartenance première étant, on l'a vu, celle du genre humain), la nationalité est une notion particulièrement fragile en ce qu'elle peut être attaquée de deux côtés, à la fois sur le plan individuel et collectif. Puisque l'appartenance juridique est la rencontre de deux pôles, un individu et un groupe préconstitué, il convient de réaliser que ces deux extrémités sont autant de *points de fragilité*. En période de crise, toute appartenance est « prise en tenaille » à la fois par l'individu (qui existe avant le membre) et par un ensemble dominant, soit l'ensemble « zéro » (la communauté humaine), soit simplement un groupe supérieur. Il n'est donc pas étonnant de relever que la nationalité est remise en cause à la fois par l'individu (par la montée de critères alternatifs et concurrents de rattachement basés sur la volonté) et par l'Union européenne ou la si fondamentale qualité d'humain⁸⁵. Nous pouvons le dire dès à présent : cette crise étant structurelle à la notion d'appartenance juridique, ces agitations inhérentes à la nationalité se retrouveront dans l'appartenance à l'entreprise. Cette dernière se verra dans l'acceptation que l'on aura arrêtée perturbée par l'attrait du concret et la concurrence d'une vision proximale du rattachement à l'entreprise.

⁸² E. PATAUT, La nationalité : un lien contesté, in Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. IRJS 2013, p. 153 s., spéc. p. 156.

⁸³ A. DIONISI-PEYRUSSE, Essai sur une nouvelle conception de la nationalité : *Deffrénois Lextenso 2008*, spéc. p. 20 s., n° 64 s.

⁸⁴ A. DIONISI-PEYRUSSE, Essai sur une nouvelle conception de la nationalité : *Deffrénois Lextenso 2008*, p. 201, n° 547. L'auteur ne juge pas opportun, dans sa thèse, que la nationalité disparaisse : elle préconise plutôt qu'elle soit redessinée et que soit retenue une conception plus objective de celle-ci, mieux adaptée aux exigences contemporaines, c'est-à-dire une nationalité effective, à laquelle objectivement l'individu est lié. Ceci explique, par exemple, que l'auteur propose que la naturalisation devienne un droit, et non plus une faveur, mais après un délai de résidence plus long.

⁸⁵ E. PATAUT, La nationalité : un lien contesté, in Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. IRJS 2013, p. 153 s., spéc. p. 160 s. ; Y. LEQUETTE, La nationalité française dévaluée, in Mélanges F. Terré : *Dalloz 1999*, p. 349 s.

C'est donc ainsi éclairée de la nationalité, érigée en modèle d'appartenance juridique, que l'appartenance du salarié à l'entreprise sera abordée. Et puisque derrière la nationalité pointe une autre notion, à savoir la qualité juridique⁸⁶, nous serons donc bien disposés, le cas échéant, à l'accueillir en droit du travail, sous sa déclinaison de qualité de salarié.

II. Le salarié

9. La figure du salarié. On saisit plus précisément ce qu'est l'appartenance juridique dès lors qu'un sujet (celui qui appartient) apparaît. Il s'agit ici du salarié. Cette qualification est riche d'enjeux juridiques : elle oblige l'employeur à respecter la législation du travail, elle conditionne la compétence du conseil de prud'hommes et elle génère l'affiliation au régime général de la sécurité sociale⁸⁷. A déterminer, la notion de salarié semble poser peu de difficultés de prime abord : le juriste devine d'instinct, derrière elle, l'ombre du contrat de travail. Il est vrai que la qualification de salarié n'est pas liée au simple fait pour une personne d'exécuter un travail ; elle n'épuise pas toutes les situations où une personne déploie une activité, même professionnelle ; elle subit d'ailleurs la concurrence d'autres figures de « travailleurs », à savoir l'entrepreneur, le bénévole, le mandataire... Cette qualification ne découle pas de la simple constatation d'une exécution concrète d'un travail mais de la constatation d'une autre qualification⁸⁸, celle de la convention qui lie le travailleur à la personne bénéficiant de son activité. « Définir le salarié, c'est définir le contrat de

⁸⁶ « Définir la nationalité, c'est désormais isoler une « qualité » à la fois individuelle et collective » (G. NOIRIEL, Socio-histoire d'un concept. Les usages du mot « nationalité » au XIX^{ème} siècle : *Genèses* 1995, p. 4 s., spéc. p. 18). V. égal. G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères, in *Mél. D. Holleaux : Litec* 1990, p. 135 s., spéc. p. 137, pour qui la qualité qui dérive du concept de nationalité exprime l'appartenance d'une personne à un État.

⁸⁷ F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, Droit du travail : *LGDJ* 2020, 7^{ème} éd., p. 458, n° 542.

⁸⁸ Pour cette qualification, la Cour de cassation impose la poursuite d'un « principe de réalité » (P. LOKIEC, Droit du travail : *PUF* 2019, p. 112, n° 103), grâce auquel « 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 » (Soc. 19 déc. 2000 : pourvoi n° 98-40.572, Bull. V, n° 437. – Soc. 17 avril 1991 : pourvoi n° 88-40.121, Bull. V, n° 200).

travail »⁸⁹. Est ainsi salarié celui qui ne met pas en œuvre son patrimoine⁹⁰ et qui ne bénéficie pas des fruits de son activité, soit la personne qui est liée par un contrat de travail, convention par laquelle une personne physique met son activité au service d'une autre personne, physique ou morale, sous l'autorité de laquelle elle se place, moyennant le versement d'une rémunération⁹¹. Le juge qui doit rechercher le salarié commence donc par caractériser l'existence d'un contrat de travail, et donc la présence d'un travail, d'une rémunération et, surtout, d'un lien de subordination⁹². Il est aidé, dans cette traque des

⁸⁹ L. DE LA PRADELLE, *Qu'est-ce qu'un salarié ? : RPDS 1997*, p. 79 s., spéc. p. 80.

⁹⁰ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail : PUF 2015*, 3^{ème} éd., p. 61.

⁹¹ A. JEAMMAUD, *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail*, à propos de l'arrêt Labbane : *Dr. soc. 2001*, p. 231.

⁹² V. pour un exemple du primat du lien de subordination dans la recherche à laquelle se livre le juge du fond, souverain dans son appréciation (même si la chambre sociale de la Cour de cassation exerce un contrôle de motivation), CA Montpellier, 16 sept. 2020 : *RG n° 17/00448*. Ce lien reste aujourd'hui le critère premier du contrat de travail même dans l'appréhension des nouvelles formes de travail (Soc. 4 mars 2020 : pourvoi n° 19-13.316, Bull. V, à paraître. – Cons. constit., 20 déc. 2019, n° 2019-794, DC : *JORF 26 déc. 2019*, texte n° 2, à propos des travailleurs des plateformes), malgré certaines critiques passées (v. ex. T. AUBERT-MONPEYSSEN, *Subordination juridique et relation de travail : CNRS 1988*, qui proposait de relire la notion de subordination comme la participation à l'entreprise d'autrui) comme actuelles (v. par ex. P. LOKIEC, *De la subordination au contrôle : SSL 2019*, supplément n° 1841, p. 12 s., qui propose de substituer le critère du contrôle à celui de la subordination).

Sur le débat entre subordination juridique et dépendance économique, avec la victoire de la première conception sur la seconde dans l'arrêt Bardou (Civ. 6 juill. 1931), v. P. CUCHE, *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail : Rev. crit. 1913*, p. 412 s. ; A. ROUAST, *La notion de contrat de travail et la loi sur les Assurances sociales : JCP 1930*, I, 329 ; R. SAVATIER, *Vers une socialisation du contrat de louage d'industrie : D. 1934*, p. 37 s. ; J.-P. LE CROM, *Retour sur une vaine querelle : le débat subordination juridique – dépendance économique dans la première moitié du XX^{ème} siècle*, in *La subordination dans le travail : La documentation française 2003*, p. 59. Plus récemment, la Cour de cassation a expressément affirmé, dans sa note relative à l'arrêt du 4 mars 2020 (Soc. 4 mars 2020 : pourvoi n° 19-13.316, Bull. V, à paraître) que « dans l'arrêt prononcé le 4 mars 2020, la chambre sociale a estimé qu'il n'était pas possible de s'écarter de cette définition désormais traditionnelle et a refusé d'adopter le critère de la dépendance économique suggéré par certains auteurs » :

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_44525.html.

Sur la distinction entre subordination juridique (direction des personnes) et dépendance économique (direction économique), v. P. LOKIEC, *Droit du travail : PUF 2019*, p. 119, n° 110. Sur la relativisation, dans les droits

« *données objectives* »⁹³ d'un côté par l'existence de certaines présomptions de non-salariat (i. e. le chauffeur de VTC) et de l'autre côté par l'existence de certaines présomptions de salariat (i. e. le VRP).

Mais la notion de salarié est en réalité plus subtile qu'elle n'y paraît, en raison de l'emprunt d'éléments d'appréciation qu'elle fait au monde économique⁹⁴. De cet emprunt naît en effet une porosité aux nouvelles formes de travail pour autrui et aux nouveaux modèles économiques. On évoque ainsi volontiers aujourd'hui de nouvelles figures de travailleurs : le « *para-subordonné* »⁹⁵, le « *quasi-salarié* »⁹⁶, le « *semi-salarié* »⁹⁷... Ces travailleurs exécutant leur activité dans un cadre relativement dépendant mais sans bénéficier d'un contrat de travail. Une des problématiques majeures du droit du travail contemporain est de définir un régime à ces nouvelles figures⁹⁸. On aurait tôt fait de penser trouver dans une étude relative à l'appartenance du salarié une réponse à cette problématique. L'expression pourrait faire allusion à une rédefinition de la figure du salarié, qui permettrait d'actualiser la définition du contrat de travail et, pourquoi pas, d'englober ces nouvelles figures et ces zones grises du salariat. N'a-t-on pas d'ailleurs soutenu que le lien de subordination (critère

étrangers de leur antagonisme, v. O. LECLERC, T. PASQUIER, La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et droit comparé : *RDT 2010*, p. 83 s.

⁹³ A. JEAMMAUD, L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane : *Dr. soc. 2001*, p. 227 s., spéc. p. 231.

⁹⁴ P. COURSIER, La notion de travailleur salarié en droit social communautaire : *Dr. soc. 2003*, p. 305, spéc. p. 306.

⁹⁵ J. BARTHELEMY, Le professionnel parasubordonné : *JCP E 1996*, I, 606.

⁹⁶ A. SUPIOT, Les nouveaux visages de la subordination : *Dr. soc. 2000*, p. 131 s., spéc. p. 142. Remarquons d'ailleurs, toujours dans l'idée que la nationalité est le modèle de l'appartenance juridique, que la doctrine s'interroge également sur l'existence d'un « quasi-national » (S. TOUZE, La « quasi-nationalité », réflexions générales sur une notion hybride : *RGDIP 2011-1*, p. 5 s. ; F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES : Droit de la nationalité et des étrangers : *PUF 2015*, p. 41, n° 52).

⁹⁷ P. COURSIER, La notion de travailleur salarié en droit social communautaire : *Dr. soc. 2003*, p. 305, spéc. p. 306.

⁹⁸ Le législateur fait globalement le choix de sauvegarder leur qualité de travailleur indépendant (Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 : *JORF n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 3*. – Loi n° 2019-1428 du 24 déc. 2019 : *JORF n° 0299 du 26 déc. 2019, texte n° 1*). Emerge ainsi progressivement un droit du travail du travailleur non salarié (F. FAVENNEC-HERY, Quel régime pour les travailleurs des plateformes : *JCP S 2020*, 2044).

central du contrat de travail) pourrait disparaître au profit de l'intégration du salarié à une collectivité, donc « *au bénéfice du lien d'appartenance à l'entreprise* »⁹⁹ ? N'a-t-il pas été proposé que le lien de subordination soit nouvellement appréhendé comme « *l'appartenance à l'entreprise d'autrui* »¹⁰⁰ ? « *Le critère nouveau [du contrat de travail] serait celui de l'appartenance à l'entreprise* »¹⁰¹ soutient-on. Il est vrai que la situation du *salarié qui appartient* a un fort pouvoir d'évocation : à travers elle, on entrevoit la participation et l'intégration du salarié¹⁰² à un ensemble plus grand que lui. Cela explique que l'on projette facilement dans cette situation une nouvelle façon, plus objective et plus sensible à la dépendance économique, de caractériser le salarié. Ce dernier ne serait plus la personne soumise à l'employeur ; il serait celui qui appartient à l'entreprise (ou à une émanation de celle-ci). Cela serait cependant céder à une mauvaise impression.

10. Absence de remise en cause de la figure actuelle du salarié. En envisageant l'appartenance du salarié à un ensemble, à un collectif, ce n'est pas une relecture de la qualification de salarié que la présente étude propose. Nous n'invitons pas à une redéfinition du lien de subordination (et par là de la qualification de contrat de travail, donc de salarié) tel qu'il est issu de l'arrêt Société Générale¹⁰³ et tel qu'il a été réaffirmé encore récemment en jurisprudence¹⁰⁴. La présente étude n'a pour finalité ni de bouleverser le contenu de ce lien, « *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* », ni sa centralité dans l'opération de qualification du

⁹⁹ B. BOUBLI, Dérégulation ou simplification ? Une ambiguïté à lever : *SSL 2015*, n° 1699, p. 5 s., spéc. p. 10.

¹⁰⁰ H. GROUDEL, Le critère du contrat de travail, in Etudes G. H. Camerlynck : *Dalloz 1977*, p. 49 s., spéc. p. 58 ; A. JEAMMAUD, L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane : *Dr. soc. 2001*, p. 227 s., spéc. p. 236.

¹⁰¹ P. FIESCHI-VIVET, Les éléments constitutifs du contrat de travail : *RJS 1991*, p. 414 s., spéc. p. 415.

¹⁰² L'intégration du salarié à un service organisé a été un temps considérée, en jurisprudence, comme étant comme une traduction du lien de subordination, v. pour un premier arrêt marquant Soc. 27 mai 1968, Bull. V, n° 255. Elle a été depuis ravalée au rang d'indice du lien de subordination (Soc. 13 novembre 1996 : pourvoi n° 94-13.187, Bull. V, n° 386). Pour des applications de la notion de subordination à partir du critère du service organisé, v. P. FIESCHI-VIVET, Les éléments constitutifs du contrat de travail : *RJS 1991*, p. 414 s., spéc. p. 416 s.

¹⁰³ Soc. 13 novembre 1996 : pourvoi n° 94-13.187, Bull. V, n° 386.

¹⁰⁴ Soc. 28 nov. 2018 : pourvoi n° 17-20.079, Bull. V, à paraître.

contrat de travail. La manière de réaliser cette étude est « insensible » à une variation des critères du contrat de travail. La situation du *salarié qui appartient* n'a pas vocation à perturber les règles actuelles de conclusion du contrat de travail ou d'application du droit du travail ; elle invite le chercheur, *sur un autre plan que celui de la qualification du contrat de travail*, à s'intéresser au biais par lequel le salarié fait partie d'un ensemble et aux conséquences qui en découlent. Dès lors, de deux choses l'une : soit le salarié appartient par le biais du contrat de travail (les critères du contrat n'en sont pas discutés), soit le salarié appartient par un tout autre biais (les critères du contrat n'en sont pas plus discutés). En tout état de cause, la qualification de salarié ne sera pas perturbée. Le salarié sera donc « simplement » saisi comme l'un des deux pôles de la dynamique d'appartenance, comme celui qui appartient. La qualification de salarié ne ressortira donc pas altérée de la présente étude ; pas plus que ne sera altérée la notion d'entreprise.

III. L'entreprise

11. Un périmètre dicté. Après avoir défriché le *comment* et déterminé le *pour qui*, reste à déterminer le *à quoi* ? A quoi le salarié appartient-il ? A l'entreprise. Le choix du périmètre d'appartenance nous a été *dicté* par la jurisprudence elle-même (et par l'utilisation concomitante de cette expression par la doctrine). En 1971, la chambre sociale a en effet jugé que le tribunal d'instance était la juridiction compétente, s'agissant des salariés électeurs aux élections professionnelles, pour « *apprécier en cas de contestation la réalité de leur appartenance à l'entreprise* »¹⁰⁵. Abondamment reprise par la suite dans le contentieux des élections professionnelles¹⁰⁶, cette expression a ensuite gagné le contentieux de l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Ainsi, « *c'est en raison de leur appartenance à l'entreprise* » que les salariés de celles-ci ont été jugés bénéficiaires d'avantages octroyés

¹⁰⁵ Soc. 2 déc. 1971 : pourvoi n° 71-60.235, Bull. n° 709 (nous soulignons).

¹⁰⁶ V. not. Soc. 17 déc. 1974 : pourvoi n° 74-60.121, Bull. n° 617. – Soc. 6 juill. 1977 : pourvoi n° 77-60.512, Bull. n° 472. – Soc. 20 mars 2002 : pourvoi n° 00-60.315, Bull. V, n° 95. – Soc. 20 mars 2002 : pourvoi n° 00-60.176, Bull. V, n° 97. – Soc. 26 mars 2003 : pourvoi n° 02-60.372, inédit. – Soc. 29 oct. 2003 : pourvoi n° 02-60.632, inédit. – Soc. 17 déc. 2003 : pourvoi n° 02-60.394, inédit. – Soc. 20 juin 2012 : pourvoi n° 11-60.228, inédit.

par l'employeur¹⁰⁷. C'est dans ce second contentieux, relatif à la protection sociale, que l'expression s'est particulièrement déployée et a accédé à un sens juridique spécifique, dont on verra qu'il constitue le point de départ de notre étude. Dans le même temps, cette expression s'est retrouvée sous la plume de la doctrine. Ainsi, dès 1968, pour CAMERLYNCK « *la notion même de contrat de travail s'est élargie. Celui-ci s'est libéré d'une conception civiliste comptable et étriquée, selon laquelle son seul objet synallagmatique immédiat serait la prestation de travail, au fur et à mesure de l'accomplissement effectif de laquelle naîtrait corrélativement la créance de salaires. Le contrat de travail – et c'est ce qu'il convient de retenir de la notion d'entreprise et de relation de travail – consacre désormais l'appartenance du salarié à l'entreprise* »¹⁰⁸.

Il pourrait être dès lors tentant de partir de la notion d'*entreprise* pour expliquer ce qu'est l'*appartenance à l'entreprise*, et ainsi permettre au connu d'éclairer l'inconnu. Mais cela n'est pas souhaitable : cette étude ne doit pas être une étude déguisée de l'entreprise. Le mot cardinal de l'étude est et doit rester l'« appartenance ». S'il est en effet souhaitable de se

¹⁰⁷ Soc. 11 mai 1977 : pourvoi n° 76-10.231, Bull. n° 310.

V. égal. et not. Soc. 18 janv. 1979 : pourvoi n° 77-13.381, Bull. n° 58. – Soc. 24 janv. 1980 : pourvoi n° 78-15.145, Bull. n° 83. – Soc. 12 févr. 1981 : pourvoi n° 79-15.344, Bull. n° 134. – Soc. 15 oct. 1981 : pourvoi n° 80-14.681, Bull. n° 796. – Soc. 12 déc. 1984 : pourvoi n° 83-10.113, Bull. V, n° 490. – Soc. 25 mars 1985 : pourvoi n° 83-13.596, Bull. V, n° 209. – Soc. 21 juin 1989 : pourvoi n° 86-18.717, Bull. V, n° 460. – Soc. 25 oct. 1990 : pourvoi n° 87-14.869, inédit. – Soc. 7 mars 1991 : pourvoi n° 88-20.309, inédit. – Soc. 9 juill. 1992 : pourvoi n° 90-16.427, inédit. – Soc. 4 févr. 1993, pourvoi n° 91-14.438, Bull. V, n° 46. – Soc. 25 févr. 1993 : pourvoi n° 90-21.550, Bull. V, n° 71. – Soc. 27 mai 1993 : pourvoi n° 91-14.639, inédit. – Soc. 2 déc. 1993 : pourvoi n° 91-16.576, Bull. V, n° 302. – Soc. 13 janv. 1994 : pourvoi n° 91-10149, inédit. – Soc. 27 janv. 1994 : pourvoi n° 91-20.294, inédit. – Soc. 10 févr. 1994 : pourvoi n° 91-18.391, inédit. – Soc. 17 févr. 1994 : pourvoi n° 91-20.945, inédit. – Soc. 12 juill. 1995 : pourvoi n° 93-12.775, Bull. V, n° 243. – Soc. 12 oct. 1995 : pourvoi n° 93-16.993, Bull. V, n° 270. – Soc. 24 avr. 1997 : pourvoi n° 95-18.039, Bull. V, n° 145. – Soc. 1^{er} avril 1999 : pourvoi n° 97-12.912, Bull. V, n° 149. – Ass. Plén. 26 janv. 2001 : pourvoi n° 99-13.397, Bull. AP, n° 2. – 2^{ème} civ. 18 oct. 2005 : pourvoi n° 04-30.194, inédit. – 2^{ème} civ. 11 sept. 2008 : pourvoi n° 07-18.792, Bull. II, n° 194. – 2^{ème} civ. 17 sept. 2009 : pourvoi n° 08-21.005, Bull. II, n° 218. – 2^{ème} civ. 28 janv. 2010 : pourvoi n° 08-21.783, Bull. II, n° 23.

¹⁰⁸ G.-H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail : Dalloz 1968, 1^{ère} éd., p. 25, n° 15* (souligné dans le texte).

V. déjà du même auteur, à propos du salaire et de la « notion plus large d'appartenance à l'entreprise » qui s'affirme aux côtés d'une conception synallagmatique, G.-H. CAMERLYNCK, *Traité pratique de la rupture du contrat de travail : Librairies techniques 1959, p. 97.*

référer à une notion existante pouvant faire office de phare dans la nuit, ce rôle, on l'a vu, sera, dans une certaine mesure, rempli par la nationalité¹⁰⁹. S'agissant de l'entreprise, la présente étude doit simplement tenir pour acquis que cet ensemble de référence *existe*. C'est pour cela que la légitimité du périmètre ne sera certainement pas discutée. De même, cette étude ne viendra ni redéfinir l'entreprise ni porter une vision idéologique du droit du travail ; ou alors ni directement ni principalement.

12. Légitimité du périmètre ? Puisque la détermination de l'entreprise comme périmètre de référence ne résulte pas d'un choix arbitraire mais bien du constat, tant jurisprudentiel que doctrinal, de l'existence d'une appartenance du salarié à ce périmètre, la présente étude n'a pas pour objet de s'interroger sur la légitimité de ce *périmètre-ci* et de le remettre en cause. Déjà parce que, même si l'on enseigne volontiers aujourd'hui que l'entreprise est une entité chahutée, en raison de frontières en redéfinition permanente, d'une activité en voie d'externalisation et d'un noyau dur d'emploi interne parfois raboté, qu'elle devient, en somme, « *plus protéiforme et plus poreuse* »¹¹⁰, elle reste le périmètre de référence du droit du travail¹¹¹. Ensuite, et surtout, parce que le périmètre étant dicté, la seule question préalable qui nous intéresse est celle, non de la *légitimité* du périmètre, mais de la *possibilité* du rattachement à ce périmètre. Or, puisqu'il est tout à fait possible d'appartenir

¹⁰⁹ V. *supra* n° 6.

¹¹⁰ R. BEAUJOLIN-BELLET, « Entreprise », in Le dictionnaire du travail, dir. A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS : PUF 2012, 1^{ère} éd., p. 265.

¹¹¹ Bien que concurrencée (en général, non spécialement comme périmètre d'appartenance) par d'autres modèles d'organisation (v. *infra* n° 13), l'entreprise reste une « référence normative » et un « modèle » (E. PESKINE, A la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement : RDT 2019, p. 19 s., spéc. p. 21 s.). A titre d'exemple, malgré la multiplication des entorses et dérogations, l'entreprise reste le périmètre de référence d'appréciation des difficultés économiques (c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de groupe, C. trav. art. L. 1233-3), le périmètre de référence de décompte du nombre de licenciements sur une période de trente jours (c'est-à-dire lorsque les licenciements n'ont pas été décidés au niveau d'une UES, Soc. 28 janv. 2009 : pourvoi n° 07-45.481, Bull. V, n° 26. – Soc. 16 nov. 2010 : pourvoi n° 09-69.485, Bull. V, n° 258), le périmètre de centralisation des instances de représentation (C. trav. art. L. 2313-1), le périmètre de référence de recherche de reclassement (c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de groupe, C. trav. art. L. 1233-4), le périmètre de référence du calcul de l'ancienneté (J. SAVATIER « Ancienneté dans l'entreprise » : Rép. trav. Dalloz 2017, spéc. n° 131), le périmètre de prise individuelle des congés, soit pour les interdire (C. trav. art. L. 3142-28 ; R. 6322-67), soit pour organiser une simultanéité (C. trav. art. L. 3141-14).

à une entité abstraite (i.e. l'appartenance à une famille¹¹² ; l'appartenance à une nation¹¹³), cette possibilité est établie. La seule légitimité qui nous intéresse, celle du rattachement, est donc acquise ; il convient de s'en contenter et de se garder de se mettre en quête de la *justesse* de l'entreprise. Peut-être nécessaire, cette question relèverait cependant d'une tout autre étude.

13. Définition du périmètre ? L'entreprise en tant qu'objet de réglementation juridique, en tant que notion juridique est particulièrement difficile à saisir¹¹⁴. D'une part, parce qu'elle revêt plusieurs sens et qu'elle ne reflète pas toujours une réalité sociale ou économique : elle est tour à tour lieu, activité, collectivité, niveau (de représentation ou de décision)... D'autre part, parce qu'elle est une notion à l'origine extrajuridique : il s'agit en effet d'un concept, d'une notion économique¹¹⁵. Or, la réception en droit de cette notion économique a considérablement obscurci l'appréhension générale de l'entreprise. Outre le fait que chaque discipline juridique a sa propre définition de l'entreprise, à l'intérieur d'une même matière les définitions de l'entreprise se multiplient encore, à la fois en raison de l'instabilité de l'entreprise elle-même mais aussi en raison des différentes finalités doctrinales qui ont présidé à l'élaboration de sa définition¹¹⁶. Ainsi, dans sa thèse de doctorat, DESPAX milite

¹¹² A. PANET, Désintérêt de l'homme dont la paternité est judiciairement déclarée et nom de famille : heurs et malheurs de l'intérêt supérieur de l'enfant : *Dr. fam.* 2016, *comm.* 139. La famille est une entité « abstraite » au sens où elle est structurée par la présence de multiples liens de filiation constituant des liens juridiques, de droit (V. DESCHAMPS, Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du titre VII du livre premier du Code civil : *LGDJ* 2019).

¹¹³ A. DIECKHOFF (dir.), La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme : *Presses de Sciences Po* 2004, p. 376.

¹¹⁴ P.-Y. VERKINDT, L'entreprise, in Les notions fondamentales du droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *EPA* 2009, p. 43 s. ; N. CATALA, Traité de droit du travail. L'entreprise, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz* 1980, p. 152, n° 144 ; G. DRAGO, De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise, in Mél. C. Champaud : *Dalloz* 1997, p. 299 s. ; J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé : *PUF* 2013, 2^{ème} éd., p. 100 s.

¹¹⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, L'entreprise et ses formes juridiques : *RTD com.* 1968, p. 907 s. ; G. LYON-CAEN, Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale : *LGDJ* 1955, p. 221, n° 288.

¹¹⁶ *Rappr.* G. LYON-CAEN et A. LYON-CAEN, La « doctrine » de l'entreprise, in Dix ans de droit de l'entreprise, dir. J.-M. MOUSSERON ET B. TEYSSIE : *Librairie technique* 1978, p. 601 s., note n° 4 : « Chacun a une conception de l'entreprise. Et les définitions sont différentes selon la perspective dans laquelle elle est analysée ».

pour la reconnaissance de la personnalité juridique à l'entreprise¹¹⁷, dans le dessein de « *départager, d'atténuer, sinon de supprimer les divergences au sein de l'entreprise* »¹¹⁸ puisque « *l'entrepreneur devrait agir dans l'intérêt de tous* »¹¹⁹. La théorie de l'entreprise de DURAND a quant à elle pour finalité d'assurer le bien commun de tous ses membres¹²⁰. La théorie opposée, notamment portée par LYON-CAEN, souligne pour sa part l'antagonisme des intérêts du salarié et de l'employeur. Elle insiste sur l'existence du contrat de travail pour mieux protéger *in fine* la partie faible dans cette relation asymétrique¹²¹. Une théorie plus contemporaine semble voir le jour, celle de la cogestion. En application de celle-ci, l'entreprise a pour forme juridique la société, et devrait se définir comme le groupement où salariés et associés seraient considérés comme des « *parties constituantes* »¹²²; cette définition mène alors logiquement à la promotion de la cogestion en raison de l'égalité de statut entre salariés et associés.

Cette étude n'a pas pour vocation première de rallier une des définitions de l'entreprise ou de proposer une nouvelle définition de celle-ci. Puisque l'entreprise est pour nous le périmètre de référence, nous retiendrons simplement une vision spatiale de l'entreprise. Il nous est en effet nécessaire, pour la présente étude, que de cerner *a minima* l'entreprise. Cette délimitation *a minima* peut tout bonnement procéder d'une démarcation par opposition, c'est-à-dire au terme d'une confrontation avec des périmètres voisins. Or, il existe bien en droit du travail des périmètres voisins à l'entreprise : un périmètre supérieur, le groupe ; un périmètre inférieur, l'établissement. Si ces deux notions font elles-mêmes l'objet de débats,

¹¹⁷ M. DESPAX, L'entreprise et le droit : *LGDJ 1957*, p. 382 s, n° 357.

¹¹⁸ N. ANCIAUX, Essai sur l'être en droit privé : *LexisNexis 2019*, p. 118, n° 139.

¹¹⁹ G. DUCHANGE, Le concept d'entreprise en droit du travail : *Planète social 2014*, p. 9, n° 17. Une seconde forme d'union des intérêts des membres de l'entreprise est apparue en doctrine sous l'impulsion de PAILLUSSEAU et CHAMPAUD (J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise : *Sirey, 1967* ; Le droit moderne de la personnalité morale : *RTD civ. 1993*, p. 705 et s. ; C. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions : *Sirey 1962*). Plutôt que de personnifier l'entreprise, comme DESPAX, ces auteurs considèrent que la société, forme juridique principale de l'entreprise, pourraient réaliser cette fusion des intérêts des parties diverses à l'entreprise dans l'intérêt social.

¹²⁰ P. DURAND et R. JOSSAUD, Traité de droit du travail. t. 1 : *Dalloz 1947*, p. 423, n° 347.

¹²¹ V. G. LYON-CAEN, Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale : *LGDJ 1905*, p. 223, n° 291.

¹²² C. CLERC, Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale : *RDT 2018*, p. 107.

un critère permet de toutes les départager : *la figure de l'employeur contractant*. Tant le groupe que l'établissement dérogent à cette figure. Le groupe se définit en effet par la notion de contrôle sociétaire : une société (ou plusieurs sociétés) en contrôlent une autre ou plusieurs autres, peu important le critère du contrôle¹²³. Le groupe est dès lors au-delà de la figure de l'employeur contractant. L'établissement, quant à lui, a toujours été considéré comme une division même dans l'entreprise, comme une « structure infra-entreprise »¹²⁴ permettant de compartimenter le collectif pour « *capter au plus près la spécificité de la communauté de travail considérée* »¹²⁵ ; il est périmètre spécifique de représentation, et donc de négociation, s'il est distinct¹²⁶. L'établissement est dès lors en deçà de la figure de l'employeur contractant. Il s'ensuit que l'entreprise peut être simplement appréhendée comme l'espace où un ou des salariés sont placés sous une même autorité et sont parties contractantes avec une autre et même personne. L'entreprise, au sens de notre étude, est donc *l'espace formé par le ou les salariés et leur contractant : l'employeur-entrepreneur*¹²⁷.

De ce point de vue, peu importe la forme juridique de l'employeur entrepreneur (individuel, société unipersonnelle ou pluripersonnelle, association, syndicat...) ; comptent seulement deux choses : d'une part, le face-à-face de deux parties contractantes (le salarié et

¹²³ M. VANHAECKE, Les groupes de sociétés : *LGDJ 1962*, p. 497, n° 506. Adde M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés : *LexisNexis 2020*, 33^{ème} éd., p. 864 s., n° 2239 s.

¹²⁴ D. CHATARD, Établissement, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE : *EPA 2016*, p. 109 s., spéc. p. 120.

¹²⁵ *Ibid.* Adde. L. PECAUT-RIVOLIER, La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel : *JCP S 2012*, 1305 : « *Il est le périmètre qui permet d'appréhender le mieux et le plus directement le fonctionnement social de l'entreprise* ».

¹²⁶ Pour la désignation du délégué syndical, est établissement le regroupement de salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques (C. trav. art. L. 2143-3, al. 4) ; pour l'élection de la délégation du personnel au comité social et économique, l'employeur fixe, en l'absence d'accord collectif, le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel (C. trav. art. L. 2313-4).

¹²⁷ Selon le professeur Jean SAVATIER « *l'entreprise se construit autour de la personne juridique qui a la qualité d'employeur* » (J. SAVATIER, Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail, in *Études A. Brun : Librairie sociale et économique 1974*, p. 527 s., spéc. p. 529).

l'employeur)¹²⁸ et, d'autre part, la présence d'une collectivité de salariés¹²⁹. Si le face-à-face entre salarié et employeur est toujours présent, quelle que soit la forme juridique de l'entreprise, l'existence d'une collectivité de salariés n'est en revanche pas systématique : encore faut-il que l'entreprise compte plus d'un salarié¹³⁰. Ces deux éléments seuls intéressent la réflexion : on verra plus loin qu'ils se retrouvent dans le contenu opératoire de l'appartenance du salarié à l'entreprise que nous dégageons. Il nous suffit en conséquence de tenir l'entreprise pour un *cercle*.

14. Doctrine inhérente au périmètre ? Les définitions de l'entreprise sont donc modelées sur ce que l'on projette *dans* l'entreprise et *pour* l'entreprise. « *L'entreprise n'est rien ; elle n'est que ce que l'on souhaite faire du droit du travail...* »¹³¹. A cette difficulté réelle s'ajoute une seconde, qui lui est relativement contingente, à savoir que toute définition de l'entreprise s'inscrit plus globalement dans le choix d'une doctrine de l'entreprise, et donc dans une vision idéologique du droit du travail en général. C'est l'opposition classique entre la thèse contractualiste et la thèse institutionnaliste de l'entreprise. *La présente étude n'a pas plus vocation à se prononcer sur cette doctrine inhérente au périmètre qu'elle n'avait vocation à se prononcer sur la légitimité et sur la définition du périmètre*. Ces deux visions idéologiques doivent toutefois être brièvement abordées tant la tentation est grande de relier directement notre sujet à l'une de ces doctrines.

La doctrine contractualiste de l'entreprise insiste sur la « *logique d'échange et du profit* » qui règne dans l'entreprise¹³². Elle replace au centre du droit du travail le contrat éponyme

¹²⁸ Et c'est bien le sens de la référence permanente du code du travail à l'entreprise où la qualification de salarié et d'employeur détermine l'application des dispositions du code du travail.

¹²⁹ Sur l'évolution de la notion d'entreprise, d'un synonyme d'activité (au sens du Code de commerce de 1807) à une collectivité réunie sous une autorité commune, v. « Entreprise », in Dictionnaire de la culture juridique : PUF 2012, 4^{ème} éd., p. 625-626.

¹³⁰ Contra. N. CATALA, Traité de droit du travail, L'entreprise, t. 4, dir. G.-H. CAMERLYNCK : Dalloz 1980, p. 67, n° 69, note (1) : « On a déjà indiqué que l'on ne pouvait, en droit du travail, discerner une entreprise que là où plusieurs salariés travaillent en commun. L'exécution de son contrat de travail par un seul salarié ne suffit pas, en tout cas, à déclencher le jeu des lois sociales qui visent l'entreprise ». Comp. F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, Droit du travail : LGDJ 2020, 7^{ème} éd., p. 341, n° 388.

¹³¹ G. DUCHANGE, Le concept d'entreprise en droit du travail : Planète social 2014, p. 204, n° 254.

¹³² G. LYON-CAEN et A. LYON-CAEN, La « doctrine » de l'entreprise in Dix ans de droit de l'entreprise, dir. J.-M. MOUSSERON et B. TEYSSIE : Librairies techniques, 1978, p. 601 s., spéc. p. 619.

qui se caractérise par l’antagonisme des intérêts des parties du contrat, dans la logique classique de l’appréhension du contrat en général¹³³. Ce qui constitue l’entreprise, au sens du droit du travail, n’est, en réalité, dans cette théorie, que le contrat lui-même et la commutation opérée entre la mise à disposition de la force du travail du salarié d’un côté et le salaire versé en retour par l’employeur¹³⁴. D’une certaine manière, la persistance du contrat de travail¹³⁵ fait échec à « *la légitimation par le droit d’une économie aux fondements contestés* »¹³⁶, celle qui voit dans l’entreprise « *une unité économique de production affectée à un but commun de production* »¹³⁷. Cela explique que l’analyse contractualiste de l’entreprise souligne en retour la nécessité de protéger le salarié en raison de l’asymétrie de prérogatives contractuelles, l’entreprise ne pouvant masquer l’inégalité fondamentale entre les parties au contrat de travail¹³⁸.

La théorie institutionnaliste de l’entreprise insiste, à l’inverse, sur la nécessité de dépasser une analyse strictement contractuelle. De manière plus générale d’ailleurs, toute théorie de l’institution vise à diminuer l’importance du contrat¹³⁹ : ainsi en droit de la famille (avec le

¹³³ G. ROUHETTE, Contribution à l’étude de la notion : *thèse dactyl.* Paris, 1965, p. 567, n° 184 et p. 569, n° 570 ; M.-E ANCEL, La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d’un modèle contractuel, in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle, dir. T. REVET : éd. IRJS, LGDJ, 2005, p. 285 s. ; P. DIDIER, Brèves notes sur le contrat-organisation, in Mélanges F. Terré : PUF, Dalloz-éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 635 et s.

¹³⁴ *Rappr.* F. CHENEDE, Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations : *Economica*, 2008, p. 158 s., n° 176 s., classant le contrat de travail parmi les contrats-échange.

¹³⁵ G. LYON-CAEN, Défense et illustration du contrat de travail en crise : *APD*, 1968, p. 59 s.

¹³⁶ G. LYON-CAEN et A. LYON-CAEN, La « doctrine » de l’entreprise, in Dix ans de droit de l’entreprise, dir. J.-M. MOUSSERON et B. TEYSSIE : *Librairies techniques*, 1978, p. 601 s., spéc. p. 621.

¹³⁷ G. LYON-CAEN et A. LYON-CAEN, La « doctrine » de l’entreprise, in Dix ans de droit de l’entreprise, dir. J.-M. MOUSSERON et B. TEYSSIE : *Librairies techniques*, 1978, p. 601 s., spéc. p. 604-605. Durand affirme d’ailleurs que l’entreprise « *unit la direction de la société et le personnel en vue de l’action économique* » (P. DURAND, Rapport sur la notion juridique de l’entreprise in Travaux de l’Association Henri Capitant, tome 3, année 1947 : Dalloz, 1948, p. 45 s., spéc. p. 51).

¹³⁸ *Rappr.* G. LYON-CAEN, Manuel de droit du travail et de sécurité sociale : *LGDJ*, 1955, p. 223, n° 291.

¹³⁹ V. G. RENARD, La théorie de l’institution : essai d’ontologie juridique, vol. 1 : *Sirey* 1930, p. 436.

mariage)¹⁴⁰ ou encore en droit des sociétés (avec le contrat de société)¹⁴¹ et, précisément, en droit du travail¹⁴². La théorie de l'institution met l'accent sur « *les manifestations de communion* » entre ses membres¹⁴³ qui peuvent exister que parce que l'institution se structure par la présence « *d'organes de pouvoir* »¹⁴⁴. « *Le virement du « contractuel » vers « l'institutionnel »* qu'elle permet est souvent vu comme un « *progrès* »¹⁴⁵ car, d'une certaine façon, il peut être perçu comme le virement de l'individuel vers le collectif, ce qui peut offrir une médiation aux intérêts particuliers dans certaines hypothèses¹⁴⁶. Si les diverses oscillations de la théorie de l'institution n'aident pas à asseoir cette doctrine sur des fondements parfaits¹⁴⁷, celle-ci a toutefois connu une fortune certaine en droit du travail. L'adoption de la théorie institutionnelle de l'entreprise, notamment par DURAND, semble avoir deux conséquences découlant directement des travaux de HAURIUO. D'une part, l'entreprise-institution *légitime* les pouvoirs du chef d'entreprise sur les salariés, au-delà du contenu contractuel¹⁴⁸. D'autre part, et parce que l'institution forme un ensemble, une

¹⁴⁰ F. TERRE, D. FENOUILLET, C. GOLDIE-GENICON, Droit civil, La famille : *Dalloz*, 9^{ème} éd., 2018, p. 73, n° 79.

¹⁴¹ F. DEBOISSY, Le contrat de société *in* Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat, Tome LV, 2005 : *Dalloz*, 2008, p. 119 s., spéc. p. 120 s.

¹⁴² P. DURAND, Rapport sur la notion juridique de l'entreprise *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, tome 3, année 1947 : *Dalloz*, 1948, p. 45 s., spéc. p. 51 : « *On a souvent relevé, dans le droit moderne, le déclin du contrat de travail. Il se manifeste précisément sous la forme d'un refoulement des règles conventionnelles par la réglementation de l'entreprise* ».

¹⁴³ M. HAURIUO, La théorie de l'institution et de la fondation – Essai de *vitalisme social* – : 4^{ème} des Cahiers de la Nouvelle journée (La cité moderne et les transformations du droit), 1925, p. 2 et s., réimp. *in* Miscellanées Maurice Hauriou, dir. TOUZEIL-DIVINA : *L'Épitoge – Lextenso*, 2013, p. 152. Adde G. GURVITCH, Les idées maîtresses de Maurice Hauriou : *APD*, 1931, p. 155 s., spéc. p. 164.

¹⁴⁴ M. HAURIUO, La théorie de l'institution et de la fondation – Essai de *vitalisme social* – : 4^{ème} des Cahiers de la Nouvelle journée (La cité moderne et les transformations du droit), 1925, p. 2 et s., réimp. *in* Miscellanées Maurice Hauriou, dir. TOUZEIL-DIVINA : *L'Épitoge – Lextenso*, 2013, p. 152.

¹⁴⁵ G. RENARD, La théorie de l'institution : essai d'ontologie juridique, vol. 1 : *Sirey* 1930, p. 442 et p. 446.

¹⁴⁶ *Rappr.* P. DURAND, Rapport sur la notion juridique de l'entreprise *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, tome 3, année 1947 : *Dalloz*, 1948, p. 45 et s., spéc. p. 47.

¹⁴⁷ V. J.-A. MAZERES, La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué, *in* Études J. Mourgeon : *Bruylant*, 1999, p. 239 et s.

¹⁴⁸ P. DURAND et R. JAUSSAUD, Traité de droit du travail, t. 1 : *Dalloz*, 1947, p. 422-423, n° 347. Sur ce point, v. A. FABRE, Le régime du pouvoir de l'employeur : *LGDJ* 2010, p. 27 s., n° 52 s.

« union », il existe une « *communio*n » objective en son sein de tous ses membres¹⁴⁹. DURAND affirme donc que l'entreprise-institution, « *ensemble organique* »¹⁵⁰ génère « *une solidarité entre tous les membres d'une même entreprise* »¹⁵¹ ; l'entreprise constitue alors une « *communauté* »¹⁵² où tous doivent « *coopérer* »¹⁵³. Cette seconde dimension de la théorie de l'entreprise-institution a pour conséquence d'inclure fermement les salariés dans l'entreprise : « *l'ouvrier est partie intégrante de l'entreprise, qui, sans lui, ne pourrait fonctionner et donner des bénéfices* »¹⁵⁴. Finalement, conséquence de la théorie de l'entreprise-institution, le salarié n'est pas tiers à l'entreprise, ou hors de celle-ci¹⁵⁵.

De ce qui a été dit de la théorie de l'entreprise-institution, il pourrait être envisagé que l'appartenance du salarié à l'entreprise renvoie directement à cette théorie. C'est ce que laisse d'ailleurs à penser la conceptualisation allemande de la relation de travail. Cette conception, héritée de l'organicisme de GIERKE¹⁵⁶, et reprise notamment en droit français par DURAND¹⁵⁷, concevait expressément le rapport de travail comme une « *relation*

¹⁴⁹ H. HAURIU, La théorie de l'institution et de la fondation – Essai de *vitalisme* social – : 4^{ème} des Cahiers de la Nouvelle journée (La cité moderne et les transformations du droit), 1925, p. 2 et s., réimp. in *Miscellanées Maurice Hauriou*, dir. TOUZEIL-DIVINA : *L'Épitoge – Lextenso*, 2013, p. 152.

¹⁵⁰ P. DURAND, Rapport sur la notion juridique de l'entreprise in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome 3, année 1947 : *Dalloz*, 1948, p. 45 et s., spéc. p. 53.

¹⁵¹ P. DURAND ET R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1 : *Dalloz*, 1947, p. 405, n° 305.

¹⁵² P. DURAND, Rapport sur la notion juridique de l'entreprise in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome 3, année 1947 : *Dalloz*, 1948, p. 45 et s., spéc. p. 54.

¹⁵³ P. DURAND ET R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1 : *Dalloz*, 1947, p. 405, n° 335.

¹⁵⁴ A. LEGAL ET J. BRETHER DE LA GRESSAYE, Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées : *Sirey* 1938, p. 62.

¹⁵⁵ G. SCHELLE, *Précis de législation industrielle* : *Sirey* 1927, p. 15.

¹⁵⁶ Pour la théorie du droit social et des « *personnalités collectives complexes* » d'Otto von GIERKE, v. G. GURVITCH, L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle : *Paris* 1932, réimpr. *Scientia Verlag Aalen* 1972, p. 535 s. Pour Gierke, on ne peut penser juridiquement l'individu indépendamment de la communauté à laquelle il appartient. V. égal. A. SUPIOT, *Critique de droit du travail* : *PUF* 2015, 3^{ème} éd., p. 17 s.

¹⁵⁷ G.-H. CAMERLYNCK, Rapport de synthèse, in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. : Luxembourg* 1965, p. 9 s., spéc. p. 143. Bien que ce dernier ait rejeté toute théorie unitaire de la relation de travail et n'ait pas souscrit à l'éviction complète du contrat de travail, prenant position pour une

d'appartenance personnelle et de coopération à une communauté, l'entreprise »¹⁵⁸. Indépendante du contrat de travail, la relation de travail se définissait alors, dans cette acception, comme le rapport juridique existant entre le travailleur individuel et l'entreprise l'employant et dans le cadre duquel le travailleur était tenu d'accomplir sa prestation¹⁵⁹. Il s'agissait, outre de rendre compte de manière unitaire de tous les rapports de travail (contractuels ou non), de revaloriser le rapport entre les personnes, qui avait été évincé au profit d'un rapport aux choses, et de considérer que « *l'appartenance à l'entreprise engendre seule la relation de travail, (...) aboutissant à faire naître le lien de droit d'un simple fait : la prestation effective d'un travail* »¹⁶⁰. Cela explique sûrement qu'aujourd'hui encore, pour le travailliste, l'énoncé de « l'appartenance du salarié à l'entreprise », outre son faux pouvoir évocateur, fasse directement allusion à la théorie institutionnelle¹⁶¹. Il serait séduisant de profiter de cet apport germanique et de le réceptionner au sein de cette étude. Cela prodiguerait de confortables fondations ; cela nous mènerait à associer *appartenance* et *exécution/échange d'un travail*¹⁶² et à dissocier *appartenance* et *contrat de travail*. Cependant, ce serait partir d'un présupposé intellectuel (qui, en outre, ne reflète pas l'actuel

conciliation, une « combinaison » du contrat et de l'institution (P. DURAND et A. VITU, *Traité de droit du travail*, t. 2 : Dalloz, 1950, p. 209, n° 119).

¹⁵⁸ G.-H. CAMERLYNCK, Rapport de synthèse, in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A : Luxembourg 1965*, p. 9 s., spéc. p. 139.

¹⁵⁹ G.-H. CAMERLYNCK, Rapport de synthèse, in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A : Luxembourg 1965*, p. 9 s., spéc. p. 143.

¹⁶⁰ G.-H. CAMERLYNCK, Rapport de synthèse, in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A : Luxembourg 1965*, p. 9 s., spéc. p. 142.

¹⁶¹ V. par ex. J. SAVATIER, « Ancienneté dans l'entreprise » : *Rép. trav. Dalloz 2017*, n° 10 ; A. MAZEAUD, Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de société : *Dr. soc. 2010*, p. 738 ; R. MABILEAU, L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise : *thèse dactyl. Paris II 2004* ; S. MRAOUAHI, La rémunération, vecteur de responsabilisation du salarié, in *Les dualités de la rémunération*, coord. F. LARONZE : Bruylant 2018, p. 193 s., spéc. p. 200.

¹⁶² L'importance que revêt la fourniture du travail dans cette doctrine est souvent traduite, transmuée, plus élégamment, en « *intégration à l'entreprise* », en « *admission dans la communauté* » de travail (G.-H. CAMERLYNCK, Rapport de synthèse, in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A : Luxembourg 1965*, p. 9 s. spéc. p. 142).

droit du travail français¹⁶³). Or, notre étude n'a pas pour objet de prendre parti, de choisir entre la conception institutionnaliste et contractualiste. Elle n'a pas plus pour but de s'inscrire dans une vision idéologique du droit du travail ou de « *décrire les mécanismes par lesquels l'entreprise se trouve emprisonnée dans les liens sociétaires* »¹⁶⁴. Notre étude a vocation à *expliquer objectivement le mécanisme d'appartenance à l'entreprise, c'est-à-dire comment est rattaché le salarié à l'entreprise, ce que cela signifie et implique*¹⁶⁵, en repartant des origines plutôt que de reprendre à son compte une construction intellectuelle sans positivité. *Nous souhaitons refléter, expliquer et prolonger le droit existant, et non l'idéaliser*. Si une position éventuellement médiatrice, à la frontière de ces positions idéologiques, ressortira *in fine* de cette étude, cela ne sera qu'objectivement et incidemment. En conséquence, n'est pas retrouvée, dans notre réflexion relative à l'appartenance à l'entreprise, une question pourtant caractéristique de toute appartenance juridique, à savoir celle de la désignation du groupe pertinent (« *à quoi appartient-on* »)¹⁶⁶. *Cela s'explique par le particularisme d'une appartenance à un périmètre préalablement dicté*. Toute position, toute précision propre à notion de l'entreprise que la présente étude pourrait apporter par la suite ne serait qu'incidente.

15. Etat des lieux. A l'issue de ce tour des mots, la recette peut apparaître pauvre puisqu'il est déjà annoncé, en préambule, que l'appartenance du salarié à l'entreprise n'a vocation ni à caractériser différemment le contrat de travail (et donc le salarié), ni à

¹⁶³ Ni même des autres rapports de travail, la théorie allemande dite de la relation de travail étant « *unanimement* » rejetée (G.-H. CAMERLYNCK, Rapport de synthèse, *in* Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A : Luxembourg 1965, p. 9 s., spéc. p. 139 et spéc. p. 143 s.).

¹⁶⁴ E. PESKINE, A la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement : *RDT 2019*, p. 19 s., spéc. p. 20.

¹⁶⁵ Ce mécanisme interpellait déjà la doctrine en 1962. Brun avait soutenu qu'il existait entre le salarié et l'entreprise un lien d'entreprise distinct du lien contractuel (A. BRUN, Le lien d'entreprise : *JCP 1962, I, 1719*). Cette analyse a été contestée par CAMERLYNCK, qui exposait qu'avec l'appartenance à l'entreprise, « *le lien né du contrat individuel ne s'est aucunement trouvé écarté, doublé ou contredit, mais stabilisé, prolongé et enrichi* » (G.-H. CAMERLYNCK, Contrat de travail : *Dalloz 1968, 1^{ère} éd., p. 26, n° 15*).

¹⁶⁶ D. LOCHAK, L'appartenance saisie par le droit, *in* Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers », dir. A. GOTMAN : *Ed. Maison des Sciences de l'Homme 2004, p. 33*.

résoudre la question de la légitimité de l'entreprise comme périmètre, ni à trancher le débat de la nature juridique de l'entreprise (en tout cas directement).

Il ne faut pourtant pas concevoir une déception de ce que l'appartenance du salarié à l'entreprise reste par essence en marge des grands débats qui ont agité – ou agitent toujours – le droit du travail. En premier lieu, parce que cela n'empêche pas que ce sujet soit porteur d'un solide contenu opératoire, comme on le verra par la suite. En deuxième lieu, parce que l'appartenance ne considérant pas statiquement un pôle¹⁶⁷, il est tout à fait normal qu'elle ne redessine ni le salarié (en tout état de cause) ni l'entreprise (en tout cas directement). Il faut dès lors se garder de sortir du cadre du sujet ; il faut se garder d'en faire une étude soit du salarié, soit de l'entreprise. Seule la dynamique entre ces deux pôles doit être analysée. Il s'ensuit que l'objet de cette étude réside *stricto sensu* dans la nature du rattachement du salarié à l'entreprise et doit mener à saisir *tout le rattachement mais rien que le rattachement*. Toute position, toute précision inhérente à ces deux pôles qui pourrait être apportée dans cette étude ne le sera qu'incidemment, sans que cela soit recherché idéologiquement. En troisième lieu, et cela découle directement de ce qui précède, parce que les enjeux directs du sujet (la nature du rattachement à l'entreprise) n'empêchent pas qu'une vision du droit du travail en général puisse tout de même être indirectement véhiculée. En dernier lieu, et surtout, parce que la définition que la présente étude retiendra de l'appartenance du salarié à l'entreprise résulte d'un mode inductif, d'une recherche partant de l'existant et qu'il ne nous semblait pas, dès lors, que cette conceptualisation eût pu prendre un tour différent.

§2 Le mode

16. Interrogations. D'emblée, s'agissant de la méthode, du mode à suivre, nous avons rencontré une redoutable difficulté, à savoir l'absence de systématisation du sujet. S'il peut arriver à la doctrine d'attacher ponctuellement et de façon éparse à l'appartenance du salarié

¹⁶⁷ V. *supra* n° 1.

à l'entreprise certains effets juridiques (i. e. transfert légal du contrat de travail¹⁶⁸, limitation de la faculté de résiliation unilatérale du contrat par l'employeur¹⁶⁹, réintégration du salarié ensuite de la nullité de son contrat¹⁷⁰...), aucune définition de ce qu'elle est n'existe pourtant, et alors même que l'on affirme qu'elle est bien réelle¹⁷¹. La circonstance que l'appartenance du salarié à l'entreprise n'a fait l'objet d'aucune étude autonome est à la fois un avantage pour le chercheur, libre dans son abord, et un désagrément pour lui, dérouté dans son approche. La recherche des manifestations de l'appartenance à l'entreprise se heurte également à un problème de linguistique juridique : à partir de quand considère-t-on qu'un sujet qui n'a pas encore de signification juridique est mobilisé dans les sources du droit¹⁷² ? À partir de quand faut-il tenir pour présente, plutôt qu'absente, l'appartenance du salarié à l'entreprise dans le discours juridique ? Nous faisons le choix de nous laisser guider non par les occurrences législatives (inexistantes) ou par les énonciations doctrinales (imprécises, en l'absence de définition), mais par *l'expresse mobilisation de l'appartenance à l'entreprise par le juge*. Mais avant de développer la démarche particulière de l'étude, il nous faudra, eu égard, notamment, à la relative « nouveauté » doctrinale du sujet étudié, revenir brièvement sur la démarche générale ici adoptée.

17. Démarche générale de l'étude. La démarche générale doit répondre à un principe de transparence scientifique : « *le chercheur doit être transparent sur les postulats et valeurs qui sous-tendent son étude d'un objet donné* »¹⁷³. Postulats et valeurs de la présente étude seront dès lors successivement explorés.

¹⁶⁸ A. MAZEAUD, Avenir de l'article L. 1224-1 du Code du travail : entre stabilité et mise en question : *RDT 2017*, p. 306.

¹⁶⁹ G.-H. CAMERLYNCK, La réforme sociale de l'entreprise. Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre : *D. 1967, chron. XV*, p. 101 s., spéc. p. 104.

¹⁷⁰ G. VACHET, L'appartenance à l'entreprise, in *Les contentieux de l'appartenance : L'Harmattan 2006*, p. 49 s., spéc. p. 53.

¹⁷¹ G. VACHET, L'appartenance à l'entreprise, in *Les contentieux de l'appartenance : L'Harmattan 2006*, p. 49 s., spéc. p. 50.

¹⁷² Sur cette interrogation préalablement formulée, v. B. GENIAUT, La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe : *Dalloz 2009*, p. 439.

¹⁷³ B. MORON-PUECH, L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat : *LGDJ 2020*, p. 33, n° 37.

Concernant les *valeurs* qui sous-tendent l'étude de l'appartenance du salarié à l'entreprise, en raison de la méthode inductive adoptée, ce sont les propres valeurs portées par le droit positif que l'on adoptera, sans *a priori*. Même si l'interprète n'est jamais parfaitement neutre (quand bien même il le souhaiterait), même si les valeurs contenues dans les normes juridiques ne sont pas toujours explicites¹⁷⁴, nous nous donnons pour objectif cette neutralité dans l'abord de la règle de droit¹⁷⁵. Cela nous permettra d'entamer l'appartenance du salarié à l'entreprise sans idée préconçue du sujet, et notamment sans l'influence de la théorie allemande de la relation de travail¹⁷⁶.

Notre *postulat* est de partir non de ce que l'on pense intuitivement du sujet mais *de ce qui est présent*. L'existence juridique de l'objet d'étude doit alors être examinée dans le discours du droit¹⁷⁷. Plus précisément, c'est la jurisprudence que l'on fouillera à la recherche de l'expression « appartenance du salarié à l'entreprise ». C'est d'elle que viendra la découverte de la signification de l'énoncé. Notre démarche s'inscrit donc dans le droit positif et a pour point de départ le matériau, si « *spécifique* »¹⁷⁸, qu'est la décision de justice. Il s'agira de saisir ce matériau avant de le travailler¹⁷⁹. Une *induction* sera alors réalisée afin de partir de

¹⁷⁴ L. CARAYON, La catégorisation des corps. Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort : *thèse dactyl. Paris I*, p. 14, n° 20.

¹⁷⁵ F. BRUNET, La normativité en droit : *Mare & Martin 2011*, p. 77 : « *l'objectivité doit nécessairement faire avec la subjectivité du chercheur : elle ne peut pas nier purement et simplement la dernière, la considérer comme négligeable* ».

¹⁷⁶ Qui renvoie globalement à la théorie institutionnelle, v. *supra* n° 14.

¹⁷⁷ Sur le discours du droit, qui est l'ensemble des normes de comportement (R. LIBCHABER, L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit : *LGDJ 2013*, p. 117, n° 95).

¹⁷⁸ F. ZENATI, La jurisprudence : *Dalloz 1991*, p. 248-249 : « *La pratique judiciaire constitue un matériau spécifique qui comporte de grandes virtualités s'il est enrichi* » et p. 269-270 : « *Plutôt que de gloser sur les textes, les docteurs se sont mis, avec la même vigueur et la même ponctualité, à interpréter les arrêts suprêmes* ». V. sur le rôle d'interprétation de la jurisprudence par la doctrine, F. ZENATI, La jurisprudence : *Dalloz 1991*, p. 72 s. et p. 250 s. ; F. ZENATI, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil : *D. 2002*. p. 15 s.

¹⁷⁹ Sur cette démarche, v. F. GEA, A propos de Paul Durand : *Dr. soc. 2015*, p. 508 s., *spéc. p. 512*.

l'existant pour s'élever par la suite à une construction¹⁸⁰. L'induction formelle, qui est au sens aristotélicien « *une sorte de syllogisme qui, de l'énumération de toutes les espèces d'un genre conclut à l'existence du genre lui-même* »¹⁸¹, mènera donc à relever les occurrences jurisprudentielles de l'objet d'étude, afin d'en tirer ensuite une idée générale¹⁸². En effet, pour qu'une démarche inductive soit efficace, la recension doit se prolonger d'une généralisation. Et pour que cette généralisation s'opère, il nous faudra solliciter les abstractions.

Nous tentons ici de prévenir toute critique qui aurait trait à notre recours à venir aux abstractions. Ce recours aux abstractions, qui permet l'élaboration d'une construction et d'un système à partir de constatations liées à l'induction, est le propre de la doctrine¹⁸³. Si la « *décadence de la doctrine* »¹⁸⁴ est annoncée de longue date, le rôle de la doctrine demeure, au moins en partie, de tenter de lier des décisions et des règles entre elles, de tenter de systématiser et de s'élever à la construction. En somme, de légitimer le droit positif¹⁸⁵. Le rôle de la doctrine est, par là, de contribuer à la cohérence du droit par « *l'exacte appréhension du phénomène juridique* »¹⁸⁶. Et c'est précisément cette démarche, cette

¹⁸⁰ Sur l'induction en tant que méthode générale, J. CARBONNIER, Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association : *thèse dactyl. Bordeaux, 1933 réimp. in Écrits (1908-2003) : PUF, 2008, p. 47 et s., spéc. p. 54.*

¹⁸¹ L. SILANCE, Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante, *in* Le problème des lacunes en droit, dir. C. PERELMAN : *Bruylant 1968, p. 489 s., spéc. p. 506-507.*

¹⁸² Sur la jurisprudence source de droit, v. P. DEUMIER, Introduction générale au Droit : *LGDJ 2019, 5ème éd., p. 319 s., n° 351 s.* ; R. LIBCHABER, L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du Droit : *LGDJ 2013, p. 356, n° 267* ; COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2018, Le rôle normatif de la Cour de cassation : *Doc. fr. 2018, p. 23 s.*

¹⁸³ *Rappr.* J. RIVERO, Apologie pour les faiseurs de système : *D. 1951, chron. XXIII, p. 99-100.*

¹⁸⁴ J.-D. BREDIN, Remarques sur la doctrine, *in* Mél. P. Hébraud, t. 1 : *Université des sciences sociales de Toulouse 1981, p. 111 s., spéc. p. 115.*

¹⁸⁵ P. JESTAZ, C. JAMIN, La doctrine : *Dalloz 2004, p. 246 s.*

¹⁸⁶ P. DURAND, La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé : *D. 1956 chron. XV, p. 73 et s.*

finalité de *révélation d'une cohérence* que nous rechercherons ici¹⁸⁷. Quoi de mieux que les abstractions pour faire « parler l'existant » ? Quel moyen plus privilégié pour dégager une cohérence dans l'ossature empirique des décisions de justice ? Si l'abus d'abstraction, déjà dénoncé par François GénY, reste un danger¹⁸⁸, nous tenterons d'en éviter les pièges. Le recours aux abstractions peut, il est vrai, se révéler abusif lorsque qu'il conduit à trop s'éloigner du réel, au point que l'abstraction ne peut plus décrire correctement ce dernier. Or, nous entendons utiliser les abstractions non pour nier une quelconque réalité matérielle, ou juridique, mais au contraire pour mieux la synthétiser dans son essence¹⁸⁹ et mieux rendre « compte d'un plus grand nombre de phénomènes »¹⁹⁰. Nous aurons notamment recours à une « hypothèse logique » toute les fois où l'appartenance à l'entreprise ne sera pas mobilisée de façon autonome par le droit positif¹⁹¹. En somme, lorsqu'elle s'appuie *ab initio* sur une démarche inductive, l'abstraction d'un concept ou d'une notion permet d'« englober un grand nombre de situations »¹⁹² sans pour autant nier ce qu'elle décrit... puisqu'elle en provient directement.

18. Champ de l'étude. Le champ de l'étude sera naturellement le droit social, et principalement le droit du travail. En raison même des termes du sujet, cette appartenance juridique a vocation à s'appliquer aux rapports salariés dans l'entreprise. Ce champ naturel n'exclut pas, bien évidemment, le recours, quand cela s'impose, à des notions, concepts et techniques d'autres branches du droit privé, et plus particulièrement du droit civil. Si le droit

¹⁸⁷ Toute systématisation ne tend-t-elle pas, d'ailleurs, à la cohérence ? V. sur ce point J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique : PUF, 2^{ème} éd., 2016, p. 14, n° 9. Rappr.* F. BRUNET, *La normativité en droit : Mare & Martin, 2011, p. 80 et s.*

¹⁸⁸ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1 : *Sirey 1913, p. 131 s., n° 45 s.*

¹⁸⁹ *Rappr.* F. GENY, *Science et technique en droit positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3 : *Sirey 1913, p. 221.*

¹⁹⁰ B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat : LGDJ 2020, p. 25, n° 24.*

¹⁹¹ Car accolée, en droit positif, à d'autres notions et incapable de déclencher seule un effet juridique. C'est le cas dans le contentieux de l'élection professionnelle. Afin de discerner cet effet que l'appartenance à l'entreprise porte intellectuellement, il conviendra de la prendre isolément et de faire « comme si » elle était seule exigée du droit positif.

¹⁹² Définition du Trésor de la langue française (sens II. A, 2).

du travail possède un certain particularisme¹⁹³, qui invite à préférer les sources du droit du travail à celles du droit civil¹⁹⁴, il n'est pas pour autant autonome. Si son interdépendance avec le droit civil a pu générer en son temps des confrontations¹⁹⁵, un relatif apaisement domine aujourd'hui leurs rapports¹⁹⁶. Le droit de la nationalité sera plus particulièrement exploité comme droit de référence¹⁹⁷. Outre cette mobilisation tenant à certaines branches du droit privé, le droit électoral politique sera invité à éclairer la portée des votations professionnelles. Cette étude n'appellera pas d'autres influences ; ni droit comparé ni droits supranationaux.

L'exclusion de toute analyse comparatiste s'explique par le fait que l'appartenance du salarié à l'entreprise n'est pas encore une notion reconnue en tant que telle en droit français. Or, si les enseignements du droit comparé élargissent sans conteste « *l'horizon du juriste* »¹⁹⁸, la

¹⁹³ P. DURAND, Le particularisme du droit du travail : *Dr. soc.* 1945, p. 298 s.

¹⁹⁴ Sur l'objectif poursuivi par DURAND et sur le concours scientifique qu'il appelait de la part de la doctrine juridique (entendue *lato sensu*, comprenant le juge), F. GEA Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme, t. 1, vol. I : *LGDJ Varenne 2009*, p. 215 s., n° 106. Pour une illustration de l'éviction de règles de droit civil au profit de celles du droit du travail, v. Soc. avis, 3 avr. 2019 : pourvoi n° 19-70.001 ; *JCP G 2019*, 487, note N. ANCIAUX.

¹⁹⁵ G. LYON-CAEN, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail : *RTD Civ.* 1974, p. 229 s. ; G. COUTURIER, Les techniques civilistes et le droit du travail, Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues : *D.* 1975 *chron.* XXIV, p. 151 s. ; P. DURAND, Le particularisme du droit du travail : *Dr. soc.*, 1945, p. 298, prémisses à la confrontation. V. pour un récit relatant cette confrontation G. COUTURIER, A. PERULLI, Droit des contrats et droit du travail (2ème partie) : *RDT 2007*, p. 407 s. ; G. CAMERLYNCK, L'autonomie du droit du travail : *D.* 1956, *chron.* p. 23 s.

¹⁹⁶ Sur l'apaisement des rapports entre droit civil et droit du travail et sur la résolution de leurs conflits par l'exclusion du droit civil ou l'adaptation de l'un ou de l'autre (J. MOULY, Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique, in *Études C. Lombois : Pulim*, 2004, p. 359 et s., *spéc.* p. 365 s.).

¹⁹⁷ La nationalité, régie par le Code civil, relève notamment du droit privé. Sur le débat relatif à la discipline à laquelle appartient la nationalité (branche du droit public ou branche du droit privé ?), v. not. F. TERRE, Réflexions sur la notion de nationalité : *Rev. crit. DIP* 1975, p. 197 s. La nationalité est en tout état de cause une « *technique privatiste* » (F. TERRE, Réflexions sur la notion de nationalité : *Rev. crit. DIP* 1975, p. 197 s., *spéc.* p. 214).

¹⁹⁸ P. DURAND, La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé : *D.* 1956 *chron.* XV, p. 73 et s.

comparaison ne peut que suivre la connaissance du modèle¹⁹⁹. Puisqu'il n'existe pour l'heure aucun modèle d'appartenance à l'entreprise en droit français, toute comparaison serait inopportune, sauf à multiplier les recherches sur cette notion dans chaque droit étranger... et d'une thèse en arriver à plusieurs. Dès lors, notre étude ne peut se présenter que comme un « *préalable à toute recherche comparative utile* »²⁰⁰. Il ne sera pas plus fait appel aux droits supranationaux. Cette position pourrait apparaître datée puisque dorénavant la notion de travailleur, jusque là abandonnée au droit des Etats membres, a réintégré le giron de la CJUE²⁰¹. Cependant, les droits supranationaux ne connaissent pas la notion d'appartenance *du salarié* à l'entreprise ; ils ne seraient dès lors guère éclairants. Ils ne seront donc sollicités que de manière ponctuelle, essentiellement afin d'illustrer la tentation d'une vision proximale du rattachement du salarié à l'entreprise²⁰².

19. Démarche particulière de l'étude. A ce stade, il a déjà été exposé qu'une démarche d'induction, en partant de l'existant, de la jurisprudence, serait suivie et que deux contentieux mobiliseraient expressément l'appartenance du salarié à l'entreprise (sans qu'elle soit encore systématisée, sans qu'elle ait de véritable juridicité), à savoir les élections professionnelles, d'une part, et l'assiette des cotisations de sécurité sociale, d'autre part. Il convient maintenant de préciser lequel de ces deux contentieux constituera le point de départ de notre étude. Telle qu'elle est utilisée dans le *contentieux des élections professionnelles*, l'expression n'est guère éclairante en elle-même, puisqu'elle se borne à indiquer que l'appartenance du salarié à l'entreprise est une condition de l'électorat et de l'éligibilité du salarié aux élections professionnelles²⁰³. En revanche, l'expression est plus éloquente dans le *contentieux de l'assiette des cotisations de sécurité sociale*. Selon une jurisprudence abondante²⁰⁴, l'avantage (en nature ou en argent) alloué par l'employeur au salarié en raison de son appartenance à l'entreprise doit être soumis à cotisations sociales. L'expression n'y est pas seulement mobilisée de manière brute : elle est souvent accolée à une seconde

¹⁹⁹ R. SACCO, La comparaison juridique au service de la connaissance du droit : *Economica* 1991, p. 8 s.

²⁰⁰ M.-O. BARBAUD, La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle : *LGDJ* 2014, p. 16, n° 16.

²⁰¹ F. FAVENNEC-HERY, Quel régime pour les travailleurs des plateformes : *JCP S* 2020, 2044.

²⁰² V. not. l'arrêt Albron (CJUE 21 oct. 2010, aff. n° C-242/09, *Albron Caterin* : *Rec. p.* 10309) ; *RJS* 1/11, n° 84) ; v. *supra* n° 258 s.

²⁰³ V. par ex. Soc. 20 mars 2002 : pourvoi n° 00-60.315, Bull. V, n° 95.

²⁰⁴ V. *supra* n° 11.

expression, à la juridicité immédiatement perceptible, dont on perçoit instantanément qu'elle peut servir de référentiel. A plusieurs reprises, un avantage est en effet reconnu par le juge comme étant alloué « *en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise et à l'occasion du travail accompli par lui* »²⁰⁵. Une distinction est même effectuée entre l'avantage consenti en raison de l'appartenance à l'entreprise et l'avantage consenti en contrepartie du travail²⁰⁶. Tant ce rapprochement que cette exclusion confèrent à l'appartenance du salarié à l'entreprise une épaisseur sur laquelle notre étude s'appuiera. En somme, nous commencerons par révéler une notion qui, bien que ni définie ni systématisée, possède déjà une positivité.

Il nous faudra cependant arriver ensuite à dépasser ce complexe de décisions, qui ne représente que le point de départ de l'étude. En effet, l'appartenance du salarié à l'entreprise sera autant conceptualisée par l'analyse du discours du droit que par le discours « métajuridique »²⁰⁷ du droit (la doctrine), c'est-à-dire que la systématisation du sujet ne se limitera plus, dépassé le premier chapitre, à une source en particulier. Sera alors révélée une cohérence sous-jacente du droit positif. Plus encore, cette mise au jour de l'appartenance à l'entreprise permettra d'éclairer différemment certains mouvements du droit du travail. Mais il ne s'agira pas seulement de révéler et d'éclairer ; nous formulerons également, chemin faisant, des propositions visant à renforcer la pertinence de cette notion et son articulation au sein des rapports de travail.

20. Plan. La créativité de l'interprète « *s'étiolo et sa légitimité disparaît quand il travaille sur un droit achevé, sur des règles certaines qu'il ne s'agit plus d'accoucher mais*

²⁰⁵ Soc. 24 avril 1997 : pourvoi n° 95-18.039, Bull. V, n° 145 (nous soulignons). V. égal. Soc. 12 oct. 1995 : pourvoi n° 93-16.993, Bull. V, n° 270. – Ass. Plén. 26 janv. 2001 : pourvoi n° 99-13.397, Bull. AP, n° 2. – Soc. 5 déc. 2002 : pourvoi n° 01-20.943, inédit. – 2^{ème} civ. 17 sept. 2009 : pourvoi n° 08-21.005, Bull. II, n° 218.

²⁰⁶ Soc. 15 oct. 1981 : pourvoi n° 80-14.681, Bull. n° 796 : « *le complément d'indemnisation dont les salariés bénéficient en cas d'intempéries (...) constitue un avantage qui leur est consenti en raison de leur appartenance à l'entreprise et doit être considéré, à ce titre, comme versé sinon en contrepartie, du moins à l'occasion du travail* ». V. égal. Soc. 20 nov. 1985 : pourvoi n° 84-11.727, Bull. n° 547. – Soc. 12 oct. 1995 : pourvoi n° 93-16.993, Bull. V, n° 270. – Soc. 4 févr. 1993 : pourvoi n° 91-14.075, inédit.

²⁰⁷ R. LIBCHABER, L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit : *LGDJ 2013, p. 368, n° 274.*

de restituer de manière servile »²⁰⁸. Puisque l'appartenance du salarié à l'entreprise est vierge de toute étude autonome, la créativité est ici sans lisières. Cependant, l'envers de cette créativité est que la présente étude doit impérativement s'attacher aux fondements. Puisque ces derniers, n'ayant pas fait l'objet d'une exploration jusqu'à présent, font défaut et puisque l'appartenance du salarié à l'entreprise est trop souvent limitée aux effets, aux obligations qu'elle produirait²⁰⁹, il nous faut prendre parti et énoncer clairement ce sur quoi repose l'appartenance juridique à l'entreprise. Il nous faut nous prononcer sur la valeur qui lui donne son existence²¹⁰. En effet, contrairement au sentiment qu'il pourrait nous inspirer de prime abord, ce sujet ne se donne pas à voir qu'à travers ses effets. Une véritable définition substantielle pourra être apportée en réponse à la question « au nom de quoi le salarié appartient à l'entreprise ? ». Mais l'attachement aux fondements doit travailler dans deux directions. Si nous voulons accoucher d'une notion et donner pour la première fois à l'appartenance juridique à l'entreprise une véritable signification, nous devons également explorer son contenu opératoire, qui ne saurait s'étendre à tous les mécanismes de droit du travail, sous peine de n'avoir aucune essence. Mettre en œuvre l'appartenance du salarié à l'entreprise, une fois celle-ci définie, reviendra à se demander, cette fois, « à quoi le salarié qui appartient peut-il prétendre spécifiquement ? ». La recherche de *ce qui fonde* l'appartenance à l'entreprise (**Partie 1**) sera en conséquence suivie de *ce qu'elle fonde* (**Partie 2**).

²⁰⁸ F. ZENATI, La jurisprudence : *Dalloz 1991*, p. 249.

²⁰⁹ V. par ex. G. VACHET, L'appartenance à l'entreprise, in *Les contentieux de l'appartenance : L'Harmattan 2006*, p. 49 s., spéc. p. 50 s.

²¹⁰ G. CORNU, « Fondement », in *Vocabulaire juridique : PUF 2020*, 13^{ème} éd., p. 464 ; A. LALANDE, « Fondement », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie : PUF 2010*, 3^{ème} éd., p. 364.

Partie 1 : Ce qui fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise

21. La notion d'appartenance renvoie au rattachement d'un individu à un ensemble. Ce rattachement repose, nécessairement sous peine de se diluer à l'infini, sur une base objective et non sur un sentiment, par essence volatile. C'est la particularité de la science juridique par rapport aux sciences sociales voisines²¹¹. Toute la question est alors de partir en quête et d'arriver à identifier cet élément objectif qui va permettre de comprendre comment fonctionne et se réalise l'appartenance du salarié à l'entreprise. La difficulté de cette recherche réside dans la résolution d'une triangulation : l'entreprise (périmètre rassemblant des personnes), le contrat de travail (acte liant l'employeur au salarié et générant notamment pour le salarié l'obligation d'exécuter une prestation de travail) et l'appartenance juridique (rattachement de l'individu à l'ensemble préexistant que constitue l'entreprise). Qu'est-ce qui justifie, qu'est ce qui fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise ?

22. Une tentation immédiate peut saisir le juriste, celle de rechercher le fondement de l'appartenance dans ce qu'il peut constater matériellement, dans ce qui est réalisé concrètement au sein de la triangulation précitée : le travail fourni par le salarié dans l'entreprise. Cette tentation mérite d'être repoussée. On ne saurait ni se laisser abuser par le sensible ni préjuger de ce qui fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise ; la démarche scientifique présidant cette recherche ne peut pas se contenter d'être intuitive, elle doit être inductive. En effet, l'expression d'appartenance du salarié à l'entreprise n'apparaît pas uniquement sous la plume d'auteurs mais également, et surtout, dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans la recherche de ce qui fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise un double mouvement sera donc réalisé. En partant de ce que *dit* la Cour de cassation dans un type de contentieux spécifique (celui de l'assiette des cotisations de sécurité sociale), un mouvement de dissociation de l'appartenance du salarié à l'entreprise d'avec le travail plus général sera décelé et exploité (**Titre 1**). Ce mouvement de dissociation partira donc de la positivité de la référence à l'appartenance du salarié à l'entreprise pour, ensuite, dessiner

²¹¹ V. *supra* n° 5.

« en négatif », dans une recherche plus conceptuelle de démarcation, ce qu'est l'appartenance du salarié à l'entreprise.

23. Mais une fois la dissociation d'avec le travail effectué, une fois le chemin éclairé, une fois la logique de l'appartenance à l'entreprise découverte, ce qui fonde positivement l'appartenance du salarié à l'entreprise devra être établi. Nous démontrerons que l'appartenance du salarié à l'entreprise a un rapport avec le contrat de travail. Non pas parce que cet acte juridique est le support du travail (l'objet de la prestation du salarié est la fourniture de travail) ce qui entrerait en contradiction avec notre dissociation précédente, mais plutôt parce que le contrat de travail génère, au-delà de son exécution, une qualité juridique. C'est donc à *la révélation de la qualité de salarié* (**Titre 2**), qui fonde le rattachement du salarié à l'entreprise, que nous procéderons dans un second mouvement.

Titre 1 : La dissociation d'avec le travail

24. Dans la recherche de ce qui fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise, une intuition apparaît avec force : le salarié pourrait (ou même devrait ?) être rattaché à l'entreprise parce qu'il exécute une prestation au profit de celui qui la dirige (l'entrepreneur). Pourtant, nous l'avons dit, nous ne pouvons nous satisfaire d'une démarche intuitive. Plutôt que d'entamer l'exploration par *l'idée* de l'appartenance du salarié à l'entreprise, nous devons d'abord rechercher le *mot*. Or cette expression apparaît, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, dans deux types de contentieux : dans celui des élections professionnelles et dans celui de l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Cependant, dans le contentieux des élections professionnelles, la référence à « l'appartenance du salarié à l'entreprise » ne porte en elle même aucune explication : la Cour de cassation la mobilise en effet de façon brute. A l'inverse, dans le contentieux de l'assiette des cotisations de sécurité sociale, la jurisprudence mobilise « l'appartenance du salarié à l'entreprise » en opposition à une autre notion : la contrepartie du travail. Cette *manifestation* de l'appartenance à l'entreprise constituera le point de départ de notre étude. Elle nous renseignera fortement sur la logique de l'appartenance du salarié à l'entreprise puisque de cette notion s'ébauchera une dissociation de celle-ci d'avec le travail (**Chapitre 1**).

25. Mais on ne saurait se contenter de cette simple manifestation. Il faudra ensuite apprendre de celle-ci et faire œuvre de *démarcation*. Puisque l'appartenance à l'entreprise s'oppose au travail, la délimitation de l'un (le travail) agit sur celle de l'autre (l'appartenance). Il sera dès lors possible de dessiner « en négatif » par rapport à la notion de travail les contours de l'appartenance du salarié à l'entreprise et d'en dégager, sinon une définition, du moins la logique (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Manifestation

26. Méthode. Le contentieux de l'assiette des cotisations de sécurité sociale est le point de départ de notre recherche. L'appartenance du salarié à l'entreprise y est en effet considérablement mobilisée par la jurisprudence, ce qui la dote d'une réelle positivité. Ce matériau empirique que représente la jurisprudence de la Cour de cassation doit être exploité : plutôt que d'aller d'emblée à la recherche de l'idée, il convient de partir à la recherche du mot. Là où les sociologues ont pour méthode de se tenir au plus près des faits²¹², le juriste doit se tenir au plus près de la norme, ici la jurisprudence, qui emploie abondamment l'expression de l'appartenance du salarié à l'entreprise dans le contentieux de l'assiette des cotisations de sécurité sociale.

Dès lors, une analyse de cette jurisprudence s'impose comme un passage obligé afin d'esquisser les premiers contours de l'appartenance. Il ne s'agit pas pour autant de dresser un inventaire à la Prévert et de répertorier les avantages intégrés dans l'assiette des cotisations sociales en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise²¹³, mais d'éclaircir, autant que faire se peut, la place et le contenu dévolus à l'appartenance à l'aune de la jurisprudence. Il est question de profiter, en somme, de la positivité de l'appartenance à l'entreprise afin d'en dégager la logique. L'expression d' « appartenance à l'entreprise » sera de ce fait recherchée dans la jurisprudence afin d'être située et explicitée (**Section 1**). Une première représentation de l'appartenance à l'entreprise naîtra de cette exploration et la nature de son fondement sera notamment éclaircie (**Section 2**).

Section 1 : L'origine prétorienne de l'expression de l'appartenance à l'entreprise

27. L'appartenance à l'entreprise n'est pas un critère exigé par la loi pour déterminer l'assiette des cotisations sociales. Si l'ancien article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale,

²¹² L. LEVY-BRUHL, *Carnets* : PUF 1949, rééd. 1998, p. XVIII.

²¹³ Pour une étude poussée de l'assiette des cotisations de sécurité sociale, v. V. COLBEAUX, Fasc. 640-2 : Régime général : cotisations de sécurité sociale – Assiette : salaires et assimilés : *Jcl Protection sociale 2020*.

dont le contenu se retrouve aujourd'hui à l'article L. 136-1-1 du même Code, lui sert d'assise (§1), son origine est toutefois exclusivement prétorienne (§2).

§ 1 La voie ouverte par le législateur

28. L'assiette des cotisations sociales (**I**) a été élargie par le législateur à une notion particulière : celles des sommes versées à l'occasion du travail (**II**), prélude à la manifestation en droit positif de l'appartenance du salarié à l'entreprise.

I. L'assiette des cotisations sociales

29. **Notion de cotisation sociale.** Les cotisations sociales (ou cotisations professionnelles) constituent le mode traditionnel et principal de financement de la sécurité sociale²¹⁴. « *Les cotisations versées aux régimes obligatoires de sécurité sociale qui résultent de l'affiliation à ces régimes constituent des versements à caractère obligatoire de la part des employeurs comme des assurés. Ces cotisations ouvrent vocation à des droits aux prestations et avantages servis par ces régimes* »²¹⁵. Le contentieux des cotisations sociales, particulièrement abondant, tient essentiellement (outre son recouvrement) en l'assiette de celui-ci²¹⁶.

²¹⁴ Les ressources affectées aux régimes de sécurité sociale se décomposent en sept grandes catégories de recettes : les cotisations, la CSG, les prises en charge de cotisations par l'État, les recettes fiscales, diverses contributions sociales et les transferts (prises en charge de cotisations et de prestations par des organismes tiers, tels que la CNSA ou le FSV). S'agissant du régime légal, les cotisations représentent la part la plus importante de ces recettes (55%) (Rapport de la Commission des comptes de la Sécurité sociale, sept. 2014).

²¹⁵ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325, DC, consid. 119 : *JORF* 18 août 1993, p. 11722.

« *Ce qui me frappe à cet égard, c'est que de façon très surprenante, ces [deux] problèmes ne cessent de se renouveler. C'est particulièrement vrai au niveau de l'assiette des cotisations* » (J.-J. DUPEYROUX, *Libres propos sur les cotisations : Dr. soc. 1993, p. 509 s., spéc. p. 511*).

30. Assiette des cotisations. Avant 1954, l'assiette des cotisations de sécurité sociale était identique à la notion de rémunération retenue en droit du travail. Un article, particulièrement succinct, disposait qu'étaient soumises à cotisations les rémunérations certaines et directes, à l'exclusion de tous les avantages octroyés par l'entreprise²¹⁷. Cette définition, qui perdait en précision ce qu'elle regagnait en simplicité, avait généré un contentieux tel que sa réécriture s'était imposée²¹⁸.

La loi du 20 mars 1954, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1955, a modifié l'assiette des cotisations en insérant ce qui est devenu l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale²¹⁹, dont retrouve aujourd'hui le contenu à l'article L. 136-1-1 du Code de la sécurité sociale depuis l'ordonnance n° 2018-474 du 12 juin 2018. L'alinéa premier de cet article dispose : « *Pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou les gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous les avantages en argent, les avantages en nature ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire* ». Le prix à payer pour l'élargissement de l'assiette des cotisations est ce nouvel avantage consenti à *l'occasion du travail*, qui se révèle particulièrement difficile à cerner.

²¹⁷ F. TAQUET, Le capital décès et les allocations d'invalidité absolue et définitive versés aux salariés où à leurs ayants droit doivent être intégrés dans l'assiette des cotisations sociales de l'employeur : *JCP G 2001, II, 10497*.

²¹⁸ R. DONNADIEU, Les cotisations de sécurité sociale et les activités sociales des comités d'entreprise : *Dr. soc. 1987, p. 37 s., spéc. p. 42*.

²¹⁹ CSS anc. art. L. 120. A chaque fois qu'il est fait référence à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale (ancienne version), puisque nous étudions le contentieux de l'assiette de sécurité sociale, il faut entendre aujourd'hui l'article L. 136-1-1 du même Code auquel le nouvel article L. 242-1 renvoie. Sur cette question, v. D. COUDREAU et S. GELIN, Nouvelle assiette des cotisations : une révolution silencieuse ? : *JCP S 2018, 1064*, concluant sur ce point à droit constant.

II. Les sommes versées à l'occasion du travail

31. Expression légale « à l'occasion du travail ». Par ce nouvel alinéa volontairement large, le législateur a réintroduit les divers éléments de rémunération que la jurisprudence excluait méticuleusement²²⁰. En tant que tel, cet alinéa traduit « *la volonté du législateur de l'époque d'étendre autant que possible les bases du financement de la sécurité sociale* »²²¹. Le principe est dorénavant l'intégration des sommes versées dans l'assiette des cotisations tandis que l'exonération en est l'exception²²². En effet, la liste du Code n'est pas limitative et l'intégration dans l'assiette peut, sous réserve des exceptions qui complètent cette disposition, s'appliquer à toutes les sommes et avantages imaginables. Ce d'autant plus que l'article ne distingue pas entre les débiteurs des sommes : employeur, comité d'entreprise, ou tiers²²³. Cette formulation est justifiée à la fois par « *le désir de faire échec à la fraude* » et par « *des impératifs financiers, qui ont eu ainsi une influence sur la définition des notions juridique* »²²⁴.

Entre les « sommes versées à l'occasion du travail » et celles qui ne le sont qu'« en contrepartie », c'est bien évidemment les premières qui étendent l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Cette assiette n'est plus constituée uniquement de ce qui est l'exacte contrepartie du travail : la relation parfaite (travail=rémunération) est délaissée au profit d'une logique d'assujettissement aux sommes périphériques au travail exécuté. Le travail

²²⁰ Y. SAINT-JOURS, note sous 25 mars 1985 : *D.* 1985, p. 476 s., spéc. p. 477.

²²¹ F. KESSLER, Droit de la protection sociale : *Dalloz* 2014, 5^{ème} éd., p. 397.

²²² S. CHOPPIN HAUDRY DE JANVRY, Assiette des cotisations de sécurité sociale : Des comptes rémunérés aux « retraites chapeaux », quelques éléments récents de jurisprudence, in COUR DE CASSATION, Rapport annuel 1994, : *Doc. fr.* 1995, p. 133 s.

²²³ G. VACHET, Avantages en nature et cotisations : *JCP S* 2010, 1420. En effet, c'est la charge des cotisations qui est dévolue à l'employeur ; aucune disposition ne limite l'assiette des cotisations à celles versées par l'employeur lui-même. Pour un avis favorable à cette « extension », v. X. PRETOT, Le financement de la Sécurité sociale : jurisprudence récente en matière de cotisations : *Dr. soc.* 1986, p. 164 s., spéc. p. 165. *Comp.* Y. SAINT-JOURS, Œuvres sociales des comités d'entreprise et cotisations de Sécurité sociale : *RTDSS* 1985, p. 64 s., spéc. p. 66 ; Y. SAINT-JOURS, note sous Cass. 11 mai 1988 : *D.* 1988, p. 550 s., spéc. p. 552.

²²⁴ J.-J. DUPEYROUX, Droit de la sécurité sociale : *Dalloz* 1993, 12^{ème} éd., p. 590, n° 600. V. également, J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, Droit de la sécurité sociale : *Dalloz* 2019, 19^{ème} éd., p. 892, n° 1121.

devient alors « *la circonstance qui provoque* »²²⁵ l'avantage, voire son « *prétexte* »²²⁶ ; mais en aucun cas l'avantage n'est la compensation directe du travail²²⁷. Le lien entre le travail et la rémunération est, dans cette hypothèse, distordu, presque baroque. Il devient *diagonal* (c'est-à-dire différent d'une mécanique horizontale synallagmatique). L'avantage, la somme versée reste connexe²²⁸ au travail mais il n'en est plus la cause première, la cause directe. Cette expression « à l'occasion du travail », qui se distingue formellement d'une logique de contrepartie, est à la fois familière au juriste qui a déjà pu la rencontrer, notamment aux articles L. 411-1 du Code de la sécurité sociale et L. 1411-3 du Code du travail, et déroutante pour lui en ce qu'elle n'est pas définie par le législateur.

32. Incertitudes quant à la signification de cette expression. L'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale combinait une définition et une énumération. Cela avait pour utilité de verrouiller considérablement la situation ; la définition se comprenait par l'énumération qui illustrait la définition. On pouvait donc espérer, sinon une disparition, du moins une diminution du contentieux²²⁹. Pour autant, l'expression « à l'occasion du travail »

²²⁵ « Occasion », in Le Nouveau Petit Robert de la langue française: *Le Robert 1994*, p. 1515, (sens 3).

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ S. CHOPPIN HAUDRY DE JANVRY, Assiette des cotisations de sécurité sociale : Des comptes rémunérés aux « retraites chapeaux », quelques éléments récents de jurisprudence, in COUR DE CASSATION, Rapport annuel 1994, : *Doc. fr. 1995*, p. 133 s., spéc. p. 134 : « Peu importe que la somme n'ait pas été versée en contrepartie directe du travail et qu'elle ne présente pas le caractère de salaire. Il faut et il suffit qu'elle ait été versée à l'occasion du travail pour être soumise à cotisations. Alors même qu'ils n'auraient aucun rapport direct avec le travail, des avantages en nature ou en espèces comme des primes de congés, des gratifications versées à l'occasion d'une naissance ou d'un mariage, des bons d'achat lors de fête de fin d'année, sont soumis à cotisations parce qu'ils sont servis à l'occasion du travail aux seuls salariés de l'entreprise, ou en raison de l'appartenance de leurs bénéficiaires à l'entreprise ».

²²⁸ V. P. MORVAN, Groupe d'entreprise et rémunérations du travail : *Dr. soc. 2010*, p. 748 s., qui caractérise ce rapport de « lien de connexité avec le travail ». Rappelons que le lien de connexité, caractérisé par des éléments de rapprochement, est défini à l'article 101 du Code de procédure civile : « S'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction ». V. égal. P. MORVAN, Restructurations en droit social : *LexisNexis 2020*, 5^{ème} éd., p. 1192, n° 1638.

²²⁹ R. DONNADIEU, Les cotisations de sécurité sociale et les activités sociales des comités d'entreprise : *Dr. soc. 1987*, p. 37 s., spéc. p. 43, qui rapproche fort justement ce dispositif d'un « filet » dont les « mailles particulièrement serrées laissent a priori peu de chances aux tentatives d'évasion ».

n'a jamais dépassé le stade intuitif : elle n'a jamais fait l'objet d'une systématisation. Elle restait en tant que telle sans véritable contenu juridique, sans même être éclairée par les travaux parlementaires²³⁰. A quoi la somme versée à l'occasion du travail correspondait-elle exactement ? Et la doctrine de souligner que certains avantages relançaient particulièrement la discussion : ceux consentis alors que le travail, certes fourni, n'apparaît pas déterminant (i.e. prime de mariage) et ceux consentis alors que le travail n'est même pas fourni (i.e. logement de fonction durant la suspension du contrat de travail)²³¹.

33. Des sommes versées « à l'occasion du travail » à l'« appartenance à l'entreprise ». Pour l'accident survenu à l'occasion du travail (L. 411-1 du Code de la sécurité sociale) comme pour l'avantage consenti à l'occasion du travail, c'est à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de préciser cette expression légale. Dans son rôle d'interprète de la loi, voire de coauteur²³², elle a résolu la question de ces avantages. Si sous sa plume, l'accident survenu à *l'occasion du travail* est devenu l'accident survenu lorsque le travailleur se trouve sous l'autorité de son employeur (en tout cas au temps et au lieu de travail)²³³, l'avantage consenti à *l'occasion du travail* est devenu l'avantage consenti... en

²³⁰ Débats parlementaires, séance du jeudi 4 mars 1954 : *JORF n° 16, 5 mars 1954, p. 639*. L'étude des travaux parlementaires ne permet pas de l'explicitier plus avant. Il était seulement précisé, à propos des gratifications, qu'elles étaient soumises à cotisations uniquement si elles trouvaient leur origine dans le contrat de travail. Et le rapporteur de préciser, qu'en l'absence de lien entre le travail fait par le salarié et la gratification, il ne pouvait s'agir que d'un don non soumis à cotisations.

²³¹ R. DONNADIEU, Les cotisations de sécurité sociale et les activités sociales des comités d'entreprise : *Dr. soc. 1987, p. 37 s., p. 43* : « *Finalelement, c'est sur ces mêmes avantages qui, en l'état des textes originaires, avaient donné lieu à de nombreux litiges que la loi du 20 mars 1954, qui s'était pourtant proposé d'en tarir la source avait fourni elle-même un nouveau sujet de querelle !* ».

²³² F. FAVENNEC-HERY, Jurisprudence et relations professionnelles : l'équilibre compromis ? : *JCP S 2015, 1289. Comp. J. CARBONNIER, V. par ex. RTD civ. 1992, p. 342* : « *Je ne puis cacher, l'ayant écrit, que la jurisprudence m'a toujours semblé manquer des caractères inhérents à une source autonome du droit : ou elle est transparente de la loi, ou elle est fondation d'une coutume. Modeste pour elle, je l'ai parfois qualifiée de simple « autorité »* ».

²³³ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, Droit de la sécurité sociale : *Dalloz 2019, 19^{ème} éd., p. 674, 828*, qui expliquent que la Cour de cassation a simplifié les termes du problème en résumant l'autorité de l'employeur au temps et lieu de travail. V. pour un raisonnement contraire, P. MORVAN, Droit de la protection sociale : *LexisNexis 2019, 9^{ème} éd., p. 102 s., n° 114 s.*, pour qui la Cour de cassation a étendu cette double condition géographique et temporelle en retenant le lien d'autorité.

raison de l'appartenance à l'entreprise. S'agissant de cet avantage, en adoptant une telle position, sévère pour le contribuable, c'est l'assiette des cotisations qu'elle a étendu²³⁴. Plus encore, c'est elle qui a donné vie à « l'appartenance à l'entreprise », jusqu'à présent inexistante en la matière.

§ 2 La construction jurisprudentielle

34. Pour représenter ces sommes versées à l'occasion du travail, le juge pose un nouveau critère, qu'il assimile au critère légal, celui de « l'appartenance à l'entreprise » (**I**). Ce nouveau critère est toutefois concurrencé, dans la jurisprudence elle-même, par d'autres notions (**II**).

I. L'appartenance à l'entreprise affirmée

35. Apparition de l'expression. Dans les premiers temps, la jurisprudence se rapportait simplement aux avantages consentis à l'occasion du travail²³⁵, voire même plus largement

²³⁴ F. TAQUET, Le capital décès et les allocations d'invalidité absolue et définitive versés aux salariés ou à leurs ayants droit doivent être intégrés dans l'assiette des cotisations sociales de l'employeur : *JCP G 2001, II, 10497* ; F. KESSLER, Droit de la protection sociale : *Dalloz 2014, 5^{ème} éd., p. 397* ; J.-J. DUPEYROUX, Droit de la sécurité sociale : *Dalloz 1993, 12^{ème} éd., p. 590, n° 600* ; M. BORGETTO, R. LAFORE, Droit de la sécurité sociale : *Dalloz 2019, 19^{ème} éd., p. 892, n° 1121*. On a pu justement écrire que « le critère d'appartenance à l'entreprise, qui fonde la réintégration de ces avantages, relève d'une interprétation extensive d'un texte dont les termes sont eux-mêmes déjà très larges » (J. COLBEAUX, Avantages et remises consentis aux salariés clients de leur entreprise : *SSL 1994, n° 681, D. p. 15. Adde X. PRETOT, Le financement de la Sécurité sociale : jurisprudence récente en matière de cotisations : Dr. soc. 1986, p. 164 s.*).

²³⁵ Soc. 7 janvier 1971 : pourvoi n° 69-12.824, Bull. V, n° 13 : « l'avantage en argent ainsi accordé aux salariés de l'entreprise libres de supporter la partie des frais de maladie non couverts par la sécurité sociale trouvait sa contrepartie dans des redevances versées par l'employeur à la caisse chirurgicale, à l'occasion du contrat de travail, c'est justement que la cour d'appel a déclaré que lesdites primes constituaient un complément de salaire alloué indirectement, qui devait être soumis au paiement des cotisations de sécurité sociale ».

aux avantages consentis « à l'occasion ou en contrepartie du travail »²³⁶, se conformant ainsi au texte de loi. En 1977, et pour la première fois semble-t-il, la chambre sociale de la Cour de cassation a fait référence, en matière de primes d'assurance-vie, à « l'appartenance à l'entreprise » pour justifier la réintégration des primes d'assurance payées par l'employeur dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Cette expression est si soudaine que l'on peut s'interroger : renvoie-t-elle à l'avantage directement généré par le travail, à l'avantage consenti largement à l'occasion du travail ou encore à un troisième critère exclusivement prétorien ?

Il était reproché, en l'espèce, à la cour d'appel d'avoir réintégré les primes d'assurances vie payées par l'employeur, alors que, selon le moyen, les salariés ne bénéficiant des primes qu'à l'expiration de leur contrat, les sommes ne pouvaient donc leur être versées à l'occasion du travail. La chambre sociale a finalement jugé : « *mais attendu qu'après avoir observé que c'est en raison de leur appartenance à l'entreprise que les salariés de celle-ci sont personnellement bénéficiaires du contrat d'assurance souscrit par l'employeur, la cour d'appel a estimé à juste titre que la prise en charge des primes par la société est liée au contrat de travail, même si les avantages stipulés compte tenu des risques garantis ne doivent profiter au salarié ou à ses ayants-droit qu'après la cessation du contrat de travail* »²³⁷. Le moyen se fondait sur le critère du *travail* - ou plutôt de l'absence de travail fourni – pour discuter le fait que la cour d'appel avait retenu l'intégration des primes. La chambre sociale n'a pas souhaité se placer sur le terrain de l'exécution du travail et retenir ce critère. Elle a plutôt constaté, pour confirmer l'intégration des primes, que le salarié appartenait à l'entreprise et a relevé, comme indice, l'existence d'un *contrat de travail*²³⁸.

Une relation entre la rémunération accordée à *l'occasion du travail* et *l'appartenance à l'entreprise* était ainsi tissée timidement par le juge, mais sans apparaître explicitement.

36. Confirmation de l'expression. En 1981, un premier rapprochement est opéré entre l'appartenance à l'entreprise et la rémunération accordée à l'occasion du travail. La chambre sociale a estimé, à propos d'une indemnité d'intempérie, qu'elle était un avantage consenti en raison de l'appartenance des salariés à l'entreprise et qu'elle devait être considérée

²³⁶ Civ. 2^{ème}, 30 nov. 1961 : pourvoi n° 59-11.962, Bull. II, n° 818.

²³⁷ Soc. 11 mai 1977 : pourvoi n° 76-10.231, Bull. n° 310, (nous soulignons).

²³⁸ V. pour une certitude du fondement contractuel, *infra* n° 66.

comme versée, « *sinon en contrepartie, du moins à l'occasion du travail* »²³⁹. Plus explicite, une autre formulation a vu le jour en 1985 : celle de l'avantage alloué « *en raison de l'appartenance à l'entreprise et à l'occasion du travail accompli* »²⁴⁰. Le doute a été levé avec un arrêt rendu en 1989 dans lequel le coût de voyages d'agrément est qualifié d'avantage « *consenti en raison de l'appartenance [des salariés] à l'entreprise et donc à l'occasion du travail au sens de l'article L. 120 du Code de la sécurité sociale* »²⁴¹.

Par la suite, appartenance « rimera » plus que jamais avec avantage²⁴² puisqu'elle sera même évoquée de façon autonome : « *la somme allouée, en raison de leur seule appartenance à l'entreprise, leur étant définitivement acquise, entrant dans les prévisions de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale et devait être réintégrée dans l'assiette des cotisations* »²⁴³. Ou encore : « *la possibilité offerte aux salariés de la société d'acquiescer des actions de la société mère du groupe à un prix préférentiel étant nécessairement liée à leur appartenance à l'entreprise, le tribunal, devant lequel l'évaluation du redressement n'était pas en elle-même discutée, en a exactement déduit que les rabais consentis constituaient des avantages soumis à cotisations* »²⁴⁴.

²³⁹ Soc. 15 oct. 1981 : pourvoi n° 80-14.681, Bull. n° 796 (nous soulignons). Cette formule sera reprise, Soc. 5 mai 1982 : pourvoi n° 81-12.424, inédit. – Soc. 20 nov. 1985 : pourvoi n° 84-11.727, Bull. IV, n° 547. – Soc. 4 fév. 1993 : pourvoi n° 91-14.075, inédit. – Soc., 12 oct. 1995 : pourvoi n° 93-16.993, Bull. V, n° 270.

²⁴⁰ Soc. 25 mars 1985 : pourvoi n° 83-13.596, Bull. V, n° 209 (nous soulignons). Cet attendu sera considérablement réitéré. Pour une utilisation récente, v. Civ. 2^{ème}, 17 sept. 2009 : pourvoi n° 08-21.005, Bull. II, n° 218 ; *RJS 2009*, p. 843 ; *JCP S 2009*, 1550, note G. VACHET. Pour un exemple approchant, v. Soc. 23 janv. 1997 : pourvoi n° 95-15.134, inédit : « *les indemnités de décès bénéficiant aux ayants-droit des mandataires décédés constituaient un avantage alloué en raison de la seule appartenance passée des défunts à l'entreprise et devaient être considérées comme versées à l'occasion du travail* ».

²⁴¹ Soc. 21 juin 1989 : pourvoi n° 86-18.717, Bull. V, n° 460 (nous soulignons). Cette formulation restera en revanche inusitée par la suite.

²⁴² J.-C. JAVILLIER, *Fidélité et rémunération* : *Dr. soc. 1991*, p. 386, spéc. p. 389.

²⁴³ Soc. 18 juill. 1997 : pourvoi n° 94-20.586, inédit. Pour un autre exemple, v. Soc. 10 fév. 1994 : pourvoi n° 91-18.391, inédit.

²⁴⁴ Civ. 2^{ème}, 28 janv. 2010 : pourvoi n° 08-21.783, Bull. II, n° 23 ; *RJS 2010*, p. 320 ; *JCP E 2010*, 2090, note C. MORIN ; *Lexbase Hebdo éd. sociale 2010*, n° 384, N250BNN, note M. DEL SOL : « *Par le recours à l'adverbe nécessairement, elle entend insister sur la condition de l'assujettissement à cotisations qui est déterminante en droit positif* ».

37. Dissociation de l'appartenance à l'entreprise d'avec le travail. La rémunération consentie à l'occasion seulement du travail, se déployant sur un plan diagonal (distinct d'une mécanique horizontale synallagmatique) et échappant à la logique échangiste, est donc devenue sous la plume du juge l'« appartenance du salarié à l'entreprise »²⁴⁵. « *La jurisprudence a pris le relais en donnant de cette disposition de base l'interprétation la plus extensive : pour la Cour suprême entre dans l'assiette des cotisations tout avantage, quel qu'il soit, reçu en considération d'une appartenance présente ou passée à l'entreprise* »²⁴⁶. La jurisprudence transforme la lettre du texte et retient un critère ni défini ni évident, que l'on retrouve souvent, en doctrine, paré volontiers de guillemets. Mais après tout, ne dit-on pas que « *la spécificité – sans parler d'autonomie – d'une matière juridique s'exprime par l'originalité des critères qu'elle met en œuvre* »²⁴⁷?

Ainsi que le Professeur DONNADIEU a pu l'écrire, l'idée générale qui permet de relier des avantages aussi différents que la rémunération de comptes bancaires²⁴⁸, l'octroi d'un prêt²⁴⁹,

²⁴⁵ Si çà et là, certaines positions semblent modérer cette mise en relation, leur rareté nous permet de passer outre. V. par ex., s'agissant de la réintégration des gratifications des stagiaires excédant 30% du SMIC et de leurs avantages en nature, une distinction faite entre l'occasion du travail et l'appartenance : « *ce qui est déterminant, c'est que l'avantage soit accordé à l'occasion du travail ou en raison de l'appartenance à l'entreprise du salarié* » (nous soulignons) (M. DEL SOL, L'assiette des cotisations sociales : *Bull. soc. Francis Lefebvre* 1998, 10/98, p. 486).

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ A. ARSEGUEL et A. COURET, note sous Soc. 25 févr. 1993 : *JCP E* 1993, II, 505.

²⁴⁸ Soc. 25 fév. 1993 : pourvoi n° 90-17.628, Bull. V, n° 71 : « *La rémunération des comptes de dépôt à vue n'étant autorisée qu'au profit du personnel de l'établissement, il en résultait que, quelle que soit l'origine des sommes déposées, et même si l'ouverture de ces comptes ne présentait pas pour les salariés un caractère obligatoire, l'avantage en cause n'avait été consenti à ses bénéficiaires qu'en raison de leur appartenance à l'entreprise* ».

²⁴⁹ Soc. 1 avril 1999 : pourvoi n° 97-12.912 et 97-12.990, Bull. V, n° 149 : « *Les prêts à taux bonifié offerts aux salariés dès leur embauche, constituaient des avantages spécifiques consentis au personnel en raison de son appartenance à l'entreprise* ».

l'organisation d'un voyage d'agrément²⁵⁰, l'allocation d'une indemnité²⁵¹, la fourniture à titre gratuit d'une carte de transport²⁵² ou d'un journal²⁵³, le rabais sur actions²⁵⁴ ou encore la fourniture de produits de l'entreprise à tarifs préférentiels, tels que des billets d'avion²⁵⁵, ne peut être que l'appartenance à l'entreprise²⁵⁶. Dans la mesure où ces avantages ne peuvent

²⁵⁰ Soc. 5 déc. 2002 : pourvoi n° 01-20.943, inédit : « *le séjour constituait un avantage offert aux salariés en raison de leur appartenance à l'entreprise et à l'occasion du travail qui devait entrer dans l'assiette des cotisations* ».

²⁵¹ Soc. 15 oct. 1981 : pourvoi n° 80-14.681, Bull. n° 796 : « *Le complément d'indemnisation dont les salariés bénéficient en cas d'intempéries [...] constitue un avantage qui doit être considéré, à ce titre comme versé sinon en contrepartie du moins à l'occasion du travail* ».

²⁵² Soc. 12 déc. 1984 : pourvoi n° 83-10.113, Bull. V, n° 490 : « *L'économie ainsi réalisée constituait un avantage consenti aux agents en raison de leur appartenance à l'entreprise et soumis de ce fait à cotisations [...] dès lors que [...] certains de leurs déplacements étaient effectués pour se rendre sur leur lieu de travail* ».

²⁵³ Soc. 11 sept. 2008 : pourvoi n° 07-18.792, Bull. II, n° 194 : « *Qu'à raison de leur appartenance à l'entreprise, tous les salariés de la société bénéficiaient du service à domicile d'un abonnement gratuit au quotidien édité par elle, la cour d'appel a caractérisé l'existence d'un avantage en nature consenti par l'employeur, lequel entrait dans l'assiette des cotisations sociales* ».

²⁵⁴ Soc. 28 janv. 2010 : pourvoi n° 08-21.783, Bull. II, n° 23. – Soc. 18 fév. 2010 : pourvoi n° 08-20.547, inédit : « *La possibilité offerte aux salariés de la société d'acquérir des actions de la société mère du groupe à un prix préférentiel étant nécessairement liée à leur appartenance à l'entreprise, la cour d'appel, devant laquelle l'évaluation du redressement n'était pas en elle-même discutée, en a exactement déduit que les rabais consentis constituaient des avantages soumis à cotisations* ».

²⁵⁵ Soc. 18 oct. 2005 : pourvoi n° 04-30.194, inédit : « *A raison de leur appartenance à l'entreprise, les salariés de la société Régional Airlines bénéficiaient pour leurs déplacements privés et ceux de leur ayants droit de billets d'avion à prix réduits, la cour d'appel a caractérisé par ce seul motif l'existence d'un avantage en nature consenti par l'employeur lequel entrait dans l'assiette des cotisations sociales définies par l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale* ». Rappelons cependant que pour les produits de l'entreprise, une réduction de 30% du prix de vente public normal TTC est tolérée en vertu de la circulaire DSS 2003/07 du 7 janvier 2003, appliquée strictement par la Cour de cassation. Ce n'est qu'en cas de dépassement que la totalité de l'avantage (et non seulement la fraction excédentaire) sera réintégrée dans l'assiette. Pour une critique de cette réintégration, v. G. VACHET, Avantages en nature et cotisations : *JCP S 2010, 1420*. Cette tolérance ne s'applique que pour les produits de l'entreprise, et non les produits du groupe, v. Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2010 : pourvoi n° 09-14.364, Bull. II, n° 132 ; *JCP S 2011, 1424, note C. MORIN*.

²⁵⁶ R. DONNADIEU, Les cotisations de sécurité sociale et les activités sociales des comités d'entreprise : *Dr. soc. 1987, p. 37 s., spéc. p. 43*.

s'expliquer par la fourniture de la prestation de travail par le salarié²⁵⁷, qui est d'ailleurs déjà rémunéré par le versement de son salaire, le critère est nécessairement autre. Le « bon sens » a voulu que le juge retienne le critère d'une appartenance juridique plutôt que celui de l'exécution matérielle d'un travail car cela « traduit bien la réalité des choses lorsqu'elle affirme que ces avantages s'ils ne constituent pas l'exacte contrepartie d'une prestation de travail, doivent être considérés comme versés à l'occasion du travail »²⁵⁸. Il est certain, en pareille hypothèse, que le lien entre le travail du salarié et la finalité de l'avantage ou de la somme offerte est distendu. Cette impression se vérifie surtout s'agissant des voyages d'agrément²⁵⁹ ou des séjours²⁶⁰. Ils représentent des avantages consentis en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise, justement parce que le lien entre le *travail* et le *voyage* offert est particulièrement non manifeste. S'agissant des indemnités intempéries versées par l'entreprise, l'appartenance à l'entreprise justifie même qu'un avantage soit versé au salarié... pourtant empêché de travailler²⁶¹. Dans cette hypothèse, l'absence d'exécution du travail n'empêche pas le versement d'un avantage. Mieux ! Elle le conditionne.

Il semble difficile de concevoir que la simple expression des « sommes consenties à l'occasion du travail » recèle en elle la clef de compréhension de ce qu'est l'appartenance du salarié à l'entreprise. Avoir emprunté le chemin du mot plutôt que de l'idée²⁶², s'être tourné préalablement à toute conception notionnelle vers l'interprétation de la décision, n'a-

²⁵⁷ Sur ce dépassement du travail, v. G. VACHET, La notion de rémunération au regard de la sécurité sociale, in Mél. M. Despax : *Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 2001, p. 359 s., spéc. p. 363 : « Dans tous ces cas, la somme versée n'est pas la contrepartie d'un travail car le salarié ne peut pas bénéficier de cet avantage s'il n'a pas emprunté, s'il n'a pas acheté de voiture, s'il ne se sert pas de carte bleue alors qu'il a effectué une prestation de travail. En sens inverse, le montant de l'avantage ne dépend pas du travail effectué mais du prix d'achat de la voiture, du montant de la somme placée ou du prêt demandé ».

²⁵⁸ R. DONNADIEU, Les cotisations de sécurité sociale et les activités sociales des comités d'entreprise : *Dr. soc.* 1987, p. 37 s., spéc. p. 43.

²⁵⁹ Soc. 21 mars 1991 : pourvoi n° 88-20.222, inédit.

²⁶⁰ Soc. 25 mars 1985 : pourvoi n° 83-13.596, Bull. n° 209. – Soc. 5 déc. 2002 : pourvoi n° 01-20.943, inédit. Le lien est plus resserré s'agissant de voyages consentis à l'occasion de l'anniversaire de la fondation de l'entreprise (Soc. 12 fév. 1981 : pourvoi n° 79-15.344, Bull. n° 134).

²⁶¹ Soc. 15 oct. 1981, précité.

²⁶² V. *supra* n° 16.

t-il pas été un égarement ? Il n'en est rien. Si le juriste serait tenté de ne voir dans ces quelques mots qu'une extension technique de l'assiette des cotisations de sécurité sociale, le chercheur sait qu'en eux se cache l'essence, la logique du sujet de la présente étude et qu'ils sont la colonne vertébrale d'une véritable ossature à venir. A ce stade de notre étude, nous pouvons donc affirmer de façon certaine que l'appartenance à l'entreprise est étrangère au mécanisme de contrepartie du travail. Ce mouvement de détachement du prix d'un travail avait déjà été détecté par le Professeur VACHET²⁶³. Une véritable « dissociation »²⁶⁴ s'opère en effet entre la rémunération (au sens du Code de la sécurité sociale) et le travail strictement entendu qui s'opère en jurisprudence. Cette première trace de sens sera suivie ; c'est sur cette certitude de ce « découplage »²⁶⁵ se bâtera notre étude. La clarté de cette apparition jurisprudentielle a été toutefois atténuée par l'émergence d'expressions concurrentes.

II. L'appartenance à l'entreprise concurrentée

38. Expressions concurrentes à l'appartenance du salarié à l'entreprise . L'appartenance du salarié à l'entreprise n'est qu'affirmée par le juge ; elle n'est pas définie en jurisprudence. Outre cette absence de définition, un autre obstacle s'oppose à son intelligibilité, à savoir la concurrence opérée par des notions voisines. En effet, il n'est pas rare de relever dans la jurisprudence l'existence d'expressions concurrentes.

39. Expression concurrente à l'appartenance du salarié à l'entreprise : le lien de salariat. En matière de comptes courants, c'est le *lien de salariat* qui peut lui être préféré : « Mais attendu que la cour d'appel a fait ressortir que l'éventuel avantage accordé à des

²⁶³ G. VACHET, La notion de rémunération au regard de la sécurité sociale, in Mél. M. Despax : *Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 2001, p. 359 s.

²⁶⁴ G. VACHET, Chron. de droit de la sécurité sociale : *JCP E* 2001, 1764.

²⁶⁵ G. VACHET, La notion de rémunération au regard de la sécurité sociale, in Mél. M. Despax : *Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 2001, p. 359 s., spéc. p. 364.

tiers par le Crédit lyonnais était sans incidence sur le fait que les employés de cette banque n'aient pas pu jouir de ce même avantage en raison de leur lien de salariat »²⁶⁶.

40. Expression concurrente à l'appartenance du salarié à l'entreprise : l'ancienneté. En matière de gratifications dites de jubilé, l'appartenance se voit accompagnée du facteur *temps* : « *Mais attendu que la cour d'appel, répondant aux conclusions invoquées et motivant sa décision, a constaté que les sommes litigieuses étaient allouées aux salariés concernés en raison de leur appartenance à l'entreprise et du temps passé à son service »²⁶⁷. L'appartenance à l'entreprise se rapproche ici de la notion d'ancienneté.*

41. Expression concurrente à l'appartenance du salarié à l'entreprise : l'emploi. En cas de suspension de l'avantage résidant dans la fourniture de billets d'avion à tarif réduit, la notion d'*emploi* vient remplacer l'appartenance. En effet, la chambre sociale, pour confirmer l'annulation de cette sanction pécuniaire prohibée, a jugé que c'était un « *avantage lié à son emploi »²⁶⁸.*

42. Attraction de ces formes concurrentes. Ces mouvements jurisprudentiels n'échappent pas à la doctrine. Quand il s'agit de tenter de donner un contenu à l'appartenance à l'entreprise, l'emploi et le lien caracolent en tête : « *Les avantages liés à l'appartenance à l'entreprise résultent ici de l'existence d'un lien d'emploi »²⁶⁹. Ces avantages seraient à distinguer d'autres avantages qui, soit récompensent directement le travail du salarié, à l'instar des primes de rendement ou d'objectifs, soit récompensent la fidélité à l'entreprise comme la prime d'ancienneté. Les avantages liés à l'appartenance à l'entreprise représenteraient la dernière strate avant que la récompense fournie ne soit dénuée de tout lien avec le monde de l'entreprise. Ils sont définis comme « *des avantages**

²⁶⁶ Soc. 30 mai 1996 : pourvoi n° 94-17.170, inédit. S'agissant du lien, l'avocate générale BARRAIRON a pu écrire, à propos d'un arrêt réintégrant dans l'assiette des cotisations la valeur de bons d'achat remis en fin d'année, « *qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les salariés actifs et ceux qui sont à la retraite dès lors qu'il existe ou a existé un lien salarial avec l'entreprise »* (BICC n° 530 du 01/03/2001).

²⁶⁷ Soc. 13 janvier 1994 : pourvoi n° 91-10.149, inédit.

²⁶⁸ Soc. 25 oct. 2011 : pourvoi n° 10-15.560, inédit.

²⁶⁹ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Salaire – Définition et formes » : *Rép. Dalloz 2020*, n° 355. V. égal. sur le lien entre appartenance à l'entreprise et emploi, D. ASQUINZI-BAILLEUX, Les avantages sociaux requalifiés en salaire : *Dr. soc. 2014*, p. 735 s.

« *périphériques* » dont la seule cause est le lien d'emploi qui unit le salarié à l'entreprise »²⁷⁰.

Dans la même veine, et à propos d'un arrêt qui réintérait une bourse d'étude attribuée aux enfants des salariés en raison de l'appartenance à l'entreprise d'un de ses parents, un auteur a pu écrire que « *la contrepartie correspond à la rémunération du travail et l'allusion à l'occasion d'un travail vise l'octroi d'avantages qui, sans être une contrepartie du travail, relèvent de conditions d'emploi (congrés payés, prime et avantages négociés ou consentis par l'employeur* »²⁷¹. Monsieur LAIGRE se fait l'écho de cette conception, à propos d'allocations décès versées par l'entreprise : « *Exception faite des secours, il s'agira bien d'une somme versée à l'occasion du travail. Ou bien le droit à prestation est lié à la relation d'emploi du salarié avec l'entreprise, ou bien ce droit ne dépend que de la seule volonté de l'assuré, peu important qu'il ait ou non la qualité de salarié d'une entreprise. Dans le premier cas, la couverture sera fondée sur une convention ou un accord collectif [...]. Dans le second cas, l'assuré décidera, seul, de se couvrir et souscrira à cet effet un contrat individuel dont il assumera pleinement la charge auprès d'un organisme assureur* »²⁷².

Ces formes concurrentes sont assises sur trois notions juridiques – le temps, l'emploi et le lien – déjà systématisées. Le premier, particulièrement d'actualité²⁷³, a été conjugué à tous les droits : que ce soit en droit²⁷⁴, en droit privé²⁷⁵, en droit civil²⁷⁶ ou en droit contractuel²⁷⁷. Le deuxième a été détaché du travail pour devenir une relation générant des droits ; l'emploi, c'est le contrat de travail saisi dans sa durée²⁷⁸. Le troisième ne doit pas être réduit à une

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ X. DAVERAT, note sous Soc. 17 avr. 1996, pourvoi n° 94-17.315 : *JCP G 1997, II, 22762*.

²⁷² P. LAIGRE, obs. sous Soc. 12 oct. 1995, pourvoi n° 93-16.993 : *Dr. soc. 1996, p. 438*.

²⁷³ La dixième étude de la Cour de cassation - intégrée à son rapport annuel - est consacrée au temps (COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2014, Le temps : *Doc. fr. 2015, p. 137-408*).

²⁷⁴ F. OST, *Le temps du droit* : *O. Jacob 1999*.

²⁷⁵ M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale* : *PUAM 2013*.

²⁷⁶ P. HEBRAUD, Observations sur la notion du temps dans le droit civil, in *Etudes P. Kayser, t. 2* : *PUAM 1979, p. 1 s.s*

²⁷⁷ J. ROCHFELD, Les modes temporels d'exécution du contrat : *RDC 2004, p. 47 s.*

²⁷⁸ F. GAUDU, La notion juridique d'emploi en droit privé : *Dr. soc. 1987, p. 414 s.* ; Les notions d'emploi en droit : *Dr. soc. 1996, p. 569 s.* ; L'emploi dans l'entreprise privée, essai de théorie juridique : *thèse dactyl. Paris I 1986*.

simple vérité intuitive ; il dispose d'une pleine juridicité, en ce qu'il a été défini comme un lien de parole conçu sous l'égide d'un tiers créant un espace-temps entre deux parties²⁷⁹.

Cette étude ne pourra faire l'économie de l'étude de ces trois notions. Si elles ne peuvent être ignorées du fait de leur proximité avec notre sujet, il faudra toutefois se garder d'assimiler l'une de ces figures connues, par facilité, par commodité à l'appartenance du salarié à l'entreprise. Il serait tentant de profiter de la juridicité de l'une ; mais nous devons respecter la procédure d'une véritable recherche et d'un véritable questionnement. L'appartenance à l'entreprise est-elle sensible au temps ? N'est-elle qu'une figure de l'emploi ? Et surtout : est-elle lien juridique²⁸⁰ ? A ces interrogations légitimes du fait des expressions concurrentes, nous pressentons déjà des réponses négatives. En tout état de cause, l'appartenance à l'entreprise devra constamment leur être confrontée et leurs rapports devront être précisés.

43. Conclusion de section. Tout n'est pas qu'interrogations. La positivité de l'appartenance du salarié à l'entreprise, expressément invoquée par le juge dans le contentieux de l'assiette des cotisations de sécurité sociale, a été utilement explorée. De ce tour de la jurisprudence, une certitude est née, non des moindres puisque sur elle se bâtera notre étude : l'appartenance du salarié à l'entreprise se dissocie du travail directement fourni par le salarié. En effet, dans le discours du juge, les sommes ou avantages alloués au salarié en raison de son appartenance à l'entreprise ne le sont *pas* en contrepartie de son travail, mais *seulement* à l'occasion de celui-ci. Si cet élément n'est pas suffisant à lui seul pour définir notre sujet d'étude, il représente toutefois, et indiscutablement, une direction dans laquelle s'engager et sur laquelle la pensée pourra fructifier.

²⁷⁹ E. JEULAND, La Fable du ricochet : approche juridique des liens de parole : *Mare & Martin 2009* ; L'énigme du lien de droit : *RTD civ. 2003*, p. 455 s. ; Sur le lien de droit : *APD 2012*, p. 407 s. ; L'école relationniste du droit : la nouaison ? : *APD 2011*, p. 373 s. Adde A. BRUN, Le lien d'entreprise : *JCP 1962, I, 1719*.

²⁸⁰ « Les idées d'appartenance (à une famille, une entreprise, une nation, une ville), de reconnaissance et d'identité sont étroitement connectées à la notion de lien de droit » (E. JEULAND, La Fable du ricochet : approche juridique des liens de parole : *Mare & Martin 2009*, p. 257).

Section 2 : Le support contractuel de l'appartenance à l'entreprise

44. Que l'appartenance à l'entreprise se dissocie et se découple du travail, puisqu'elle n'a pas de lien de connexité avec lui, n'est pas une découverte qui élucide pleinement le contenu de l'appartenance juridique. Il faut pousser plus avant l'étude de la jurisprudence relative à l'assiette des cotisations sociales afin de comprendre ce qui justifie, ce qui fonde, dans la lettre des décisions, l'appartenance du salarié à l'entreprise. Il n'y avait, en réalité, que deux fondements possibles : soit l'appartenance à l'entreprise, dissociée (mais non tout à fait coupée) du travail, renvoie à un travail précédemment réalisé par le salarié, c'est-à-dire un travail capitalisé (§1), soit elle se distingue tout à fait du travail et renvoie à la personne même du salarié (§2).

§ 1 L'hypothèse abandonnée d'un travail capitalisé

45. L'Assemblée plénière juge, dans une décision du 26 janvier 2001, que les allocations de décès doivent être réintégrées dans l'assiette des cotisations sociales dues par l'employeur en ce qu'elles sont versées en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise et qu'elles constituent un avantage en argent consenti à l'occasion du *travail précédemment accompli*²⁸¹, du travail capitalisé. Comment expliquer ce mécanisme différé ? Il n'est pas sans rappeler deux techniques juridiques déjà connues du droit social: la cotisation (I) et les droits de tirage sociaux (II), qui permettent toutes deux de retirer, plus tard, le bénéfice d'un effort déjà accompli, qu'il soit financier ou de pénibilité. Ces deux mécanismes se distinguent-ils de l'appartenance du salarié à l'entreprise ou constituent-ils des manifestations ?

²⁸¹ Ass. Plén. 26 janv. 2001 : pourvoi n° 99-13.397, *préc.*

I. La cotisation

46. Le jeu de la cotisation. La nature juridique de la cotisation a fait l'objet de considérables débats²⁸². Ni la thèse du salaire différé ni celle de l'impôt déguisé ou de la redevance dissimulée n'ont prospéré. Si la redevance entraîne une contrepartie certaine et directe, la cotisation ne peut prétendre à une telle efficacité. Si elle n'est pas dénuée de toute contrepartie, contrairement à l'impôt, elle dépend tout de même de la réalisation d'un risque. C'est pourquoi elle mérite de constituer une catégorie juridique particulière, distincte de la redevance et des impositions de toute nature, à mi-chemin entre les deux²⁸³. Depuis une décision du Conseil constitutionnel, le critère de la cotisation réside dans le lien entre l'obligation à cotiser et le droit aux prestations²⁸⁴. Seule une cotisation précédemment versée ouvre le droit à prestation au moment où l'événement couvert se réalise. La prestation versée est donc justifiée, causée par les cotisations versées antérieurement par le salarié²⁸⁵.

47. Inadéquation. *A priori*, la finalité de la cotisation peut coïncider à l'avantage versé en raison de l'appartenance à l'entreprise ; le salarié ayant travaillé un temps dans l'entreprise pourrait percevoir par la suite, au nom de ce travail préalablement exécuté, des avantages au moment où un événement particulier (décès, invalidité ou départ de l'entreprise) se réalise et sans qu'il puisse lui être reproché l'incapacité dans laquelle il est à ce moment-là de fournir du travail. Mais le rapprochement ne supporte pas l'analyse poussée. La cotisation, qui explique le versement différé d'une prestation en raison d'un travail accompli antérieurement, n'est pas transposable aux avantages versés en raison de l'appartenance à l'entreprise. Ces derniers n'ont pas, en effet, fait l'objet d'une cotisation ou d'un versement préalable ; le salarié s'est contenté, au cours de l'exécution de la relation

²⁸² J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, Droit de la sécurité sociale : *Dalloz 2019*, 19^{ème} éd., p. 867 s., n° 1084 s.

²⁸³ X. PRETOT, Droit de la sécurité sociale : *Dalloz 2020*, 15^{ème} éd., p. 100-101.

²⁸⁴ Cons. constit., 13 août 1993, n° 93-325, DC : *JORF 18 août 1993*, p. 11722 ; *Dr. soc.* 1994, p. 69 s., note J.-J. DUPEYROUX et X. PRETOT.

²⁸⁵ A noter que ce raisonnement est plus ou moins vrai selon la branche en cause. S'il n'est pas discuté pour la branche vieillesse, il devient symbolique pour les branches famille, où une condition de résidence remplace la condition travail, et maladie, où une durée de travail trimestrielle de 120 heures ouvre droit à une durée de prise en charge... de deux ans.

contractuelle, de fournir son travail sans que cette prestation ne génère, à l'égard de son employeur, autre chose que le versement du salaire. La cotisation se révèle ainsi incapable de fonder, de justifier, l'appartenance du salarié à l'entreprise.

Avant d'écarter tout à fait l'hypothèse selon laquelle les avantages versés en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise (i.e. indemnité intempéries) s'expliquent fondamentalement par un travail capitalisé, un travail déjà réalisé par le salarié, un second mécanisme original, celui des droits de tirage sociaux, doit être mis à l'épreuve.

II. Les droits de tirages sociaux

48. Les droits de tirage. A l'origine, le « droit de tirage » est le bénéfice que retire un bénéficiaire d'une opération préalablement consentie par son débiteur, dès lors qu'il en manifeste la volonté. *« L'image d'un droit de tirage est évocatrice d'une disponibilité de ressources préalablement accumulées par quelqu'un ou émises par une autorité centrale et d'une sorte de liberté corrélative de tirage sur ces ressources par cet individu »*²⁸⁶. En « tirant », il lève l'option d'une promesse préexistante. En matière bancaire, par exemple, le bénéficiaire (le client) retire une partie des fonds promis par son établissement bancaire. Le « tirage » est donc une étape d'un ensemble plus grand : la ligne de crédit²⁸⁷. Dans cet ensemble, il représente le temps de la *réalisation*. C'est seulement sur l'initiative du client que le crédit mis à sa disposition – ce que le grand public connaît sous l'avance de trésorerie ou l'autorisation de découvert – sera débloqué ; sans cette volonté du client, le droit ne serait pas mobilisé : il demeure, pour celui-ci, une faculté onéreuse dont il usera en fonction de ses

²⁸⁶ R. SALAIS, Liberté du travail et capacités : une perspective pour la construction européenne ? : *Dr. soc.* 1999, p. 467 s.

²⁸⁷ La chambre commerciale a été conduite pour la première fois en 2004 à statuer sur la qualification juridique de l'ouverture de crédit au regard de celle de prêt en énonçant que : *« l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt, à concurrence des fonds utilisés par le client »* (Com. 21 janv. 2004 : pourvoi n° 01-01.129 ; Bull. IV, n° 13). *Adde* COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2004, La vérité : *Doc. fr.* 2005, p. 303-304: *« L'ouverture de crédit est donc une promesse de prêt et non prêt et ce, à partir seulement de l'utilisation des fonds par le client, et sans rétroactivité »*.

besoins²⁸⁸. Le droit de tirage n'est donc qu'une simple faculté, dépendant uniquement de la volonté du bénéficiaire (une fois la promesse proférée).

Ce mécanisme a été décliné à l'échelle mondiale²⁸⁹ et également théorisé en doctrine sous l'appellation des droits de tirage sociaux²⁹⁰. « *Ce concept désigne tous les mécanismes inventés aujourd'hui pour créer une solidarité, non plus seulement face à un risque comme dans l'Etat providence classique mais une solidarité face à l'usage d'une liberté [...]. Le droit lui est reconnu de mobiliser [pour l'effet d'une liberté déterminée] un financement collectif dans les limites d'une provision déterminée abondée par des sources diverses* »²⁹¹. Il est plus difficile pour un travailleur d'avoir les moyens concrets d'exercer sa liberté du travail, que d'en être virtuellement assuré. Là où le droit de la sécurité sociale protège d'un risque en dehors de toute volonté, le droit de tirage social assure une liberté (celle de créer son entreprise, de suivre une formation, de concevoir un enfant...) en raison uniquement de la volonté²⁹². Les droits de tirage sociaux dépassent donc l'objectif de *sécurité* pour répondre

²⁸⁸ COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2004, La vérité : *Doc. fr. 2005*, p. 303-304. V. égal. D. R. MARTIN, De l'ouverture de crédit : *Rev. dr. banc. et fin. 2004*, 100014, n° 7 s. : « le prêt naît juridiquement vivant et viable par la seule volonté d'emprunter du bénéficiaire : laquelle, jointe au consentement symétrique de prêter, que manifeste la promesse, parfait l'accord créateur du prêt ».

²⁸⁹ Le fond monétaire international a créé en 1969 le droit de tirage spécial, présenté comme une « créance virtuelle » sur les monnaies utilisables des pays membres, qui complète les droits de tirages ordinaires préexistants (v. R. SALAIS, Liberté du travail et capacités : une perspective pour la construction européenne ? : *Dr. soc. 1999*, p. 467 s.).

²⁹⁰ A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi : Flammarion 1999*, p. 83 s. et p. 297 s. ; A. SUPIOT, Travail, droit et lien social, Conférence publique à l'organisation internationale du travail (Genève, Institut International d'études sociales, 11 novembre 1999) ; D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ 2013*, p. 365-366 et p. 558-559.

²⁹¹ A. SUPIOT, Travail, droit et lien social, Conférence publique à l'organisation internationale du travail (Genève, Institut International d'études sociales, 11 novembre 1999). Les « sources diverses » ont été précisées et l'hypothèse du cofinancement plébiscitée : l'Etat, la Sécurité sociale, les organismes paritaires de mutualisations, les entreprises, jusqu'au travailleur lui-même (not. avec le compte épargne temps ou le compte personnel de formation – intégré dans le compte personnel d'activité à compter du 1^{er} janvier 2017), pourront financer, par répartition, la provision (A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi : Flammarion 1999*, p. 91).

²⁹² Cette volonté est tout de même enfermée dans une double limite : limite quantitative de la provision financière et limite qualitative tenant à l'utilité sociale de l'initiative accompagnée (A. SUPIOT, Travail, droit et lien social, Conférence publique à l'organisation internationale du travail (Genève, Institut International d'études sociales, 11 novembre 1999)).

plutôt à l'idée de *liberté*. On retrouve dans ces droits de tirage spécifiques à la matière sociale la même logique qui anime le mécanisme général. Ils prennent appui sur une créance antérieurement constituée, mais ne sont véritablement libérés que lorsque leur titulaire le souhaite. Ainsi qu'on a pu l'écrire, « *ils sont déliés de l'emploi au sens strict, tout en étant liés à une forme de travail constituant une créance* »²⁹³. L'esprit est le suivant : les droits sont associés à la personne du travailleur, et non plus au titulaire d'un contrat de travail, qui peut les utiliser même lorsque son contrat de travail a pris fin, voire auprès du nouvel employeur²⁹⁴. La double condition de la constitution d'une provision suffisante et d'une décision du titulaire de les utiliser est bien remplie²⁹⁵. Pour autant, et c'est la principale nuance, le droit du travailleur n'est pas identique à celui que peut connaître le client d'un établissement bancaire : il est limité par l'exigence d'une utilité sociale. Alors que le client d'un établissement bancaire peut profiter de l'ouverture d'une ligne de crédit sans être orienté dans ses achats ou se voir imposer une ligne de conduite, le travailleur titulaire de droits de tirage sociaux ne peut en user que pour remplir une finalité sociale déterminée : création d'entreprise, formation... D'où leur qualification de droits de tirage *sociaux*. Ce droit de créance, a-t-on pu expliquer, « *est un « droit fonction », ce qui permet de comprendre que cette créance ne puisse être librement endossée au profit d'un tiers. En revanche, l'utilité sociale attribuée à cette fonction justifie l'abondement de la provision par la collectivité ou par l'entreprise* »²⁹⁶. Certains droits appartiennent déjà au droit positif : les crédits d'heures des délégués syndicaux²⁹⁷, les crédits de formation, le compte épargne-

²⁹³ A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi* : Flammarion 1999, p. 299.

²⁹⁴ D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail* : LGDJ 2013, p. 559. Et l'auteur de citer l'exemple du droit individuel à la formation qui permettait, en cas de rupture non consécutive à une faute lourde ou d'échéance du terme du contrat de travail ouvrant droit à la prise en charge par le régime d'assurance chômage, au salarié d'utiliser son droit auprès du nouvel employeur. Ce dispositif a été remplacé par le compte personnel de formation (bientôt absorbé par le compte personnel d'activité) qui laisse quasiment intact l'esprit : pour bénéficier d'une formation - créditée par le travail auprès d'un employeur antérieur - auprès de son nouvel employeur, le salarié devra en faire la demande en vertu de l'article L. 6323-17 réécrit par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014.

²⁹⁵ A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi* : Flammarion 1999, p. 90 et 91.

²⁹⁶ A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi* : Flammarion 1999, p. 91.

²⁹⁷ A compter du 1^{er} août 2016, les crédits d'heures bénéficient également aux défenseurs syndicaux en vertu de l'article L. 1453-2 du Code du travail réécrit par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

temps, les congés parentaux... ; le rapport SUPIOT souhaiterait voir les voir systématisés²⁹⁸. Il est certain que le droit social est de moins en moins étranger à la logique du droit de tirage, ainsi que l'illustre la création de divers comptes. Après le compte épargne-temps créé par la loi du 25 juillet 1994²⁹⁹, le compte personnel de prévention de la pénibilité³⁰⁰, le compte personnel de formation³⁰¹ et le compte d'engagement citoyen³⁰² ont été créés. Certains de ces comptes – CPF, C2P et CEC – sont d'ailleurs rassemblés dans un « méta-compte », le compte personnel d'activité créé en 2016³⁰³. Ces comptes permettent de rattacher des droits à la personne indépendamment de son statut professionnel ce qui rappelle un certain mouvement doctrinal³⁰⁴. Si les économistes reconnaissent la nécessité, pour la collectivité de conquérir la liberté du travail, de sévères critiques sont adressées à ces droits de tirage³⁰⁵.

49. Inadéquation des droits de tirage sociaux. Nous avons vu que le travail pouvait être une créance. Il peut, en raison de son antériorité, justifier la création d'un droit personnel en vertu duquel le salarié peut exiger l'accomplissement d'une prestation. Pourquoi alors ne pas justifier l'avantage dû en raison de l'appartenance à l'entreprise par cette créance de travail ? L'appartenance à l'entreprise est-elle l'expression d'un travail « capitalisé » ?

²⁹⁸ « Manque encore à cet ensemble hétérogène de dispositions un cadre cohérent, qui tirerait toutes les conséquences des principes de continuité et mobilité des personnes » (A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi : Flammarion 1999*, pp. 91-12).

²⁹⁹ L. n° 94-640 du 25 juillet 1994 ; C. trav., art. L. 3151-1 s.

³⁰⁰ L. n° 2014-40 du 20 janvier 2014 ; C. trav., art. L. 4163-1 s. Devenu le compte professionnel de prévention dit C2P à compter de l'ordonnance Macron n° 2017-1389 du 22 sept. 2017.

³⁰¹ L. n° 2014-288 du 5 mars 2014 ; C. trav., art. L. 6323-1 s.

³⁰² L. n° 2014-1088 du 8 août 2016 ; C. trav., art. L. 5151-7 s.

³⁰³ L. n° 2014-1088 du 8 août 2016 ; C. trav., art. L. 5151-1 s. Celui-ci est d'ailleurs qualifié de « *simple réceptacle de comptes* » (J.-M. LUTTRINGER, *La difficile naissance du compte personnel d'activité : Dr. soc. 2016*, p. 800 s.).

³⁰⁴ J. BOISSONNAT, *Le travail dans vingt ans : O. Jacob, Doc. fr. 1995* ; F. GAUDU, *Du statut de l'emploi au statut de l'actif : Dr. soc. 1995*, p. 535 s. ; A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi : Flammarion 1999*.

³⁰⁵ R. SALAIS, *Liberté du travail et capacités : une perspective pour la construction européenne ? : Dr. soc. 1999*, p. 467 s., spéc. p. 469 : « *Le danger que créerait une instrumentalisation systématique des DTS serait de donner à l'obligation de se retirer de l'emploi l'apparence d'un libre choix et d'ajouter à la panoplie déjà fournie des instruments de la gestion sociale des réductions d'emploi* » ; T. COUTROT, *35 heures, marchés transitionnels, droit de tirage sociaux, du mauvais usage des bonnes idées : Dr. soc. 1999*, p. 659 s. : « *Alors que les marchés transitionnels rationalisent la flexibilité du travail sous contrainte de la finance, les droits de tirage sociaux oublient simplement cette contrainte* ».

Reflète-t-elle le lissage du travail engrangé ? Il est vrai que l'on a pu écrire à propos des arrêts rendus en Assemblée plénière le 26 janvier 2001 qu'ils avaient pour conséquence de recentrer l'analyse sur le seul lien unissant les allocations et le travail *précédemment accompli*³⁰⁶.

Il nous semble cependant que l'appartenance du salarié à l'entreprise ne s'explique pas par le travail-créance. A notre sens, les deux conditions qui soutiennent le mécanisme du travail-créance, à savoir la volonté du titulaire d'utiliser son droit et la constitution d'une provision préalable, ne sont pas remplies. Le doute est permis pour la *volonté* du salarié. On sait que le droit de tirage social est à double détente : la volonté est l'élément déclencheur, déterminant qui permet de lever un droit déjà promis. Ce droit de tirage s'oppose alors, dans son mécanisme même, à l'assistance, et plus spécifiquement à la notion de secours. Le secours est l'antithèse du droit de tirage social ; rien n'est promis, mais exceptionnellement, après examen attentif de la situation individuelle, une aide, un secours, pourra être alloué. Par rapport au droit de tirage social, le raisonnement est renversé ; pour le secours, la demande précède la promesse, pour le tirage, la promesse précède la demande. Puisque l'appartenance à l'entreprise se distingue formellement du secours³⁰⁷, nous pourrions penser, instinctivement, par un raisonnement *a contrario* que l'avantage généré par l'appartenance à l'entreprise traduit en réalité la créance de travail. Il est d'ailleurs vrai que l'avantage prévu par un usage d'entreprise ou un accord collectif n'est pas sans rappeler la promesse de fonds consentie par le banquier : il est une faveur (consentie uniquement ou pour partie par l'employeur) qui précède la réception de l'avantage par le salarié. Mais les limites de ce raisonnement *a contrario* résident dans le fait que la volonté du salarié n'apparaît pas *toujours déterminante* à l'octroi de l'avantage³⁰⁸. En réalité, l'avantage lui sera bien souvent octroyé même sans demande de sa part, juste par la survenance du fait générateur.

Mais surtout, au-delà de la seule volonté, rien ne permet de dire qu'on retrouve, dans l'appartenance à l'entreprise, la condition de *provision préexistante*, qui implique durée et quantité. La manifestation de la possibilité de l'appartenance n'a pas permis de prouver encore que l'appartenance à l'entreprise est sensible au temps. Elle sera, au contraire,

³⁰⁶ C. RADE, obs. sous ass. plén. 26 janv. 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 460 s.

³⁰⁷ V. *infra*, n° 60 s.

³⁰⁸ Elle l'est par exemple pour l'hypothèse de la bourse d'étude accordée à l'enfant. A l'inverse, elle fait défaut en cas d'allocation décès.

distinguée au cours de notre étude de l'ancienneté ou du sentiment. Il sera, en effet, démontré qu'elle peut être réalisée en un trait de temps. En tout état de cause, dans les avantages que l'on a pu étudier, le facteur temps n'avait pas d'incidence. Si certaines entreprises conditionnent, il est vrai l'octroi d'une somme ou d'un avantage consenti à un salarié à un temps d'ancienneté³⁰⁹, cela n'intervient pas automatiquement et relève, en réalité, d'une seconde condition.

Dès lors, ni le mécanisme des cotisations ni celui du droit de tirage social, deux techniques qui permettent de retirer plus tard le bénéfice d'une action déjà réalisée, ne nous semblent aptes à expliquer les avantages versés en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise et à justifier la logique de cette dernière. En conséquence, nous sommes contraints d'éloigner l'appartenance à l'entreprise du travail précédemment accompli (et de confirmer une fois pour toute la dissociation appartenance à l'entreprise/travail) pour mieux la rapprocher de la *personne* du salarié.

§2 L'hypothèse confirmée d'un détachement du travail

50. Si l'appartenance à l'entreprise ne s'explique ni par le travail strictement entendu (L. 136-1-1 CSS) ni par le travail largement entendu (travail capitalisé), c'est donc qu'il faut chercher l'explication ailleurs, c'est-à-dire dans la personne elle-même, dans une caractéristique du travailleur.

Mais il nous faut, là encore, prolonger l'exploration, de la jurisprudence relative à l'assiette des cotisations sociales car le support de l'appartenance à l'entreprise n'est pas tranché du seul fait de la connexité établie entre l'appartenance et la personne : on peut en effet « être rattaché » à une entité par la présence ou par la reconnaissance. S'agissant du droit de la nationalité, deux formes de rattachement à l'entité que représente l'État ont pu être distinguées : une forme matérielle et proximale qui caractérise une appartenance de fait (la résidence) d'une part et une forme juridique et abstraite qui caractérise une appartenance de

³⁰⁹ V. par ex. Soc. 14 sept. 2006 : pourvoi n° 05-11.840, Bull. V, n° 234 : l'avantage que le juge a déclaré consenti en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise était conditionné à la détention, par le salarié, d'un contrat de travail « *d'une durée supérieure à six mois* ».

droit (la nationalité) d'autre part³¹⁰. Dans l'entité que représente l'entreprise, il est également possible de s'interroger sur le critère de rattachement à l'entreprise et ce qui fonde l'appartenance du salarié à celle-ci: est-elle une appartenance de fait, caractérisée par le fait-condition qu'est la présence du salarié (**I**) ou bien une appartenance de droit, caractérisée par l'acte-condition qu'est le contrat de travail (**II**) ?

I. Absence d' « appartenance de fait » par la présence du salarié dans l'entreprise

51. Il convient de vérifier que l'appartenance du salarié à l'entreprise, objet de notre étude, ne s'explique pas par la simple présence du salarié dans l'entreprise (**A**). On démontrera cette absence d'appartenance de fait par l'analyse de certains avantages intégrés à l'assiette des cotisations sociales consentis au salarié qui n'est plus dans l'entreprise ou à son ayant-droit (**B**).

A. La présence du salarié dans l'entreprise

52. Le modèle de l'appartenance d'un individu à un Etat : le critère concurrent de la présence d'un individu sur le territoire. L'appartenance d'un individu à un État est l'appartenance de référence³¹¹ ; elle en constitue le modèle conceptuel. Elle est traditionnellement entendue comme une appartenance juridique générée par la nationalité, qui se distingue par son caractère abstrait et durable. Est français en principe toute personne reconnue comme telle par l'Etat, qu'importe son volontarisme, son degré d'attachement à la Nation ou son lieu de résidence. Est tout autant français l'individu vivant à l'étranger et qui se désintéresse du sort de la France que celui qui y vit et s'investit dans la vie politique de celle-ci. On propose aujourd'hui, en droit international privé, une notion concurrente à cette

³¹⁰ A. RICHEZ-PONS, La notion de résidence : *thèse dactyl. Lyon III 2004*.

³¹¹ V. *supra* n° 6.

appartenance de droit avec la référence de la résidence. Cette référence à la notion de résidence³¹², qui progresse considérablement en droit privé³¹³, se présente comme une appartenance de fait de l'étranger à la communauté locale. « Notion de fait »³¹⁴, la résidence correspond à une présence physique plutôt durable de l'intéressé en un lieu³¹⁵. Elle s'inscrit dans une aspiration au réalisme et exprime une proximité purement matérielle et une intégration effective³¹⁶. L'individu pourrait donc, dans cette proposition, être objectivement rattaché à un Etat de deux façon : par le fait et par le droit³¹⁷.

53. Vers une déclinaison de ce modèle : la présence du salarié dans l'entreprise ?

L'éventuelle transformation du modèle de l'appartenance en droit international privé peut-elle trouver un appui dans l'entreprise ? L'on pourrait, en théorie, décliner cette appartenance de fait, concrète et proximale, dans l'entreprise : la présence du salarié au sein de celle-ci en serait alors l'expression. Ce critère de rattachement renvoie à la notion de relation de travail telle que développée par DURAND³¹⁸. Il pourrait être compréhensible de développer une conception matérielle de l'appartenance à l'entreprise en vertu de laquelle est rattachée à celle-ci celui qui y est physiquement présent, celui qui est intégré à la

³¹² La résidence se définit comme le lieu où la personne demeure effectivement, pourvu que ce soit de manière suffisamment stable et habituelle (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, t. 1 : PUF 2017, 2^{ème} éd., p. 464, n° 247).

³¹³ A. RICHEZ-PONS, *La notion de résidence : Dr. et pat. 2005*, n° 138.

³¹⁴ Dans les Conférences de La Haye, la résidence est constamment présentée comme une notion de fait. V. par ex. *Actes et documents de la VIIIème Session de la Conférence de La Haye*, t. 2 : 1956, p. 123 s., spéc. p. 127.

³¹⁵ A. RICHEZ-PONS, *La notion de résidence : Dr. et pat. 2005*, n° 138.

³¹⁶ A. RICHEZ-PONS, *La notion de résidence : thèse dactyl. Lyon III 2004*, spéc. p. 19, 24 et 282.

³¹⁷ La nationalité et la naissance sont des éléments de rattachement classiques du droit international privé. Le droit international privé révèle la force du Droit qui peut prendre tout élément et en faire un critère de rattachement. Le Droit peut ainsi se saisir d'un élément concret (i.e. la résidence) qui a l'avantage d'inscrire concrètement l'individu dans une collectivité. Mais il peut tout aussi bien saisir des éléments abstraits qui reposent le juridique (i. e. la nationalité, le contrat...). En droit privé, le facteur de rattachement de la personne physique a évolué de la nationalité vers la résidence habituelle, en passant par le domicile. En d'autres termes, la tendance actuelle du droit international privé français est au rattachement de la personne à son lieu de vie réel par préférence à son appartenance juridique à l'Etat. Sur cette question, v. J.-Y. CARLIER, *Qui circule ?*, in *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, dir. H. FULCHIRON : *LexisNexis 2019*, p. 23 s., spéc. p. 24 s., n° 41 s.

³¹⁸ P. DURAND, *A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail : JCP 1944, I, 387*.

collectivité qu'elle constitue, sans nécessairement être lié par un contrat de travail. Cette « appartenance réelle »³¹⁹ aurait pour mérite de construire une notion apte à saisir la figure du travailleur extérieur à l'entreprise : le stagiaire, le sous-traitant, le salarié mis à disposition par une société autre³²⁰ ... Mais, l'appartenance « factuelle » du salarié à l'entreprise se révèle inadéquate à embrasser de nombreuses situations.

B. Inadéquation d'une éventuelle « appartenance factuelle » à l'appartenance à l'entreprise

54. Il ressort de l'étude de la jurisprudence relative à l'assiette des cotisations de sécurité sociale que cette conception proximale ne peut prospérer et ne saurait expliquer le rattachement du salarié à l'entreprise. En effet, elle se révèle insuffisante à saisir les situations complexes. A la différence de la situation simple qui se caractérise par le fait que le bénéficiaire de l'avantage est le salarié en état de travailler (le travail est alors fourni même s'il n'est pas déterminant pour l'octroi de l'avantage), la situation complexe se caractérise lorsque le salarié n'est plus en état de travailler ou lorsqu'il n'est pas le bénéficiaire de la somme ou de l'avantage. Bien que le travail *ne puisse pas être fourni*, l'avantage consenti doit être intégré ou réintégré dans l'assiette des cotisations sociales au nom de l'appartenance du salarié à l'entreprise. C'est le cas de l'avantage consenti à l'ayant droit, au salarié retraité et au salarié invalide. Dans ces trois hypothèses, l'avantage sera considéré comme consenti à l'occasion du travail *alors même que le salarié est, au moment de la perception de l'avantage, absent de l'entreprise.*

³¹⁹ A. RICHEZ-PONS, La notion de résidence : *thèse dactyl. Lyon III 2004, spéc. p. 316.*

³²⁰ Sur la résurgence de la problématique d'une appartenance factuelle, dans une hypothèse de mise à disposition, V. *infra* n° 228 s.

1. *L'avantage consenti à l'ayant droit*

55. L'employeur peut prévoir une aide en cas de décès d'un salarié, qu'il versera nécessairement à son ayant droit si le risque se réalise. La Cour de cassation juge, en vertu d'une jurisprudence constante³²¹, que cette allocation n'est pas un secours et qu'elle est consentie en raison de l'appartenance à l'entreprise du salarié décédé et à l'occasion du travail accompli par lui. Cette jurisprudence a été réaffirmée par l'assemblée plénière. L'Union des assurances de Paris, outre les allocations d'invalidité, avait prévu de verser un capital décès d'un mois de salaire, majoré pour personnes à charge, au conjoint du salarié disparu, ou, à défaut, à ses descendants ou ascendants. L'assemblée plénière, le 26 janvier 2001, a jugé que le régime des allocations de décès rejoint celui des allocations d'invalidité : elles constituent un avantage simplement procuré « *en contrepartie ou à l'occasion du travail* », peu important qu'elles soient versées à des ayants droits.

L'assemblée plénière a également rendu le même jour un second arrêt, uniquement dédié aux allocations décès³²². Ce second arrêt, rendu au visa de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, affirme, lui, expressément que « *les allocations de décès sont versées en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise* ». Il rappelle également ce qui avait déjà été jugé en 1995 : l'avantage en argent est « *consenti à l'occasion du travail précédemment accompli* »³²³. Le décès du salarié n'empêche donc pas que l'appartenance à l'entreprise puisse jouer, qu'elle puisse produire des effets alors qu'il n'est plus présent dans l'entreprise.

La même solution a été retenue à propos de l'omission par l'employeur de son obligation d'adhérer à un régime de prévoyance en vue de constituer un capital décès en faveur des ayants droit de ses cadres³²⁴. La somme qu'il devait verser à la veuve, en compensation, devait être réintégré dans les cotisations de sécurité sociale puisqu'il s'agissait d'un avantage en argent alloué en raison de l'appartenance à l'entreprise et du travail précédemment

³²¹ Soc. 2 déc. 1993 : pourvoi n° 91-16.576, Bull. V, n° 302 ; *JCP G 1994*, 22278, note Y. SAINT-JOURS. – Soc. 4 fév. 1993 : pourvoi n° 91-14.438, Bull. V, n° 46. L'enjeu principal, dans ce contentieux, est de distinguer l'aide octroyée par l'entreprise du secours.

³²² Ass. plén. 26 janvier 2001 : pourvoi n° 99-13.397, Bull. AP, n° 2.

³²³ Ass. plén. 26 janvier 2001 : pourvoi n° 99-13.397, Bull. AP, n° 2 (nous soulignons).

³²⁴ Soc. 24 avril 1997 : pourvoi n° 95-18.039, Bull. V, n° 145.

accompli par le salarié. Un autre dispositif illustre l'inadéquation de l'appartenance « factuelle ».

2. *L'avantage consenti au salarié retraité*

56. L'inclusion des avantages consentis à un salarié retraité dans l'assiette des cotisations sociales est particulièrement visible dans le contentieux relatif à la rémunération des comptes de dépôt dont le salarié d'un établissement bancaire est titulaire. Rappelons que si l'âge n'est pas une cause de rupture du contrat de travail, il en va autrement pour la mise ou le départ à la retraite qui est devenu un mode autonome de rupture du contrat de travail³²⁵. Par définition, le salarié retraité ne travaille plus dans l'entreprise. Il serait alors naturel qu'il ne bénéficie plus d'aucun avantage – autre que ceux liés justement à la retraite, comme le fractionnement d'une indemnité de retraite – accordé par l'entreprise puisqu'il n'est plus présent dans ses locaux ! Pour autant, la Cour de cassation ne fait aucune distinction entre la rémunération des comptes d'un salarié encore en activité et d'un salarié retraité d'un établissement bancaire ; la règle s'applique indifféremment de leur présence. Dans un attendu devenu classique, elle juge en effet que « *la rémunération des comptes de dépôt à vue n'étant autorisé qu'au profit du personnel, en activité ou retraité de l'établissement, il en résulte que, quelle que soit l'origine des sommes déposées, et même si l'ouverture de ces comptes ne présentait pas un caractère obligatoire pour les salariés, l'avantage en cause n'avait été consenti à ceux-ci qu'en raison de leur appartenance à l'entreprise* »³²⁶. Est-ce à dire que le retraité appartient encore à l'entreprise ? Cela n'est pas le cas. Dans une décision relative à une société de téléphonie qui fournissait gratuitement un abonnement téléphonique à ses anciens salariés, la chambre sociale relève que cet avantage fourni à des anciens agents leur avait été accordé en raison de leur « *appartenance passée à l'entreprise* »³²⁷. Le retraité ne doit donc pas être considéré comme appartenant encore à l'entreprise mais comme ayant

³²⁵ F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, Droit du travail : *LGDJ 2020, 7^{ème} éd.*, p. 557, n° 681. C. trav., art. L. 1237-5 et L. 1237-9. Il n'en a pas toujours été ainsi : jusqu'à la réforme du 30 juillet 1987, la mise à la retraite ordonnée par l'employeur était interprétée comme un licenciement et le départ à une démission. V. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Droit du travail : *Dalloz 2020, 34^{ème} éd.*, p. 516 s., n° 403 s.

³²⁶ Soc. 12 juill. 1995 : pourvoi n° 93-12.775, Bull. V, n° 243 (nous soulignons).

³²⁷ Soc. 17 sept. 2009 : pourvoi n° 08-12.071, Bull. V, n° 220 (nous soulignons).

appartenu à celle-ci, ce qui suffit à considérer que ces sommes ont été consenties à l'occasion du travail. Cela révèle néanmoins que l'appartenance du salarié ne saurait être factuelle. Un dernier dispositif contribue à révéler l'inadéquation d'un critère « matériel », « présentiel » comme fondement de cette appartenance : l'avantage consenti au salarié invalide.

3. *L'avantage consenti au salarié invalide*

57. En principe, l'invalidité relève de la protection sociale : originelle elle relève de l'aide sociale dévolue aux personnes handicapées ; d'origine professionnelle, une rente « AT-MP » est versée si l'incapacité permanente partielle est supérieure à 10 % ; d'origine extra-professionnelle, une pension d'invalidité est versée à l'assuré qui a une incapacité d'au moins 66,66%. Rien n'empêche cependant que l'entreprise complète ce dispositif par l'octroi d'une aide (en capital ou fractionnée) à l'égard de son salarié invalide qui remplirait les conditions d'octroi (une invalidité totale et définitive par exemple). La Cour de cassation a estimé que, même si une allocation répare un préjudice indépendant du travail, elle n'en représente pas moins « *un avantage en argent qui, alloué en raison de la seule appartenance de l'intéressé à l'entreprise, doit être considéré comme versé, sinon en contrepartie, du moins à l'occasion du travail au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale* »³²⁸. Là encore, l'appartenance à l'entreprise déploie ses effets et vient justifier l'allocation perçue par un travailleur... qui ne peut plus travailler. Et contrairement à la formulation d'un arrêt rendu le même jour, relatif au versement d'allocations décès, le juge n'a pas fait référence au travail précédemment accompli. C'est dire que ce qui fonde l'appartenance pour les salariés ne saurait être leur présence dans l'entreprise. La décision rendue par la Cour de cassation le 12 octobre 1995 a fait l'objet d'une rébellion de la part de la cour d'appel de renvoi. Celle-ci a motivé sa décision ainsi : « *l'intégration dans l'assiette des cotisations implique que le bénéficiaire des sommes en cause ait la qualité de travailleur. Or, [...] en cas d'invalidité absolue et définitive, la personne concernée qui ne peut plus effectuer une quelconque prestation de travail, perd sa qualité de travailleur. [...]* »³²⁹. Nulle part, dans sa motivation, n'était mentionnée l'appartenance à l'entreprise alors que c'était, on l'a vu,

³²⁸ Soc. 12 oct. 1995 : pourvoi n° 93-16.993, Bull. V, n° 270 (nous soulignons).

³²⁹ Paris, 4 déc. 1998 : n° RG S/96/43294.

le critère expressément retenu par la Cour de cassation. La cour d'appel lui a préféré la notion plus tangible de *qualité de travailleur*, telle qu'elle est exigée par l'article L. 242-1 [devenu aujourd'hui L. 136-1-1]³³⁰. Elle retenait, en effet, que les allocations étaient versées à des personnes qui n'avaient plus la qualité de *travailleur*. En conséquence, elle pensait ne pouvoir faire autrement que d'exclure l'intégration des aides dans l'assiette des cotisations car, s'il est un point indiscutable, c'est que le salarié totalement invalide n'est plus un *travailleur*.

Cet arrêt a été frappé d'un pourvoi et la Cour de cassation a eu à nouveau à juger de l'affaire, mais, cette fois, réunie en assemblée plénière³³¹. Rejoignant la position du rapporteur et du ministère public³³², elle a cassé cet arrêt et a réaffirmé sa position : l'allocation invalidité est un avantage procuré en contrepartie ou à l'occasion du travail devant en conséquence être réintégré. Monsieur TAQUET a pu écrire que cette orientation « *était loin d'être évidente* »³³³ ; indéniablement, « *l'esprit répugne assez naturellement à considérer qu'une allocation versée précisément à l'occasion de l'événement [inaptitude totale ou décès] qui met un terme au contrat de travail, puisse apparaître comme la « contrepartie » du travail ou comme versée à cette « occasion* » »³³⁴. C'est justement cette situation dérangeante et paradoxale qui donne une première idée de *ce qui ne fonde pas* l'appartenance : la présence dans l'entreprise.

³³⁰ Et non la notion de contrat de travail sur laquelle s'appuyait principalement le premier arrêt rendu par la cour d'appel de Paris.

³³¹ La réunion d'une assemblée plénière était ici une obligation, puisqu'en vertu de l'article L. 131-2 du COJ : « *Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens* ». La décision rendue s'imposera à la deuxième cour de renvoi, en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 131-4 du même code.

³³² Rapport du conseiller PALISSE ; conclusions de l'avocate générale BARRAIRON, BICC n° 530 du 01/03/2001.

³³³ F. TAQUET, Le capital décès et les allocations d'invalidité absolue et définitive versés aux salariés où à leurs ayants droit doivent être intégrés dans l'assiette des cotisations sociales de l'employeur : *JCP G 2001, II, 10497*.

³³⁴ C. RADE, obs. sous ass. plén. 26 janv. 2001 : *Dr. soc. 2001, p. 460 s.*

La Cour de cassation n'a toutefois pas repris expressément dans cet arrêt le critère de l'appartenance à l'entreprise, qui figurait pourtant dans son arrêt initial ; cette omission a été regrettée³³⁵. Seule l'expression légale « *à l'occasion du travail* » a été reprise³³⁶. Cet arrêt d'assemblée plénière, qui évince l'appartenance à l'entreprise de sa motivation, traduit-il la méfiance de la Haute cour à l'égard de la notion ? Une telle interprétation ne peut prospérer. L'appartenance à l'entreprise émaille les conclusions de l'avocate générale et le rapport du conseiller rapporteur, suivies par la Cour³³⁷. Mais surtout, l'appartenance à l'entreprise est expressément mentionnée dans un second arrêt, rendu le même jour par la même formation, en matière d'allocations décès³³⁸. A l'aune de ce second arrêt, il nous est possible d'analyser l'absence de référence à la notion dans le premier arrêt, non comme un désaveu, mais comme une précaution. La Cour de cassation, confrontée à un arrêt de rébellion, aurait voulu faire œuvre pédagogique en se référant à l'expression consacrée par le texte plutôt que d'en appeler à son propre critère, manifestement mal compris par les juges du fond, qu'elle n'aurait pas agi autrement ; il est vrai que l'appartenance à l'entreprise, volontiers ornée de guillemets révélateurs³³⁹, n'a jamais été systématisée.

³³⁵ F. MULLER, Cotisations de sécurité sociale dues sur les allocations décès et invalidité versées par l'employeur au salarié invalide et à ses ayants droit : *RDSS 2001 p. 640* : « *L'argumentation de la Chambre sociale de la Cour de cassation apparaissait plus convaincante. Elle reposait sur la mise en évidence de l'appartenance du salarié à l'entreprise pour désigner le rattachement de l'avantage versé à la sphère de rémunération versée en contrepartie ou à l'occasion du travail* ».

³³⁶ Ass. plén. 26 janv. 2001 : pourvoi n° 99-11.758, Bull. AP, n° 2 ; P. VERKINDT : Les allocations de décès et d'invalidité sont soumises à cotisations sociales : *RDSS 2001, p. 535* ; F. MULLER, Cotisations de sécurité sociale dues sur les allocations décès et invalidité versées par l'employeur au salarié invalide et à ses ayants droit : *RDSS 2001 p. 640* ; C. RADE, obs. sous ass. plén. 26 janv. 2001 : *Dr. soc. 2001, p. 460 s.* ; C. BOUDINEAU : *LPA 2001, n° 64, p. 11* ; M.-C. HALLER : *JSL 2001, 78* ; F. TAQUET, Le capital décès et les allocations d'invalidité absolue et définitive versés aux salariés ou à leurs ayants droit doivent être intégrés dans l'assiette des cotisations sociales de l'employeur : *JCP G 2001, 10497*.

³³⁷ Conclusions de l'avocate générale BARRAIRON (BICC n° 530 du 01/03/2001) ; Rapport du conseiller PALISSE (BICC n° 530 du 01/03/2001).

³³⁸ Ass. plén. 26 janvier 2001 : pourvoi n° 99-13.397, Bull. AP, n° 2. Adde P.-Y. VERKINDT, Les allocations de décès et d'invalidité sont soumises à cotisations sociales : *RDSS 2001, p. 535*.

³³⁹ Selon l'avocate générale, « *un examen attentif de la jurisprudence révèle que celle-ci a précisé les conditions d'assujettissement à cotisations en se référant expressément au critère de « l'appartenance » ou de « l'appartenance passée des salariés » à l'entreprise* » (conclusions de l'avocate générale BARRAIRON, BICC n° 530 du 01/03/2001).

Il n'en reste pas moins que l'appartenance à l'entreprise n'est pas affectée par le fait que le travail ne pourra plus jamais être fourni ; elle se dissocie, en droit positif, de lui. L'hypothèse du prêt consenti pour permettre au salarié de quitter l'entreprise va d'ailleurs également dans ce sens : l'avantage fourni en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise lui permet... de quitter l'entreprise³⁴⁰.

4. Explication commune

58. La réintégration de ces trois avantages – consentis à l'ayant droit du salarié décédé, au salarié retraité et au salarié invalide – dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale ne peut, par définition, s'expliquer par la présence du salarié dans l'entreprise. En effet, dans toutes ces hypothèses, le salarié n'est *plus présent dans l'entreprise au jour de perception de l'avantage* : ce n'est pas seulement qu'il ne travaille plus effectivement, c'est, au-delà, qu'il n'est plus en possibilité de travailler. Et pourtant, selon la formule explicite de la Cour de cassation, ces avantages sont bien consentis en considération de l'appartenance à l'entreprise. Il est donc impossible que l'on soit, avec l'appartenance du salarié à l'entreprise, en présence d'une notion de fait qui serait caractérisée, à l'instar de la résidence en droit international privé, par une présence matérielle. *L'appartenance du salarié à l'entreprise ne peut être que juridique. Le fait* est insuffisant à autoriser la phénomène de l'appartenance à l'entreprise. Seul l'acte juridique qu'est le contrat permet soit que des avantages ne profitent effectivement au salarié qu'après sa sortie de l'entreprise, soit qu'un tiers qui lui a été proche en bénéficie. L'appartenance du salarié à un moment donné dans l'entreprise est la cause des avantages versés même après son départ de l'entreprise. Les premiers avantages s'expliquent alors par la date d'ouverture de l'avantage (et non la date de perception de l'avantage) qui remonte au contrat de travail ; les seconds avantages s'expliquent, eux, par le mécanisme de l'ayant-droit en vertu duquel le tiers bénéficiaire a acquis son droit du salarié partie au contrat de travail. C'est donc dire que l'appartenance du salarié à l'entreprise est fondée sur le contrat et la personne du salarié, contractant.

³⁴⁰ Soc. 18 juillet 1997 : pourvoi n° 94-20.586, inédit (nous soulignons).

II. Existence d'une appartenance juridique par le contrat

59. S'il résulte de l'étude de la jurisprudence relative aux cotisations de sécurité sociale que l'appartenance à l'entreprise ne peut pas résulter du fait-condition qu'est la présence du salarié dans l'entreprise ou du fait juridique qu'est le travail-créance, l'appartenance ne peut donc que découler du contrat. C'est d'ailleurs ce qui ressort tant d'une mobilisation *a contrario* de la notion concurrente de secours, mobilisée par la jurisprudence pour justifier la dévolution de certains avantages par l'employeur ou l'institution représentative du personnel (A) que d'une analogie avec l'article L. 1411-3 qui fonde la compétence du conseil de prud'hommes (B).

A. La notion de secours : raisonnement *a contrario*

60. Le secours a été défini par la jurisprudence comme la situation individuelle particulièrement digne d'intérêt. Puisqu'il se distingue de l'appartenance à l'entreprise, la définition de l'une dégage le fondement contractuel de la seconde.

61. **Création prétorienne.** L'appartenance n'est pas la contrepartie du travail. Mais elle n'est pas non plus dénuée de tout lien avec celui-ci, puisqu'elle se distingue du secours, cette « aide matérielle en nature ou en argent à une personne dans le besoin »³⁴¹ versée par l'employeur ou le comité économique et social. En droit, le secours peut revêtir plusieurs acceptations et intervenir notamment dans les relations entre deux époux³⁴², dans les relations entre adoptant et adopté simple³⁴³ ou encore dans les relations entre salarié et syndicats³⁴⁴. Ajoutons le cas qui nous intéresse, moins connu, du « secours lié à une situation individuelle

³⁴¹ G. CORNU, « Secours », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 940.

³⁴² C. civ., art. 212 : « Le devoir de secours oblige les époux à se fournir réciproquement de quoi subvenir aux besoins de la vie commune ».

³⁴³ L'adopté simple qui a reçu de l'adoptant des secours peut, par exception, bénéficier des droits de mutation applicables en ligne directe (CGI, art. 786, 3°).

³⁴⁴ Le syndicat peut octroyer un secours de grève (P. REMY et A. SEIFERT, *Le droit des conflits collectifs* : RDT 2010, p. 250 s.).

particulièrement digne d'intérêt »³⁴⁵. L'article L. 136-1-1 du Code de la sécurité sociale n'instaure pas le secours comme une voie concurrente de l'appartenance à l'entreprise. Il l'ignore en réalité. C'est une construction prétorienne dont une des premières apparitions remonte à 1965. S'agissant du versement d'une prime de saint-Eloi³⁴⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation avait jugé « *qu'il ne pouvait s'agir d'un secours [...] mais d'un complément de salaire alloué indirectement mais financé par l'employeur qui n'ignorait pas que les subventions qu'il accordait au comité d'entreprise devaient notamment servir au paiement de la prime litigieuse, aux salariés en contrepartie de leur travail* » et qu'en conséquence, ladite prime devait donner lieu au versement des cotisations de sécurité sociale³⁴⁷.

62. Situation individuelle digne d'intérêt. La notion de secours a été étoffée en 1988, à propos notamment de l'attribution de bourses d'études et d'aides scolaires. Des allocations d'études peuvent, en effet, être attribuées par l'entreprise à des enfants du personnel obligés de quitter leur lieu de résidence pour poursuivre leurs études³⁴⁸. Elles ne peuvent être qualifiées de secours que si elles s'appliquent à une situation individuelle particulièrement digne d'intérêt³⁴⁹. Il a fallu attendre 1996 pour que soit appliquée pour la première fois la qualification de secours. En effet, la définition du secours était jusqu'alors mobilisée... pour mieux le rejeter. La chambre sociale a jugé à cette occasion que les allocations pour enfants

³⁴⁵ Pour un exemple, v. Soc. 11 janvier 1990 : pourvoi n° 87-16.181, Bull. V, n° 10.

³⁴⁶ Le secteur de la métallurgie reconnaît généralement la Saint Eloi comme jour férié. La convention collective nationale de la sidérurgie du 20 novembre 2001 prévoit ainsi, dans son article 29, qu' « *à l'occasion de la fête de la Saint-Eloi, le salarié bénéficie d'une prime dont le montant est égal à deux journées de rémunération correspondant à sa rémunération d'une journée de travail ce jour-là. Cette prime est versée au salarié ayant travaillé le jour de la Saint-Eloi* ».

³⁴⁷ Soc. 9 nov. 1965 : Bull. n° 767. L'attendu sera synthétisé et repris, toujours à propos des primes de Saint Eloi, v. Soc. 3 juillet 1967 : Bull. n° 544.

³⁴⁸ Les secours sont étudiés sous la bannière des situations simples. Si ce choix n'est pas évident, attendu que le bénéficiaire (l'enfant) semble ne pas se confondre *prima facie* avec le salarié, il convient de rappeler que les parents doivent contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants et que cette obligation ne cesse pas de plein droit à la majorité de l'enfant (C. civ. art. 371-2), qui peut poursuivre des études supérieures à condition qu'elles soient sérieuses (Metz, 3 nov. 1994 : *JCP 1996, IV, 322*). L'allocation d'études accordée à l'enfant profite finalement au salarié.

³⁴⁹ Soc. 11 mai 1988 : pourvoi n° 86-18.667, Bull. V, n° 287.

handicapés versées par un comité d'entreprise à *certain*s salariés étaient assimilées à des secours³⁵⁰.

Dans la même veine, une bourse d'étude « *attribuée qu'à une fraction réduite des salariés après examen particulier de leurs difficultés financières et des besoins de leurs enfants pour des montants fixés après évaluation des ressources nécessaires à un niveau de vie minimum* » a été assimilée à une mesure de secours³⁵¹. Le doute n'était ici pas permis : les bourses étaient en effet accordées par décision individuelle de l'association et le faible nombre de demandes présentées et accordées (5 demandes sur 13 ont été acceptées, pour un ensemble potentiel de 2700 salariés) démontrait bien que les aides en question ne constituaient pas un complément de rémunération alloué aux salariés en considération de leur appartenance à l'entreprise³⁵². Nonobstant ces décisions, la situation individuelle particulièrement digne d'intérêt demeure dure à caractériser et elle ne reste souvent qu'un avantage consenti en raison de l'appartenance à l'entreprise des parents salariés³⁵³.

Il n'est pas toujours évident de faire le départ entre le secours et l'avantage donnant lieu à cotisations, qui se manifeste en droit positif l'existence de la notion d'appartenance du salarié à l'entreprise, surtout en l'absence de définition légale. On ne saurait, en effet, concevoir les secours uniquement comme des aides accordées à des personnes démunies de tout³⁵⁴. Ces secours-là relèvent traditionnellement de la *sphère publique et de la protection sociale*. Dans la présente situation où une aide sans véritable cause est accordée directement ou indirectement par *l'entreprise*, les secours revêtiront un caractère moins pressant. Il n'en reste pas moins que, sauf à dénaturer la notion même de secours, ils doivent tout de même « *constituer une aide financière d'urgence, un don envers un salarié particulièrement dans*

³⁵⁰ Soc. 17 avr. 1996 : pourvoi n° 94-17.315 ; *RJS* 6/96, n° 717.

³⁵¹ Soc. 11 avril 2002 : pourvoi n° 00-13.023, Bull. V, n° 125 ; note P.-Y. VERKINDT, Du statut des bourses d'études versées par l'employeur : *RDSS* 2002, p. 534.

³⁵² M.-C. HALLER, Conditions d'exonération des bourses d'études versées par une association paritaire financée par l'employeur, note sous soc. 11 avr. 2002 : *JSL* 2002, 102.

³⁵³ V. par ex. Soc. 16 septembre 2003 : pourvoi n° 02-300.11, inédit : « *les [bourses d'études] étaient attribuées aux enfants des salariés ou des anciens salariés de l'entreprise, en raison de la qualité de ces derniers et à l'occasion du travail par eux accomplis* » ce qui excluait leur caractère de secours.

³⁵⁴ M. COHEN, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe : *LGDJ* 1991, p. 718.

le besoin. Il n'y a pas de définition légale mais le secours doit être versé à un salarié en considération d'une situation individuelle »³⁵⁵.

La doctrine dote traditionnellement le secours de trois caractéristiques³⁵⁶. Premièrement, l'allocation doit avoir un caractère exceptionnel. Il est ainsi refusé à l'allocation qui serait régulière la nature de secours³⁵⁷. Deuxièmement, l'allocation doit revêtir un caractère personnel et individuel. Elle doit être versée en raison d'un état de gêne propre au salarié. La situation du salarié doit en conséquence être étudiée. De cette étude sera déterminé un montant spécifiquement adapté ; il ne peut être ni fixé à l'avance ni identique à ce que percevrait un autre salarié placé dans une situation différente³⁵⁸. Troisièmement, l'allocation

³⁵⁵ C. SAVATIER, Salariés en difficulté... comment les aider ? : *Cah. Lamy CE 2013*, 126.

³⁵⁶ M. COHEN, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe : *LGDJ 1991*, p. 717 ; C. SAVATIER, Salariés en difficulté... comment les aider ? : *Cah. Lamy CE 2013*, 126. Il a pu être exigé une quatrième caractéristique : celle de la modestie de son montant (C. SAVATIER, Salariés en difficulté... comment les aider ? : *Cah. Lamy CE 2013*, 126). Il ne semble pas cependant que la jurisprudence exige que l'aide versée soit modeste. L'exemple des bourses d'études serait même de nature à laisser supposer l'inverse. Il semble qu'on doive se cantonner aux trois premières caractéristiques avancées et que cette troisième ne s'explique que par un excès de prudence dans la volonté d'éviter tout redressement par l'URSSAF. Cette exagération trouve sans nul doute sa source dans une constatation de Maurice COHEN, selon laquelle « *le montant du secours est généralement modeste* » (M. COHEN, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe : *LGDJ 1991*, p. 717). Cependant, une tendance ne saurait devenir une condition.

³⁵⁷ Soc. 27 janvier. 1977, n° 75-14.797, Bull. n° 72 : « *Par "secours", il faut entendre l'attribution extraordinaire d'une somme d'argent ou d'un bien en nature en raison d'une situation sociale particulièrement digne d'intérêt et qu'on ne peut qualifier de secours les primes versées annuellement et automatiquement à l'occasion des vacances à tout salarié ayant des enfants à charge* ».

³⁵⁸ L'importance d'une étude personnalisée des situations est ainsi rappelée : « *Une bourse d'études peut donner lieu à exonération, notamment lorsqu'elle est attribuée à titre de secours. Mais un tel caractère ne peut couvrir de façon indifférenciée, sinon à vider cette notion de tout son contenu, toutes les bourses d'études servies par un comité d'entreprise. C'est donc l'examen de la situation particulière de chaque bénéficiaire qui détermine la nature de la prestation ou de la bourse d'études - avantage en espèces ou secours - et sa position au regard de l'assiette des cotisations sociales. Par contre, lorsque ces bourses d'étude (dont le versement n'est, pas ailleurs, pas exclusif de l'attribution des bourses de l'État, ou de tout autre organisme) sont susceptibles d'être attribuées à tous les salariés d'une entreprise dont les enfants poursuivent des études, elles n'ont plus alors le caractère de secours, alloué en fonction de « situations individuelles dignes d'intérêt » et ne peuvent que faire partie des avantages en espèces qui doivent être soumis à cotisations de sécurité sociale* » (Rép. Min. : JOANQ 14 nov. 1994, p. 5634). V. également, dans le même sens, Rép. Min. : JOANQ 11 août 2015, p. 6126.

doit être détachée de la situation professionnelle du salarié. Elle ne peut résulter d'un critère préétabli tel que l'ancienneté, la nature du contrat de travail ou encore la position hiérarchique du salarié...³⁵⁹.

Le secours est donc défini négativement : être en présence d'une situation individuelle particulièrement digne d'intérêt signifierait, en réalité, que les sommes versées le sont à une personne en situation difficile en raison d'un « événement étranger au contrat de travail »³⁶⁰. Le secours, bien que versé dans le cadre de l'entreprise, est donc tout à fait en marge du contrat de travail.

63. Distinction entre le secours et l'appartenance. La distinction entre les secours et les sommes attribuées en fonction de l'appartenance à l'entreprise n'est pas pleinement acceptée en doctrine³⁶¹. « *La raison invoquée pour exclure [les secours] est qu'ils sont liés à des situations individuelles particulièrement dignes d'intérêt, mais cette remarque peut s'appliquer à nombre d'avantages accordés par les comités d'entreprise. En effet, en quoi la situation d'enfants qui sans les aides attribuées par les comités d'entreprise ne pourraient pas partir en vacances ou ne pourraient pas poursuivre leurs études, est-elle moins digne d'intérêt que la situation des grévistes ? Certaines primes, participations ou aides du comité d'entreprise ressemblent étrangement à des secours surtout lorsqu'ils sont attribués sous condition de ressources. Il serait désuet, à notre époque, de ne concevoir le secours que comme des aides accordées à des personnes qui, sans elles, mourraient de faim. Il serait donc souhaitable si les secours doivent être exclus, ce qu'aucun argument juridique ne*

³⁵⁹ Civ. 2^{ème}, 16 sept. 2003 : pourvoi n° 02-30.011, inédit : « *Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que les avantages litigieux étaient attribués aux enfants des salariés ou des anciens salariés de l'entreprise, en raison de la qualité de ces derniers, et à l'occasion du travail par eux accomplis, en fonction de critères objectifs et selon un barème préétabli, en a exactement déduit que les bourses d'études n'avaient pas le caractère de secours liés à des situations individuelles particulièrement dignes d'intérêt et entraient, dès lors, dans les prévisions de l'article L.242-1 du Code de la sécurité sociale* ».

³⁶⁰ Note du conseiller PALISSE, BICC n° 530 du 01/03/2001.

³⁶¹ G. VACHET, Les avantages versés par le comité d'entreprise au regard de l'assiette des cotisations de sécurité sociale : *RDSS 1991*, p. 87 s., p. 91 : « *Si la solution de la Cour de cassation est donc logique, on ne comprend pas, en revanche, pourquoi les secours attribués par les comités d'entreprises demeurent exclus de l'assiette des cotisations. Ne sont-ils pas, eux aussi, accordés aux salariés en raison de leur appartenance à l'entreprise ?* ». V. également J. SAVATIER, Vers l'exonération de cotisations sociales pour les avantages procurés par les comités d'entreprise ? : *Dr. soc. 1993*, p. 80 s.

justifie, d'avoir du secours une conception extensive et d'exclure de l'assiette des cotisations des avantages en nature ou en espèces qui y ressemblent »³⁶². Lorsque le même jour, la Cour de cassation accepte la qualification de secours pour une allocation d'enfant handicapé mais la rejette s'agissant d'une bourse d'étude versée aux enfants du salarié, l'incompréhension se manifeste en doctrine³⁶³. Il est dit, à mots couverts, que la justesse du raisonnement juridique cède devant la nécessité financière d'élargir le recouvrement des cotisations.

L'avantage alloué en raison du secours est pourtant antinomique de l'avantage alloué en raison de l'appartenance à l'entreprise ; le doute ne résiste pas à l'étude de la jurisprudence. « *Les [allocations d'études] n'étaient versées qu'en raison de la seule appartenance à l'entreprise de l'un ou l'autre des parents de l'étudiant et à condition que celui-ci soit obligé, pour poursuivre ses études, de quitter son lieu de résidence, ce qui excluait, même si tous n'en bénéficiaient pas, qu'elles aient le caractère de secours lié à des situations particulièrement dignes d'intérêt* »³⁶⁴. Là où l'appartenance à l'entreprise instaure un contexte objectif³⁶⁵, le secours se teinte de subjectivité : l'accent semble mis sur les besoins du salarié et non plus son état objectif.

Il résulte de ce qui précède que l'appartenance à l'entreprise n'est pas le travail mais elle n'est pas pour autant le secours. Elle est donc, sur le plan juridique, une *voie intermédiaire* entre le travail et l'assistance (les deux voies de subsistance proclamées dès la Révolution française). *Elle n'est donc pas, contrairement à la notion de secours, étrangère au contrat de travail*. Il ressort de cette étude que deux bornes de l'appartenance du salarié à l'entreprise sont posées par la jurisprudence : l'une est la contrepartie du travail et l'autre le secours. L'appartenance du salarié à l'entreprise est un concept évoluant au milieu. Le fondement de l'appartenance du salarié à l'entreprise est alors à rechercher dans cet *espace intermédiaire qu'est le contrat*.

³⁶² G. VACHET, Les avantages versés par le comité d'entreprise au regard de l'assiette des cotisations de sécurité sociale : *RDSS 1991*, p. 87 s., spéc. p. 91.

³⁶³ X. DAVERAT, note sous Soc. 17 avr. 1996, pourvoi n° 94-17.315 : *JCP G 1997*, II, 22762.

³⁶⁴ Soc. 10 févr. 1994 : pourvoi n° 91-18.931, inédit (nous soulignons).

³⁶⁵ Soc. 11 janvier 1990, préc. : « Les avantages litigieux [des bourses d'études] étaient attribués en fonction de critères objectifs et selon des normes préétablies aux seuls salariés de l'entreprise, ce qui excluait, même si tous n'en bénéficiaient pas, qu'ils aient eu le caractère de secours » (nous soulignons).

B. Compétence du conseil de prud'hommes : raisonnement par analogie

64. La lettre de la loi : « à l'occasion du travail ». Outre la définition de l'accident du travail également insérée dans le Code de la sécurité sociale³⁶⁶, l'expression « à l'occasion du travail » se rencontre à l'article L. 1411-3 du Code du travail précisant la compétence juridictionnelle en cas de différends horizontaux nés entre salariés. « *Le conseil de prud'hommes règle les différends et litiges nés entre salariés à l'occasion du travail* ». Le législateur a dû avoir recours à cette expression pour pallier l'inexistence d'un contrat de travail, critère classique de la compétence d'attribution du conseil de prud'hommes³⁶⁷, entre deux salariés³⁶⁸. Il est vrai que les salariés de cet espace commun que représente l'entreprise entretiennent entre eux des rapports ambivalents : à la fois tiers à leurs contrats de travail respectifs ils n'en sont pas moins co-exécutants du travail nécessaire à l'activité économique de l'entreprise. Le Code du travail prévoit alors que, dans leurs rapports, le *travail* prenne le relais du *contrat stricto sensu* afin de fonder la compétence des conseils de prud'hommes. Mais il ne s'agit pas pour autant de saisir *tout* travail effectué en commun. Puisque l'article 1411-3 du Code du travail se réfère dans le même temps aux « *salariés* », il est entendu que la compétence prud'homale ne s'entend que des litiges entre salariés liés à un même employeur et exécutant pour ce dernier un travail en commun³⁶⁹.

65. L'interprétation par la jurisprudence : « à l'occasion du contrat de travail ». Derrière cette expression, et dans cette hypothèse-là, c'est l'ombre du contrat que l'on retrouve. La Cour de cassation a ainsi réécrit la règle légale de compétence : « *attendu qu'il résulte de ce texte que les conseils de prud'hommes sont compétents pour régler les*

³⁶⁶ CSS, art. L. 411-1.

³⁶⁷ C. trav., art. L. 1411-1, al. 1 : « *Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* ».

³⁶⁸ Comp. G. DUCHANGE, Réflexions sur l'objet du contrat de travail, in Mél. B. Teyssié : *LexisNexis 2019*, p. 145 s., spéc. p. 152 s.

³⁶⁹ Soc. 18 mars 2007, pourvoi n° 07-40.835, Bull. V, n° 67 ; *Dr. ouv.* 2008, p. 302-306, obs. D. BOULMIER.

différends nés entre salariés à l'occasion du contrat de travail »³⁷⁰. Puisqu'il est exigé, pour que le conseil de prud'hommes soit valablement saisi par des salariés que ceux-ci soient « collègues »³⁷¹, il est probable que le conseil de prud'hommes ne soit pas compétent pour un différend même d'ordre professionnel qui interviendrait entre un salarié permanent et un salarié mis à disposition dans l'entreprise par son entreprise d'origine. Il est particulièrement clair que pour la chambre sociale de la Cour de cassation, l'expression « à l'occasion du travail » telle que figurant à l'article L. 1411-3 du Code du travail renvoie au contrat de travail. Il n'y a aucune raison de distinguer l'expression figurant à cet article de celle, identique, qui figurait à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale (reprise à L. 136-1-1). En raisonnant par analogie, il est donc possible de confirmer que l'appartenance du salarié à l'entreprise a un fondement contractuel et prend sa source dans le contrat de travail.

66. Confirmation en jurisprudence du fondement contractuel de l'appartenance du salarié à l'entreprise. Ce fondement contractuel est d'ailleurs confirmé par certaines décisions relatives à la réintégration dans l'assiette des cotisations de primes d'assurance. « *C'était en raison de son appartenance à l'entreprise que les salariés de celle-ci étaient personnellement bénéficiaires des contrats d'assurance souscrits par l'employeur et que, par suite, la prise en charge par la société d'une partie des primes d'assurance, était liée au contrat de travail* »³⁷². Le fait que les avantages ne profitent effectivement au salarié, en raison des risques garantis, qu'après la cessation du contrat de travail importe peu. Ce qui compte est la date d'ouverture à avantage et non la date de perception de celui-ci.

67. Enseignements tirés de ce fondement contractuel. De l'analyse que l'on a faite de la jurisprudence relative à l'assiette des cotisations de sécurité sociale, un critère objectif de rattachement à l'entreprise apparaît : il n'est pas un critère effectif et matériel comme la présence mais tient à l'existence ou non d'un contrat de travail. Le postulat est donc confirmé : l'appartenance se détache du travail de la personne pour renvoyer au contrat de travail ; un glissement, qui devra être précisé et affiné, *s'opère du travail de la personne à la personne au travail*. Il ressort des développements précédents que l'appartenance à

³⁷⁰ Soc. 18 mars 2007, pourvoi n° 07-40.835, Bull. V, n° 67 ; *Dr. ouv.* 2008, p. 302-306, obs. D. BOULMIER (nous soulignons). – Soc. 30 janvier 2019 : pourvoi n° 17-23.851, inédit.

³⁷¹ T. LAHALLE, note sous Soc. 18 mars 2007, précité : *JCP S* 2008, 1327.

³⁷² Soc. 18 janv. 1979 : pourvoi n° 77-13.381, Bull. n° 58 (nous soulignons) ; *JCP E* 1979, 19203, note Y. SAINT-JOURS. – Soc. 24 janv. 1980 : pourvoi n° 78-15.145, Bull. n° 83.

l'entreprise possède une dimension continue : elle ne s'arrête pas avec le geste du travail mais se poursuit et se déploie entre deux temps de travail. Pour le dire autrement, le véhicule de l'appartenance à l'entreprise est le contrat de travail. Partant, elle n'est pas un statut, ce qui est en soi une découverte tant l'appartenance renvoie volontiers au statut³⁷³.

68. Conclusion de section. Si une dissociation entre travail (strictement entendu) et appartenance à l'entreprise avait pu formalisée, toute référence au travail n'en était pas pour autant automatiquement évincée : l'explication eût très bien résider dans la fourniture non pas présente mais passée d'un travail. Cette hypothèse, celle d'un travail capitalisé, a dû être écartée car ne trouvant à s'expliquer ni par le mécanisme de la cotisation ni par celui des droits des tirages sociaux. L'explication de ce qui fonde l'appartenance à l'entreprise ne peut se trouver que dans la personne du salarié : soit dans le fait juridique (la présence du salarié), soit dans l'acte juridique (le contrat de travail conclu pas celui-ci). Puisque des avantages sont versés en raison de leur appartenance à l'entreprise à des salariés qui sont absents dans l'entreprise (car retraités, invalides, décédés, ce que nous avons désigné sous l'appellation de situations complexes), toute appartenance factuelle basée sur la présence du salarié est écartée. La nature contractuelle du fondement laissée par la jurisprudence est corroborée par un raisonnement a contrario avec le secours et un raisonnement par analogie avec l'article L. 1411-3.

69. Conclusion de chapitre. Puisque l'appartenance du salarié à l'entreprise est une notion mobilisée et utilisée par la Cour de cassation dans le contentieux de l'assiette des cotisations sociales, la première étape de sa définition devait être jurisprudentielle plutôt qu'intellectuelle. « *Si les docteurs ne veulent pas être dépassés par l'histoire en marche, ni débordés par des juges de plus en plus actifs, il leur faut s'intéresser aux arrêts pour tâcher d'en maîtriser le développement* »³⁷⁴. De l'étude des arrêts relatifs aux sommes ou avantages

³⁷³ R. LAFORE, *Réflexions sur la construction juridique de la contrepartie* : *Rev. fr. ass. sécurité sociale* 2006, p. 13 : « *Le statut fonctionne enfin selon un principe d'appartenance : à l'égard des individus, il les prend en compte, alors qu'ils sont non-situés a priori, et les inclut dans un groupe d'appartenance dont seront déduits leurs droits et leurs obligations* ». Et plus loin : « *Là où le statut fonctionne selon une logique d'appartenance fondée sur le principe de similitude, le contrat répond à un impératif d'articulation de différences, ordonné à un principe d'égalité formelle des parties* ».

³⁷⁴ P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine* : *Dalloz* 2004, p. 95. De même, la doctrine, dépossédée de son rôle d'interprète officiel de la loi au profit de la jurisprudence, s'est déportée sur l'arrêtisme, ce qui ne l'empêche

consentis à un salarié en raison de son appartenance à l'entreprise ressortent trois enseignements qui devront par la suite guider la présente étude. En premier lieu, la notion d'appartenance du salarié à l'entreprise est une notion qui se manifeste, qui existe en droit positif par l'action du juge. En deuxième lieu, l'appartenance du salarié à l'entreprise se dissocie, en jurisprudence, du travail que celui-ci fournit. En dernier lieu, l'appartenance du salarié à l'entreprise est une appartenance juridique conditionnée par le contrat de travail. Mais que reste-t-il si l'on enlève le travail au contrat de travail ? La prestation de travail participe en effet à la fois de l'économie classique du contrat de travail (fournir un travail et être rémunéré de la disponibilité afférente) et de l'objet de l'obligation du salarié. Si la dissociation de l'appartenance du salarié d'avec le travail se manifeste en droit positif, il reste encore à la démontrer sur un plan conceptuel. Une démarcation est donc nécessaire.

pas in fine de lire le droit puisqu'elle interprète l'interprète. V. sur la question le remarquable article de F. ZENATI, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil : *D.* 2002. p. 15 s., spéc. p. 18 : « *C'est la doctrine, en dernière instance, qui lit le droit. Elle le fait d'abord en construisant la jurisprudence. C'est elle qui crée l'événement jurisprudentiel et qui l'interprète* ».

Chapitre 2 : Démarcation

70. L'étude de la jurisprudence relative à l'assiette des cotisations de sécurité sociale a permis de faire émerger la positivité de l'appartenance du salarié à l'entreprise. Cette notion existe, se manifeste dans le droit positif. Nous avons pu constater à cette occasion qu'une dissociation, en jurisprudence, apparaît entre l'appartenance du salarié à l'entreprise et la fourniture par celui-ci de sa prestation de travail. Reste encore à opérer une *démarcation conceptuelle* entre l'appartenance du salarié à l'entreprise et le travail. En effet, il n'est plus discuté que le travail ait acquis une réelle importance, une place centrale dans notre système social, économique et juridique. Dès lors, comment concevoir que puisse être développée une étude initiée par un mouvement de dissociation entre le salarié et le travail ? Car c'est bien de cela dont il s'agit : l'appartenance du salarié à l'entreprise en confrontation avec l'idée que le travail ordonne et explique intégralement le rapport existant entre le salarié et l'entreprise. L'appartenance à l'entreprise s'oppose à l'évidence selon laquelle le salarié « gagne » sa place dans l'entreprise en raison du travail qu'il y effectue. Avant de dire et de pouvoir dire ce qu'est véritablement l'appartenance à l'entreprise et ce qui caractérise le rattachement du salarié à l'entreprise – dont on sait uniquement à ce stade qu'il procède du contrat – encore faut-il exploiter la dissociation de l'appartenance et du travail dégagée de la jurisprudence relative à l'assiette des cotisations sociales. Nous pouvons tirer profit de cette dissociation en faisant œuvre de *démarcation*.

71. Cette œuvre de démarcation porte en elle deux étapes. En premier lieu, identifier le travail pour cerner *a contrario* l'appartenance du salarié à l'entreprise : *elle sera ce que le travail n'est pas* (**Section 1**). En second lieu, relativiser la place incontournable que l'on accorde au travail pour permettre à une notion concurrente de se développer en parallèle : *l'appartenance à l'entreprise profitera de ce que le travail n'est pas ou ne peut pas être* (**Section 2**). Pour le dire autrement, il faut premièrement apprendre par la démarcation et deuxièmement légitimer par la démarcation.

Section 1 : Identifier le travail pour cerner *a contrario* l'appartenance du salarié à l'entreprise

72. Définir *l'appartenance du salarié à l'entreprise du travail* (et surtout apprendre de cette démarcation) implique, avant toute autre chose, de revenir sur ce dernier. En identifiant le travail, on sera ainsi éclairé « en négatif » sur la logique, sur les contours de l'appartenance à l'entreprise. Dans cette perspective, penser le travail n'est pas un mince effort ; cette entreprise rencontre la difficulté constante à former un concept de travail qui ne se dissolvait pas dans ce qui l'accompagne et ne se confond pas avec lui³⁷⁵. Confronté à cette difficulté, le philosophe peut verser dans le « panlaborisme » et l'imaginer partout³⁷⁶, là où le juriste pêche par excès de prudence et ne le voit nulle part³⁷⁷. « *Le travail pose problème* »³⁷⁸ ; il en pose d'autant plus que la notion de travail peut s'appréhender différemment selon les époques : avant la révolution industrielle, le travail se présente comme une valeur d'usage³⁷⁹. Après la révolution industrielle, il est perçu comme une valeur d'échange³⁸⁰. Dans un premier temps, définir le travail (ou du moins s'essayer) apparaît donc comme une nécessité pour que les contours de l'appartenance à l'entreprise s'en dégagent « par négatif » (§1). Dans un second temps, l'analyse de son rôle, de sa place dans l'entreprise devra être réalisée pour mesurer son influence (§2).

³⁷⁵ A. CUGNO, *Le sens enfoui du travail* : *Rev. projet 2006*, n° 291, p. 98.

³⁷⁶ A. CUGNO, *Le sens enfoui du travail* : *Rev. projet 2006*, n° 291, p. 98, à propos du travail : « *je voudrais tenter de montrer qu'en fait il est plus présent qu'on ne croit, mais qu'il a tendance à se dissimuler, selon sa propre essence* ».

³⁷⁷ « *Le travail n'existe pas, mais il y a des hommes qui travaillent* », L. MENGONI cité par A. SUPIOT, *Critique de droit du travail* : PUF 2015, 3^{ème} éd., p. 58.

³⁷⁸ J. DE BANDT, *Avant-propos* : *Rev. sociologie du travail, hors-série*, 1994, p. 5.

³⁷⁹ Sur cette distinction entre valeur d'usage et valeur d'échange, V. A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, t. 1, chap. 4 : *Flammarion*, 1991. Pour une étude plus avancée de la valeur absolue, de la valeur relative et du travail à l'aune des travaux de Smith, Marx et Weber notamment, v. A. BERTHOUD, *Valeur absolue, valeur relative et travail* : *Cahiers d'économie Politique / Papers in Political Economy*, 1/2010 (n° 58), p. 83-102.

³⁸⁰ D. GARDES, *Essai en enjeu d'une définition juridique du travail* : *LGDJ 2013*, p. 93.

§1 : La définition du travail

73. Réfléchir sur la notion de travail, c'est se poser la question de la connaissance intuitive du travail. Il est certain que le travail est une notion polysémique, tour à tour douleur³⁸¹, utilité³⁸², interaction³⁸³. Il est vrai que, pour le juriste, le travail se distingue de l'activité parce qu' « *il résulte d'une obligation volontairement souscrite ou légalement imposée* »³⁸⁴. Mais il n'en demeure pas moins que cette obligation est « *nécessairement référée à une application à la tâche et à un effort à accomplir* »³⁸⁵. Il y a en effet, quoi que l'on conceptualise, une essence du travail qui se révélera bien avantageuse pour notre entreprise de démarcation. Nous devons dès lors partir en quête de cette essence qui pourrait renseigner, en miroir, sur *ce que n'est pas* l'appartenance du salarié à l'entreprise. Définir le travail revient à être confronté immédiatement à la diversité de ses définitions (I) avant de tenter de rechercher ensuite une éventuelle définition générale (II).

I. La diversité des définitions du travail

74. Qu'il s'agisse des définitions extra-juridiques du travail (A) ou des manifestations juridiques de cette notion (B), on ne peut que constater une extrême diversité qui accroît la difficulté d'une entreprise de démarcation, et plus spécifiquement d'un apprentissage *a contrario* de ce qu'est l'appartenance du salarié à l'entreprise.

³⁸¹ A. SUPIOT, Critique du droit du travail : PUF 2015, 3^{ème} éd., p. 3.

³⁸² H. BERGSON, L'évolution créatrice : PUF 1948, p. 297, cité par G. FRIEDMANN, Qu'est-ce que le travail : *Annales Economies, sociétés, civilisations* 1960, n° 4, p. 685.

³⁸³ G. FRIEDMANN, Qu'est-ce que le travail : *Annales Economies, sociétés, civilisations* 1960, n° 4, p. 685.

³⁸⁴ A. SUPIOT, Du bon usage des lois en matière d'emploi : *Dr. soc.* 2001, p. 229 s., spéc. p. 241.

³⁸⁵ P.-Y. VERKINDT, Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux. Petite chronique d'humeur pour commencer pour l'année : *JCP S* 2009, act. 41. Adde. F. GEA, A quoi sert le droit du travail ? : *D.* 2020, p. 444 s., spéc. p. 446.

A. Diversité des définitions extra-juridiques

75. Difficulté dans la définition. Saisir l'essence du travail est malaisée. Si le travail a été autrefois une « *réalité tellement évidente* », il semble toutefois que cette réalité ne soit plus et que, dorénavant, « *l'objet travail semble nous échapper* »³⁸⁶. Ainsi, là où le fait de *penser* peut être considéré comme un travail, d'autres acceptions rejettent le travail des « col blancs »³⁸⁷. Le chômeur « longue durée » tout comme la femme au foyer sont autant d'acteurs qui peuvent être présentés comme travaillant³⁸⁸. N'a-t-on pas relevé jusqu'à quatorze sens pouvant être dévolus à la notion de travail³⁸⁹ ? Le développement des sciences du travail n'a pas réellement eu pour effet de clarifier le travail. Au-delà même de savoir si sur certaines manifestations qualifiées de travail n'est pas projetée la vision contemporaine du travail façonnée par la société industrielle, les disciplines se disputent jusqu'à l'angle retenu pour définir le travail. Ce dernier est identifié aussi bien par son mouvement, que par son émetteur, son bénéficiaire, son cadre ou sa valeur.

76. Diversité dans la définition. Ainsi, pour certains anthropologues, le travail peut se présenter comme « *l'ensemble des activités touchant à la production de biens matériels ou à la subsistance* »³⁹⁰. Le critère retenu semble être le critère de la « force »³⁹¹ exercée par un individu. La doctrine sociale de l'Eglise isole, quant à elle, le travail et le définit à l'aune de

³⁸⁶ J. DE BANDT, Avant-propos : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994, p. 5.*

³⁸⁷ « *Le chaman pense, il pense toutes les choses du monde, tous les lieux du monde. Penser est son travail (paa-riike) [le mot utilisé est celui qui sert à désigner le travail des femmes dans les plantations]* » cité par M.-N. CHAMOIX, Sociétés avec et sans concept de travail : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994, p. 63.* Le même auteur rapportera, ailleurs, sa propre expérience : expliquant, à une paysanne au Portugal, qu'elle est professeur, elle se voit rétorquer « Alors, vous ne travaillez pas » (M.-N. CHAMOIX, Sens et place du travail dans les sociétés, in *Le monde du travail : La découverte, 1998, p. 16.*)

³⁸⁸ C. DEJOURS, Centralité ou déclin du travail ? : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994, p. 48.*

³⁸⁹ A. COTTEREAU, Travail et théorie de l'action : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994, p. 73.*

³⁹⁰ M.-N. CHAMOIX, Sociétés avec et sans concept de travail : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994, p. 58.*

³⁹¹ Ce critère ne permet pas de faire le départ entre le travail de l'homme et celui des animaux (quid de l'oiseau qui construit son nid ?), voire de la nature. Il faudrait retenir en lieu et place le terme d' « effort » ; le travail serait alors l'activité de force consciente et volontaire. Elle se distinguerait de l'activité de loisir en raison de la finalité de l'action (P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail, t. 1 : Dalloz 1947, p. 6, n° 3.*)

la personne qui l'exécute : l'homme. Dans cette acception, est travail toute activité humaine³⁹², ce qui permet alors aux hommes d'accéder à une égale dignité. Le travail n'est alors plus l'activité particulière d'une classe mais l'activité générale du genre humain. Il fournit tout à la fois subsistance, moralité et spiritualité à l'Homme, indifféremment du genre de travail effectué³⁹³. Pour la sociologue du travail, Dominique Méda, le travail apparaît comme « *une activité humaine, coordonnée, rémunérée, consistant à mettre en forme une capacité ou un donné pour l'usage d'autrui, de manière indépendante ou sous la direction d'un autre en échange d'une contrepartie monétaire* »³⁹⁴. L'idée prégnante est ici le fait que l'activité soit exercée pour autrui (s'agissant du produit du travail). Le caractère du travail est, dans cette conception, d'être approprié par quelqu'un. La psychologie se concentre, elle, sur la valeur ajoutée du travail apportée par l'activité humaine. Une définition qui fait la part belle à l'intelligence créatrice a été proposée³⁹⁵. L'économie a pu faire le choix de la valeur brute du travail, *via* la notion de produit intérieur brut qui implique que le travail soit défini comme la « *participation à la production rémunérée de biens et de services* »³⁹⁶. Le travail est alors essentiellement saisi à travers sa dimension marchande et s'inscrit comme une valeur d'échange. Enfin, certains autres sociologues estiment que le travail peut se détacher de sa nature et se définir par le cadre qui l'organise³⁹⁷. La réalisation de l'activité humaine leur importe seule, sans égards pour la nature ou la valeur ajoutée de cette activité.

³⁹² « Le mot « travail » désigne tout travail accompli par l'homme, quelles que soient les caractéristiques et les circonstances de ce travail, autrement dit toute activité humaine qui peut et qui doit être reconnue comme travail parmi la richesse des activités dont l'homme est capable et auxquelles il est prédisposé par sa nature même, en vertu de son caractère humain » (JEAN-PAUL II, Le travail humain, Lettre encyclique *Laborem exercens* : *Le centurion*, 1981, p. 15). Plus loin : « Le travail est l'une des caractéristiques qui distinguent l'homme du reste des créatures dont l'activité, liée à la subsistance, ne peut être appelée travail ; seul l'homme est capable de travail, seul l'homme l'accomplit et par le fait même remplit de son travail son existence ».

³⁹³ P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1 : Dalloz 1947, p. 10, n° 5.

³⁹⁴ D. MEDA, *Le travail* : PUF, 2^{ème} éd., 2007 citée par D. GARDES, Le bénévolat, un " véritable " travail ? Aspects juridiques : *Empan*, 2/2009 (n° 74), p. 136 s.

³⁹⁵ « Le travail c'est l'activité coordonnée des hommes et des femmes pour faire face à ce qui ne pourrait être obtenu par la stricte exécution de l'organisation prescrite d'une tâche à caractère utilitaire » (C. DEJOURS et P. MOLINIER, Le travail comme énigme : *Rev. sociologie du travail*, hors-série, 1994, p. 40).

³⁹⁶ D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail* : LGDJ 2013, p. 104.

³⁹⁷ Tout dépend selon eux, si le travail « s'effectue ou non sous un des trois rapports sociaux qui nous font aujourd'hui parler de travail, à savoir le rapport salarié, le rapport marchand (pas dans tous les cas) et le

77. Bilan commun. Malgré la diversité de ces approches, le travail est perçu dans tous les cas comme une *affaire humaine*. Il revêt une dimension sociale ; loin d'être réduit à une activité rémunérée, il est délimité par ses fonctions de socialisation. L'exposé de ces conceptions et définitions extra-juridiques du travail n'est pas vain ; la science juridique ne doit pas se couper des autres sciences sociales. Elle doit s'efforcer, à notre sens, de conserver d'elles ce qui peut être soluble dans le Droit et utile à sa compréhension, sans nier pour autant la logique et le particularisme qui lui sont propres. Il est d'ailleurs symptomatique que les interrogations des sciences extra-juridiques rejoignent sur le travail celles de la doctrine juridique qui cherche depuis les trente dernières années à renouveler son approche du travail face à la diversité de ses manifestations juridiques³⁹⁸.

B. Diversité de ses manifestations juridiques

78. Dimension marchande du travail saisi par le Droit. Par rapport aux sciences sociales du travail, le Droit a le mérite d'être plus unitaire et moins partagé entre différentes disciplines. Il semble *prima facie* plus à même de saisir la notion-travail, qui est d'ailleurs un objectif que le système juridique doit poursuivre, la Déclaration universelle des droits de l'homme affirmant ainsi, dans son article 23, que « *toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail* ». Il s'agit cependant d'une fausse impression puisque le travail n'en est, en réalité, pas mieux défini. Là où les sciences précitées « sur-définissent » le travail, le Droit a, à l'inverse, tendance à le contourner³⁹⁹. Cette difficulté est d'ailleurs accentuée le fait que cette notion ne peut se

rapport domestique (cela commence mais n'est pas admis par tout le monde) » (M. FREYSSENET, Quelques pistes nouvelles de conceptualisation du travail : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994, p. 117*).

³⁹⁸ V. not. A. SUPIOT, Le travail, liberté partagée : *Dr. social 1993, p. 715 s., spéc. p. 721*, qui cherche à renouer avec une définition anthropologique du travail afin de cesser de réduire le travail à la prestation fournie dans le cadre du contrat.

³⁹⁹ D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ 2013, p. 21*.

limiter au travail tel qu'entendu par le droit... qui lui est pourtant consacré⁴⁰⁰. D'une manière générale, les différents droits se saisissent du travail sans toutefois qu'une définition juridique, qu'une conception émerge avec unanimité.

79. Le droit civil : l'industrie. La représentation juridique que l'on peut arriver à ébaucher reste empreinte d'une forte dimension économique et marchande qui a tendance à rejeter l'activité humaine qui n'a pas de prix et qui n'est pas valorisée par le marché. Par exemple, le droit civil envisage le travail d'une façon patrimoniale⁴⁰¹. Il en fait un « *objet de négoce* »⁴⁰², c'est-à-dire un objet de valeur, que cette valeur soit concédée à quelqu'un en vertu d'un contrat ou qu'elle profite au « travailleur » (entendu *lato sensu*) lui-même. La valeur concédée à quelqu'un n'a pas véritablement besoin d'être développée plus avant. S'agissant de la valeur profitant au travailleur lui-même, elle existe par le truchement de *l'industrie*. Outre une relative utilisation en droit des sociétés, l'industrie est la notion mobilisée par le droit des régimes matrimoniaux ou le droit de l'indivision pour désigner « *la puissance de travail et de création, l'habileté, le savoir-faire, le labeur, l'ingéniosité au gain et l'épargne que les associés doivent apporter à la société ou que les époux doivent, pendant le mariage, mettre au service de la communauté* »⁴⁰³. Le droit civil récompense ainsi la plus-value due à « l'industrie » personnelle d'un indivisaire qui « améliore » un bien indivis : l'indivisaire aura le droit à la rémunération de son travail⁴⁰⁴. L'industrie saisit largement l'activité, au nom d'un principe de réalité.

80. Le droit de la sécurité sociale : le travail en tout titre et en tout lieu. De tous les droits, le droit de la sécurité sociale est celui qui appréhende véritablement le travail dans sa généralité. L'article L. 311-2 du Code de la sécurité sociale dispose que sont affiliées aux assurances sociales les personnes « *salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit* ». Le droit de la sécurité sociale tente véritablement de saisir le travail de

⁴⁰⁰ La CJUE a été ainsi conduite à affirmer que « *le terme travail qui figure à l'article 14 bis du règlement 1408-71 vise toute prestation de travail, salariée ou non salariée* » (CJCE 30 mars 2000, Barry Banks e.a. contre Theatre royal de la Monnaie, spéc. n° 28 : aff. C-178/97).

⁴⁰¹ F. Zenati, Préface à *La force de travail : Litec, 1992, p. I* : « *Le travail – alias l'industrie – a une place insoupçonnée et inexplorée au sein du droit civil* » (nous soulignons).

⁴⁰² D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : LGDJ 2013, p. 110*.

⁴⁰³ G. CORNU, « Industrie », in *Vocabulaire juridique : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 539*.

⁴⁰⁴ 1^{ère} civ., 23 juin 2010 : pourvoi n° 09-13.688, Bull. I, n° 146.

façon uniforme, plus largement que ne le fait le droit du travail. « *Cette définition de l'affiliation ne se limite pas au contrat de travail, mais englobe sans exclusivité toutes les formes, même les plus complexes, d'exercice d'une activité professionnelle subordonnée accomplie pour le compte d'autrui, contre une rémunération si faible soit-elle* »⁴⁰⁵. Particulièrement large, encore plus que ce qui se fait dans les autres droits, cette extension se justifie probablement par le fait qu'elle permet le financement public.

81. Le droit du travail : le prisme de l'activité salariée. Pour le droit du travail comme pour les autres disciplines, l'activité prise en compte est le travail humain⁴⁰⁶. Pour autant, le droit du travail ne définit pas le travail, même si les effets attachés à la fourniture d'une prestation salariée sont considérables (par exemple, l'infraction de travail dissimulé peut être consommée, les heures supplémentaires dans le cadre du contrat de travail doivent être indemnisées...). Mais de définition, point. Tout au plus la Cour de cassation rappelle-t-elle qu'on est en présence d'une « activité du travailleur »⁴⁰⁷. S'il est indéniable que le droit du travail se saisit du travail⁴⁰⁸, il ne le fait qu'imparfaitement, c'est-à-dire qu'il l'étudie très rarement, sinon jamais, en tant que tel. La « liberté du travail », le « travail salarié », le « télétravail »... Autant de sous-notions juridiques affirmées par les textes ou circonscrites par la jurisprudence. C'est essentiellement à travers ses substantifs ou ses adjectifs, et non en lui-même, que le travail est véritablement saisi par le droit du travail⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Y. SAINT-JOURS, note sous Ass. Plén. 8 janvier 1993 : *JCP G* 1993, II, 22010.

⁴⁰⁶ P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1 : *Dalloz 1947*, p. 7, n° 3 : « *l'activité prise en compte par le droit du travail est le travail humain, à l'exclusion de celui des animaux ou de l'action des forces de la nature. Les règles du régime des biens gouvernent l'usage de telles forces. Le droit du travail est précisément né de l'impossibilité d'appliquer à une personne humaine les règles juridiques qui gouvernent l'usage des biens matériels* ».

⁴⁰⁷ Soc. 3 juin 2009 : pourvoi n° 08-40981, 08-40982, 08-40983, 08-41712, 08-41713, 08-41714 ; Bull. V, n° 141.

⁴⁰⁸ La loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels – et tellement débattue dans les médias et dans la sphère publique – n'a-t-elle pas été renommée partout « loi travail » ? (V. par ex., s'agissant de M. REBSAMEN, ancien ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social qui a déclaré, à propos de cette loi : « *C'est bien, mais c'est plus une loi travail qu'une loi emploi* » : *Les Echos*, 28 mars 2016) (nous soulignons).

⁴⁰⁹ Le travail en tant que tel n'est bien souvent même pas une entrée d'index dans les manuels de droit du travail (G. COUTURIER, *Droit du travail : PUF, 2^{ème} éd., 1993*). Sur ce point, V. C. WOLMARK, *Quelle place pour le travail dans le droit du travail : Dr. soc. 2016, p. 439 s.*

Si le droit du travail ne définit pas le travail, il en a toutefois une certaine acception. Il est, en tout cas, et par rapport au droit de la sécurité sociale, restreint à un certain cadre. « *Toute activité n'est pas un travail au sens du droit du travail, parce que tout, dans les relations humaines, n'est pas du droit* » écrivait le doyen Carbonnier⁴¹⁰. Il existe l'illusion, véhiculée par certains arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation, que l'activité quelle qu'elle soit peut entrer dans le champ du droit du travail et mener à l'application de sa législation⁴¹¹. En réalité, le droit du travail ne régit qu'une certaine *manière de faire*. Est une prestation de travail au sens du Code du travail ce qui est exécuté dans 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. Le droit du travail, à rebours de sa dénomination, n'appréhende donc vraiment que l'activité salariée. On a pu écrire fort justement que « *les juristes réservent habituellement le mot travail à l'activité professionnelle salariée : le travailleur, c'est le salarié* »⁴¹². Le travail ménager, les professions libérales, l'artisanat, l'exploitation agricole, la fonction publique... autant de formes de travail que le droit du travail juge singulières, en ce qu'elles répondent à « *une organisation juridique particulière* »⁴¹³, et qu'il laisse en marge. Le droit du travail peine donc à se saisir de la notion de travail en son entier et à dépasser les figures du travail salarié et du travail indépendant. Il a pu être reproché au droit sa « *cécité* »⁴¹⁴ vis-à-vis de l'activité de travail. Mais *la restriction est elle-même restreinte* puisque l'activité salariée est, en outre, entendue strictement. Il y a donc un doublement mouvement de restriction. Certaines activités qui semblent pourtant *prima facie* relever de la qualification travail en sont exclues, soit par le

⁴¹⁰ J. CARBONNIER, Préface à l'ouvrage de G. Dole, Les professions ecclésiastiques. Fiction juridique et réalité sociologique : *LGDJ 1987*, p. XII.

⁴¹¹ Soc. 3 juin 2009 : pourvoi n° 08-40.981, Bull. V, n° 141. V. le communiqué relatif à cet arrêt https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_12906.html

⁴¹² J. SAVATIER, Le travail non marchand : *Dr. soc. 2009*, p. 73 s. V. également D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ 2013*. Cet auteur regrette que le travail épouse les contours d'une autre notion, celle de l'activité professionnelle, sans arriver à trouver sa véritable substance.

⁴¹³ A. SUPIOT, Critique du droit du travail : *PUF 2015*, 3^{ème} éd., p. 7.

⁴¹⁴ C. WOLMARK, Quelle place pour le travail dans le droit du travail : *Dr. soc. 2016*, p. 439 s.

législateur, soit par la jurisprudence⁴¹⁵. C'est le cas du travail accompli par un détenu⁴¹⁶ ou par le membre d'une communauté religieuse⁴¹⁷, voire d'une communauté de vie⁴¹⁸. Ce « rétrécissement » des formes de travail saisies par le droit du travail ne contribue pas à la clarté de la notion et à l'émergence d'une conception sans équivoque. Le travail a certes un fort pouvoir d'évocation mais il souffre, au sein même du droit du travail, d'un véritable flou conceptuel.

La diversité des manifestations juridiques du travail, en droit civil, en droit de la sécurité sociale ou encore en droit du travail révèle ainsi une absence de définition établie et partagée de la notion de travail qui, par ricochet, empêche à ce stade que l'on apprenne de l'étape de

⁴¹⁵ Cette constatation semble aller à rebours de la règle juridique qui organise l'entreprise de qualification d'un contrat de travail. Rappelons que la seule volonté des parties est impuissante à soustraire un travailleur au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de... son travail (Ass. plén., 4 mars 1983 : pourvoi n° 81-11.647 et 81-15.290, Bull. AP, n° 3).

⁴¹⁶ C. proc. pén., art. 717-3, al. 3. V. également Soc. 17 déc. 1996 : pourvoi n° 92-44.203, inédit. – Cons. const., 14 juin 2013, n° 2013-320/321, QPC : *JORF 16 juin 2013, p. 10025*

⁴¹⁷ Soc. 8 janvier 1993 : pourvoi n° 87-20.036, Bull. AP, n° 2. De même, les pasteurs ne sont pas salariés des associations cultuelles protestantes : Soc., 12 juillet 2005 : pourvoi n° 03-43.354, Bull. V, n° 243. Ce principe ne vaut que pour les associations cultuelles ou les congrégations, auxquelles ne peut être assimilée une association privée de fidèles (Soc. 20 janvier 2010 : pourvoi n° 08-42.207, Bull. V, n° 15). Une exception à ce principe pourrait être le cas de l'ecclésiastique qui exerce une activité accessoire pouvant tout aussi bien être dispensée par un laïc (notamment une activité d'enseignement, Soc. 20 novembre 1986 : pourvoi n° 84-43.243, Bull. V, n° 555 : « *relativement à l'exercice de ses fonctions de professeur, Mlle X... avait été liée à l'UNAC - ERF par un contrat de travail, dont l'existence n'avait pu être affectée par la consécration-ordination qu'elle avait reçue avant la cessation de son enseignement* ». V. pour une position contraire J. MOULY, *Jusqu'où l'appartenance à une communauté religieuse peut-elle exclure le salariat ? : Dr. soc. 2007, p. 742 s.*) ou, plus certainement, l'ecclésiastique qui travaille pour un tiers (v. not. l'hypothèse du prêtre ouvrier). Cette exclusion de principe ne vaut pas pour le cas du laïc qui travaille pour une communauté religieuse (Soc. 29 oct. 2008, pourvoi n° 07-44766, Bull. V, n° 206 : « *indépendamment de la nature spirituelle de leur engagement, ils avaient travaillé pour le compte de l'association dans un rapport de subordination caractérisant un contrat de travail* »).

Dans les trois hypothèses susvisées, le dénominateur commun réside dans la présence, au-delà d'un lien entre le travailleur et l'ensemble bénéficiant de ce travail, d'une communauté : carcérale, religieuse, de vie. Le lien entre le travailleur et la communauté est privilégié ; au détriment du lien qui pourrait s'établir entre un salarié et un employeur. La communauté fonctionne ici comme un écran et comme une entité concurrente à l'entreprise.

⁴¹⁸ Soc. 9 mai 2001 : pourvoi n° 98-46.158, Bull. V, n° 155.

démarcation et que l'on cerne *a contrario* du travail ce qu'est l'appartenance à l'entreprise. Pourtant, il nous faut persister, à ce stade, et s'agissant de la notion d'appartenance à l'entreprise la dissociation d'avec le travail est le seul véritable indice et contenu que l'on possède : aussi convient-il de définir nous-même, *a minima* s'il le faut, le travail afin de pouvoir dessiner « en négatif » l'appartenance à l'entreprise. La recherche d'une définition générale apparaît ainsi comme une nécessité.

II. La recherche d'une définition générale du travail

82. Définition contextuelle : l'activité juridiquement contrainte. Les quelques juristes ayant tenté de définir généralement le travail ont eu pour ambition de retenir une définition large du travail aux fins de dépasser la seule appréhension du travail salarié et englober les activités situées en dehors de celui-ci et étendre les avantages liés au travail aux individus en marge de celui-ci, peut-être même jusqu'au travailleur domestique. C'est dans ce sens qu'il est proposé de renouer avec une définition « anthropologique » du travail⁴¹⁹.

Le travail se rapporte, en droit comme ailleurs, à « l'activité de l'homme »⁴²⁰. Toujours est-il que le juriste peine à traduire juridiquement, et en des termes généraux, « l'effort » qui sous-tend le travail ; il est tenté de rechercher l'*intention* du travailleur⁴²¹. Mais il faut envisager la chose plus largement et rechercher l'obligation. Le caractère du travail serait l'obligation. Le travail serait indifférent à la nature de l'activité accomplie. Ce qui importe est qu'il soit une *obligation*. En effet, comme l'explique le Professeur SUPLOT, « *le travail*

⁴¹⁹ A. SUPLOT, Le travail, liberté partagée : *Dr. soc.* 1993, p. 715 s., spéc. p. 721. Cette volonté de définir largement le travail, en le distinguant de l'activité marchande, résulte de l'influence du droit international qui promeut l'idée de travail soutenable (M. GOLLAC, S. GUYOT, S. VOLKOFF, A propos du travail soutenable : *Rapport de recherche du centre d'études de l'emploi*, 2008) et de travail générique (D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ 2013*, p. 337). Une définition compréhensive du travail permettrait de saisir le travail « tout court » et par là assurer à chaque personne qui travaille (et pas uniquement le salarié) une protection suffisante

⁴²⁰ G.-H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail, Le contrat de travail*, t. 1, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz* 1982, 2^{ème} éd., p. 52, n° 43.

⁴²¹ P.-Y. VERKINDT, Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux : *JCP S 2009*, 41.

s'inscrit toujours dans un lien de droit ». L'idée d'obligation est évidemment sous-jacente⁴²². L'auteur précise qu'« *il faut et il suffit qu'à un engagement d'agir soit attachés des effets de droit, pour que cette action puisse être qualifiée de travail. Cette qualification se trouve en fin de compte dépendre soit d'un engagement volontairement souscrit, soit de la loi qui consacre ainsi l'utilité sociale de certaines tâches* »⁴²³. Il est certain que l'engagement volontaire d'une personne crée le lien. Le vieil adage tiré de l'ancien droit coutumier ne dit-il pas qu'« *on lie les bœufs par les cornes et les hommes par la parole* »⁴²⁴ ? La volonté et la loi sont donc autant de liens classiques qui permettent de confirmer ce que le pouvoir d'évocation du travail avait soufflé : le travail exercé dans le cadre d'un contrat de travail, de formation, voire même de bénévolat... est autant d'activités qui revêtent alors la qualification de travail parce qu'obligatoires⁴²⁵.

Se pose alors la question des conventions non obligatoires. Peut-on estimer que ces « *conventions non obligatoires* »⁴²⁶, ces accords de volontés qui ne lient pas réellement, caractérisent l'exercice d'un travail ? Il est certain qu'une personne physique peut aider une

⁴²² F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, Droit civil, les obligations : *Dalloz* 2019, 12^{ème} éd., p. 1, n° 2.

⁴²³ A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi* : Flammarion, 1999, p. 88. Déjà, G. FRIEDMANN, Qu'est-ce que le travail : *Annales Economies, sociétés, Civilisations*, 15^{ème} année, n° 4, 1960, p. 688 s. « *Du point de vue de la subjectivité caractéristique de l'acte de travail, nous pensons que l'élément ressenti d'une certaine contrainte est spécifique et différencie les activités et différencie les activités de travail de celles qui leur sont extérieures, comme l'ont souligné Wallon, Meyerson, Hearnshaw. En ce sens, le travail, dans la mesure où il implique une contrainte, se différencie en bien des cas de l'action, qui est liberté* ». V. aussi, s'agissant de la doctrine sociale de l'Eglise, à propos du travail, ce rappel : le travailleur « *doit fournir intégralement et fidèlement tout le travail auquel il s'est engagé* » (Encyclique *Rerum Novarum*, 1891).

⁴²⁴ A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, Livre III, tit. 1, règle II : Paris, Henry Le Gras, 1637, p. 64 : « *On lie les bœufs par les cornes, & les hommes par les paroles, & autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain* ».

⁴²⁵ D. GARDES, « *Le bénévolat, un " véritable " travail ? Aspects juridiques* » : *Empan*, 2/2009 (n° 74), p. 136 s. : « *En retenant le critère de « l'obligation » pour définir le travail et le distinguer de l'activité, il est alors possible de parler de « travail » pour le travail scolaire car l'école est obligatoire, de « travail » dans la sphère domestique si l'on part du principe que l'éducation des enfants est attachée à l'autorité parentale, ou de « travail » pour le bénévolat ou le volontariat lorsqu'un contrat de bénévolat ou de volontariat est conclu avec l'association* ». V. égal. A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi* : Flammarion, 1999, p. 88.

⁴²⁶ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations : *Defrénois* 2018, 10^{ème} éd., p. 234, n° 435.

seconde à l'accomplissement d'une activité. Ainsi en est-il d'une personne qui aide son frère à abattre un arbre, d'une personne qui aide un ami à clôturer un champ ou une personne qui aide à organiser un concours organisé par sa commune. La personne n'y est pas *obligée* ; elle n'y a même pas *intérêt*⁴²⁷ ; mais elle le *souhaite*. Dans ces cas, l'existence d'une convention tacite d'assistance⁴²⁸ (voire d'un contrat⁴²⁹) a été caractérisée. Pourtant, si l'on retient une définition stricte du lien de droit, la qualification de travail peut être écartée, au profit de l'activité ou de l'assistance⁴³⁰ ; le Code rural retiendra, dans le cadre de l'entraide agricole, la « participation »⁴³¹. Il semble que ces cas puissent être rejetés de la qualification de travail si, reprenant le postulat en vertu duquel le contrat s'inscrit dans un lien de droit, on vérifie si l'absence de fourniture de l'activité peut être sanctionnée. *Le travail serait donc cette* « activité juridiquement contrainte »⁴³². À ce critère d'obligation, a d'ailleurs été adjoint un critère d'utilité⁴³³.

Si nous souscrivons à la conception selon laquelle le travail est une activité juridiquement contrainte, cela ne nous est pourtant pas d'une aide véritable dans la démarche de la démarcation. En effet, la définition contextuelle en vertu de laquelle le travail est cette activité à laquelle on s'est engagé ou dans laquelle on est engagé n'est pas opérante pour cerner *a contrario* l'appartenance du salarié à l'entreprise. Puisque celle-ci procède du contrat de travail, comme nous l'avons vu⁴³⁴, elle implique elle-même un engagement contraint. En cela, elle ne se démarque pas du travail. Il convient donc de déceler l'essence du travail et de l'adjoindre à cette définition juridique contextuelle.

⁴²⁷ Le critère de l' « intérêt exclusif » est en effet requis pour l'opération de qualification de la convention d'assistance bénévole (v. par ex. Civ. 2^{ème}, 12 sept. 2013 : pourvoi n° 12-23.530, inédit).

⁴²⁸ Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995 : pourvoi n° 93-19.142, inédit. – Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1998 : pourvoi n° 96-11.223, Bull. I, n° 15.

⁴²⁹ Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993 : pourvoi n° 91-12.131, Bull. I, n° 42.

⁴³⁰ Pour une position en ce sens, v. D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ 2013*, p. 289.

⁴³¹ C. rur., art., L. 321-13.

⁴³² A. SUPIOT, Le travail, liberté partagée : *Dr. soc. 1993*, p. 715 s., spéc. p. 721.

⁴³³ D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ 2013*, p. 337. L'auteur développe et prolonge la définition retenue par ALAIN SUPIOT.

⁴³⁴ V. *supra* n° 66.

83. Ajout de l'élément essentiel : le *facio*. L'essence du travail humain apparaît par opposition à ce que la doctrine catholique a pu appeler le travail spirituel qui renvoie, lui, au travail de l'âme. « *Travailler, c'est faire* »⁴³⁵. Les contours du travail humain sont révélés dans le face-à-face avec le travail spirituel. L'homme est renvoyé, dans une dimension temporelle, à remplir la loi générale du travail révélée par Dieu et à *faire lui-même*. « *A force de peines tu en tireras subsistance* »⁴³⁶. Le travail entendu généralement pourrait alors se définir *a minima*⁴³⁷ par l'aphorisme suivant : « je dois faire ». Le travail apparaît alors comme un *facio*, c'est-à-dire une activité certes obligée, mais surtout positive et individuelle qui trouve sa traduction juridique dans l'obligation de faire⁴³⁸. Cela fait directement écho à ce que nous avons rappelé en préambule, à savoir que le travail renvoie nécessairement *même pour le juriste* « à une application à la tâche et à un effort à accomplir »⁴³⁹. Le contexte (la contrainte juridique) ne doit pas occulter l'essence (le *facio*). C'est qu'il y a indéniablement un *geste* dans le travail, et ce geste peut tout aussi bien désigner le travail manuel comme le travail dit « intellectuel »⁴⁴⁰. Pour preuve de l'importance de ce geste en droit du travail, rappelons que l'employeur qui se refuserait à donner la moindre tâche au salarié commettrait une violation de ses obligations contractuelles qui autoriserait la rupture

⁴³⁵ H.-D. LACORDAIRE, Du double travail de l'homme, in 52^{ème} Conférence de Notre Dame de paris. Œuvres du R. P. H.-D. Lacordaire : Paris 1872.

⁴³⁶ Gn 3,17, in La Bible de Jérusalem : Cerf 2000, p. 24 (Nous soulignons). A travers ce texte, c'est « chacun de nous » qui est renvoyé à son travail quotidien (J.-F. COLLANGE, A la sueur de ton front : le travail et la peine selon Génèse 3, 17-19 : *Autres Temps* 1993, p. 20 s., spéc. p. 22).

⁴³⁷ Nous ne sommes pas guidés par les problèmes qui sous-tendent tout effort de définition du travail, qui semble perpétuellement condamné à subir un mouvement de balancier entre largesse et étroitesse : que le travail soit appréhendé largement et il perd en rigueur, qu'il soit appréhendé strictement et il perd en aptitude. Une définition *a minima* nous suffit dans le cadre de cette étude puisque le but de celle-ci est, dans un premier temps, de cerner *a contrario* l'appartenance à l'entreprise (Partie 1 – Titre 1 – Chapitre 2) avant, dans un deuxième temps, de la définir positivement (Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 1).

⁴³⁸ N. ANCIAUX, Entre subordination et indépendance, réflexions sur les contrats de travail, d'entreprise et de mandat : *Dr. soc.* 2020, p. 157 s. *Rappr.* P. PUIG, Le contrat d'entreprise, in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, dir. L. ANDREU et M. MIGNOT : *Institut Varenne* 2017, p. 115 s., spéc. p. 127.

⁴³⁹ P.-Y. VERKINDT, Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux. Petite chronique d'humeur pour commencer pour l'année : *JCP S* 2009, act. 41.

⁴⁴⁰ Même si le droit du travail ne connaît pas cette distinction puisqu'il considère les travailleurs intellectuels comme des travailleurs ordinaires, L. DRAI, Le travail intellectuel : *LGDJ* 2005, spéc. p. 9, n° 9.

de son contrat par le salarié, par prise d'acte ou par demande de résiliation judiciaire du contrat de travail⁴⁴¹. C'est, finalement, ce que les autres sciences sociales avaient décelé en appréhendant, en tout état de cause, le travail comme une affaire humaine⁴⁴² : l'homme le réalise. Activement et individuellement. S'il nous a été impossible de reprendre à notre compte une définition préexistante en raison de la multiplicité des manifestations juridiques du travail, ce qui était nécessaire à cette étude a cependant été atteint, à savoir l'élaboration d'une définition *a minima* du travail.

84. Signification en « miroir » de l'appartenance du salarié à l'entreprise. *A contrario* de cette définition, il apparaît que l'appartenance du salarié à l'entreprise n'est pas un faire individuel : elle se caractérise donc par ses dimensions passive et commune. On retrouve d'ailleurs les mêmes caractères dans le modèle d'appartenance qu'est la nationalité, puisque sauf modes particuliers d'acquisition de celle-ci, il n'est pas demandé au français d'être actif pour que son rattachement naisse, se maintienne et produise des effets de droit. N'est pas détaché de l'État le français *qui ne fait pas*, c'est à dire qui ne s'engage pas dans une action individuelle en participant à la vie de la Nation. Également, la nationalité ne permet pas au français de se distinguer des autres français. Au contraire, elle est envisagée de façon commune : n'est pas détaché de l'État le français qui fait moins que les autres et qui bénéficie d'une moindre reconnaissance sociale ; n'est pas rattaché plus intensément le français qui fait plus que les autres et qui bénéficie d'une meilleure reconnaissance sociale. Tous appartiennent, qu'importe qu'ils *fassent* ou non. On discerne que le rattachement à un État ou à une entreprise, que l'appartenance juridique ne souffre ni modulation ni degrés. *On n'appartient ou on n'appartient pas*. D'ores et déjà, il apparaît que la présente étude se distingue de ceux qui envisagent l'appartenance comme étant graduelle⁴⁴³. Dès lors que l'individu appartient, il ne lui est pas demandé plus que cette appartenance-là : l'individu n'a pas à se maintenir dans le rattachement ou à optimiser son rattachement par son *facio*, son faire individuel. La dimension passive de l'appartenance juridique, que l'on avait déjà

⁴⁴¹ F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail : LGDJ 2020, 7^{ème} éd., p. 461, n° 546* ; v. par ex. Soc. 4 déc. 2019 : pourvoi n° 18-15.947, inédit.

⁴⁴² V. supra n° 77.

⁴⁴³ Par ex. J.-C. JAVILLIER, *L'obligation de loyauté des cadres : Dr. ouv. 1977, p. 133*, qui expose qu'il est demandé aux cadres « *une appartenance plus complète à l'entreprise* ». L'appartenance à l'entreprise est ici confondue avec l'obligation de loyauté.

esquissée⁴⁴⁴, se trouve donc pleinement confirmée. C'est cette essence, plus que son caractère de *juridicité*, qui s'est révélée avantageuse pour notre entreprise de démarcation, car puisqu'appartenance (du salarié) et travail (du salarié) s'inscrivent tous deux dans un cadre de contrainte juridique (le contrat de travail)⁴⁴⁵, ils ne pouvaient que se distinguer sur leur essence.

Il convient à présent, toujours dans le cadre d'un raisonnement « en miroir », d'apprendre de la place occupée dans l'entreprise par le travail.

§2 : La place du travail dans l'entreprise

85. La centralité du travail dans la société. La réflexion sur la place du travail dans la société est rebattue, presque éculée et certainement sans fin. Mais elle acquiert aujourd'hui une acuité particulière : « *la montée spectaculaire et durable du chômage dans la plupart des sociétés industrielles conduit naturellement à s'interroger sur la place du travail dans notre société, sur son rôle et sa centralité* »⁴⁴⁶. Une tendance émerge : celle de redonner au travail sa *juste place*⁴⁴⁷. La difficulté est toutefois toujours la même, à savoir que le travail possède plusieurs fonctions : un rôle économique de production et de répartition des richesses, mais aussi d'insertion du travailleur dans la société⁴⁴⁸. Nous ajouterons également que le travail a un rôle supplémentaire d'individualisation, directement hérité de son essence, du *facio* : il permet à l'homme de se situer, par sa propre action, par rapport aux autres. Choisir son travail et l'exercer est la façon pour une personne de s'individualiser. Il est donc

⁴⁴⁴ V. *supra* n° 5.

⁴⁴⁵ Sur le fait que l'appartenance du salarié à l'entreprise n'a vocation ni à modifier les critères du contrat de travail ni la qualification de salarié, v. *supra* n° 10.

⁴⁴⁶ Introduction in *Le monde du travail : La découverte, 1998, p. 13.*

⁴⁴⁷ A. VAN REETH, Les nouveaux chemins de la connaissance, Peut-on échapper au travail ? (4/4) : réinventer le travail [enregistrement vidéo] [en ligne], 23 janv. 2014, France culture. Disponible sur : <http://www.franceculture.fr/emissions/les-nouveaux-chemins-de-la-connaissance/peut-echapper-au-travail-44-reinventer-le-travail>.

⁴⁴⁸ Sur les trois premiers, V. le rapport « Boissonnat » (*Le travail dans vingt ans : Ed. O. Jacob 1995, p. 10*).

certain que le travail remplit plusieurs fonctions et significations⁴⁴⁹. La centralité du travail, dans la société, n'est plus à rapporter⁴⁵⁰ ; elle est d'ailleurs constamment réaffirmée⁴⁵¹. Le travail apparaît comme un élément central tant dans la société, dans le rapport vertical qu'il génère (en travaillant, l'individu apporte sa contribution, développe son sentiment d'appartenance à la société)⁴⁵² que dans le rapport horizontal qu'il établit (le travailleur connaît le travail de l'autre et donc le reconnaît⁴⁵³).

86. La centralité du travail dans l'entreprise : centralité actuelle. Cette centralité du travail se retrouve également dans l'entreprise. Des sciences sociales autres que la science juridique, on apprend que le travail est un facteur d'appartenance à la société des hommes⁴⁵⁴. Il est aussi un facteur d'appartenance au sein du sous-groupe que représente l'entreprise. On

⁴⁴⁹ D. MEDA, Comment mesurer la valeur accordée au travail ? : *Rev. Sociologie [En ligne], n°1, vol. 1, 2010* : URL : <http://sociologie.revues.org/237>. V. aussi A. VAN REETH, Les nouveaux chemins de la connaissance, « Peut-on échapper au travail ? (4/4) : réinventer le travail » [enregistrement vidéo] [en ligne], 23 janv. 2014, France culture. Disponible sur : <http://www.franceculture.fr/emissions/les-nouveaux-chemins-de-la-connaissance/peut-echapper-au-travail-44-reinventer-le-travail>.

⁴⁵⁰ R. CASTEL, Centralité du travail et cohésion sociale : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994, p. 50 s.* ; Rapp. du Conseil Economique et Social, La place du travail : *Doc. fr. 2003, II-5, II-45 et II-99* ; D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ 2013, p. 85*.

⁴⁵¹ Rapp. du Conseil Economique et Social, La place du travail : *Doc. fr. 2003, I-5* : « Par-delà les mutations à l'œuvre et les permanences du travail, le Conseil estime de ce fait, et en préalable à toute réflexion, nécessaire de réaffirmer la place centrale du travail et des valeurs qui s'y attachent, tant pour les individus que pour la collectivité nationale ».

⁴⁵² D. MEDA, Le travail, une valeur en voie de disparition ? : *Flammarion 2010, p. 23*.

⁴⁵³ Sur ce point, v. not. M. B. CRAWFORD, Eloge du carburateur. Essai sur le sens et la valeur du travail : *Ed. La Découverte 2010, p. 21* : « J'avais là une preuve tangible de l'efficacité de mon intervention et de ma compétence. Les conséquences de mon travail étaient visibles aux yeux de tous, et donc personne ne pouvait douter de ladite compétence ». Adde S. PAUGAM, Introduction in *De la division du travail social : PUF 2013, p. 16* ; E. DURKHEIM, De la division du travail social : *PUF 2013*. V. spéc. S. PAUGAM, Introduction in *De la division du travail social : PUF 2013, p. 15 s.*

Comp. Sur la puissance pacificatrice du travail et sur la puissance coopératrice du travail qui rend capable la coopération du travailleur avec celui dont tout le sépare, v. F. FISCHBACH, Le sens du social. Les puissances de la coopération : *Lux Humanités 2015*.

⁴⁵⁴ D. MEDA, Une mise en perspective de la valeur travail, in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT : *LGDJ 1998, p. 33 s., spéc. p. 37* : « l'exercice d'un travail est aujourd'hui la condition majeure d'appartenance sociale ». V. égal. R. CASTEL, Travail et utilité au monde, in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT : *LGDJ 1998, p. 15*.

appelle ainsi à saisir, au sein de l'entreprise, la « *réalité travail* »⁴⁵⁵. Le travail serait ce qui relie le travailleur à l'entreprise. « *En travaillant, l'homme s'intègre et marque son appartenance à un groupe et à une communauté. Son appartenance à un groupe que l'on qualifiera de « culturel » en raison de (...) l'appartenance à une collectivité de travail, à une communauté professionnelle. Elle se traduit par (...) la réalisation d'un travail au sein d'un même lieu ou d'une même entreprise soumise à des règlement identiques* »⁴⁵⁶. C'est au sein de l'entreprise que le travail sera échangé puisque « *l'entreprise peut être définie, intuitivement, comme le lieu où le travail a vocation à faire l'objet d'un échange* »⁴⁵⁷. Il est presque tautologique de dire que l'entreprise tourne autour du travail mais le fait est que le Professeur SUPLOT a justement rappelé qu'« *il n'y a pas plus de travailleur sans entreprise que d'entreprise sans travailleur* »⁴⁵⁸. L'entreprise est tout à la fois le produit de celui-ci et l'entité qui le transforme. On a fort habilement rapproché la relation de travail dans l'entreprise de la règle des trois unités d'action, de temps et de lieu qui structure le théâtre classique⁴⁵⁹ : l'entreprise serait ainsi travail, lieu de travail et temps de travail⁴⁶⁰. Le travail érige dans l'entreprise, en quelque sorte, un « *collectif* »⁴⁶¹. Il semble même que cette centralité du travail est pleine de puissance puisqu'elle demeure à mesure que les frontières de l'entreprise s'estompent pourtant.

⁴⁵⁵ G. FRIEDMANN, Qu'est-ce que le travail ? : *Annales Economies, sociétés, civilisations* 1960, n° 4, p. 692.

⁴⁵⁶ D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ* 2013, p. 71.

⁴⁵⁷ G. DUCHANGE, Le concept d'entreprise en droit du travail : *Planète social* 2014, p. 1, n° 1.

⁴⁵⁸ A. SUPLOT, Introduction : L'entreprise face au Marché total, in *L'entreprise dans un monde sans frontières : perspectives économiques et juridiques*, dir. A. SUPLOT : *Dalloz* 2015, p. 15 s., spéc. p. 17.

⁴⁵⁹ BOILEAU, en 1674, rappelait cette règle dans l'Art poétique : « *qu'en un lieu, qu'en un jour, un seul fait accompli tienne jusqu'à la fin le théâtre rempli* ».

⁴⁶⁰ Rapp. du Conseil Economique et Social, La place du travail : *Doc. fr.* 2003, p. II-113.

⁴⁶¹ Rapp. du Conseil Economique et Social, La place du travail : *Doc. fr.* 2003, II-63. Déjà, le rapport estimait que « *le travail constitue un lieu de convivialité, permettant d'exister dans une communauté de travail et d'en partager sa part de fraternité intrinsèque* » (II-46). On peut dès lors se demander si le collectif ne prendrait pas, finalement, le pas sur le travail. « *Pour certains auteurs, ce n'est pas le travail accompli isolément qui exerce sur l'individu des conséquences bénéfiques, c'est le groupe de travail, c'est la collectivité constituée par l'usine* » (G. FRIEDMANN, Qu'est-ce que le travail ? : *Annales Economies, sociétés, civilisations* 1960, n° 4, p. 698). Le travail créerait le collectif, qui prendrait ensuite le relais sur le travail.

87. La centralité du travail dans l'entreprise : centralité à venir ? Le bouleversement des frontières de l'entreprise n'est plus à démontrer⁴⁶². Dans ce contexte, le travail peut-il s'imposer comme une référence qui permet de reconstruire ? Force est de reconnaître que là où les murs de l'entreprise reculent (i.e télétravail), le travail demeure. Le « travail en réseaux », né de l'abolition des distances physiques et du développement des nouvelles technologies⁴⁶³, ne permet-il pas de contrebalancer l'effacement des frontières ? De même, là où le statut existant dans l'entreprise s'estompe⁴⁶⁴, le travail demeure. Là où la figure de l'employeur unique se fissure (i.e mise à disposition de personnel), le travail demeure. Ce n'est pas seulement qu'il demeure, c'est même qu'il unit par-delà les évolutions de l'entreprise : qu'ont en commun un salarié d'une entreprise A qui serait détaché dans une entreprise B, sans qu'un second contrat de travail soit conclu, comme il est de principe en matière de mise à disposition de personnel⁴⁶⁵, et les salariés de cette entreprise B ? Non pas un même employeur mais un même travail et une même participation à l'activité économique de l'entreprise B. La centralité du travail dans l'entreprise semble ressortir renforcée des perturbations actuelles que connaît l'entreprise. On ne peut plus ignorer que des communautés de travail « trans-entreprises » se forment⁴⁶⁶.

88. Anticipations. Poursuivant notre raisonnement « en miroir », il nous est dès lors possible de situer, dans l'entreprise, par rapport au travail, l'appartenance juridique. Contrairement au travail, elle ne revêt ni évidence ni centralité. Elle apparaît, pour ainsi dire, en comparaison avec celui-ci insignifiante ; nous comprenons dès lors qu'elle n'ait fait l'objet d'aucune étude autonome. Dès lors, deux remarques découlent du constat de la centralité du travail dans l'entreprise. Premièrement, nous avons conscience que l'appartenance subira, au cours de cette étude consacrée à sa définition et sa mise en œuvre, la concurrence du « geste travail » ; il est en effet à craindre, eu égard à la centralité du travail,

⁴⁶² V. not. Les frontières de l'entreprise, Rencontre annuelle des juristes de droit du travail du 8 déc. 2000 : *Dr. soc. 2001*, p. 471 s.

⁴⁶³ A. SUPLOT, Introduction : L'entreprise face au Marché total, in *L'entreprise dans un monde sans frontières : perspectives économiques et juridiques*, dir. A. SUPLOT : *Dalloz 2015*, p. 15 s., spéc. p. 21.

⁴⁶⁴ On pense aux salariés qui travaillent ensemble mais ne sont pas soumis aux mêmes règles conventionnelles.

⁴⁶⁵ V. infra n° 213.

⁴⁶⁶ F. GAUDU, Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise : *Dr. soc. 2001*, p. 471 s., spéc. p. 474.

qu'une vision proximale, concrète du rapport à l'entreprise (fondée sur le travail) entre à un moment donné en lutte avec elle. Nous anticipons l'existence d'un mouvement de re-matérialisation de l'appartenance juridique à l'entreprise, qui chercherait à réinjecter du concret, du *facio* dans la perception du rattachement à cette entité⁴⁶⁷. Il sera répondu en son temps à ce mouvement, une fois que l'appartenance du salarié à l'entreprise sera véritablement définie et non plus seulement esquissée. Deuxièmement, nous percevons que la centralité du travail peut être un frein *a priori* au développement et à la reconnaissance d'un autre moyen de rattachement du salarié à l'entreprise, plus abstrait et transcendant (ce qu'est l'appartenance du salarié à l'entreprise)⁴⁶⁸. Il nous est alors nécessaire à ce stade de légitimer *a priori* cette appartenance, de lui ménager, avant même que l'on sache encore ce qu'elle est exactement, une place dans la détermination du rapport entre l'individu et l'entreprise. Pour cela, il nous faudra *relativiser le travail*. En effet, diminuer l'importance du premier permet à la seconde de conquérir sa place, sa légitimité. Ce qui sera réalisé immédiatement.

89. Conclusion de section. Identifier le travail était un préalable nécessaire et indispensable à l'analyse de l'appartenance du salarié à l'entreprise. En effet, puisqu'il a été établi au précédent chapitre que cette appartenance se dissociait du travail, en identifiant le travail, nous éclairons cette première « en négatif ». S'il n'a pas été aisé, en raison de la diversité de ses définitions extra-juridiques et de ses manifestations juridiques, de saisir la signification du travail, une définition *a minima* (suffisante pour notre étude) de ce dernier a pu être dégagée : celle d'un *facio* (d'un faire individuel). L'appartenance du salarié à l'entreprise bien que procédant du même acte juridique, le contrat de travail, se distingue donc du faire individuel du salarié. Insuffisant à définir en lui-même la notion d'appartenance à l'entreprise, cet apport permet toutefois d'en cerner les contours. Mais ce travail (le *facio*) n'est pas qu'un révélateur commode ; il est également un obstacle encombrant. En effet, sa centralité est telle qu'elle nous impose, préalablement à toute tentative d'une définition positive, de le relativiser, sans quoi sa notion concurrente qu'est

⁴⁶⁷ C'est d'ailleurs ce qu'il adviendra (Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 2).

⁴⁶⁸ Sur l'essence transcendante et abstraite de l'appartenance juridique (quelle qu'elle soit), v. *supra* n° 7.

l'appartenance du salarié à l'entreprise n'aurait aucune légitimité. Avant de définir ce qu'est cette appartenance, il convient d'autoriser cette entreprise de définition.

Section 2 : Relativiser le travail pour autoriser l'appartenance du salarié à l'entreprise

90. « Avec le recul, la portée du travail apparaît pourtant très relative »⁴⁶⁹ nuance le sociologue. « Une crise de la société fondée sur le travail (au sens économique) oblige les individus à chercher ailleurs que dans le travail des sources d'identités et d'appartenance sociale »⁴⁷⁰ alerte le philosophe. Il y a-t-il également place, en droit du travail, pour une relativisation... du travail ? Comment le travail pourrait-il ne pas fonder seul, sur un plan conceptuel, le rattachement du salarié à l'entreprise... dans laquelle il travaille ? Pouvons-nous véritablement rechercher ailleurs que dans le geste travail, la prestation de travail ce qui fonde ce rattachement ou bien est-ce aller à l'encontre de l'essence même du droit du travail ?

Certains auteurs, extérieurs à la science juridique, ont pu se défier du travail. Leur voix doit être entendue du travailliste ; mieux, elle doit l'inspirer. Si le juriste n'est véritablement légitime qu'à manipuler une seule matière, la matière juridique, s'il a exclusivement pour rôle d'appliquer ou d'éclairer le Droit, il ne doit pas pour autant se cloîtrer dans sa discipline, au risque de rabâcher, de ratiociner et, surtout, de perdre en vision et réduire son horizon. Sans bâtir son entier raisonnement sur des apports extrajuridiques, il doit être attentif aux pensées, concepts des sciences « d'à côté », susceptibles d'être pour lui de véritables apparitions. « Regardons par-delà les frontières de notre discipline ; portons notre regard par-delà toutes les frontières »⁴⁷¹. Cette défiance à l'œuvre dans les sciences économiques, philosophiques ou sociologiques ouvre une brèche dans le front de la centralité du travail⁴⁷².

⁴⁶⁹ M. STROOBANTS, *Sociologie du travail : Armand Colin 2010*, p. 5.

⁴⁷⁰ A. GORZ, *Métamorphoses du travail : Gallimard 1988*, p. 165.

⁴⁷¹ F. GEA Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. *Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, t. 1, vol. 1 : *LGDJ Varenne 2009*, p. 2127, n° 832.

⁴⁷² Entre tous les auteurs ayant pris quelques distances avec la notion de travail, nous avons fait le choix de nous concentrer sur MARX, ARENDT et GRIMALDI, suffisants à eux trois pour susciter cette apparition.

Le juriste peut s'y engager et ensuite, en exploitant cette fois son matériau propre, prolonger le raisonnement et démontrer l'insuffisance du travail dans la matière juridique. Il nous est, en effet, apparu que le travail n'était pas autosuffisant et qu'il était inapte à justifier seul, sans l'appui de notions connexes, de notions-supports, de nombreux effets juridiques et à porter en lui une véritable valeur. La défiance envers le travail (§1) inspire une analyse juridique de son insuffisance (§2).

§1 : La défiance envers le travail

91. La défiance envers le travail, à l'œuvre dans les sciences philosophiques, économiques ou sociologiques s'exprime dans deux dimensions : elle est d'abord conceptuelle ; c'est le travail même dont on se méfie, qu'on relativise, en tant que fin ou que moyen (I). Mais la défiance s'exprime aussi dans une dimension contextuelle parce que l'appartenance à un groupement souligne qu'il n'y a pas de juste prix du travail : on relativise, vu la médiation du groupe, sa juste évaluation (II).

I. La défiance conceptuelle

92. Envisagée comme une *fin*, l'importance du travail peut être nuancée, soit en raison de la dimension aliénante dont on l'a chargé, soit en raison de l'infériorité dont on a pu le doter en comparaison d'autres activités humaines (A). Mais, outre une défiance du travail envisagé en tant que fin, le travail en tant que simple *moyen* peut également prêter le flanc à la critique (B).

A. Le travail en tant que fin

93. Le travail en tant que fin fait l'objet d'une défiance par certains. Le « travail aliéné » a pu être critiqué (1) tout comme le « travail improductif » (2).

1. *Le travail aliéné*

94. Le travail saisi par Marx. Le travail n'est pas uniquement appréhendé de façon positive. On peut trouver, jusque dans l'argumentation de ses partisans, des signes de son ambivalence. Le « travail aliéné » est une création de MARX. Il peut être surprenant d'invoquer Marx dans un raisonnement qui a justement pour but de relativiser le travail. MARX n'a-t-il pas récupéré la pensée hégélienne⁴⁷³, en vertu de laquelle le travail est l'essence de l'homme et qu'il lui permet « de se connaître », à ceci près que le sujet du travail n'est plus, ici, l'Esprit mais l'humanité elle-même ? En effet, pour le philosophe marxiste, « *le travail n'est pas celui de l'Esprit, mais le travail quotidien des hommes, le travail réel, réalisé avec des outils, de la sueur, de la douleur et de l'invention* »⁴⁷⁴. Une fois cette distinction rappelée, il n'en reste pas moins que le travail demeure, pour MARX, ce qui permet à l'homme d'exister car en recréant et en marquant la nature, il se sait homme. En estimant que le travail permet l'affirmation de l'homme, MARX relie donc, comme d'autres l'ont fait avant lui, l'humanité et le travail, dans un ensemble dense d'interdépendance et de solidarité⁴⁷⁵. Réduire la pensée de MARX sur le travail au simple fait que celui-ci serait l'essence de l'homme, c'est négliger tout un pan de sa réflexion qui cherche à démontrer la

⁴⁷³ K. MARX, Ebauche d'une critique de l'économie politique, Critique de la dialectique hégélienne et de la philosophie allemande, in Œuvres, Economie, t. 2 : Gallimard, coll. La Pléiade 1968, p. 125 s. C'est « *l'immense mérite de la Phénoménologie d'Hegel* » écrit-il (p. 125), d'avoir saisi la nature du travail et l'avoir rendue si nécessaire à l'homme. En effet, pour Hegel, le travail qui permettait de réaliser son humanité n'était pas le travail appréhendé comme un effort mais comme l'exercice de la Raison.

⁴⁷⁴ D. MEDA, Le travail, une valeur en voie de disparition ? : Flammarion 2010, p. 107.

⁴⁷⁵ K. MARX, Ebauche d'une critique de l'économie politique, Critique de la dialectique hégélienne et de la philosophie allemande, in Œuvres, Economie, t. 2 : Gallimard, coll. La Pléiade 1968, p. 125 : « *C'est précisément en façonnant le monde des objets que l'homme commence à s'affirmer comme un être générique. [...] L'objet du travail est donc la réalisation de la vie générique de l'homme. L'homme ne se recrée pas seulement d'une façon intellectuelle, dans sa conscience, mais activement, réellement, et il se contemple lui-même dans le monde de sa création* ».

dénaturation de ce travail. MARX consacre, en effet, une partie de son *Ebauche* au « *travail aliéné* »⁴⁷⁶. Cette forme de travail est à distinguer du travail libre, seule forme de travail acceptable pour MARX. Idéalement, l'homme doit arriver à dompter la nécessité et la contrainte et se distinguer de cette activité vitale qui est le propre de l'animal ; cette prise de conscience lui permettrait d'exister en tant qu'homme, de vivre de façon décente et de produire sans être guidé par le besoin physique⁴⁷⁷. Le travail libre, « *rêvé* »⁴⁷⁸, est, pour MARX, un objectif en tant que tel qui permet l'accomplissement de l'homme. Là où l'animal ne crée que selon ses besoins, l'homme sait façonner le monde des objets⁴⁷⁹ ; dit autrement, l'animal s'intéresse uniquement à la satisfaction, alors que l'homme recherche la création.

95. Le travail aliéné. Or, le monde du travail (l'exploitation du travail, dirait MARX), tel que le connaît MARX, au moment où il rédige son *Ebauche*, ne permet pas au travail libre de se développer. « *Marx construit une véritable opposition entre le vrai travail, qui est l'essence de l'homme, et la réalité du travail, celle qu'il observe tous les jours à Manchester, et qui n'en est qu'une forme aliénée* »⁴⁸⁰. Le travailleur ne possède, en réalité, ni l'objet de son travail, ni la maîtrise de son travail, ni même le ressenti de son travail, fractionné en autant d'unités de temps⁴⁸¹. Partant, la libre activité créatrice de l'homme serait dégradée au rang de moyen et le travail, idéalement liberté, asservirait finalement l'homme⁴⁸². De valeur d'affirmation, le travail deviendrait cause d'aliénation : « *l'homme devient étranger à*

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 56-70.

⁴⁷⁷ « *L'homme [en comparaison à l'animal] fait de son activité vitale elle-même l'objet de sa volonté et de sa conscience. Ce n'est pas une caractéristique avec laquelle il se confond immédiatement. L'activité vitale consciente distingue immédiatement l'homme de l'activité vitale de l'animal. C'est par là seulement qu'il est un être générique. Autrement dit, il est un être conscient et sa propre vie est pour lui est un objet précisément parce qu'il est un être générique. C'est seulement pour cela que son activité est activité libre* » (*ibid.*, p. 63).

⁴⁷⁸ D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail* : LGDJ 2013, p. 68.

⁴⁷⁹ K. MARX, *Ébauche d'une critique de l'économie politique, Critique de la dialectique hégélienne et de la philosophie allemande*, in *Œuvres, Economie*, t. 2 : Gallimard, coll. *La Pléiade* 1968, p. 64.

⁴⁸⁰ D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition ?* : Flammarion 2010, p. 107.

⁴⁸¹ A. BERTHOUD, *Travail et pauvreté chez Marx* : *Cah. d'économie politique* 2010, p. 141 s.

⁴⁸² K. MARX, *Ébauche d'une critique de l'économie politique, Critique de la dialectique hégélienne et de la philosophie allemande*, in *Œuvres, Economie*, t. 2 : Gallimard, coll. *La Pléiade* 1968, p. 63 : « *Le travail aliéné renverse ce rapport [de conscience], si bien que fait de son activité vitale, de son essence, un simple moyen de sa subsistance* ».

l'homme ». Étranger aux autres, étranger à l'essence humaine⁴⁸³. Pour MARX, la société capitaliste a détourné le travail de son véritable but. « *Si l'homme, comme être générique, peut être pensé dans un rapport positif à la nature qu'il tente de maîtriser, l'ouvrier placé dans un rapport de sujétion au propriétaire des moyens de production, est dans un rapport négatif : ce qu'il produit lui échappe* »⁴⁸⁴. Finalement, émanciper les classes laborieuses reviendrait à émanciper l'homme du travail tel qu'il le connaît... au nom du travail véritable, et c'est là l'acmé de l'utopie marxiste⁴⁸⁵. Voilà pourquoi MARX peut être invoqué dans un plaidoyer pour la reconnaissance d'une place pour une étude qui se détache du travail : car le travail est ici ambivalent. Ce dernier est une médaille à deux faces : il peut tout aussi bien perdre l'homme que le libérer.

2. Le travail improductif

96. Le travail, l'œuvre et l'action dans la pensée Arendtienne. L'exploitation même de la critique de MARX⁴⁸⁶ alimente notre thèse selon laquelle, nonobstant l'importance du travail, il y a place pour une étude fondée sur la dissociation, au moins partielle, entre le salarié et le travail, en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise. ARENDT a regretté que l'émancipation du travail n'ait pas abouti à son égalité avec d'autres activités humaines qui composent la *vita activa*⁴⁸⁷, mais à sa prédominance à peu près incontestée⁴⁸⁸. Elle a distingué par strates successives, de plus en plus élevées et de plus en plus nobles,

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁸⁴ B. FLACHER, Travail et intégration sociale : *Bréal 2008*, p. 24.

⁴⁸⁵ Être émancipé du travail signifie ici « être émancipé de la nécessité » (H. ARENDT, Condition de l'homme moderne : *Calmann-Lévy, Pocket 1983*, p. 181). Et l'auteur poursuit « *Que l'émancipation du travail à l'époque moderne non seulement échoue à instaurer une ère de liberté universelle mais aboutisse au contraire à courber toute l'humanité pour la première fois sous le joug de la nécessité, c'est un danger que Marx avait bien aperçu lorsqu'il soulignait que le but de la révolution ne pouvait pas être l'émancipation déjà accomplie des classes laborieuses et qu'elle devait consister à émanciper l'homme du travail. Au premier abord ce but paraît utopique : le seul élément strictement utopique de la doctrine de Marx* ».

⁴⁸⁶ Arendt ne débute-t-elle pas son chapitre III, concerné au travail, en précisant qu'« *on trouvera dans ce chapitre une critique de Karl Marx* » ?

⁴⁸⁷ Par opposition à la vie contemplative de l'Antiquité.

⁴⁸⁸ H. ARENDT, Condition de l'homme moderne : *Calmann-Lévy Pocket 1983*, p. 178.

L'*animal laborans* (le travailleur, qui utilise son corps), l'*Homo faber* (l'artisan, qui œuvre de ses mains) et l'homme d'action (l'homme politique, qui agit pour le vivre ensemble)⁴⁸⁹. ARENDT établit une classification hiérarchique des résultats de la mise en action de l'homme. L'œuvre y est abordée positivement⁴⁹⁰. Elle participerait de la durabilité du monde ; les objets qu'elle produirait ne seraient pas anéantis dès qu'ils seraient consommés. L'œuvre n'aurait toutefois qu'une supériorité relative. Elle serait transcendée par l'action qui serait la révélation de la personne⁴⁹¹, « the disclosure of who » pour reprendre l'expression originale. Reliée à la parole, elle révélerait l'homme comme instigateur et régisseur. L'homme qui veut exister doit apparaître, être vu et entendu dans un domaine public. L'homme doit investir l'espace d'apparence, entrer en action, pour devenir *citoyen*.

97. Le travail improductif. Le travail ⁴⁹² est, dans la pensée Arendtienne, improductif. « *Le pur temps contraint improductif dans la productivité même. Il fallait distinguer entre le travail et l'œuvre, distinction que toutes les langues portent, car ce qu'ignorent les théoriciens, le langage le sait* »⁴⁹³. Le travail est ici déprécié : il est une activité indéfiniment répétitive et dédiée à la satisfaction des nécessités vitales. Condamné à produire du périssable, il est, avec la consommation, l'un des deux stades d'un processus biologique circulaire. ARENDT n'écrit-elle pas que « *c'est la marque de tout travail de ne rien laisser derrière soi, de voir le résultat de l'effort presque aussitôt consommé que l'effort est dépensé* »⁴⁹⁴ ? L'*homo laborans* lutterait pour sa survie, là où l'*homo faber* faciliterait et démultiplierait ce projet, tout en construisant un monde pérenne, fait d'objets durables qui survivent à l'activité humaine⁴⁹⁵. Pour ARENDT, l'émancipation du travail à l'époque moderne échoue non seulement à instaurer une ère de liberté universelle mais aboutit au contraire au joug de la nécessité⁴⁹⁶.

⁴⁸⁹ A. CUGNO, Le sens enfoui du travail : *Rev. projet 2006*, n° 291, p. 59 s.

⁴⁹⁰ H. ARENDT, Condition de l'homme moderne : *Calmann-Lévy Pocket 1983*, p. 187 s.

⁴⁹¹ H. ARENDT, Condition de l'homme moderne : *Calmann-Lévy Pocket 1983*, p. 231 s.

⁴⁹² H. ARENDT, Condition de l'homme moderne : *Calmann-Lévy Pocket 1983*, p. 123 s.

⁴⁹³ A. CUGNO, Le sens enfoui du travail : *Rev. projet 2006*, n° 291, pp. 59-66.

⁴⁹⁴ H. ARENDT, Condition de l'homme moderne : *Calmann-Lévy Pocket 1983*, p. 131-132.

⁴⁹⁵ P.-O. MONTEIL, Considérations sur le travail aujourd'hui, sous l'angle de son action civilisatrice : *Autres Temps 2003*, vol. 76, p. 175-190.

⁴⁹⁶ H. ARENDT, Condition de l'homme moderne : *Calmann-Lévy, Pocket 1983*, p. 181.

Si l'on met en perspective les trois notions, travail, œuvre et action, qui sont autant de temps, l'action serait la seule à se détacher d'une relation uniquement interpersonnelle pour impliquer le monde⁴⁹⁷. Glorifier le travail apparaît donc, à l'aune de cette conception, au mieux comme une négation de la distinction travail/œuvre, au pire comme un retournement dommageable de la modernité par rapport à ce que l'histoire a pu connaître⁴⁹⁸.

Mais, si la présentation du travail en tant que fin est critiquable, celle du travail en tant que moyen l'est tout autant.

B. Le travail en tant que moyen

98. Au sein même des partisans du travail au rang desquels SMITH et LOCKE, le travail est toujours associé à une finalité : acquisition de la propriété pour LOCKE et des richesses pour SMITH. Il n'est qu'un moyen qui peut, qui plus est, être discuté. En effet, envisager le travail comme un moyen, et non une fin, c'est déjà tempérer la complétude du travail. Mais, surtout, le travail ne se présente pas toujours comme un moyen suffisant. Il peut se révéler insuffisant tant dans l'acquisition de la propriété que dans la création des richesses.

99. L'insuffisance du travail dans l'acquisition de la propriété. S'agissant de l'acquisition de la propriété, « *l'idée du travail comme manifestation de la liberté individuelle remonte à Locke, qui avait fondé le droit de propriété non plus sur des ordres établis, mais précisément sur l'exercice de ses facultés par chaque individu* »⁴⁹⁹. Pour LOCKE en effet, l'homme devient individuellement et naturellement propriétaire par le travail. En travaillant, l'homme participe à une création nouvelle, sort les biens de l'état

⁴⁹⁷ « Arendt oppose ces concepts [d'action (action) et de parole (speech)] à ceux de travail (labor) et d'œuvre (work), en ce qu'ils ne mettent en présence que des rapports interpersonnels au lieu de confronter les hommes avec le monde matériel naturel ou avec les artefacts produits par les humains » (Y. SINTOMER, Pouvoir et autorité chez Hannah ARENDT : *L'homme et la société* 1994, p. 117-131).

⁴⁹⁸ Comp. A. CUGNO, Le sens enfoui du travail : *Rev. projet* 2006, n° 291, p. 59 s. : « Nous ne pensons pas en effet qu'on puisse maintenir le travail, même en lui conservant la définition du labeur, dans le mépris où Hannah Arendt tient l'animal laborans ».

⁴⁹⁹ D. MEDA, Le travail, une valeur en voie de disparition ? : *Flammarion* 2010, p. 73.

naturel où ils se trouvent et se les approprie en conséquence. Il s'agirait d'une loi naturelle⁵⁰⁰. Le fondement de la propriété résiderait dans donc le travail⁵⁰¹.

100. La propriété originaire du travail attribuée à l'employeur. Mais si le travail était une force créatrice puissante, il ne serait pas un *moyen* mais une *fin* et, au lieu de mener à la propriété de façon dérivée, il permettrait au travailleur d'acquérir directement la propriété de ce qu'il produit. Or, on sait qu'environ 90% de la population active travaille sous la subordination d'autrui⁵⁰² et que l'employeur profite naturellement des produits de l'activité du salarié, qui est dédommagé par un salaire. C'est ainsi, hors hypothèse de création intellectuelle réalisée par un salarié⁵⁰³, que le contrat de travail, par le mécanisme de la location, a pour effet essentiel d'attribuer à l'employeur la propriété originaire du travail et de ses résultats⁵⁰⁴. Les produits du travail appartiennent donc originairement à l'employeur⁵⁰⁵. A charge pour le salarié d'acquérir ensuite la propriété en mobilisant le salaire qu'il a perçu grâce à son travail.

101. L'insuffisance du travail dans la création des richesses. S'agissant de la création des richesses, on sait que le travail a été défini comme le moyen principal d'augmentation

⁵⁰⁰ « Il même son travail à tout ce qu'il fait sortir de l'état dans lequel la nature l'a fourni et laissé, et il y joint quelque chose qui est sien ; par là il en fait sa propriété. Cette chose étant extraite par lui de l'état commun où la nature l'avait mise, son travail lui ajoute quelque chose qui exclut le droit commun des autres hommes » (J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement, Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. J.-F. SPITZ : PUF 1994, p. 22, n° 27).

⁵⁰¹ D. HUISMAN (dir.), « Locke », *Dictionnaire des philosophes* : PUF 2009, p. 1172.

⁵⁰² Source INSEE 2016, cité par G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, *Droit du travail* : Dalloz 2020, 34^{ème} éd., p. 1, n° 1.

⁵⁰³ V. J. LARRIEU, *Propriété du produit du travail du salarié et droit d'auteur* : RDT 2009, p. 442 s.

⁵⁰⁴ T. REVET, *L'objet du contrat de travail* : Dr. soc. 1992, p. 859 s., spéc. p. 868.

⁵⁰⁵ La théorie développée par CHATELAIN et en vertu de laquelle le travailleur est initialement propriétaire des produits du travail avant de les céder à l'employeur n'a pas été retenue par le droit positif qui n'admet aucun mouvement juridique de patrimoine à patrimoine. V. E. CHATELAIN, *Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail conforme aux principes du droit civil* : RTD civ. 1904, p. 313 et s. ; Une application de la nouvelle théorie du contrat de travail : RTD civ. 1905, p. 271 et s. Il écrit notamment que « le contrat expliquera que l'ouvrier ait cédé à l'entrepreneur, moyennant le prix convenu (salaire), sont droit à la propriété » (p. 338).

des richesses. SMITH (prolongeant la pensée de LOCKE⁵⁰⁶) a développé dans *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations* la « puissance productive » du travail⁵⁰⁷. Son postulat est que le travail plus que la terre ou le commerce est la seule source véritable de richesses en ce qu'il crée l'utilité et détermine la valeur des choses. La division du travail et la liberté du travail, deux composantes organisant le travail, permettent, dans l'œuvre de SMITH, de rendre celui-ci productif⁵⁰⁸. Mais le travail ne saurait être proprement productif s'il ne comptait pas sur la mobilisation préalable ou parallèle du capital. Le travail mobilisé de façon indépendante et autonome ne saurait être le moyen principal d'augmentation des richesses. Il doit reposer sur le capital, afin que celui-ci lui donne une certaine épaisseur et une réelle substance. SMITH lui-même avait nuancé son propos : si c'est le travail productif qui crée directement de la richesse, le capital est toutefois nécessaire car il permet d'employer le travail⁵⁰⁹.

II. La défiance contextuelle

102. Le raisonnement du philosophe. Confronté à la problématique du prix du travail dans la société, le Professeur Nicolas GRIMALDI a qualifié le travail de « *duperie* »⁵¹⁰. Il soutient, plus précisément, qu'il n'y a pas de juste prix du travail⁵¹¹. Déjà convaincu que l'argent ne pouvait être la mesure commune à des travaux différents⁵¹², il a dû ensuite se résoudre à constater qu'il n'existe pas de fondement aux différences de rémunération entre

⁵⁰⁶ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement, Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil* (trad. J.-F. SPITZ) : PUF 1994, p. 22 s., n° 27 s.

⁵⁰⁷ A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, t. 1 : Paris, Guillaumin 1888, p. 71 s.

⁵⁰⁸ V° « Smith », D. HUISMAN (dir.), *Dictionnaire des philosophes* : PUF 2009, p. 1704.

⁵⁰⁹ A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, t. 1 : Paris, Guillaumin 1888, p. 71 s. : « *Le nombre des travailleurs utiles et productifs est partout en proportion de la quantité du Capital employé à les mettre en œuvre, et de la manière particulière dont ce capital est employé* ».

⁵¹⁰ N. GRIMALDI, *Le travail, communion et excommunication* : PUF 1998, p. 244.

⁵¹¹ N. GRIMALDI, *Le travail, communion et excommunication* : PUF 1998, p. 252 s.

⁵¹² N. GRIMALDI, *Le travail, communion et excommunication* : PUF 1998, p. 211 s.

les professions et que rien d'objectif⁵¹³ ne peut par exemple expliquer dans une même société qu'un footballeur de ligue 1 gagne plus qu'un chef de clinique des facultés de médecine ou qu'un amiral⁵¹⁴.

103. Le raisonnement du juriste. Le raisonnement est juridiquement transposable à l'entreprise. Cette dernière est un regroupement particulièrement segmenté, notamment par la différence de statuts, de contrats et de catégories professionnelles. L'entreprise n'est pas, en droit du travail, appréhendée comme un cercle⁵¹⁵ dans lequel tous les salariés évolueraient indépendamment de leur situation personnelle, de manière relativement « égalitaire » en raison d'une appartenance commune. L'entreprise est, plutôt conceptualisée, comme une mosaïque convergeant vers une situation idéale dont les salariés sont plus ou moins proches. Au plus proche de cette situation idéale « type », où les meilleures éléments de la mosaïque se rejoignent, figurerait le salarié engagé sous contrat à durée indéterminée (la forme normale et générale de la relation de travail⁵¹⁶), à temps complet, travaillant effectivement, appartenant à une catégorie professionnelle valorisée et embauché depuis suffisamment longtemps pour bénéficier de la protection et des avantages que confère l'ancienneté (au premier rang desquels la majoration de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, le versement de l'indemnité complémentaire aux indemnités journalières de sécurité sociale et le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse). Actuellement ordonnancée en mosaïque (c'est-à-dire que l'entreprise est un ensemble d'un point de vue extérieur mais qu'en son sein elle se caractérise par une division, une fragmentation de statuts, de contrats, de catégories), l'entreprise devrait, selon nous, être également appréhendée, *en correction*, comme un cercle, comme un ensemble non seulement d'un point de vue extérieur mais également intérieur. « L'entreprise-cercle » se caractériserait, d'abord, et avant tout, par le constat de l'égalité des salariés parce qu'ils appartiennent au cercle du seul fait de leur commune pénétration à l'intérieur de cet

⁵¹³ Cette position de Nicolas GRIMALDI revient à considérer que le jeu du marché ne possède pas un caractère objectif.

⁵¹⁴ N. GRIMALDI, *Le travail, communion et excommunication* : PUF 1998, p. 253 s.

⁵¹⁵ V. déjà pour l'idée du cercle de l'entreprise, A. JEAMMAUD, *Du principe d'égalité de traitement des salariés* : *Dr. soc.* 2004, p. 694 s., spéc. p. 701 : « l'entreprise, c'est-à-dire le cercle des salariés d'un même employeur ».

⁵¹⁶ C. trav. art. L. 1221-2.

ensemble. Le cercle n'aurait toutefois pas vocation à se substituer à la représentation de l'entreprise comme mosaïque ; il l'atténuerait seulement.

104. Le raisonnement du juriste : l'absence de justification d'une différence substantielle de rémunération ou d'avantage entre catégories professionnelles. Le Code du travail ne fixe pas de fourchettes de rémunération ou d'indemnité en fonction de la catégorie professionnelle (ouvriers, employés, techniciens, agents de maîtrise, ingénieurs et cadres) et ne distingue donc pas entre elles. Les conventions collectives peuvent en revanche le prévoir. Les ingénieurs et cadres ressortent gagnants de cet ordonnancement. Une triple valorisation d'une catégorie, pour la détermination d'un même droit, peut même être certaines fois observée dans le cas de la détermination du montant d'une indemnité conventionnelle de licenciement : ainsi de la convention collective de l'alimentation et des industries alimentaires diverses⁵¹⁷ qui prévoit qu'un ouvrier/employé ne perçoit en tout état de cause qu'une indemnité équivalente à 2/10^{ème} de mois de salaire quelle que soit leur ancienneté alors qu'un cadre a droit à une indemnité égale à 4/10^{ème} (i) de mois de salaire (ii) portée à 6/10^{ème} au-delà de quinze ans d'ancienneté (iii).

Or, il n'existe pas, selon nous, de fondement à cette différence de rémunération entre les catégories. Là où Nicolas GRIMALDI échouait à trouver une justification des différences de rémunération entre les professions, nous échouons à dégager une justification des différences de rémunération entre les catégories professionnelles. Ni le temps de travail (à temps égal et légal de référence, les unes perçoivent plus que les autres), ni la pénibilité (il s'infère des dispositions conventionnelles que les catégories astreintes aux tâches les plus pénibles sont moins bien rémunérées), ni l'utilité (il s'infère des mêmes dispositions que les tâches les plus concrètes sont souvent moins bien rémunérées), ni la responsabilité (le salarié, fût-il cadre, bénéficie d'une irresponsabilité de principe⁵¹⁸) ne permettent de fonder la différence de rémunération entre catégories professionnelles au sein d'une même profession et par ricochet d'une même entreprise. Quant au critère du parcours professionnel et des diplômes

⁵¹⁷ CCN de l'alimentation : industries alimentaires diverses du 21 mars 2012, art. 8.

⁵¹⁸ Sur l'immunité du salarié à l'égard des tiers : Ass. Plén., 25 févr. 2000, *Costedoat* : pourvoi n° 97-17.378 et 97-20.152, Bull. AP, n° 2. – Ass. plén., 14 déc. 2001, *Cousin* : pourvoi n° 00-82.066, Bull. AP, n° 17. Sur la responsabilité pécuniaire du salarié à l'égard de son employeur, Soc. 21 oct. 2008 : pourvoi n° 07-40.809, Bull. V, n° 197.

détenus, il témoigne d'une appréciation subjective, l'expérience professionnelle pouvant aussi bien combler son absence, sinon le système de la validation des acquis de l'expérience n'aurait aucun objet.

105. Le raisonnement du juriste : l'absence de justification d'une différence substantielle d'avantages entre les salariés à temps complet ou à temps partiel. En raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, la rémunération du salarié à temps partiel répond à la règle de la proportionnalité. Mais la règle de la proportionnalité s'applique également à certains avantages distincts de la rémunération et dont l'obtention n'est pas dérisoire pour des salariés qui ne sont pas tout à fait dans l'emploi. Ainsi, en cas d'horaire inférieur à un mi-temps, le salarié bénéficie d'une prise en charge de son abonnement au prorata du nombre d'heures travaillées par rapport à un mi-temps⁵¹⁹. Est-ce à dire que le salarié bénéficie en parallèle d'un abattement de son abonnement consenti par la société de transport public ? Certes pas. Il coûtera plus cher à un salarié à temps partiel, qui ne répond pas au modèle du salarié au plus près du point zéro de l'entreprise, qu'à un salarié à temps complet d'aller travailler.

106. Le raisonnement du juriste : l'absence de justification d'une différence substantielle de protection entre les salariés à forte ou à faible ancienneté. Le salarié détenant une forte ancienneté sera, par opposition au salarié à faible ancienneté, mieux protégé⁵²⁰ alors que c'est pourtant ce dernier qui apparaît comme étant le plus exposé et le plus fragile. Le cas du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, régie par l'article L. 1235-3, est à cet égard symptomatique. Créé par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, cet article instaure une barémisation⁵²¹, faisant disparaître le barème à titre indicatif introduit par la loi Macron du 8 août 2016⁵²², qui enferme l'indemnité allouée par le juge destinée à compenser le préjudice né de la perte injustifiée de l'emploi entre deux bornes – indemnité minimale et indemnité maximale - et distingue dorénavant

⁵¹⁹ V. *infra* n° 89.

⁵²⁰ V. *infra* n° 116.

⁵²¹ Sur le recours au barème permettant de « normer les différentes évaluations jurisprudentielles », v. P. DEUMIER, Introduction générale au droit : *LGDJ 2019, 5^{ème} éd.*, p. 100, n° 97.

⁵²² F. FAVENNEC-HERY, Le droit du licenciement et les ordonnances portant sécurisation des relations de travail : *JCP S 2017, 1309*.

les montants de ces deux indemnités en fonction de l'ancienneté du salarié. Cette distinction, applicable aux licenciements prononcés postérieurement au 23 septembre 2017, est exclusivement fondée sur l'ancienneté alors que sous l'empire des dispositions antérieures, l'ancienneté n'était pour le juge, dans son évaluation souveraine de l'indemnité allouée, qu'un critère parmi d'autres. Bien que cette barémisation a été déclarée conforme à la Constitution⁵²³ et compatible avec les stipulations de la convention n° 158 de l'OIT⁵²⁴, cela n'en revient pas moins à dire que le préjudice de la perte de l'emploi est moindre pour le salarié à faible ancienneté alors même qu'il apparaît, sinon au contraire plus fragile que le salarié qui était installé durablement dans l'emploi et qui avait en outre déjà pu percevoir des primes ou des majorations d'ancienneté au cours de la relation de travail, au moins autant lésé que le salarié ayant une forte ancienneté puisque pour ces deux figures de salariés l'emploi est de toute façon perdu⁵²⁵.

De la littérature extra-juridique consacrée au travail ressort donc une défiance de cet objet d'étude. Dans une certaine mesure, cette défiance peut même être transposée dans l'entreprise. Alerté de ce qu'il est possible de se défier du travail, le juriste va le scruter plus avant et, dépassant l'évidence de sa centralité, constater son insuffisance. Il s'infère en effet de la littérature *juslaboriste* que le travail dépend d'autres notions pour exister juridiquement. Il ne se suffit pas à lui-même pour justifier certains effets juridiques.

⁵²³ Cons. constit. n° 2017-751, 7 sept. 2017.

⁵²⁴ Soc. avis, 17 juill. 2019 : pourvoi n° 19-70.010 ; *RTD civ* 2020, p. 59, obs. P. DEUMIER. Sur la résistance des juges du fond concernant l'application de ce barème par l'invocation de la convention n° 158 de l'OIT (préalable à l'avis précité), v. J. ICARD, La logique juridique n'est pas absente des jugements prud'homaux sur le barème : *SSL* 2019, n° 1846, p. 38 s.

⁵²⁵ Sur le caractère contestable de l'adoption d'un barème fondé sur le critère unique de l'ancienneté, v. J. GRANGE, La fixation des plafonds d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse : *JCP S* 2017, act. 233.

§2 : L'insuffisance de la notion de travail

107. La centralité du travail dans l'entreprise a été précédemment rappelée. C'est d'ailleurs ce constat qui a justifié cet effort de relativisation du travail. Mais envisagé dans son entier cadre juridique, le travail est-il réellement cette « *opération centrale dans le contrat de travail* »⁵²⁶ ? Il nous semble que son importance peut être juridiquement relativisée. Nous entrevoyons dans le travail une insuffisance notionnelle en ce qu'il apparaît dépendant d'autres notions assurant son effectivité, sans lesquelles il serait défailant. La notion de travail manque en tant que telle de substance : elle est insuffisante. Il lui faut s'inscrire dans l'espace comme dans le temps pour acquérir pleine dimension. Sans cette inscription, elle est une *notion molle* (I). La notion de travail subit également la compétition d'une notion voisine, la subordination. A l'aune à cette dernière, elle est une *notion surestimée* (II). La notion de travail souffre enfin de l'indétermination de sa « valeur ». Puisque la part d'un salarié ne peut ni être isolée ni se mesurer dans l'entreprise plurale, la notion de travail est une *notion surinvestie* (III).

I. Inscription dans l'espace-temps

108. Si l'on ne dote pas le travail d'une dimension, en l'occurrence si on ne l'inscrit pas dans l'espace-temps, il n'est susceptible de rester que ce concept informe et inexploitable, cette *notion molle*. Pour exister, le travail doit s'inscrire dans l'espace organisationnel (A). Cet espace est représenté par la qualification professionnelle du salarié. C'est cette qualification professionnelle qui permet de donner une substance au travail et qui permet, *in fine*, sa mobilisation. Mais le travail doit également s'inscrire dans le temps (B). Le temps permet de diviser le travail et de le rendre échangeable. Quantifier le temps, c'est le matérialiser.

⁵²⁶ S. BRISSY, L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié : *Dr. soc.* 2008, p. 434 s. L'auteur nuance plus loin cette acception.

A. L'inscription dans l'espace : la qualification professionnelle

109. Espace organisationnel. « *En France, la qualification se construit sur un espace « organisationnel » fortement structuré par la formation générale et l'ancienneté dans l'entreprise* »⁵²⁷. Nous évoquons une inscription dans l'espace car le savoir-faire, qui vient s'ajouter au faire (le travail), organise la mobilité du salarié et vient encadrer le travail⁵²⁸.

110. Qualification professionnelle⁵²⁹. Le principe de la liberté du travail autoriserait, en principe, un salarié à remplir n'importe quel emploi salarié sans avoir à justifier d'une qualification professionnelle particulière⁵³⁰. Encore faut-il en pratique que le salarié soit apte à exercer ce travail. Le travail ne doit pas seulement être exécuté ; encore doit-il l'être de façon satisfaisante. Cela implique l'acquisition de qualités par le travailleur. Certaines lui sont inhérentes, mais pour l'essentiel elles doivent s'acquérir. La qualification est la rencontre entre ce qui est demandé et ce qui peut être fourni. Elle représente « *une relation stabilisée entre les qualités supposées acquises par des catégories d'individus et des qualités supposées requises par des catégories d'emploi* »⁵³¹. La qualification professionnelle est finalement le nom de code juridique de l'aptitude du salarié⁵³². Le Code du travail dispose à cet égard que « *tout travailleur engagé dans la vie active ou toute personne qui s'y engage a droit à « la qualification professionnelle »* »⁵³³. La qualification professionnelle, c'est la

⁵²⁷ M. STROOBANTS, *Sociologie du travail : Armand Colin 2010*, p. 85.

⁵²⁸ L'auteur oppose l'espace « organisationnel » « à la française » de l'espace « qualificationnel » « à l'allemande » qui organise une mobilité plus vaste, *ibid.*

⁵²⁹ V. M. DESPAX, *La qualification professionnelle et ses problèmes juridiques : JCP 1962, I, 1710* ; J. YUNG-HING, *Aspects juridiques de la qualification professionnelle : thèse CNRS 1986* ; A. LYON-CAEN, *Le droit et la gestion des compétences : Dr. soc. 1992, p. 573 s.* ; P. CAILLAUD, *Un « droit à la qualification » enfin effectif ? : Dr. soc. 2014, p. 1000 s.*

⁵³⁰ M. DESPAX, *La qualification professionnelle et ses problèmes juridiques : JCP 1962, I, 1710, n° 1.*

⁵³¹ M. STROOBANTS, *Sociologie du travail : Armand Colin 2010*, p. 64. Sur la question de savoir ce qui est qualifiable entre le travail et le travailleur, v. plus loin p. 71 s.

⁵³² A. LYON-CAEN, *Le droit et la gestion des compétences : Dr. soc. 1992, p. 573 s., spéc. p. 574.*

⁵³³ C. trav., art. L. 6314-1.

relation, fixée d'un commun accord, entre les qualités d'un salarié et l'activité qu'il exerce⁵³⁴. C'est ce que l'employeur peut raisonnablement exiger du salarié.

Mais plus que l'activité, elle est, s'agissant du droit du travail, intimement liée au travail : elle *transcrit* le travail. Elle est « *l'aptitude d'un salarié à fournir un travail déterminé et précis* »⁵³⁵. En soi, le salarié peut fournir un travail indépendamment de toute qualification. Mais ce travail est alors susceptible d'être en deçà de ce que l'employeur souhaite, en termes de rapidité, de qualité, de quantité. Le travail, bien qu'accompli ne sera pas satisfaisant et pourra éventuellement justifier un licenciement pour insuffisance professionnelle⁵³⁶. La qualification professionnelle revêt en effet plusieurs dimensions et il serait vain de la limiter à la seule maîtrise technique du salarié, ce que l'on peut appeler qualification personnelle. Celle-ci existe indéniablement, elle préexiste à la conclusion d'un contrat de travail et résulte des diplômes⁵³⁷ ou des emplois précédemment occupés. Mais la qualification professionnelle revêt également une dimension fonctionnelle que l'on a pu désigner sous le nom de qualification conventionnelle ou, fort justement, de « qualification du travail »⁵³⁸. Cette qualification est déterminée relativement aux fonctions effectivement exercées par le salarié. Cette acception de la qualification, qui a finalement pris le pas sur l'autre⁵³⁹, permet justement de mettre en adéquation le travail que peut fournir le salarié avec celui qui est demandé par l'employeur. Sont mises en relation les qualités du salarié et l'activité qu'il déploie. La qualification professionnelle permet donc de doter le travail d'une substance et de lui conférer une véritable utilité. Nous rejoignons, une fois n'est pas coutume, les sciences

⁵³⁴ A. LYON-CAEN, *Le droit et la gestion des compétences : Dr. soc. 1992, p. 573 s., spéc. p. 574.*

⁵³⁵ J. YUNG-HING, *Aspects juridiques de la qualification professionnelle : thèse CNRS 1986, p. 2 ; P. CAILLAUD, Un « droit à la qualification » enfin effectif ? : Dr. soc. 2014, p. 1000 s.*

⁵³⁶ Le pendant de ce possible licenciement est la prise d'acte que peut opposer le salarié qui verrait ses fonctions être en inadéquation avec sa qualification : Soc. 4 nov. 2015 : pourvoi n° 13-14.411, inédit : « *faute pour l'employeur d'avoir maintenu au salarié les responsabilités attachées à sa qualification de directeur technique et consistant dans l'encadrement d'équipes, la prise d'acte de ce salarié motivée par la perte de ces responsabilités était justifiée et produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse* ».

⁵³⁷ Ce d'autant plus que nous sommes dans une société dans laquelle le diplôme a remplacé l'essai : P. CAILLAUD, *Un « droit à la qualification » enfin effectif ? : Dr. soc. 2014, p. 1000 s., spéc. p. 1001 s.*

⁵³⁸ P. CAILLAUD, *Un « droit à la qualification » enfin effectif ? : Dr. soc. 2014, p. 1000, spéc. p. 1001.*

⁵³⁹ G.-H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail, Le contrat de travail, t. 1, dir. G.-H. CAMERLYNCK : Dalloz 1982, 2^{ème} éd., p. 199-200, n° 178 ; J. YUNG-HING, Aspects juridiques de la qualification professionnelle : thèse CNRS 1986, p. 6.*

de gestion pour lesquelles *il n'y a de travail que de travail bien fait*⁵⁴⁰. La qualification est l'un de ces compléments dont a intimement besoin le travail afin d'être correctement valorisé. Sans elle, il serait insuffisant à expliquer et justifier certains effets juridiques. La qualification professionnelle se compose de l'addition de la formation (1) et de l'expérience (2)⁵⁴¹.

1. La formation professionnelle

111. Contenu de la formation. La formation n'est pas épuisée par l'obtention d'un diplôme. Puisqu'elle comporte un volet initial et un volet continu, elle dure en réalité « *tout au long de la vie* »⁵⁴². Il est donc possible pour un travailleur d'acquérir et d'actualiser des compétences et des connaissances à tout moment. L'article L. 6111-1 al. 1^{er}, s'inspirant de textes constitutionnels⁵⁴³, dispose que « *la formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale* ».

Le droit positif relatif à la formation professionnelle a été considérablement modifié par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 qui transposait un accord national interprofessionnel du 14 décembre 2013. Cette réforme a eu pour résultat « *le recentrage de la formation professionnelle sur la personne* »⁵⁴⁴. Le salarié peut toujours bénéficier d'une formation dans le cadre d'un plan de formation mis en place dans l'entreprise à l'initiative de l'employeur, d'une période de professionnalisation, d'un congé de formation (notamment d'un congé individuel de formation), voire d'un contrat de professionnalisation. A ces dispositifs s'ajoute une innovation issue de la loi de 2014 : le compte personnel de formation

⁵⁴⁰ Y. CLOT, L'aspiration au travail bien fait : *Le journal de l'école de Paris du management* 2013, n° 99, p. 23-28 : « *Le "travail bien fait" consiste, pour le salarié, à atteindre les buts qu'il s'est fixés ou qu'on lui a fixés* ».

⁵⁴¹ J. YUNG-HING, Aspects juridiques de la qualification professionnelle : *thèse CNRS* 1986, p. 2 ; N. CATALA, *Traité de droit du travail, L'entreprise*, t. 4, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz* 1980, p. 10, n° 13.

⁵⁴² Cette expression est empruntée à Condorcet qui déclara en 1792 que « *la formation est l'éducation continuée, l'éducation tout au long de la vie* » (CONDORCET, Déclaration du 20 avr. 1792 devant l'Assemblée législative, cité par P. CAILLAUD, « Formation professionnelle continue » : *Rép. trav. Dalloz* 2020, n° 2).

⁵⁴³ Pour un rappel de ces textes, v. P. CAILLAUD, « Formation professionnelle continue » : *Rép. trav. Dalloz* 2020, n° 3.

⁵⁴⁴ J.-M. LUTTRINGER, La part du droit dans la réforme de la formation professionnelle : *Dr. soc.* 2014, p. 969 s.

qui remplace le droit individuel à la formation⁵⁴⁵. Ce compte, contrairement aux congés de formation, n'est pas conditionné à une ancienneté. Il est, surtout, lié à la personne plus qu'à son contrat de travail – puisqu'il est ouvert à toute personne étant dans une optique professionnelle – il est en cela un droit universel⁵⁴⁶ ; mais il est surtout intégralement transférable⁵⁴⁷ et a vocation à survivre aux changements qui peuvent affecter le parcours professionnel du salarié. L'événement à l'origine de sa disparition ne peut être que l'ouverture des droits à la retraite de son titulaire. Ce « *projet de civilisation* »⁵⁴⁸ ne semble avoir son équivalent nulle part ailleurs.

Les trois dispositifs majeurs de la formation – plan, congés, compte – participent tous de la même fin mais bénéficient d'une légitimité différente. L'un puise son fondement dans le temps de travail accumulé (le compte), l'autre dans l'ancienneté engrangée (les congés) et le troisième dans la volonté de l'employeur (le plan).

112. Relation entre formation et travail. On a pu constater que la « *frontière entre travail et formation est devenue poreuse* »⁵⁴⁹. La formation et le travail sont, en effet, étroitement enchevêtrés. Le travail ne saurait exister sans l'étai que représente la formation. En effet, cette dernière est incontestablement un élément nécessaire au travail. En tant qu'élément de la qualification professionnelle, elle permet de doter le travail d'une véritable valeur en le rendant déterminé et précis⁵⁵⁰. En effet, il est indéniable que la formation professionnelle met en adéquation l'offre de travail et la demande de travail⁵⁵¹. Sans ce lien

⁵⁴⁵ Sur le compte personnel de formation, J.-M. LUTTRINGER, Le compte personnel de formation : genèse, droit positif, socio-dynamique : *Dr. soc.* 2014, p. 972 s.

⁵⁴⁶ Sur cet aspect universel : J.-M. LUTTRINGER, Le compte personnel de formation : genèse, droit positif, socio-dynamique : *Dr. soc.* 2014, p. 972 s., spéc. p. 980 : « *La loi du 5 mars 2014 exprime une intention « d'universalité » en ouvrant à toute personne quel que soit son statut, à partir de l'âge de seize ans, un compte personnel de formation. Cependant l'effectivité de « l'universalité » n'est à ce jour assurée que pour les seuls salariés de droit privé et les demandeurs d'emploi, à l'exclusion des fonctionnaires et des travailleurs non-salariés* ».

⁵⁴⁷ Il peut donc être utilisé en dehors du temps de travail et n'est pas circonscrit au contrat de travail.

⁵⁴⁸ J.-M. LUTTRINGER, La part du droit dans la réforme de la formation professionnelle : *Dr. soc.* 2014, p. 969 s.

⁵⁴⁹ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Droit du travail : *Dalloz* 2020, 34^{ème} éd., p. 486, n° 382.

⁵⁵⁰ M. DESPAX, La qualification professionnelle et ses problèmes juridiques : *JCP* 1962, I, 1710, n° 2.

⁵⁵¹ E. FILIPETTO, Les politiques de l'emploi face à la crise sanitaire : *RDT* 2020, p. 616 s.

qu'elle tisse entre l'employeur et le candidat à l'embauche, ces deux figures parallèles seraient amenées à ne jamais se rencontrer (sous réserve des tâches ne nécessitant aucune qualification). La formation permet la réception du travail en droit du travail. L'importance de la formation et sa nécessité n'est plus à démontrer. Réforme après réforme, elle se dote d'un dispositif toujours plus conséquent. Elle a acquis, plus que jamais depuis 2014 une « *place de haut rang* »⁵⁵² ; elle se présente comme une « *clé du développement économique* »⁵⁵³.

La qualification professionnelle, qui ne se réduit pas à la formation, se compose également de l'expérience (dans l'entreprise).

2. L'expérience dans l'entreprise

113. Définition de l'ancienneté⁵⁵⁴. L'expérience peut se constituer au fil du temps dans l'entreprise : il s'agit de l'ancienneté⁵⁵⁵. S'il est certaines fois avancé que cette vision est datée et que l'ancienneté telle qu'on la connaît aujourd'hui récompense la fidélité du salarié plus que la qualité de son travail⁵⁵⁶, si un mouvement critique à l'égard de l'ancienneté voit le jour⁵⁵⁷ (surtout à l'heure où la mobilité du salarié se développe et où les trajectoires

⁵⁵² P. ETIENNOT, La formation professionnelle pensée autrement : *RDT 2014*, p. 112 s.

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ G. RAYMOND, L'ancienneté de services : *Dr. soc. 1967*, p. 164 s. ; G. VALLEE, La notion d'ancienneté en droit du travail français : *Dr. soc. 1992*, p. 871 s. ; F. DUMONT, L'ancienneté : un critère à géométrie variable : *JCP S 2007*, 1487 ; B. REYNES, L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives : *RDT 2007*, p. 702 s. ; J. SAVATIER « Ancienneté dans l'entreprise » : *Rép. trav. Dalloz 2017* ; R. M. DJOTANG-NGNIA, Pour une prise en compte continue et progressive de l'ancienneté du salarié au travail : *Dr. ouv. 2008*, p. 97 s.

⁵⁵⁵ L'hypothèse d'une expérience hors de l'entreprise, entérinée par certaines conventions collectives (i.e. la convention des Huissiers de justice) et reconnue par la chambre sociale (Soc. 15 nov. 2006 : pourvoi n° 04-47.156, Bull. V, n° 340) ne sera pas ici abordée.

⁵⁵⁶ H. TISSANDIER, L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, chronique : *RJS 2/07*, p. 121 s.

⁵⁵⁷ F. DUMONT, L'ancienneté : un critère à géométrie variable : *JCP S 2007*, 1487 ; J.-P. LHERNOULD, Le chantier des discriminations en raison de l'âge : *RJS 7/07*, p. 595 s.

professionnelles ne sont plus toujours linéaires⁵⁵⁸) l'ancienneté continue majoritairement de retracer une expérience, un savoir-faire du salarié⁵⁵⁹. Si elle n'est pas définie par le Code du travail, elle est généralement appelée à « *mesurer la durée du travail accompli dans le cadre d'une entreprise* »⁵⁶⁰. Elle équivaut à estimer la durée de la relation entre le salarié et l'employeur pour en dégager une période *utile*⁵⁶¹.

114. Relation entre ancienneté et travail. Même si l'ancienneté n'est plus systématiquement une mesure du travail dans l'entreprise⁵⁶², même si elle ne répond plus toujours à une « *vision étroitement synallagmatique du contrat de travail* »⁵⁶³, elle reste le moyen privilégié d'inscription du travail dans un espace organisationnel. Le travail que le salarié déploiera dans l'entreprise sera en effet d'autant plus efficace que son ancienneté sera grande, l'ancienneté étant « *une unité de mesure s'appliquant à la vie de travail, comme l'âge est l'unité de mesure de la vie humaine* »⁵⁶⁴. Plus précisément, l'ancienneté, reflet de l'expérience au travail, dote celui-ci d'une valeur particulière. « *L'ancienneté des salariés*

⁵⁵⁸ B. REYNES, L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives : *RDT 2007*, p. 702 s. Adde E. BRUNNER, Contribution à l'étude juridique du droit de la mobilité professionnelle : *PUAM 2020*, p. 313, n° 436.

⁵⁵⁹ R. M. DJOTANG-NGNIA, Pour une prise en compte continue et progressive de l'ancienneté du salarié au travail : *Dr. ouv. 2008*, p. 97 s.

⁵⁶⁰ J. SAVATIER « Ancienneté dans l'entreprise » : *Rep. trav. Dalloz 2017*, n° 9. Par exception, elle peut s'entendre de l'ancienneté dans la profession (sur ce point, v. B. REYNES, L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives : *RDT 2007*, p. 702 s. spéc. p. 708).

⁵⁶¹ F. DUMONT, L'ancienneté : un critère à géométrie variable : *JCP S 2007*, 1487.

⁵⁶² L'ancienneté peut en effet dépasser la prise en compte du travail pour appréhender, plus globalement, toute activité de l'individu-social. Ainsi, le droit du travail contemporain accepte et organise de plus en plus les absences du salarié. La multiplication des congés, la progression du temps partiel et le développement d'activités périphériques à l'activité de travail, telles que le conseiller du salarié (C. trav., art. L. 1232-7) ou plus récemment le défenseur syndical (C. trav., art. L. 1453-4) rompent avec la conception d'une ancienneté-mesure du travail du salarié. En effet, de nombreux temps d'absence du salarié vont être assimilés à une durée de travail effectif et pris en compte pour le calcul de l'ancienneté (certaines fois pour moitié seulement⁵⁶²). De telle sorte que l'adéquation entre le travail effectué et l'ancienneté générée en ressort malmenée.

⁵⁶³ B. REYNES, L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives : *RDT 2007*, p. 702 s., spéc. p. 706.

⁵⁶⁴ B. REYNES, L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives : *RDT 2007*, p. 702 s., spéc. p. 706.

favorise leur intégration à l'entreprise et leur donne une expérience qui accroît la valeur de leur travail »⁵⁶⁵.

115. Dépassement du contrat de travail au profit du travail exécuté. Il est d'ailleurs particulièrement révélateur que l'ancienneté puisse dépasser le contrat de travail pour intégrer, plus globalement, toute période de travail dans l'entreprise. Ainsi, la durée d'un stage (tout comme la période d'apprentissage⁵⁶⁶) précédant une embauche compte dans l'ancienneté⁵⁶⁷. De même, dans le cas où un contrat à durée déterminée précède une embauche à durée indéterminée, le salarié conserve l'ancienneté acquise durant la relation⁵⁶⁸. Quant à l'hypothèse d'une succession de contrats saisonniers, les durées des contrats de travail sont tout bonnement cumulées⁵⁶⁹. La formule la plus explicite revient à la Cour de justice des Communautés européenne qui a pu juger que « *l'ancienneté va de pair avec l'expérience et que celle-ci met généralement le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations* »⁵⁷⁰. L'ancienneté est, en conséquence, pour le travail, une véritable notion-support, lui donnant consistance et efficacité. Ce qui explique qu'elle soit particulièrement récompensée et assortie d'avantages.

116. Avantages liés à l'ancienneté. L'ancienneté est traditionnellement appréhendée comme une « *référence positive* »⁵⁷¹ conférant au salarié des avantages particuliers. Soit qu'elle déclenche le droit à une prérogative, soit qu'elle améliore les droits que le salarié tient déjà de sa situation. Rien qu'au niveau du dispositif légal, elle permet, par exemple, au salarié de bénéficier de nombreux congés⁵⁷². De même, elle lui octroie des contreparties

⁵⁶⁵ J. SAVATIER « Ancienneté dans l'entreprise » : *Rép. trav. Dalloz* 2017, n° 6.

⁵⁶⁶ C. trav., art. L. 6222-16.

⁵⁶⁷ C. trav., art. L. 1221-24.

⁵⁶⁸ C. trav., art. L. 1243-11.

⁵⁶⁹ C. trav., art. L. 1244-2.

⁵⁷⁰ CJCE 17 oct. 1989, Danfoss, aff. C-109/88 : *Rec. p. 3220* ; *RJS* 3/90 n° 275. – CJCE 3 oct. 2006 aff. 17/05, Cadman c/ Health and Safety : *Rec. p. 9583*.

⁵⁷¹ F. DUMONT, L'ancienneté : un critère à géométrie variable : *JCP S* 2007, 1487.

⁵⁷² C'est le cas pour la période de mobilité volontaire sécurisée (un an d'ancienneté – C. trav., art. L. 1222-12), pour le congé pour mandat politique (un an d'ancienneté – C. trav., art. L. 3142-60), pour le congé parental d'éducation (un an d'ancienneté – C. trav., art. L. 1225-47), pour le congé de bilan de compétences (cinq ans d'ancienneté – C. trav., art. L. 6322-53), pour le congé d'absence ou de recherche (un an d'ancienneté – C.

financières⁵⁷³. Elle conditionne l'application de certaines dispositions en cas de licenciement⁵⁷⁴. Elle permet, surtout, depuis l'ordonnance n° 2017-1387, une meilleure indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle conditionne l'électorat et l'éligibilité du salarié aux élections professionnelles⁵⁷⁵. Elle est, enfin, un critère d'ordre pris en compte pour établir une hiérarchie entre les salariés d'une même entreprise⁵⁷⁶. S'agissant du dispositif conventionnel, l'ancienneté est considérablement mobilisée par les partenaires sociaux afin d'améliorer les droits des salariés. L'ancienneté permet donc de distinguer entre les salariés d'une même entreprise tout en restant un critère objectif et « *équitable* »⁵⁷⁷ pouvant, par exemple, justifier des différenciations de traitement sans qu'elles encourrent le grief de discrimination illicite. L'ancienneté peut également faire obstacle au principe « à travail égal, salaire égal » puisque celui-ci n'a vocation à jouer qu'entre salariés placés dans une situation identique.

trav., C. trav., art. L. 6322-53), pour le congé individuel de formation (en principe ancienneté de vingt-quatre mois dont douze mois dans l'entreprise – C. trav., art. L. 6322-4 et R. 6322-1), pour le congé de proche aidant, (deux ans d'ancienneté – C. trav., art. L. 3142-22), pour le congé de solidarité internationale (12 mois – C. trav., art. L. 3142-32), pour le congé pour création ou reprise d'entreprise (24 mois – C. trav., art. L. 3142-81), pour le congé sabbatique (36 mois – C. trav., art. 3142-92).

⁵⁷³ C'est le cas pour l'indemnité de licenciement (un an d'ancienneté – C. trav., art. L. 1234-9), pour l'indemnité complémentaire en cas d'accident ou de maladie (un an d'ancienneté – C. trav., art. L. 1226-1), pour l'indemnité de départ à la retraite (le taux varie suivant l'ancienneté – C. trav., art. D. 1237-1), éventuellement pour l'intéressement (3 mois maximum – C. trav., art. L. 3342-1), pour le financement du congé individuel de formation (un an d'ancienneté – C. trav., art. L. 6322-64), pour le paiement des jours fériés (trois mois d'ancienneté – C. trav., art. L. 3133-3).

⁵⁷⁴ V. C. trav., art. L. 1235-14.

⁵⁷⁵ C. trav. art. L. 2314-18 s.

⁵⁷⁶ Pour le licenciement, v. C. trav., art. L. 1233-5 ; pour la contrepartie des heures supplémentaires, v. C. trav., D. 3121-12 ; pour le congé individuel de formation, v. C. trav., R. 6322-6.

⁵⁷⁷ B. REYNES, L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives : *RDT 2007*, p. 702, *spéc. p. 703*.

B. L'inscription dans le temps : le travail effectif

117. Pour être significatif, le travail doit être temporalisé ; sans inscription dans le temps, le travail serait insuffisant à produire sa pleine juridicité en droit du travail et dans l'entreprise. « *D'un point de vue juridique, le travail paraît nécessairement entrevu sous l'angle du temps* »⁵⁷⁸. Déjà, SMITH, qui souhaitait rendre le travail identique à tous et à tout et divisible à l'infini pour être réellement exploitable, avait proposé comme critères le temps de travail, d'une part et l'habileté du travailleur, d'autre part. En raison des difficultés inhérentes à l'évaluation de l'habileté, SMITH et RICARDO retiendront le critère du temps⁵⁷⁹. Ainsi, le temps permet le travail qui permet l'échange ; le temps participe donc de l'échange et d'une certaine façon, il masque lui aussi le travail. De cet héritage, il nous reste la prédominance du temps, à travers la notion de droit positif de *temps de travail*⁵⁸⁰. Si, dans l'exercice de son pouvoir de direction, l'employeur peut fixer le temps de travail et sa durée, il est limité par des dispositions d'ordre public qui prévoient une durée légale et des durées maximales de travail⁵⁸¹. La notion cardinale est ici celle de travail effectif. Celui-ci, défini par le temps (1), balance concrètement entre le travail du salarié et la présence du salarié (2).

1. La définition du temps de travail effectif

118. Définition légale. L'un des apports majeurs de la construction du droit du travail est la mesure du travail par le temps⁵⁸². Notre droit positif prévoit, depuis la loi dite AUBRY I du 13 juin 1998, que la durée du travail effectif est le temps pendant lequel « le salarié est à la

⁵⁷⁸ D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ 2013*, p. 118.

⁵⁷⁹ D. MEDA, Le travail, une valeur en voie de disparition ? : *Flammarion 2010*, p. 66.

⁵⁸⁰ A. SUPIOT, Temps de travail : pour une concordance des temps : *Dr. soc. 1995*, p. 947 s., spéc. p. 948 ; P. LOKIEC, Les transformations du droit du temps de travail : Le temps comme unité de mesure, Le temps comme objet de règle : *Dr. ouv. 2009*, p. 418 s. et 484 s.

⁵⁸¹ C. trav. art. L. 3121-16 C. trav.

⁵⁸² P. LOKIEC, Droit du travail : *PUF 2019*, p. 370, n° 366 ; F. FAVENNEC-HERY, Qualité de vie au travail et temps de travail : *Dr. soc. 2015*, p. 113 s.

disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelle »⁵⁸³.

Cette définition légale du travail effectif est directement inspirée d'une position jurisprudentielle qui avait interprété largement les dispositions alors en vigueur⁵⁸⁴ et indirectement d'une directive communautaire⁵⁸⁵. La Cour de cassation, en isolant un autre critère que le travail proprement dit poursuivait alors l'objectif de donner une définition générale de la notion de temps de travail effectif, apte à saisir les hypothèses particulières d'organisation du travail⁵⁸⁶. *La Cour de cassation a délaissé le travail lui-même*⁵⁸⁷ ; elle l'a relativisé. Le but avoué du législateur ayant été de « transcrire cette jurisprudence »⁵⁸⁸, *on retrouve dans la lettre du code ce dépassement du travail*. Cette définition distingue depuis le travail effectif (véritable travail) des astreintes et des temps de repos. Le temps de travail

⁵⁸³ C. trav., L. 3121-1.

⁵⁸⁴ Soc. 28 oct. 1997 : pourvoi n° 94-42.054, Bull. V, n° 340 ; *Dr. soc.* 1998, p. 15, obs. J. SAVATIER, à propos d'une mission de gardiennage difficilement évaluable. Les juges du fond « *avaient donc débouté le salarié de sa demande de rémunération pour un temps de présence inactif. Leur décision est cassée au motif que « constitue un travail effectif, et non une simple astreinte, le fait pour le salarié de rester en permanence à la disposition de l'employeur »*. La solution aboutit à reconnaître un droit identique à rémunération aux salariés qui sont tenus de consacrer leur temps de présence à une activité pénible et fatigante et à eux qui ne sont tenus qu'à une présence inactive, coupée seulement par des interventions ponctuelles. Les juges avaient, en effet, interprété largement l'ancien article L. 212-4, hérité du régime de Vichy qui avait pour modèle « *l'organisation traditionnelle du travail* » (A. JEAMMAUD, *Le temps de travail effectif, entre jurisprudence et législation : Dr. soc.* 1998, p. 744 s., spéc. p. 745) en consacrant le temps productif (« le temps de participation à la production » : *GADT, Dalloz 2008, 4^{ème} éd., p. 295, n° 58-61*). Pour une présentation plus détaillée de cette construction jurisprudentielle, v. *GADT, Dalloz 2008, 4^{ème} éd., p. 289 s., n° 58-61*.

⁵⁸⁵ L'article 2 de la directive européenne n° 93/104 du 23 novembre 1993 dispose qu' « *est temps de travail effectif... 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* ». Précisons toutefois que la directive laisse une latitude aux législations nationales pour retenir et adapter leur propre conception du temps de travail.

⁵⁸⁶ M. MORAND, Fasc. 21-10 : Temps de travail. – Notions : *Jcl Travail Traité*, 2020, n° 38.

⁵⁸⁷ *GADT, Dalloz 2008, 4^{ème} éd., p. 298, n° 58-61. Comp.* A. JEAMMAUD, *Le temps de travail effectif, entre jurisprudence et législation : Dr. soc.* 1998, p. 744 s., spéc. p. 747, qui voit dans cette jurisprudence non un délaissement du travail mais une évolution de celui-ci : « *A notre avis, on devrait au contraire être sensible à la singularité de l'objet du contrat de travail comme de l'obligation principale dont il rend le salarié débiteur : celui-ci exécute son contrat – il « travaille » - dès lors qu'il se met à disposition de son employeur* ».

⁵⁸⁸ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, *Droit du travail : Dalloz 2020, 34^{ème} éd., p. 1027, n° 851*.

effectif est devenu un instrument essentiel, indispensable à la bonne exécution du contrat de travail puisque conditionnant les seuils à partir desquels pourra être décompté la durée légale, les heures supplémentaires et les droits à repos compensateurs.

119. Critère. Le critère retenu, au-delà de l'hypothèse du travail commandé⁵⁸⁹, est la direction, sinon la « soumission »⁵⁹⁰. Ce critère est donc distinct de la rémunération. La durée du travail a le lien de subordination pour référence : *le travail effectif renvoie au temps qui n'est pas libre*. Ce n'est pas parce que le temps est rémunéré qu'il est considéré comme du travail effectif. Ainsi, le temps d'habillage et de déshabillage, qui n'est pas du travail effectif, peut tout de même donner lieu à une contrepartie financière⁵⁹¹. C'est plutôt parce que le temps en jeu est qualifié de travail effectif qu'il est rémunéré. Concrètement, le temps de travail effectif navigue entre la fourniture d'un travail par le salarié et sa simple présence. Le temps de travail effectif, qui commande la rémunération du salarié, ne s'explique donc pas par la seule fourniture d'un travail.

2. La balance entre le travail et la présence

120. Première hypothèse : coïncidence entre présence et travail. A partir du travail et de la présence du salarié, nous pouvons envisager quatre hypothèses. La première, la plus évidente, est celle de la coïncidence entre fourniture du travail et présence du salarié. Cette hypothèse, simple, ne pose pas de problème non plus : il est évident que ce temps correspond à du temps de travail. Les deuxième, troisième et quatrième hypothèses retiennent l'attention et nécessitent des développements spécifiques. Il ne s'agit pas des hypothèses les plus répandues ; elles correspondent, en volume, à des hypothèses peu classiques d'exécution du contrat de travail. Mais toujours est-il qu'elles existent, qu'il y a même une tendance à leur développement, qu'elles cristallisent les difficultés, qu'elles questionnent les frontières du

⁵⁸⁹ M. MORAND, Fasc. 21-10 : Temps de travail. – Notions : *Jcl Travail Traité 2020*, n° 38.

⁵⁹⁰ M. VERICEL, Définition du travail effectif : *RDT 2016*, p. 349 s.

⁵⁹¹ C. trav., art. L. 3121-3.

travail⁵⁹² et qu'elles révèlent un changement de paradigme qui en fait toute la légitimité et l'intérêt.

121. Deuxième hypothèse : présence sans travail. La simple présence du salarié, qui ne fournit pas de travail, peut suffire, dans certains cas, à qualifier le temps en jeu de temps de travail. Il a été démontré que le temps de travail effectif avait fait l'objet d'un élargissement et que la logique du travail au temps est désormais préférée à la conception productiviste du temps de travail⁵⁹³. Cette conception productiviste, qui prenait en compte le temps productif et a pour centre de gravité le produit du travail, avait dominé, de la Révolution industrielle jusqu'aux années 1990. Avec la promulgation de l'article L. 3121-1 et la « *valeur complémentaire* » que l'on reconnaît au temps de travail effectif⁵⁹⁴, s'est imposée la conception du *travail au temps*, en vertu de laquelle l'élément déterminant de la durée du travail est la simple tenue à disposition du salarié. En vertu de cette nouvelle conception, il n'est pas discutable que le travail effectif a été grossi de nombreux temps périphériques. Le salarié en pause, mais prêt à intervenir, n'est-il pas considéré comme travaillant effectivement⁵⁹⁵ ? Ce passage d'une logique dominante à l'autre a inversé l'obligation. La

⁵⁹² A. JEAMMAUD, Le temps de travail effectif, entre jurisprudence et législation : *Dr. soc.* 1998, p. 744 s., spéc. p. 745.

⁵⁹³ A. JOHANSSON, La détermination du temps de travail effectif : *LGDJ 2006* ; Le temps de travail effectif : temps productif ou temps « à disposition » ? : *D.* 2006, p. 1711 s. *Adde.* A. JOHANSSON, La détermination du temps de travail effectif : *LGDJ 2006*.

⁵⁹⁴ « *L'attribution d'une valeur complémentaire à la notion de temps de travail effectif constitue également un dépassement de la logique productiviste. (...) D'un côté l'exigence de l'accomplissement d'une durée de travail effectif pour bénéficier de ces droits est tout à fait conforme à la logique productiviste mais, de l'autre côté le fait d'octroyer des droits supplémentaires [congrés payés et droits liés à l'ancienneté] en fonction de cette durée confère à la notion de travail effectif une valeur complémentaire et constitue par là même un dépassement de la logique productiviste* » (A. JOHANSSON, La détermination du temps de travail effectif : *LGDJ 2006*, p. 9).

⁵⁹⁵ A propos d'un temps de pause d'une demi-heure : Soc. 1^{er} avril 2003 : pourvoi n° 01-01.395, Bull. V, n° 129 ; *Dr. soc.* 2003, p. 651 s., spéc. p. 652, obs. P. WAQUET, qui relève l'ambivalence de la notion de pause : « *la pause est certes un arrêt de travail, un moment de détente, mais il est difficile, lorsqu'elle dure vingt minutes ou même trente minutes, de la considérer comme un temps pendant lequel le salarié peut vaquer librement à ses occupations personnelles. On voit mal qu'il puisse retirer ses vêtements de travail et quitter l'entreprise. En réalité, le travail est suspendu, mais la relation de travail n'est pas interrompue* ».

première conception (productiviste) représente l'obligation pour le salarié de travailler, tandis que la deuxième (« présentéiste ») illustre l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au salarié qui est disponible⁵⁹⁶. Si la seconde a pris le pas sur la première, l'auteur démontre que les deux logiques continuent cependant de coexister. Si l'on doutait de la persistance de la logique productiviste, cette impression cède devant le mécanisme des heures d'équivalence qui permet, en vertu d'un accord de branche étendu, de décompter les heures d'inaction du temps de travail pour certains emplois déterminés⁵⁹⁷.

122. Troisième hypothèse : travail sans présence (physique). Marginale, cette hypothèse prend nécessairement en compte les salariés qui s'acquittent du travail commandé par l'employeur sans être sur le lieu de travail, à l'instar des télétravailleurs. Le débat se déplacera sur la preuve du travail effectif mené, dans une logique, une fois n'est pas coutume, qui se rapproche plus de la recherche d'un résultat que d'un temps.

123. Quatrième hypothèse : ni travail ni présence. De façon plus originale, le salarié qui n'est pas présent peut toutefois fournir un travail effectif... sans pour autant effectuer le travail commandé. Il s'agit des cas où l'activité du salarié permet d'assurer l'effectivité de son travail. Ainsi, la formation suivie par le salarié pour assurer son adaptation au poste de travail constitue un temps de travail effectif⁵⁹⁸. De même, le temps de trajet qui a un objet professionnel mais qui n'est pas le trajet normal entre le domicile du salarié de l'entreprise

⁵⁹⁶ A. JOHANSSON, La détermination du temps de travail effectif : *LGDJ 2006*, p. 10.

⁵⁹⁷ C. trav., art. L. 3121-13 s. Notons que la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a redéfini le régime juridique des équivalences. La voie normale est l'accord de branche étendu, ce n'est qu'à titre supplétif que ce régime peut être instauré par décret en Conseil d'Etat. Ce dispositif d'équivalence a des conséquences lourdes pour le salarié qui voit son travail effectif décompté à la baisse. Ceci justifie que l'accord doit être étendu, afin que les pouvoirs publics puisse garder un certain contrôle sur ce décompte original. Ceci explique également que ce nouveau régime d'équivalence caractérise une exception au principe de primauté de l'accord d'entreprise (V. sur la question L. MARQUET DE VASSELOT ET A. MARTINON, Les apports de la loi du 8 août 2016 en matière de durée : *JCP S 2016*, 1294). Le juge qui n'avait pas, sous l'empire de l'ancien régime à vérifier qu'il y avait bien un temps d'inaction. Il est fort à parier que cette absence de vérification persiste également sous le nouveau régime (G. VACHET et M. MORAND, Bilan jurisprudentiel 2016 sur la durée du travail à la lumière de la loi Travail : *JCP S 2017*, 1046).

⁵⁹⁸ C. trav., art. L. 6321-2.

et le lieu de rattachement de l'entreprise⁵⁹⁹. Dans ces hypothèses, *la potentialité du travail* supplée l'absence et du salarié et de l'activité productive. À nouveau, le travail n'explique pas toutes ces règles de droit ; *il a besoin du complément du temps* ; le travail s'efface presque devant ce dernier. En effet, comment mesurer le travail, comment en permettre l'échange, s'il n'est pas quantifié ? Sans le temps, le travail se réduirait à une coquille vide dans l'exécution du contrat de travail. Le temps, véritable unité de mesure⁶⁰⁰, « *permet de quantifier et de comptabiliser le travail, de le délimiter, voire de le découper* »⁶⁰¹. Le travail qui n'est pas étayé par le temps semble alors disparaître de la scène juridique. Quoi de plus parlant que les formes de travail qui, n'étant pas bornées par le temps (travail gratuit, familial ou associatif) ne sont pas saisies par le droit du travail ?

Notion molle s'il ne s'inscrit pas dans un espace-temps, le travail est également une *notion surestimée* dès lors qu'il est confronté à la notion voisine qu'est la subordination.

II. Compétition de la subordination

124. On a pu se poser, avec justesse, la question suivante : « *Qui est premier, du contrat ou de l'activité professionnelle ? Est-ce le contrat qui fait l'activité ou l'activité qui a besoin du contrat pour advenir à la conscience juridique ? Il se pourrait bien que, sur ce point, l'analyse juridique du contrat ait été plus facteur d'obscurcissement que de clarification* »⁶⁰².

La notion de travail, telle que mobilisée en droit du travail, n'est que rarement employée seule et pour elle-même. La prestation de travail, tout comme la force de travail, subit l'influence de la subordination : le travail ne peut être saisi en tant que tel par le Droit, il ne l'est que par la médiation de la subordination. Ce n'est pas à proprement parler le travail qui

⁵⁹⁹ Soc. 12 janv. 2016 : pourvoi n° 13-26.318, Bull. V, n° 6.

⁶⁰⁰ A. SUPIOT, Temps de travail : pour une concordance des temps : *Dr. soc.* 1995, p. 947 s., spéc. p. 948.

⁶⁰¹ D. GARDES, Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ 2013*, p. 117.

⁶⁰² P.-Y. VERKINDT, Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux. Petite chronique d'humeur pour commencer pour l'année : *JCP S 2009*, act. 41.

est saisi par le contrat de travail ; c'est le travail *dirigé* (A) et *objectif* (B). En cela, la notion de travail est une *notion surestimée*.

A. Le critère du contrat de travail : le travail... oui mais dirigé

125. S'agissant du critère du contrat de travail, le travail est apparu comme étant insuffisant pour caractériser le contrat de travail (1). La subordination s'est imposée, à sa place, comme l'élément original du contrat de travail et nécessaire pour qualifier le contrat (2).

1. *L'insuffisance du critère-travail*

126. **Les trois critères du contrat.** Le contrat de travail ne fait l'objet d'aucune définition légale, si bien qu'est revenue à la doctrine la tâche d'en préciser le contenu⁶⁰³. Le travail y est entendu comme un élément du contrat de travail, au même titre que le salaire et le lien de subordination. On pourrait dès lors penser que ces trois critères se situent sur un pied d'égalité et que dans une interdépendance parfaitement égale, ils sont aussi importants les uns que les autres pour opérer la qualification du contrat de travail. Il apparaît toutefois rapidement à la doctrine *juslaboriste* que le travail n'est pas assez spécifique pour être l'élément original du contrat pourtant éponyme. Dès 1947, DURAND avait relevé que le travail ne pouvait être le critère du contrat de travail. Il estimait impossible de rassembler sous une théorie générale les contrats portant sur le travail, le travail lui apparaissant par trop volatil pour permettre une telle systématisation : « *les formes juridiques du travail humain varient selon la nature du travail accompli et la condition de celui qui exécute le travail (...)* »⁶⁰⁴. Si l'on devait n'en retenir qu'un, le travail serait sans nul doute laissé de côté au profit d'un autre des critères du contrat : la subordination.

⁶⁰³ Il s'agit de la « *convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération* » (G.-H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail, Le contrat de travail*, t. 1, dir. G.-H. CAMERLYNCK : Dalloz 1982, 2^{ème} éd., p. 52, n° 43).

⁶⁰⁴ P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1 : Dalloz 1947, p. 4, n° 2.

2. La prééminence du critère-subordination

127. Notion de subordination. Contrairement au travail, la subordination est une véritable notion juridique, aux contours ciselés⁶⁰⁵. La Cour de cassation a écarté l'idée de la simple dépendance économique – un temps préférée par la doctrine⁶⁰⁶ – au profit de la subordination juridique, et plus précisément du « *lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* »⁶⁰⁷. Il est depuis constant que c'est le lien juridique de subordination que l'on entend sous le terme de subordination. Il résulte d'une combinaison entre des indices distincts : de pouvoir, d'une part, et de risques, d'autre part⁶⁰⁸. Le salarié subit le pouvoir d'une autre personne, mais ne subit pas les risques liés au déploiement d'une activité : cette subtile association entre contrainte et exonération a pu être qualifiée d'*économie du contrat de travail*⁶⁰⁹. Concrètement, plusieurs indices sont utilisés par la jurisprudence afin de qualifier une situation de subordination : ils vont des ordres émis et contrôlés⁶¹⁰ – expression évidente de la subordination – à l'intégration du travailleur à un ensemble qui le dépasse⁶¹¹ – expression moins évidente de la subordination –, en passant par la dépendance économique qui retrouve ici la valeur d'indice à défaut d'avoir la valeur de

⁶⁰⁵ V. supra n° 9-10.

⁶⁰⁶ P. CUCHE, Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail : *Rev. crit. lég. juris.* 1913, p. 412 s. ; R. SAVATIER, Vers une socialisation du contrat de louage d'industrie ? : *D.* 1934, *chron.*, p. 37 s. ; A. ROUAST, La notion de contrat de travail et la loi sur les assurances sociales : *JCP* 1930, I, 329.

⁶⁰⁷ Civ. 6 juill. 1931 : *D. I.* 121, note P. PIC. S'agissant de l'intérêt toujours actuel de la dépendance économique, v. not. O. LECLERC, La dépendance économique en droit du travail : *D.* 2006, p. 891 s. ; O. LECLERC et T. PASQUIER, La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé (première partie) : *RDT* 2010, p. 83 s.

⁶⁰⁸ E. PESKINE, C. WOLMARK, Droit du travail 2021 : *Dalloz* 2020, 14^{ème} éd., p. 34, n° 45.

⁶⁰⁹ T. PASQUIER, L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel : *LGDJ* 2010, p. 355 : « *historiquement, le lien de subordination s'est imposé comme le critère de ce contrat. L'idée est rapidement apparue que l'exercice d'un pouvoir justifie la protection du salarié. La catégorie du contrat de travail a donc été ordonnée autour d'un axe qui relie le pouvoir aux risques, et par voie de conséquence la subordination à la protection* ».

⁶¹⁰ Soc. 13 nov. 1996 : pourvoi n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386.

⁶¹¹ Soc. 7 déc. 1983 : pourvoi n° 81-41.626, Bull. civ. n° 592.

définition⁶¹². Ces indices vont être mobilisés et exploités par la méthode du faisceau d'indices.

128. Critère original du contrat de travail. Dans l'entreprise de qualification du contrat de travail, la subordination existe théoriquement aux côtés du travail. Mais en pratique, celle-ci a prospéré aux dépens de celui-là. En doctrine, tout d'abord. Pour celle-ci, la subordination est « *l'élément original du contrat de travail* »⁶¹³. En jurisprudence ensuite. La prestation de travail, « *notion méconnue* »⁶¹⁴, n'était pas suffisamment définie par la jurisprudence pour être exploitable en tant que critère autonome. Celle-ci se contentait de faire référence à l'accomplissement d'un travail ou d'une activité *professionnelle* sans explorer plus avant ses caractéristiques⁶¹⁵. La doctrine n'ayant pas véritablement pallié ce manque⁶¹⁶, il n'est pas surprenant de constater que la prestation de travail a été considérablement étendue et débarrassée de sa connotation professionnelle depuis les arrêts dits « Ile de la Tentation »⁶¹⁷. En droit du travail, la nature de la prestation est délaissée au

⁶¹² Soc. 15 mars 2006 : pourvoi n° 04-47.379, Bull. civ. V, n° 110.

⁶¹³ P.-D. OLLIER, *Le droit du travail : Armand Colin, 1972, p. 72* ; T. REVET, *L'objet du contrat de travail : Dr. Soc. 1992, p. 859 s.* : « *La subordination est au cœur du contrat de travail : elle détermine son existence parce qu'elle domine son existence. Elle le caractérise de façon décisive* ». Le critère du travail n'est parfois même plus rappelé (v. R. VATINET, F. GAUDU, *Traité des contrats, Les contrats du travail, dir. J. GHESTIN : LGDJ 2001, p. 25 s., n° 25 s.*). Si avec la montée des droits de la personnalité en droit du travail le champ de la subordination est allé en se réduisant, elle reste toutefois essentielle dans l'opération de qualification du contrat de travail (v. sur ce point T. REVET, *L'objet du contrat de travail : Dr. Soc. 1992, p. 859 s., spéc. p. 865 s.*). Nous ne pouvons ignorer toutefois qu'une partie de la doctrine travailliste tend à remettre en cause l'importance de la subordination. Pas nécessairement au stade de la formation du contrat mais en tout cas au stade de son exécution (V. not. A. SUPIOT, *Le travail, liberté partagée : Dr. social 1993, p. 715 s., spéc. p. 719* : « *la subordination, par laquelle on avait pourtant défini le travail salarié, n'a cessé de se diluer, et ne fournit plus aujourd'hui un critère juridique propre à embrasser la diversité des situations de travail* »).

⁶¹⁴ C. RADE, *La possibilité d'une île : Dr. soc. 2009, p. 930 s.*

⁶¹⁵ C. RADE, *La possibilité d'une île : Dr. soc. 2009, p. 930 s.*

⁶¹⁶ A. MAZIERE, obs. sous Soc. 25 juin 2013 : *Dr. ouv. 2014, p. 100 s.*

⁶¹⁷ La chambre sociale a été amenée à se prononcer, à cette occasion, sur la notion de prestation de travail. Sans la définir précisément, elle en a toutefois précisé les contours. En admettant que les activités ludiques des participants à l'émission pouvaient être assimilées à une prestation de travail et déclencher l'application du droit du travail, elle a fait preuve ici d'une grande largesse (Soc. 3 juin 2009 : pourvois n° 08-40.981 et a., Bull. V, n° 141 ; *Dr. soc. 2009, p. 588, obs. S. TOURNAUX*). Cette position jurisprudentielle sera réaffirmée par la suite avec les arrêts Koh Lanta (Soc. 22 janvier 2014 : pourvoi n° 12-13.966 et a., inédit) et Mister France (Soc.

profit, implicitement, de l'*opération économique* envisagée et, explicitement, de la *subordination* existante⁶¹⁸. Dès lors que la prestation s'inscrit dans un cadre plus global d'une opération économique et qu'elle est dirigée, l'identification de cet élément du contrat de travail est concluante, *sans qu'il soit besoin d'aller plus avant dans la recherche*⁶¹⁹. La nature de travail n'importe finalement plus tellement. La prestation de travail, reléguée au second plan, en perd jusqu'à son autonomie : elle doit être prolongée, renforcée, étayée par la subordination. Celle-ci est devenue le prédicat du contrat et, plus que jamais, « *la question est centrée sur la subordination* »⁶²⁰.

B. L'objet du contrat de travail : le travail... oui mais objectivé

129. S'agissant de l'objet du contrat de travail, le travail est apparu comme étant trop commun pour être échangeable et saisi en tant que tel. Il a dû être objectivé par la subordination pour prendre un sens. Il s'agit, ni plus ni moins, de rappeler, une nouvelle fois

25 juin 2013 : pourvoi n° 12-13.968, Bull. V, n° 165). La chambre sociale poursuit son œuvre en 2016, estimant le contentieux tranché : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la société avait repris la production d'une émission de télé réalité et continué à y faire participer des candidats hors du cadre obligatoire de la législation du travail, alors que par arrêt du 3 juin 2009 la cour de cassation avait tranché les contentieux multiples relatifs à ce genre d'émission, de sorte que lors du recrutement des salariés début 2010 et du tournage de l'émission Koh Lanta du 25 avril au 12 juin 2010, il n'existait plus de doute sur la qualification de contrat de travail pour définir la prestation des participants* » (nous soulignons).

⁶¹⁸ « *Dès lors qu'elle est exécutée, non à titre d'activité privée mais dans 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, l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, est une prestation de travail soumise au droit du travail* », communiqué de presse de la Cour de cassation relatif à cette décision (nous soulignons).

⁶¹⁹ La prestation de travail a pu être définie comme « *une activité dirigée en vue de produire des biens ou des services* » (C. RADE, La possibilité d'une île : *Dr. soc.* 2009, p. 930 s.).

⁶²⁰ E. DOCKES, Notion de contrat de travail : *Dr. soc.* 2011, p. 546 s. V. pour une position plus nuancée : C. RADE, Des critères du contrat de travail – « Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? » : *Dr. soc.* 2013, p. 202 s., qui souhaite promouvoir l'intégration du salarié dans l'activité économique de son employeur.

mais sur un autre plan, comment la subordination organise juridiquement l'objet du contrat de travail et comment elle est, finalement, la colonne vertébrale du contrat de travail.

130. C'est d'un commun ! Le travail (en tout cas le travail demandé au salarié) est trop commun pour revêtir, en tant que tel, jamais un sens. Ce constat s'explique en deux points. D'une part, le contrat de travail n'a pas le monopole de la prestation de travail. C'est certain. « *Le même travail peut être fourni, contre argent, par un salarié ou par un entrepreneur indépendant* »⁶²¹. D'autre part, le travail demandé dans le cadre d'un contrat de travail n'est pas un travail *tangible* en lui-même. En effet, et en principe, l'obligation de faire incombant au salarié n'est pas une obligation de résultat⁶²². Celui-ci est demandé à l'entrepreneur. Dit autrement, le travail du salarié n'est pas saisi dans ses effets mais dans sa *substance*⁶²³. Or, cette entreprise est malaisée, voire impossible : il n'est pas évident de saisir « *le travail à la source* »⁶²⁴. Il n'est pas difficile de voir le sens du travail fourni par l'entrepreneur : c'est la prestation qu'il devra assurer, c'est la chose qu'il devra délivrer. Que la baguette de pain soit fournie et l'on aura aucun mal à visualiser le travail du boulanger. Que la formation de trente

⁶²¹ R. SAVATIER, La vente de service : *D. 1971, chron., p. 223 s., spéc. p. 225.*

⁶²² L'obligation de prestation de travail est une obligation de moyen. « *Au lieu de promettre un résultat, (comme l'entrepreneur dans le contrat d'entreprise), le salarié met son activité à la disposition de son employeur, sous la subordination duquel il se place. Lorsque l'objet du contrat est un résultat, la subordination est exclue et l'on sort du contrat de travail. Engagement du salarié à obtenir un résultat et qualification de contrat de travail sont antinomiques* » (G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, *Droit du travail : Dalloz 2020, 34^{ème} éd., p. 830-831, n° 660*). Il convient de relever toutefois que depuis une vingtaine d'années, émerge l'idée selon laquelle une certaine catégorie de salariés (les plus autonomes, donc principalement les cadres) travaillerait selon une obligation de résultats. (V. Rapp. de la commission présidée par Jean Boissonnat « Le travail dans vingt ans » : *Ed. O. Jacob 1995, p. 89 s.* ; v. également A. SUPLOT (dir.), *Au-delà de l'emploi : Flammarion, 1999, p. 36*). Nous croyons toutefois qu'il s'agit essentiellement d'une vision managériale et marginale et que la règle de droit reste la suivante : aucune clause du contrat de travail ne peut conduire à soumettre le salarié à une obligation de résultats (G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, *Droit du travail : Dalloz 2020, 34^{ème} éd., p. 830-831, n° 660*). D'ailleurs, en vertu d'une jurisprudence constante, l'insuffisance de résultats n'est pas, en elle-même, une cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc. 3 févr. 1999 : pourvoi n° 97-40606 ; Bull. V, n° 56) ; la seule insuffisance de résultats sans la démonstration d'une faute ou d'une insuffisance professionnelle ne permet pas de fonder la rupture du contrat de travail (Soc. 18 mai 2005 : pourvoi n° 03-40.579, inédit).

⁶²³ T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. Soc. 1992, p. 859 s., spéc. p. 860*, qui distingue le travail promis par le salarié des effets du travail qui forment la matière du contrat d'entreprise.

⁶²⁴ T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. soc. 1992, p. 859 s., spéc. p. 860.*

heures sur un sujet donné soit dispensée et l'on aura aucun mal à visualiser le travail du formateur indépendant. En raison de l'autonomie, de l'indépendance qu'a l'entrepreneur, la simple observation du résultat final permet de savoir s'il a fourni ou non le travail qui lui était contractuellement demandé. Ce n'est pas le cas pour le salarié qui ne s'engage pas à produire un résultat. Il s'engage à être performant dans ce qu'il devra accomplir, mais pas à produire un résultat. Le contrat de travail est indifférent à la « valeur finale »⁶²⁵ du service rendu. Ceci altère, relativise, sérieusement l'importance que peut avoir le travail, en lui-même, dans le rapport de droit existant entre le salarié et l'employeur.

Cette remarque de PERREAU est donc juste : « *le mot travail n'implique pas par lui-même un rapport* »⁶²⁶. Le travail du salarié ne peut être directement objet de contrat. Afin de le rendre commercialisable, il faut l'objectiver. Sans cette phase de conversion, le travail ne pourrait pas être l'opération du contrat puisqu'il n'est pas concret. Pour lui donner une valeur d'échange juridique, il faut le transcrire (à nouveau⁶²⁷). Or, ce qui rend le travail objectivable, selon ce même auteur, c'est la subordination.

131. Objectivation par la subordination. Il a été soutenu que l'objectivation de la force de travail était opérée par la subordination juridique⁶²⁸. C'est la subordination qui est véritablement à l'origine de l'échange du travail. Celle-ci vient qualifier le travail et remédier au fait, qu'en lui-même, il soit trop commun. Dit autrement, elle le *spécifie* afin de le rendre *échangeable*⁶²⁹. Elle permet à la fois la commercialisation de la force de travail et sa transformation en mise à disposition⁶³⁰.

⁶²⁵ T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. soc. 1992, p. 859 s., spéc. p. 869.*

⁶²⁶ H. PERREAU, *in* Le contrat de travail et le Code civil, Association nationale française pour la protection légale des travailleurs, Examen des textes que la commission du travail de la chambre des députés propose d'introduire au Code civil (collectif) : *Alcan, 1908, p. 85*, cité par T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. Soc. 1992, p. 859 s.*

⁶²⁷ Égal. pour une transcription par la qualification professionnelle, v. *supra* n° 110.

⁶²⁸ T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. soc. 1992, p. 859 s., spéc. p. 863* ; La force de travail, étude juridique : *Litec 1992, p. 86 s.*

⁶²⁹ T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. Soc. 1992, p. 859 s., spéc. p. 860* : « *La subordination affecte la personne du salarié : il est subordonné à l'employeur. Mais il l'est seulement dans son travail. Or le travail est consubstantiel à la personne. La subordination spécifie, ainsi, le travail promis par le salarié* ».

⁶³⁰ T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. soc. 1992, p. 859 s., spéc. p. 867.*

132. La commercialisation de la force de travail. La force de travail peut se définir comme les « *facultés corporelles et intellectuelles permettant à la personne de travailler* »⁶³¹. Nous reprendrons ici ce qui a été démontré par le Professeur REVET, à savoir que la force de travail est commercialisable grâce à la subordination. La subordination permet la dissociation juridique (donc intellectuelle) entre le salarié (sujet) et sa force de travail. La liberté du salarié est atteinte puisque celui-ci doit se conformer aux ordres et directives de l'employeur. Cette « désubjectivation » partielle et limitée du sujet permet d'isoler la force de travail qui pourra ensuite être commercialisée⁶³².

133. La mise à disposition de la force de travail. S'agissant des contours de la force de travail, c'est encore une fois la subordination qui va intervenir. Toujours selon le même auteur, elle transforme la force de travail en chose louée⁶³³. Mais le salarié n'est pas un « bailleur » comme les autres, en ce qu'il ne peut détacher la force de travail de lui-même. S'il y a une dissociation entre le sujet du contrat de travail et sa force de travail, celle-ci n'est en aucun cas physique. On ne peut remettre à autrui sa force de travail comme on pourrait lui remettre un bien mobilier ; mais *on peut se mettre à disposition d'autrui*. « La subordination apparaît alors comme le substitut de la dépossession »⁶³⁴. C'est ce que Monsieur le Professeur REVET a appelé l'adaptation du mécanisme de la location à la force de travail⁶³⁵. Dès lors, « *il n'y a donc pas de mise à disposition de la force de travail sans présence du salarié* »⁶³⁶.

Mais si la mise à disposition de la force de travail n'est qu'un élément objectivé pour désigner le travail, l'effort de transcription ne pourrait cacher la réalité, à rebours de notre démonstration, en vertu de laquelle le travail conserve, en droit du travail, toute son importance. On ne peut nier, en effet, que la mise à disposition est principalement active (c'est-à-dire que le salarié doit fournir effectivement un travail). « *La mise à disposition de la force de travail s'opère par la mise en œuvre, car le travail existe seulement lors de la*

⁶³¹ T. REVET, La force de travail, étude juridique : *Litec* 1992, p. 53, n° 51.

⁶³² T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. soc.* 1992, p. 859 s., spéc. p. 863.

⁶³³ T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. soc.* 1992, p. 859 s., spéc. p. 867.

⁶³⁴ A. JOHANSSON, La détermination du temps de travail effectif : *LGDJ* 2006, p. 2.

⁶³⁵ T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. soc.* 1992, p. 859 s., p. 868 s. ; La force de travail, étude juridique : *Litec* 1992, p. 252 s.

⁶³⁶ T. REVET, L'objet du contrat de travail : *Dr. soc.* 1992, p. 859 s., spéc. p. 868.

mise en œuvre de la force de travail : seule la mise à disposition active de la force de travail permet de fournir le travail »⁶³⁷ ; c'est à dire le travail effectif. Partir du travail, passer par le truchement de la liberté du travail, puis de la subordination pour finalement revenir au travail effectif ? Ce serait finalement consacrer le déroulé synallagmatique et normal, presque « fruste », de la relation de travail, complètement à rebours de notre démonstration. Il nous semble toutefois que cette mise à disposition n'est pas nécessairement active. L'auteur lui-même ne reconnaît-il pas qu'il peut lui arriver d'être « *passive* »⁶³⁸ ? Il s'agit des hypothèses dans lesquelles le salarié n'est pas productif mais est pourtant réputé exécuter son contrat de travail. On a pu justement reconnaître que, lorsque la mise à disposition ne peut être active, « *la disponibilité doit primer sur l'activité* »⁶³⁹. Pourquoi ? Parce que le salarié était placé, par la seule mise à disposition, sous la subordination de son employeur et qu'il s'était mis en situation de réponse à ses ordres et directives. La mise à disposition de la force de travail compose alors, non plus avec le travail du salarié, mais avec sa simple disponibilité.

En conséquence, la notion de travail, à l'importance exagérée, subit, en droit du travail, la compétition de la notion voisine de la subordination. Pour le dire concrètement, cette dernière permet sa transcription juridique. Mais la notion de travail n'est pas seulement une notion surestimée ; l'impossible détermination de sa « valeur » dans l'entreprise plurale révèle qu'elle est également une *notion surinvestie*.

⁶³⁷ T. REVET, La force de travail, étude juridique : *Litec* 1992, p. 334, n° 302.

⁶³⁸ T. REVET, La force de travail, étude juridique : *Litec* 1992, p. 348 s., n° 316 s. ; L'objet du contrat de travail : *Dr. soc.* 1992, p. 859 s., spéc. p. 869-870 : « *la mise à disposition de la force de travail n'est donc pas exclusivement active : elle est, en partie, simplement effective – quoique passive par rapport à la fourniture d'un travail. Il en découle, notamment, la nécessité de rétribuer spécialement les heures de simple disponibilité, telles les heures d'astreintes* ».

⁶³⁹ T. REVET, La force de travail, étude juridique : *Litec* 1992, p. 349, n° 316.

III. L'indétermination de la valeur travail

134. L'argument de « l'épingle ». Si l'entreprise peut être composée d'un salarié unique⁶⁴⁰, elle est bien souvent plurale et regroupe en vue de son activité économique plusieurs salariés. On perçoit alors la limite de la fable individualiste, datant du XVIII^{ème} siècle, qui fait du travail une chose sécable et abstraite. A rebours de cette conception individualiste, nous soutenons qu'au sein de l'organisation de l'entreprise, il est impossible de surmobiliser la « valeur travail » puisque la contribution d'un salarié particulier à l'activité économique de l'entreprise est impossible à isoler et mesurer⁶⁴¹. Il y a en effet, dans l'entreprise, une modification des intervenants et une succession voire une juxtaposition d'opérations distinctes. C'est l'argument que l'on pourrait appeler de « l'épingle », les libéraux eux-mêmes ayant convenus qu'un ouvrier ne pourrait sans les autres produire ne serait-ce qu'une épingle⁶⁴². Dès lors que le salarié s'inscrit dans une entreprise plurale, il nous semble que toute évaluation de la valeur de son travail est rendue impossible. Dans l'acte de signification effectué et facturé réglementairement « 18,23 » euros, qui peut soutenir, dans les rapports entre seuls salariés et sans inclure l'huissier associé de l'étude, pouvoir déterminer avec certitude quelle fraction revient au cleric principal, quelle fraction revient à l'assistante juridique et quelle fraction revient au cleric gestionnaire de dossiers ?

135. « Le salarié n'est pas une île »⁶⁴³. En réalité, le seul véritable travail que l'on pourrait isoler, quant à sa valeur, est celui de Robinson Crusoé⁶⁴⁴. On sait la fascination que

⁶⁴⁰ B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020, 12^{ème} éd.*, p. 1009, n° 2150. *Contra*. N. CATALA, Traité de droit du travail, L'entreprise, t. 4, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1980*, p. 67, n° 69.

⁶⁴¹ Rapp., en sciences politiques, pour la société humaine, de BOURGEOIS selon qui « Le compte de la part qui revient vraiment à chacun dans le produit de ce qu'il appelle son travail personnel devient ainsi presque impossible à faire » (L. BOURGEOIS, *La solidarité* : Armand Colin 1906, 5^{ème} éd, p. 177).

⁶⁴² A. SMITH, Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations, Chap. 1, Livre 1 : 1776, rééd., *Economica 2000*, p.10.

⁶⁴³ Rappr. J. DONNE, For Whom the Bell Toll's, in *Poèmes* : Gallimard, 1992 : « *No man is an island, entire of itself ; every is a piece of the continent, a part of the main* ».

⁶⁴⁴ D. DEFOE, Robinson Crusoé : *GF Flammarion 1989*.

cette figure a exercé sur la théorie économique classique, ce qui a donné lieu aux « robinsonades »⁶⁴⁵. Or, ce qui est juste pour Robinson dont les réalisations sur son île dépendent directement et exclusivement de sa dépense individuelle, ne l'est plus dès lors que l'on est plus d'un dans un groupe ayant une activité économique. Seul Robinson travaille véritablement individuellement et seul, son activité peut être isolée et mesurée. Mais « l'homme n'est pas une île »⁶⁴⁶ et encore moins le salarié qui travaille au sein d'une entreprise. Dans le groupement que représente l'entreprise plurale, on ne peut donc penser la valeur économique (fixée par le juridique, ce que l'économie semble appeler la « valeur tutélaire ») à l'échelle du salarié pris individuellement et par rapport à son poste de travail pris isolément. On ne peut étudier les lois du travail à partir d'un état fictionnel et postuler en conséquence que le salarié se distingue par son seul travail et qu'il est juste que sa place dans l'entreprise découle de son mérite et de sa « valeur travail ».

Dans le groupement que représente l'entreprise plurale, on ne peut donc penser la valeur économique (fixée par le juridique, ce que l'économie semble appeler la « valeur tutélaire ») à l'échelle du salarié pris individuellement et par rapport à son poste de travail pris isolément. La difficulté, l'impossibilité où l'on est de mesurer la valeur du *facio*, du faire individuel dans l'entreprise, est apparue à l'occasion des grèves tournantes. Ces grèves, interdites dans le secteur public par la loi n° 63-777 du 31 juillet 1963⁶⁴⁷, résultent d'arrêts de travail par catégories professionnelles ou par secteur affectant successivement les divers personnels de l'entreprise⁶⁴⁸. Si aujourd'hui, sauf désorganisation caractérisée de l'entreprise, la régularité de ce genre de grève est enfin admise, on a pu faire valoir, à l'époque, que « *la participation d'une équipe ne pouvait être isolée du reste du mouvement, le salarié gréviste pendant deux heures participant en fait à la grève animo solo pendant huit jours* »⁶⁴⁹ ; la chambre sociale de la Cour de cassation avait pu, avant de renouer avec le principe de proportionnalité, affecter le montant de salaire du salarié gréviste d'une réduction correspondante non à la

⁶⁴⁵ « *Les économistes classiques ne se réfèrent ni au personnage de Robinson ni au roman de Defoe mais imaginent des robinsonades, c'est-à-dire des situations qui mettent en scène des individus isolés dont le hasard organise à la rencontre* » (C. PIGNOL, *Robinson Crusoe*, Usage et mésusage d'un roman, Alternatives économiques 2018 : *L'Economie Politique*, n° 079).

⁶⁴⁶ P. SARGOS, *L'homme n'est pas une île* : *Dr. soc.* 2004. p. 86 s. ; J. DONNE, *précité*.

⁶⁴⁷ C. trav., art. L. 2512-3.

⁶⁴⁸ B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives* : *LexisNexis 2020*, 12^{ème} éd., p. 1122, n° 2395.

⁶⁴⁹ J. SAVATIER, obs. sous Soc. 16 juillet 1964 : *Dr. soc.* 1965, p. 106.

durée de cessation individuelle mais à la réduction correspond à la perte globale de production⁶⁵⁰. La difficulté où l'on est de mesurer la valeur du travail se retrouve également dans l'application du principe prétorien⁶⁵¹ « à travail égal, salaire égal » qui signifie que les travailleurs d'une même entreprise effectuant un travail égal ou de valeur égale doivent percevoir un salaire égal. On a justement pu faire remarquer que la notion de valeur égale est difficile à délimiter⁶⁵². En effet, il ressort de l'article L. 3221-4, en vertu duquel « *sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse* », qu'il peut il y avoir autant de situations différentes qu'il y a de salariés. Les raisons objectives matériellement vérifiables de nature à justifier une différence de traitement entre salariés⁶⁵³ sont aujourd'hui tellement nombreuses que l'exception n'est pas loin de renverser le principe⁶⁵⁴. La notion de « valeur égale » n'a donc qu'une très relative consistance.

Il résulte de ce qui précède que puisque la valeur (individuelle) du travail est impossible à dégager tant dans la société des hommes que dans l'entreprise plurale, il n'est pas pertinent d'étudier les lois du travail à partir d'une robinsonnade, d'un état fictionnel et postuler en conséquence que le salarié se distingue par son seul travail et qu'il est juste que sa place individuelle dans l'entreprise découle de son mérite et de sa « valeur travail ». Il ne s'agit pas de nier l'essence productive du travail : la valeur collective de ce dernier est sans commune mesure. Il s'agit de conclure, de ce qui précède, qu'à l'échelle individuelle, celle du salarié, si le *geste* travail existe bel et bien⁶⁵⁵, la *valeur* travail n'est, elle, que fantasme.

⁶⁵⁰ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*, p. 49, n° 27.

⁶⁵¹ Soc. 29 oct. 1996 : pourvoi n° 92-43.680 ; Bull. V, n° 359 ; Soc. 15 déc. 1998 : pourvoi n° 95-43.630 ; Bull. V, n° 551.

⁶⁵² D. PALLANTZA, La créance de salaire : *L'Harmattan 2014*, p. 63, n° 60.

⁶⁵³ Soc. 21 janv. 2009 : pourvoi n° 07-43.452, Bull. V, n° 15. V. égal. CA Montpellier, ch. soc. 16 oct. 2019 : RG n° 17/01722 ; CA Montpellier, ch. soc. 4 nov. 2020 : RG n° 16/00320.

⁶⁵⁴ P. LOKIEC, Droit du travail : *PUF 2019*, p. 364, n° 363.

⁶⁵⁵ V. supra n° 83.

136. Conclusion de section. Le mouvement de démarcation, qui avait déjà permis d'esquisser par un raisonnement « en miroir » les contours de l'appartenance du salarié à l'entreprise, devait être prolongé d'une relativisation du travail. Cette relativisation est seule de nature à ménager une place à l'appartenance du salarié à l'entreprise. Du travail, le penseur (juriste y compris) doit, plutôt que le défier, s'en défier. Il doit s'en défier non seulement conceptuellement, mais il doit également être conscient du contexte dans lequel le travail du salarié se réalise, contexte qui empêche tout juste prix du travail. Au-delà de cette défiance, le penseur est aussi invité à admettre l'insuffisance même du travail. Cette insuffisance procède de trois constats : un premier, d'inscription impérative dans un espace-temps, révèle que la notion de travail est une notion molle. Un deuxième, de compétition de la subordination, révèle que nous sommes également en présence d'une notion surestimée. Un troisième, d'indétermination de sa valeur, souligne enfin que la notion est aussi surinvestie.

137. Conclusion de chapitre. Le travail circonscrit, le travail temporalisé, le travail dirigé, le travail objectivé... Autant de constructions autour du travail qui semblent souligner de prime abord son importance, mais en réalité l'édulcorent, le relativisent. Puisque le premier chapitre a révélé la dissociation entre le travail et l'appartenance à l'entreprise, notion concurrente de ce premier, il fallait exploiter, tirer des enseignements de cette dissociation quant à ce qui fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise. Il fallait faire œuvre de démarcation. Cette démarcation tenait en deux étapes : identifier le travail, tout d'abord, pour cerner *a contrario* l'appartenance du salarié à l'entreprise. Relativiser l'importance du travail dans l'entreprise, ensuite, pour ménager une place concurrente à l'appartenance du salarié à l'entreprise. De l'identification du travail (un *facio*), l'appartenance du salarié à l'entreprise en ressort esquissée. Bien que procédant, comme la prestation de travail du salarié, du contrat de travail, l'appartenance du salarié à l'entreprise est le contraire d'un faire individuel. De la relativisation du travail, l'appartenance du salarié à l'entreprise en ressort autorisée, légitimée ; la consécration d'une notion concurrente au travail, au vu de l'insuffisance de ce dernier, a toute sa place dans l'ordonnement des relations de travail. Cela rend crédible une étude de dissociation d'avec celui-ci et légitime la notion émergente qu'est l'appartenance du salarié à l'entreprise.

138. Conclusion de titre. L'appartenance du salarié à l'entreprise est à l'origine un concept dépourvu de tout contenu notionnel, et *a fortiori* de toute systématisation. Sa seule substance, initialement, réside dans sa positivité, son ancrage en droit positif. Pour la définir, il n'est alors, pensons-nous, de meilleur procédé que d'examiner avec attention la mobilisation que le juge en fait dans le contentieux de l'assiette des cotisations sociales, et donc de partir en quête, dans un premier temps, de la *manifestation*, en droit positif, de cette appartenance. Plusieurs enseignements procèdent de cet examen de la jurisprudence. Le premier enseignement, originel, essentiel, est celui d'une dissociation de l'appartenance du salarié à l'entreprise d'avec le travail. Dans le discours du juge, le travail n'est pas ce qui fonde directement l'appartenance du salarié à l'entreprise. Ce découplage entre travail et appartenance à l'entreprise, déjà souligné par le Professeur VACHET⁶⁵⁶, qui apparaît à découvert dans le discours du juge, représente la certitude sur laquelle nous avons décidé de bâtir notre étude. Un deuxième enseignement découlant de l'examen de la jurisprudence, non moins important, est celui du fondement contractuel de cette appartenance. Il nous est en effet apparu que ce rattachement du salarié à l'entreprise avait pour support le contrat de travail. Il nous fallait ensuite tirer des enseignements de cette manifestation de l'appartenance à l'entreprise dans le discours du droit, et plus précisément apprendre de sa dissociation d'avec le travail. Il nous a semblé, dans ce but, pertinent de nous engager, dans un deuxième temps, dans une démarche de *démarcation*. Cette œuvre de démarcation portait également en elle deux étapes. Il convenait en premier lieu d'identifier le travail, pour cerner *a contrario* l'appartenance du salarié à l'entreprise. Cette recherche d'une démarcation des notions n'est pas facilitée par l'incroyable polysémie du travail, par son omniprésence et paradoxalement son manque d'appréhension unitaire. Nous avons finalement identifié a minima le travail en référence à son essence, à savoir un *facio* ; il est alors apparu que l'appartenance à l'entreprise n'était pas ce « faire individuel », ce geste, mais, à l'inverse, une situation passive au salarié et commune aux salariés. Cependant, ce détour par le travail n'a pas seulement été riche d'identification ; il a également été source de préoccupation. En effet, nous avons dû faire le constat de la centralité du travail, non seulement dans la société

⁶⁵⁶ G. VACHET, La notion de rémunération au regard de la sécurité sociale, in Mél. M. Despax : *Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 2001, p. 359 s. ; Chron. de droit de la sécurité sociale : *JCP E* 2001, 1764.

des hommes mais surtout dans l'entreprise. Puisque cette centralité du travail rendait *a priori* toute promotion d'une notion concurrente (l'appartenance à l'entreprise) périlleuse sinon impossible, il nous a fallu augmenter en second lieu notre démarche d'une nouvelle étape : celle d'une relativisation du travail. en droit du travail et dans l'entreprise, le travail, pour acquérir pleine juridicité, doit renoncer à une partie de son autonomie. Pour le dire autrement, il ne se suffit pas à lui-même et manque en tant que tel de substance. Il lui faut s'inscrire dans l'espace comme dans le temps pour acquérir pleine valeur. Relativiser le travail a permis de ménager une place à la notion jusqu'alors inédite de l'appartenance du salarié à l'entreprise, qu'il nous reste, à présent, enfin, à définir.

Titre 2 : La révélation de la qualité de salarié

139. L'appartenance du salarié à l'entreprise, expression de droit positif, se distingue du travail exécuté par le salarié. Autrement dit, le salarié qui n'est pas en mesure, par exemple, d'exécuter sa prestation de travail continue d'appartenir à l'entreprise ; il continue d'y être rattaché juridiquement et ce rattachement juridique produit des effets de droit.

140. Mais comment s'opère ce rattachement ? Nous avons vu que l'appartenance du salarié à l'entreprise avait un *support contractuel*. Grâce au support contractuel⁶⁵⁷, qui se distingue de la présence matérielle dans l'entreprise et de l'exécution de la prestation de travail, le salarié appartient à l'entreprise. Mais comment le contrat de travail réalise-t-il ce rattachement du salarié à l'entreprise, même lorsque le salarié est défaillant dans son exécution, même lorsqu'il n'est pas ou plus en mesure de réaliser la prestation ? Comment expliquer que l'on invoque le contrat alors que, dans le même temps, nous avons démontré que l'objet du contrat de travail (la prestation de travail) est indifférent et que l'économie contractuelle en est souvent bouleversée ? Quelle est la dimension particulière du contrat de travail qui semble ici convoquée ? La réponse à ces questions réside dans la qualité de salarié. L'existence d'un contrat de travail *génère*, automatiquement, la qualité de salarié. En effet à partir du moment où le contrat est conclu, le travailleur se voit attribuer une place dans l'entreprise. Cette qualité juridique est souvent ignorée, en ce qu'elle est, en temps normal, recouverte par la fourniture de la prestation de travail par le salarié. Cette fourniture de travail donne l'impression que le contrat de travail, contrat d'échange, répond à un strict « synallagma » et à un principe arithmétique : parce que le salarié travaille au bénéfice de l'entreprise qui poursuit une activité économique, il doit être reconnu et bénéficier des conséquences attachées à l'exécution de son contrat de travail. En réalité, même lorsque le travail est fourni, la qualité est présente, elle est seulement invisible. Pour le dire autrement, l'appartenance à l'entreprise s'efface quand le salarié se fixe dans l'entreprise par l'acte concret qu'est son travail, ce dernier invisibilisant la dimension juridique de son activité le rattachant comme salarié de l'entreprise.

⁶⁵⁷ V. *supra* Chapitre 1, n° 44 s.

141. Cette qualité, générée par le contrat de travail, ne se réduit pas à l'acte juridique qui la crée. Le contrat de travail est le support de l'appartenance à l'entreprise (sans contrat de travail, pas d'appartenance à l'entreprise). Mais il manque, à ce stade, l'élément qui permet d'expliquer le rattachement du salarié à l'entreprise par le support contractuel. Selon nous, cet élément est la qualité de salarié. Seule la détention de la qualité de salarié permet d'expliquer, de justifier qu'un salarié qui ne travaille pas peut toujours, par exemple, voter dans l'entreprise. Si le contrat de travail est le support de l'appartenance, donc de la qualité, c'est parce qu'il en est sa condition (sans contrat pas de rattachement à l'entreprise). Ce qu'apporte la qualité par rapport au contrat est la place que donne la qualité (de salarié) à un salarié dans l'entité, dans le cercle qu'est l'entreprise. Le contrat, parce qu'il est un lien de droit (ici bilatéral) ne peut expliquer et justifier *seul* certaines règles de droit. Seule la qualité de salarié le peut : créée par le contrat, elle ne se confond toutefois pas avec lui. Lorsque le salarié est rattaché à son employeur nominal, celui qui a vocation à bénéficier du travail fourni, qui est l'hypothèse typique du contrat, l'appartenance est primaire (**Chapitre 1**) ; elle renvoie à une configuration « normale » et à une configuration directe, dans laquelle le salarié appartient sans intermédiaire à l'entreprise.

142. La qualité de salarié fait pourtant défaut dans l'hypothèse où le salarié est mis à disposition dans une entreprise autre que la sienne. Il n'a pas la qualité de salarié de cette entreprise, aucun contrat de travail n'étant conclu entre lui et elle. Son appartenance à l'entreprise d'accueil n'est pas autonome et ne représente pas une seconde forme d'appartenance à l'entreprise. Elle n'est que dérivée de la détention de la qualité de salarié de l'entreprise d'origine (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'appartenance primaire

143. L'appartenance du salarié à l'entreprise, que l'on sait à ce stade fondée sur le contrat de travail, va être plus précisément expliquée par la détention de la qualité de salarié provenant de ce même contrat. De l'analyse, encore une fois, de la jurisprudence nous induisons que le mécanisme de l'appartenance du salarié à l'entreprise réside dans la qualité de salarié. Si cette qualité juridique a pour origine la théorie du lien de droit, elle va au-delà de sa proposition principale (**Section 1**). Cette qualité juridique est autonome du contrat de travail, tout en procédant de lui. Son autonomie conceptuelle, son autosuffisance⁶⁵⁸ se manifeste en ce qu'elle suffit à rattacher le salarié à l'entreprise, sans qu'il faille constater d'autres critères ou d'autres éléments. Ni geste ni participation, la qualité juridique est autosuffisante pour régir la détermination du rapport du salarié à l'entreprise (**Section 2**). En somme, le raisonnement se résume ainsi : *d'abord* se référer au lien de droit, *ensuite* le dépasser et découvrir la qualité (de salarié), enfin expliquer la qualité (généralement) et ses répercussions (spécifiques) sur l'appartenance du salarié à l'entreprise.

Section 1 : L'origine de la qualité juridique

144. Si le support de l'appartenance du salarié à l'entreprise est contractuel, est-ce que cela implique que la clef d'explication du rattachement du salarié à l'entreprise - de son appartenance - doit être trouvée dans l'idée de lien de droit dont le lien contractuel est une forme ? (**§1**) La faiblesse de cette théorie par rapport à l'étude menée est que le lien de droit ne permet pas, en lui-même, de prendre en compte l'entreprise qui est le périmètre, le cercle où se déploie l'appartenance du salarié. Le seul lien bilatéral de droit (entre le salarié et l'employeur) n'explique pas, en lui-même, l'existence d'une représentation du personnel ou le mécanisme d'une rémunération variable assise sur les résultats de l'entreprise par exemple. Mais cette faiblesse ne doit pas conduire à rejeter les enseignements, précieux, de la théorie

⁶⁵⁸ Déjà augurée v. *supra* n° 5.

du lien de droit. Celle-ci insiste, en partie, d'une certaine façon, sur la place que confère le lien tissé. Elle suggère la notion de qualité. En cela, le lien de droit est, pour nous, une « notion-pilote », au sens où si la théorie du lien de droit doit être dépassée, son analyse permet la construction de la notion de qualité de salarié, générée par le contrat de travail, qui rend compte du mécanisme de réalisation de l'appartenance du salarié à l'entreprise (§2).

§1. Le lien contractuel : un lien de droit

145. Dans cette recherche de ce qui détermine le rapport entre le salarié et l'entreprise, une théorie séduit : celle qui insiste sur ce qui est tissé, établi, entre deux personnes. C'est la théorie du lien de droit (I). Il convient alors de vérifier, dans un premier temps, si cette théorie, dont le lien contractuel est une dimension (II), une déclinaison, peut justifier le rattachement du salarié à l'entreprise que réalise le contrat de travail. La négative nous conduira plus loin à nous inspirer de cette théorie pour suivre une voie propre et dépasser, pour les nécessités de l'étude, le lien de droit.

I. Le lien de droit

146. S'interroger sur la pertinence du lien de droit comme explication du rattachement du salarié à l'entreprise qu'opère le contrat (qui peut être un lien contractuel) impose de définir ce que l'on entend par-là avant d'analyser son contenu.

147. **Définition.** L'effort définitoire n'est toutefois pas aisé puisqu'aucune théorie d'ensemble du (ou des) lien de droit n'existe⁶⁵⁹. Ce dernier ne possède pas la rigueur attachée à d'autres notions juridiques : « *il est, en effet, bien plus facile de penser un objet isolé que*

⁶⁵⁹ E. JEULAND, L'école relationniste du droit : la nouaison ? : *APD 2011*, p. 373 s., spéc. p. 374.

la relation entre deux objets »⁶⁶⁰. La doctrine, emmenée par le Professeur JEULAND, tend cependant, de plus en plus à s'emparer du lien de droit, afin de définir et d'ordonner cette situation juridique⁶⁶¹. Elle le distingue du lien social⁶⁶², pour le définir essentiellement

⁶⁶⁰ *Ibid.*

Il faut pourtant se défaire de l'impression en vertu de laquelle le lien renvoie à un rapport affectif. Il revêt une réelle dimension juridique. V. E. JEULAND, L'école relationniste du droit : la nouaison ? : *APD 2011*, p. 373 s., spéc. p. 383.

⁶⁶¹ Le lien de droit est une situation juridique (G. CORNU, « Lien », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 612. *Comp.* E. JEULAND, L'énigme du lien de droit : *RTD civ. 2003*, p. 455 s., spéc. p. 463).

Pour les principaux écrits sur le lien de droit, v. E. JEULAND, L'énigme du lien de droit : *RTD civ. 2003*, p. 455 s. ; L'égalité dans les liens de droit : *APD 2008*, p. 29 s. ; E. JEULAND, L'école relationniste du droit : la nouaison ? : *APD 2011*, p. 373 s. ; Sur le lien de droit : *APD 2012*, p. 407 s. ; La Fable du ricochet : *Mare & Martin 2009* ; E. JEULAND et S. MESSAI-BAHRI (dir.), Les nouveaux rapports de droit : éd. *IRJS 2013*.

⁶⁶² Sans trop de consensus toutefois, certains estimant que le lien de droit se surajoute au lien social (C. ATIAS, Philosophie du droit : *PUF 1999*, p. 295), qu'il est une catégorie de lien social (M. FABRE-MAGNAN, Propriété, patrimoine et lien social : *RTD civ. 1997*, p. 583 s., spéc. p. 585) ou qu'il traduit juridiquement l'existence du lien social (E. JEULAND, La Fable du ricochet : *Mare & Martin 2009*, spéc. p. 10-11).

comme un rapport de personne à personne⁶⁶³. Pléonastique⁶⁶⁴, le lien de droit représente - au moins pour partie - un « *accrochage juridique* »⁶⁶⁵. Il n'est pas l'enveloppe des rapports entre deux personnes, ni une expression de ceux-ci ; il est ce rapport lui-même⁶⁶⁶. Incontestablement, un tel rapport existe entre l'employeur et le salarié.

⁶⁶³ E. JEULAND, *La Fable du ricochet : Mare & Martin 2009, spéc. p. 16 et p. 33* ; E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI (dir.), *Les nouveaux rapports de droit : éd. IRJS 2013*. Ce point n'est toutefois pas arrêté (*comp.* E. JEULAND, *L'énigme du lien de droit : RTD civ. 2003, p. 455 s., spéc. p. 457*). Les auteurs s'appuient notamment sur Domat (E. JEULAND, *L'école relationniste du droit : la nouaison ? : APD 2011, p. 373 s., spéc. p. 376*). L'emploi du singulier pour désigner le lien de droit ne doit pas dissimuler le fait que le lien de droit s'inscrit dans une architecture dynamique caractérisé par plusieurs niveaux allant des liens primaires à l'ensemble étatique en prolongeant la réflexion vers l'espace européen et la mondialisation (E. JEULAND, *La Fable du ricochet : Mare & Martin 2009, spéc. p. 219 s.*).

Le terme de lien est retenu par préférence à la « relation » ou au « rapport ». Une entreprise de distinction d'entre ces trois termes est souvent entreprise par la doctrine qui essaye de distinguer entre ces trois termes selon différents caractères (caractère patrimonial, caractère personnel, caractère générique, caractère abouti...), rien n'est encore fixé (J. ROCHFELD, *Les nouveaux rapports de droit : éléments de synthèse, in Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. IRJS 2013, p. 235 s., spéc. p. 237-238*). Il nous semble juste de retenir le terme « lien » par préférence aux deux autres. En effet, il peut être reproché au « rapport » d'être doté d'un caractère générique, qui ne permet guère d'affiner le raisonnement, et à la « relation » de renvoyer à l'activité (S. MESSAÏ-BAHRI *La relation d'affaires ou relation commerciale, in Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. IRJS, 2013, p. 19 s., spéc. p. 21*), qui ne correspond pas au raisonnement puisque le rattachement du salarié à l'entreprise opéré par le contrat de travail ne se fonde pas, nous l'avons vu, sur l'activité du travailleur.

⁶⁶⁴ E. JEULAND, *La Fable du ricochet : Mare & Martin 2009, p. 11* : « *On peut ainsi avancer qu'il n'existe pas de lien non juridique* ». *Comp.* A.-M. LEROYER *Les nouveaux liens de famille : entre idéalisme et réalisme, in Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. IRJS 2013, p. 129 s., spéc. p. 131*, qui définit les nouveaux liens de famille comme évoluant « *entre le droit et le fait, entre idéalisme et réalisme* ».

⁶⁶⁵ E. JEULAND, *L'énigme du lien de droit : RTD civ., 2003, p. 455, spéc. p. 461-462*.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

148. Contenu. Il est indéniable que l'appartenance se rapproche du lien de droit⁶⁶⁷. En droit de la nationalité, nous avons déjà pu voir ce lien de droit⁶⁶⁸ est défini comme l'appartenance d'un individu à un État particulier. D'où la nécessité de vérifier si le rattachement du salarié à l'entreprise qu'opère le contrat de travail peut s'expliquer par cette théorie.

Au-delà de ce modèle d'appartenance, il existe peu de liens de droit susceptible de rattacher ; si on les envisage strictement⁶⁶⁹, il est possible d'en répertorier une dizaine seulement, dont le très attendu lien contractuel⁶⁷⁰. De façon moins précise, est aussi envisagé le « lien du travail »⁶⁷¹. Il n'est pas précisé si ce lien du travail se superpose au lien contractuel existant entre l'employeur et le salarié ou bien s'il s'ajoute à ce dernier⁶⁷². L'entreprise, cet ensemble de liens de droit⁶⁷³, reste encore pour les théoriciens du lien un espace difficilement saisissable. Il est cependant difficilement contestable que le salarié, engagé dans une relation typique de travail⁶⁷⁴, est lié à son employeur uniquement en raison d'un lien contractuel⁶⁷⁵.

⁶⁶⁷ E. JEULAND, *La Fable du ricochet : Mare & Martin 2009*, p. 257 : « Les idées d'appartenance (à une famille, une entreprise, une nation, une ville), de reconnaissance et d'identité voire de dignité sont étroitement connectées à la notion de lien de droit ».

⁶⁶⁸ Qui a pu être qualifié de lien d'allégeance par la première chambre civile de la Cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 19 févr. 1975 : pourvoi n° 73-11.042, Bull. n° 72).

⁶⁶⁹ Une réflexion est toutefois engagée sur des nouveaux rapports de droit qui viendraient se rajouter aux liens classiquement admis (E. JEULAND, Introduction, *in* Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAI-BAHRI : éd. IRJS 2013, p. 1 s., spéc. p. 9).

⁶⁷⁰ E. JEULAND, *La Fable du ricochet : Mare & Martin 2009*, p. 189.

⁶⁷¹ E. JEULAND, *La Fable du ricochet : Mare & Martin 2009*, p. 91.

⁶⁷² *Rappr.* pour un lien d'entreprise qui s'ajoute au lien contractuel, A. BRUN, *Le lien d'entreprise : JCP 1962*, I, 1719.

⁶⁷³ E. JEULAND, *La Fable du ricochet : Mare & Martin 2009*, p. 274. Aussi appelée « groupe de liens » (*Ibid.* p. 229).

⁶⁷⁴ C'est-à-dire que l'exécution du travail se fait au bénéfice de l'employeur, hypothèse de l'appartenance primaire développée ici.

⁶⁷⁵ P. REMY, *De nouveaux rapports de droit en droit du travail ? A la lumière d'une comparaison des droits français et allemand du travail*, *in* Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAI-BAHRI : éd. IRJS 2013, p. 71 : « Et ce sont d'abord ces relations de travail, individuelles et collectives, qui renferment une pluralité de rapports de droit : on songe bien évidemment, en premier lieu, à celui qui existe entre le salarié et l'employeur et qui prend la forme du contrat de travail ».

II. Le lien contractuel

149. Le contrat peut être un lien de droit. Il ne peut être discuté que le contrat est un lien de droit⁶⁷⁶, même s'il est rarement qualifié de tel⁶⁷⁷. C'en est même l'un des plus évidents ; l'expression de « lien contractuel » est aujourd'hui installée⁶⁷⁸. C'est toute la conception du contrat qui a évolué pour envisager le contrat non plus seulement comme un instrument de création de dettes et créances mais comme un lien entre les parties. Mais il convient d'aller au-delà encore : notre droit positif ne reconnaît pas seulement le contrat comme un lien mais développe également des techniques contractuelles de préservation de ce lien. C'est le cas de la suspension du contrat de travail qui se développe principalement en droit du travail⁶⁷⁹. C'est le cas également de la cession de contrat, généralisée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 à l'article 1216 du Code civil et qui pourrait être utilement mobilisée en droit du travail pour permettre notamment le transfert du contrat de travail d'un salarié à une autre entreprise d'un même groupe⁶⁸⁰. La cession de contrat, qui peut être définie comme une « cession de de position contractuelle » ou encore une « cession

⁶⁷⁶ R. LIBCHABER Les nouveaux rapports : l'attraction exercée par le contrat, *in* Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : *éd. IRJS 2013*, p. 51 s.

⁶⁷⁷ E. JEULAND, L'énigme du lien de droit : *RTD civ. 2003*, p. 455 s., *spéc. p. 470 s.*

⁶⁷⁸ V. par ex. M.-E. PANCRAZI-TIAN, La protection judiciaire du lien contractuel : *PUAM 1996*. Sur le caractère vivant du lien contractuel, v. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats : *RTD civ. 1997*, p. 357 s., *spéc. p. 361 s.*

⁶⁷⁹ V. *infra* n° 284 s. V. aussi E. JEULAND, L'énigme du lien de droit : *RTD civ. 2003*, p. 455 s., *spéc. p. 470-471* ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, 3^{ème} éd. n° 398. *Adde* A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée déterminée* : *Dalloz 2005*, p. 99, n° 110 : « la suspension est aujourd'hui une technique du droit des contrats utile au maintien du lien ».

⁶⁸⁰ G. LOISEAU, Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats : *JCP G 2016*, 602.

Selon le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance, la cession du contrat, pensée de façon unitaire et non plus comme une simple adjonction d'une cession de dette et d'une cession de créance, « a pour objet de permettre le remplacement d'une des parties au contrat par un tiers, sans rupture du lien contractuel ».

de la qualité de cocontractant »⁶⁸¹, permet donc la survie du lien de droit en lui-même, signe de la vitalité de cette théorie.

150. Le contrat peut être un lien de droit : *tout contrat n'est pas un lien de droit*. Cette affirmation de principe, en vertu de laquelle le contrat est un lien, ne saurait toutefois être une réalité s'imposant en toute circonstance : il est admis que le lien puisse se situer hors contrat (i. e. les liens de filiation, d'instance, de nationalité) ou que lien soit extérieur au contrat alors même que les rapports sont d'origine contractuelle (i. e. la relation d'affaires)⁶⁸². Mais, surtout, tous les contrats ne constituent pas des liens de droit ; le contrat est donc une technique de rattachement privilégiée (essence du lien de droit) mais non exclusive. En effet, « *les contrats à exécution instantanée ne donnent pas lieu à un lien de droit* »⁶⁸³. Pourquoi ? Car le contrat à exécution instantanée produit une obligation qui est exécutée en une seule fois en une prestation unique⁶⁸⁴ ; il s'exécute en « un trait de temps ». À l'inverse, dès lors que l'obligation s'échelonne dans le temps, le contrat est à exécution successive⁶⁸⁵ : un lien de droit se constitue alors.

151. Le contrat peut être un lien de droit : *exemple du contrat de travail*. De ce point de vue, il est indéniable que le contrat de travail entre dans la catégorie des contrats à exécution successive⁶⁸⁶ et peut être caractérisé de « lien de droit ». Est-ce le cas cependant

⁶⁸¹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, Droit civil, Les obligations : *Dalloz 2018, 12^{ème} éd., p. 1739, n° 1667.*

⁶⁸² S. MESSAÏ-BAHRI, La relation d'affaires ou relation commerciale, *in* Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : *éd. IRJS 2013, p. 19 s., spéc. p. 24-25.* – Com. 9 mars 2010 : pourvoi n° 09-10.216, inédit.

⁶⁸³ E. JEULAND, L'énigme du lien de droit : *RTD civ. 2003, p. 455 s., spéc. p. 470.*

⁶⁸⁴ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, Droit des obligations : *Defrénois 2018, 10^{ème} éd. p. 216, n° 416.*

⁶⁸⁵ La catégorie des contrats à exécution successive, initialement admise par la jurisprudence et dorénavant consacrée par le Code civil (C. civ., art. 1111-1).

⁶⁸⁶ C. LARROUMET, S. BROS, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3, dir. C. LARROUMET : *Economica 2018, 9^{ème} éd., p. 146, n° 181* : « *Dans le contrat de travail, on ne pourrait concevoir que l'obligation de l'employeur de payer un salaire à l'employé puisse être exécutée en une seule fois, mais il est impossible d'admettre qu'il en est de même pour l'obligation de l'employé envers l'employeur. En effet, cette obligation consiste pour l'employé à accomplir une tâche déterminée dans l'intérêt de l'employeur, et, là encore, il est évident que l'accomplissement de cette tâche ne peut se faire qu'en fonction d'une certaine*

de tous les contrats de travail ? Peut-on estimer qu'un contrat à durée déterminée conclu pour une heure entre dans cette classification et se distingue réellement d'un contrat d'entreprise ? Une telle relation de travail, qui n'est certes pas la forme normale et générale de la relation de travail, relève bel et bien des contrats à exécution successive. Le salarié exécute sa prestation (ou se tient à disposition de son employeur) tout au long du contrat de travail. Même infiniment réduite, la durée reste un élément essentiel d'un tel contrat de travail⁶⁸⁷. Il serait plus juste de dire *parce qu'infiniment réduite*, la durée permet de vérifier qu'un tel contrat à durée déterminée ressort de la classification des contrats à exécution successive. En effet, « *la distinction des contrats à durée déterminée et des contrats à durée indéterminée est évidemment propre aux contrats à exécution successive* »⁶⁸⁸.

De manière plus générale, le contrat de travail évoque particulièrement la « nouaison », au cœur du mécanisme du lien de droit⁶⁸⁹. Les « liens de travail » ont d'ailleurs toute leur place dans les études relatives au lien de droit⁶⁹⁰. La chambre sociale de la Cour de cassation, à propos de l'inscription sur les listes de salariés mis à disposition dans une entreprise autre

durée ». Comp. B. BOUBLI, Dérégulation ou simplification ? Une ambiguïté à lever : *SSL 2015*, n° 1699, p. 5 s., spéc. p. 10.

⁶⁸⁷ Rappelons d'ailleurs, à propos de la notion de durée, que « *le Code civil ignore la notion de « relation » parce qu'il n'avait pas intégré la durée dans l'exécution des contrats* » (S. MESSAÏ-BAHRI, La relation d'affaires ou relation commerciale, in *Les nouveaux rapports de droit*, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. *IRJS 2013*, p. 19 s., spéc. p. 30).

⁶⁸⁸ C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, dir. C. LARROUMET : *Economica 2018*, 9^{ème} éd., p. 154, n° 185bis. C'est d'ailleurs pour cela que la disparition rétroactive n'est pas opérante, à titre de sanction, en droit du travail. On le sait, le principal intérêt d'une distinction entre contrat à exécution successive et contrat à exécution instantanée est de distinguer entre résiliation et résolution et de permettre les restitutions réciproques. Or, même en cas de nullité du contrat de travail, le salarié obtient la rémunération du travail fourni (Soc. 3 oct. 1980 : pourvoi n° 79-40.129, Bull. V, n° 704 : « *Mais attendu, que lorsqu'en cas de nullité de contrat à exécution successive les parties ne peuvent être replacées dans leur situation antérieure, elles doivent être indemnisées des prestations fournies, ainsi que des conséquences des fautes commises par l'une au préjudice de l'autre* »).

⁶⁸⁹ E. JEULAND, L'école relationniste du droit : la nouaison ? : *APD 2011*, p. 373 s.

⁶⁹⁰ V. par ex. P. REMY, De « nouveaux » rapports de droit en droit du travail ? À la lumière d'une comparaison des droits français et allemand du travail, in *Les nouveaux rapports de droit*, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. *IRJS 2013*, p. 71 s. ; E. JEULAND, La Fable du ricochet : *Mare & Martin 2009*, spéc. p. 61, 84, 91, 189, 193, 197, 209, 227, 229, 255, 258, 261, 273, 281, le lien de travail apparaît certainement (mais non exclusivement) contractuel.

que leur entreprise d'origine - dans laquelle ils souhaitaient voter -, a jugé que « *le salarié lié à l'entreprise par un contrat de travail y est électeur* »⁶⁹¹. En matière de prévoyance sociale d'entreprise, on a pu dire que le lien établi entre les adhérents et le souscripteur « *ne peut être que le contrat de travail* »⁶⁹².

Notre position est d'affirmer que le lien est exclusivement créé par le contrat de travail, à l'exclusion de tout autre critère de rattachement, notamment factuel. Lorsqu'un avantage est concédé par l'employeur en raison de l'appartenance à l'entreprise, lorsqu'une rémunération fondée sur l'appartenance à l'entreprise est octroyée par l'employeur, lorsque le salarié est fondé à voter ou être élu aux élections professionnelles, il n'est exigé et recherché que l'existence d'un contrat de travail indépendamment du travail fourni⁶⁹³. Il n'est, en conséquence, pas envisageable, en droit du travail, que l'exécution d'un travail génère de lui-même un lien de droit⁶⁹⁴.

152. Les parties au contrat. S'intéresser au lien contractuel permet d'envisager les personnes liées comme des parties⁶⁹⁵. Au-delà du simple constat en vertu duquel être partie c'est participer à un acte juridique et être lié par celui-ci, être partie c'est également se trouver en miroir par rapport à quelqu'un d'autre. On ne peut être seul partie à un acte ; lorsque toutes les parties sont réunies, le tout est formé et fonctionne en cadre clos qui exclut ceux qui ne participent pas l'acte (les tiers)⁶⁹⁶. Ainsi, « *dans tout contrat, les parties ont des*

⁶⁹¹ Soc. 12 juin 2002 : pourvoi n° 01-60.058, Bull. V, n° 204.

⁶⁹² J.-P. CHAUCHARD, L'évitement du salaire : *Dr. soc.* 2011, p. 32 s., spéc. p. 38.

⁶⁹³ V. *supra* n° 438.

⁶⁹⁴ *Contra*. J. ROCHFELD, Les nouveaux rapports de droit : éléments de synthèse, in Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. IRJS 2013, p. 235 s., spéc. p. 241 : « *Le rapport de travail (...) relèverait du même ordre de constat. L'utilisation du terme « rapport » montre assez que celle de « contrat » ne suffirait pas à concentrer, toute la texture, particulière, de la substance des liens entre les intéressés. De façon encore plus contemporaine, en outre, il faut compter avec les appels à la construction du « rapport d'emploi » dépassant de loin, dans sa substance toujours, le « contrat de travail » puisqu'il s'agit d'inscrire les personnes dans un lien de droit indexé sur le travail* » (nous soulignons). N'oublions pas que le travail est un instrument traditionnel d'intégration, notamment en droit de la nationalité, v. H. FULCHIRON, La nationalité française entre identité et appartenance : *D.* 2011, p. 1915 s., spéc. 1916. Cette acception n'est acceptable que dans le cas d'un rapport atypique de travail.

⁶⁹⁵ G. CORNU, « Partie », in Vocabulaire juridique : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 737.

⁶⁹⁶ Avec certains effets juridiques attachés à ce cadre clos, comme l'effet relatif des conventions.

fonctions différentes »⁶⁹⁷. Mais ce n'est pas uniquement être différent : c'est se reconnaître l'un l'autre comme différents⁶⁹⁸. À nouveau, le contrat de travail répond à cette conséquence mise en évidence par la théorie du lien de droit : le salarié et l'employeur ont des fonctions différentes dans le « cadre clos » de leur lien de droit et chacun des deux se reconnaît comme différents (le salarié reconnaît l'autorité de l'employeur tandis que l'employeur reconnaît qu'il a vocation à bénéficier du travail du salarié).

Le lien de droit présenté, le contrat de travail reconnu comme un lien de droit, cette théorie peut-elle justifier, expliquer le rattachement du salarié à l'entreprise que réalise le contrat de travail ?

§2. Le dépassement du lien de droit : la qualité

153. À l'analyse, la théorie du lien de droit se révèle insuffisante à expliquer le rattachement du salarié à l'entreprise⁶⁹⁹, son appartenance, qu'opère le contrat de travail. Un dépassement du lien salarié – employeur est nécessaire (**I**) ; l'extension de la qualité juridique, en germe selon nous dans la théorie du lien de droit, qualité contenue dans le contrat, va contribuer à expliquer le rattachement du salarié à l'entreprise (**II**).

I. Le nécessaire dépassement du lien salarié - employeur

154. Le face-à-face de l'employeur et du salarié. Dans l'étude qui nous occupe, les parties qui se font face sont l'employeur et le salarié. L'employeur, cette personne qui embauche, qui paye, qui donne les ordres et licencie est la partie qui fait face, directement,

⁶⁹⁷ E. JEULAND, L'énigme du lien de droit : *RTD civ.*, 2003, p. 455 s., spéc. p. 460.

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ Nous nous étions préalablement interrogés sur l'assimilation de l'appartenance du salarié à l'entreprise par un lien de salariat : l'appartenance impliquait-elle un lien ? Il nous est à présent possible de répondre, fermement, par la négative.

au salarié dans le contrat de travail⁷⁰⁰. Est-ce à dire, alors, que l'appartenance du salarié à l'entreprise renvoie strictement à un lien de droit qui unit l'employeur et le salarié ? Dans cette acception, la référence à l'appartenance apparaît alors déplacée. Le salarié n'appartient pas à l'employeur (aucun droit réel ne peut avoir pour objet une personne). Cette réduction, si besoin était de le préciser, serait tout aussi inexacte que néfaste. L'appartenance à l'entreprise n'est pas la traduction du lien contractuel unissant l'employeur et le salarié ; le lien de droit (contractuel) les unissant n'est pas suffisant à expliquer le rattachement, l'appartenance du salarié à l'entreprise⁷⁰¹.

155. Écran de l'entreprise. C'est qu'il y a, entre ces deux personnes, la « *notion objective et permanente* »⁷⁰² de l'entreprise. Immédiatement, cette dernière instaure une distance, un espace entre employeur et salarié. Un cercle, en somme, qui a vocation, le plus souvent, en cas d'entreprise plurale, à intégrer plusieurs salariés. Selon la très juste formule du Professeur JEAMMAUD, l'entreprise est « *le cercle des salariés d'un même employeur* »⁷⁰³. C'est qu'il n'est plus possible, dans l'actuel droit du travail, de nier l'existence de l'entreprise. A partir des années cinquante, « *le concept de l'entreprise sort de l'ombre* »⁷⁰⁴. Il n'est pas nécessaire de trancher ici la définition juridique de l'entreprise qui fait l'objet de nombreuses études et discussions⁷⁰⁵. Ce qui doit être établi, pour les besoins de notre étude, c'est, en premier lieu, qu'aujourd'hui « *un salarié sans entreprise n'est guère*

⁷⁰⁰ G. LYON-CAEN, Préface à la thèse d'Isabelle Vacarie, L'employeur : Sirey 1979, p. XIII.

⁷⁰¹ Il faut s'éloigner de la « stricte relation » de travail (R. BEAUJOLIN-BELLET, « Entreprise », in Le dictionnaire du travail, dir. A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS : PUF 2012, 1^{ère} éd., p. 266). En droit du travail, « *tout commence et tout finit dans le colloque singulier entre deux individus* » (J. LE GOFF, Droit du travail et société, t. 1, Les relations individuelles de travail : PUR 2011, p. 105) : il n'est pas question de revenir ici sur cette évidence. Ces deux points de rencontre ne doivent toutefois pas masquer ce qu'il se passe dans l'intervalle. Au fond, l'appartenance à l'entreprise est « *l'histoire longue ou brève du salarié dans l'entreprise* » plus que celle entre le salarié et l'employeur (J. LE GOFF, Droit du travail et société, Les relations individuelles de travail, t. 1 : PUR 2011, p. 105).

⁷⁰² G.-H. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, Le contrat de travail, t. 1, dir. G.-H. CAMERLYNCK : Dalloz 1982, 2^{ème} éd., p. 113-114, n° 96.

⁷⁰³ A. JEAMMAUD, Du principe d'égalité de traitement des salariés : Dr. soc. 2004, p. 694 s., spéc. p. 701.

⁷⁰⁴ A. BRUN, Le lien d'entreprise : JCP 1962, I, 1719, n° 1.

⁷⁰⁵ V. *supra* n° 11.

concevable »⁷⁰⁶ et, en second lieu, « *qu'au cœur de l'entreprise se situe le contrat de travail* »⁷⁰⁷. Enfin, nous considérons l'entreprise, au sens de notre étude, comme un périmètre, comme un cercle⁷⁰⁸. A cet égard, elle joue même comme un écran puisque le salarié appartient au cercle de l'entreprise⁷⁰⁹ et qu'il se positionne sur ce cercle au même titre que les autres salariés, tous à égale distance du centre constitué certes de l'employeur, contractant-commun, relativisant ainsi la spécificité du lien contractuel qu'il a tissé avec l'employeur.

156. Rattachement à l'entreprise. Il est essentiel d'avoir conscience qu'une distance, souvent matérialisée par un « *groupe de personnes* »⁷¹⁰ dans le cas d'une entreprise plurale, vient déranger le « pas de deux » du salarié et de l'employeur, le « *binôme* »⁷¹¹ qu'ils forment initialement. Le tête-à-tête, le face-à-face entre eux-deux, est perturbé par l'écran de l'entreprise. Cet écran de l'entreprise justifie que l'appartenance à l'entreprise se distingue, de ce point de vue, de l'appartenance au sens du droit de la nationalité. L'entreprise n'ayant pas la personnalité juridique, contrairement à l'État personne morale titulaire de souveraineté, on ne retrouve pas dans l'appartenance à l'entreprise cette dimension verticale, lien d'allégeance, qui unit le français à un État⁷¹². Le salarié se voit, en

⁷⁰⁶ B. TEYSSIE, *L'entreprise et le droit du travail : APD 1997*, p. 355.

⁷⁰⁷ J.-P. ROBE, *L'entreprise en droit : Droit et société 1995*, 117 s., spéc. p. 124.

⁷⁰⁸ V. *supra* n° 11-12 & n° 103.

⁷⁰⁹ Sur l'entreprise-cercle dans laquelle les salariés ont vocation, dans une certaine mesure, à évoluer indépendamment de leur situation personnelle, de manière relativement « égalitaire » en raison d'une appartenance commune, v. *supra* n° 103 et 155.

⁷¹⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé : PUF 2013*, 2^{ème} éd., p. 100.

⁷¹¹ E. JEULAND, *L'énigme du lien de droit : RTD civ. 2003*, p. 455 s., spéc. p. 460 : « *en matière contractuelle, il existe autant de binômes que de contrats : acheteur/vendeur, bailleur/preneur ; mandant/mandataire ; prêteur/emprunteur, etc.* »

⁷¹² Sur la dimension d'allégeance du droit de la nationalité, v. *supra* n° 6. Sur le caractère vertical du lien, v. not. F. TERRE, *Réflexions sur la notion de nationalité : Rev. crit. DIP 1975*, p. 197 s., spéc. p. 203. Sur l'apparition d'un lien d'allégeance du salarié vis-à-vis de l'employeur, v. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014) : Fayard 2015*, spéc. p. 371. Le salarié se mobilise pour répondre aux attentes de l'employeur qui s'engage en contrepartie à veiller sur les ressources physiques et mentales et la capacité professionnelle du salarié, potentiel travailleur susceptible de revenir à tout moment sur le marché du travail.

réalité, « rattaché » à l'entreprise. Le constat est inévitable : « *le salarié est aussi membre du personnel de l'entreprise, c'est-à-dire d'une collectivité sans doute non personnifiée mais bien réelle. Il devient ainsi titulaire de certains droits de nature pécuniaire, reconnus à tout travailleur subordonné, en raison de cette appartenance même à une entreprise* »⁷¹³. De ce point de vue, le lien contractuel n'explique pas certains aspects de l'appartenance du salarié à l'entreprise. Il ne le peut pas. BRUN a pu, fort justement, décrire, que « *l'employeur et les salariés ne sont pas seulement des parties aux contrats de travail, mais ils relèvent en outre, l'un et les autres, d'un ensemble complexe qui retentit sur les accords de volonté* »⁷¹⁴. On a même pu comparer ce lien « *qui existe entre les travailleurs et l'entreprise à laquelle ils appartiennent* » à « *celui qui unit les individus à leur famille, à leur village, à leur pays* »⁷¹⁵. Sur la base de ce constat, BRUN a développé ensuite la théorie du « lien d'entreprise »⁷¹⁶, lien présenté comme un nouveau lien juridique indépendant du traditionnel lien contractuel tissé entre l'employeur et le salarié. Ce serait ce lien qui expliquerait, notamment, l'électorat, l'éligibilité et l'intéressement. BRUN envisage donc un nouveau lien, un autre lien, distinct du contrat de travail. Le « *support du contrat n'est pas nécessaire à la vie* » du lien d'entreprise⁷¹⁷ dit-il. BRUN, d'une certaine façon, contourne le contrat de travail qui ne peut expliquer seul le rattachement du salarié à l'entreprise en créant... un autre lien de droit : « le lien d'entreprise ». Mais c'est oublier que le contrat de travail est bien, comme nous l'avons préalablement affirmé, démontré⁷¹⁸, le support de l'appartenance à l'entreprise. Il nous semble donc qu'il n'est pas indispensable de contourner le contrat pour expliquer ce phénomène. CAMERLYNCK, déjà, avait pu écrire que « *le contrat de travail consacre désormais l'appartenance du salarié à l'entreprise* »⁷¹⁹. C'est, qu'en réalité, le contrat de

⁷¹³ J.-P. CHAUCHARD, L'évitement du salaire : *Dr. soc.* 2011, p. 32 s., spéc. p. 37-38.

⁷¹⁴ A. BRUN, Le lien d'entreprise : *JCP* 1962, I, 1719, n° 1.

⁷¹⁵ P. LAROQUE, conclusions pour le Gouvernement dans le cadre d'un recours contre une sentence arbitrale en date du 25 mars 1939 : *Gaz. pal.* 1939, p. 904 s., spéc. p. 906.

⁷¹⁶ A. BRUN, Le lien d'entreprise : *JCP* 1962, I, 1719.

⁷¹⁷ A. BRUN, Le lien d'entreprise : *JCP* 1962, I, 1719, n° 3.

⁷¹⁸ V. *supra* n° 44 s.

⁷¹⁹ G.-H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail, Le contrat de travail*, t. 1, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz* 1982, 2ème éd., p. 26, n° 20. V. aussi J.-M. BERAUD, Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise, in *Mél. J. Pélissier* : *Dalloz* 2004, p. 65 : « *Vingt-cinq ans plus tard, c'est encore la spécificité du contrat de*

travail, au-delà du lien de droit, crée et génère une qualité, celle de salarié. La clé d'explication de l'appartenance du salarié à l'entreprise, dont on a déjà vu qu'elle avait un fondement contractuel, passera par l'extension de cette notion.

Le seul lien de droit ne peut fonder le rattachement du salarié à l'entreprise. Autant cela concorde avec le fondement contractuel de l'appartenance décelé *supra*, autant le rattachement, directement à l'employeur, n'est ni souhaitable en raison de la prohibition des droits réels sur un individu⁷²⁰ ni conforme à la réalité en raison de l'absence de confusion possible entre l'entreprise et l'employeur ; la première ne se limite pas à être la chose de l'employeur ou son émanation : l'exigence d'un « intérêt de l'entreprise »⁷²¹ dans divers contentieux démontre cette absence d'équivalence.

L'entreprise ne peut pas plus, à elle, seule fonder, expliquer le rattachement du salarié à l'entreprise. Ce serait alors nier le fondement contractuel de l'appartenance mis en évidence auparavant ; l'entreprise ne saurait être partie à un contrat faute d'être reconnue comme une personne juridique. Par ailleurs, conséquence de l'absence de personnification de l'entreprise, le rattachement du salarié à l'entreprise par la seule force « factuelle » d'attraction de cette dernière (lien de droit non contractuel) reviendrait à constater une inscription, un rattachement concret, liée à la présence du salarié dans l'entreprise (le salarié appartient à l'entreprise parce que, *de facto*, il y exécute sa prestation). En effet, l'appartenance factuelle par la présence a déjà été écartée, rejetée parce qu'elle échoue à expliquer certaines règles et effets caractéristiques de l'appartenance. Plus fondamentalement, le rattachement du salarié à l'entreprise, qui réalise l'appartenance ne saurait être « concret », « factuel » en raison de la dissociation, de la neutralisation de ce qui fait l'essence du travail (le geste du travail, le *facio*).

travail, déterminant l'appartenance à une entreprise, qui conduira à interdire le recours à cette même résolution judiciaire pour évincer des salariés non protégés ».

⁷²⁰ C'est le sens de la *summa divisio* des personnes et des choses, v. N. ANCIAUX, Essai sur l'être en droit privé : *LexisNexis 2019*, p. 26-27, n° 30.

⁷²¹ V. par ex., pour un intérêt de l'entreprise qui contraint l'employeur, Soc. 14 mai 1992 : pourvoi n° 89-45.300, Bull. V, n° 309 (validité d'une clause de non-concurrence) ; Soc. 23 janv. 2002 : pourvoi n° 99-44.845, inédit (validité d'une clause de mobilité).

Eu égard aux apports des deux chapitres précédents, c'est donc une notion médiatrice qui est recherchée. Le rattachement du salarié à l'entreprise doit « provenir » du contrat de travail mais ne saurait se résumer à lui. Ce rattachement doit être abstrait/passif, par opposition au « concret », tout en étant suffisamment opérant pour inscrire le salarié dans un espace. Enfin, le rattachement du salarié à l'entreprise doit pouvoir être commun à plusieurs salariés (le cas échéant) mais suffisamment individuel pour marquer une appartenance (qui ne nie pas l'individu). Seule une notion médiatrice pourrait ainsi expliquer le rattachement à l'entité (et fonder par-là l'appartenance à l'entreprise).

II. L'extension de la qualité

157. Dans le prolongement de la théorie du lien de droit, il a pu être affirmé qu'un lien en particulier, le lien d'instance, pouvait attribuer une qualité à chacun (A). Un retour sur les prémisses de la conceptualisation de la qualité en ce domaine est nécessaire avant d'exposer en quoi l'extension de la qualité au lien unissant le salarié et l'employeur expliquerait l'appartenance du salarié à l'entreprise qu'opère le contrat de travail (B).

A. L'exemple du lien d'instance

158. Le lien d'instance. Envisagée restrictivement, l'instance représente « *la procédure engagée devant une juridiction* »⁷²². Par extension, l'instance désigne la « *situation juridique des parties en cause* »⁷²³, ce qui renvoie directement au lien⁷²⁴. Une théorie de l'instance

⁷²² G. CORNU, « Instance », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 551, sens 1.

⁷²³ G. CORNU, « Instance », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 551, sens 3.

⁷²⁴ G. CORNU, « Lien », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 612.

s'est développée⁷²⁵ et, bien que plus discrète⁷²⁶, elle apparaît comme la « *troisième des théories fondamentales de la procédure* »⁷²⁷ aux côtés de la théorie de l'action et de la juridiction. Une de ses composantes est le *lien d'instance*, présenté comme un rapport d'origine légale et procédurale⁷²⁸, qui se caractérise par son dynamisme⁷²⁹. Le lien d'instance, relie notamment demandeur et défendeur⁷³⁰ (sous l'égide du juge), est un des liens de droit les plus intéressants à analyser ; il faut se garder de l'enfermer dans une dimension restrictivement processuelle car son éminente abstraction révèle une sophistication propre à éclairer la théorie du lien de droit. A mieux l'étudier, il apparaît qu'il n'a pas pour seule implication de placer les parties dans une situation propre à régler un litige mais suppose, également, surtout, la « *reconnaissance de la qualité procédurale de l'autre* »⁷³¹. Et le Professeur JEULAND d'expliquer plus avant que le lien d'instance attribue « *une position à chacun : juge, défendeur, intervenant. Chacun se voit ainsi différencié de l'autre dans l'instance* »⁷³². Au lien de droit est liée l'apparition d'une qualité qui permet de situer la personne dans le procès. Ce lien poursuit donc une finalité de positionnement. Cette constatation faite à partir du lien d'instance *peut être étendue*, il nous semble, *à l'essentiel des liens juridiques* et notamment au lien contractuel tissé entre l'employeur et le salarié.

⁷²⁵ H. VIZIOZ, *Etudes de procédure : Bière 1956, rééd. Dalloz 2011, p. 150-164* ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé : LexisNexis 2020, 11^{ème} éd., p. 441 s., n° 480 s.* ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile : PUF 2014, p. 313 s.*

⁷²⁶ Sur ce point, v. S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile : PUF 2014, p. 313.*

⁷²⁷ H. VIZIOZ, *Etudes de procédure : Bière 1956, rééd. Dalloz 2011, p. 150.*

⁷²⁸ Pour le caractère légal, ça n'a pas toujours été le cas. Pour un bref exposé de la controverse, v. S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile : PUF 2014, p. 316 s.*

Pour le caractère procédural, la position est plus ou moins nuancée, v. S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile : PUF 2014, p. 313 s.*

⁷²⁹ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé, Procédure de première instance, t. 3 : Sirey 1991, p. 8, n° 7* : « *Le lien juridique d'instance est un rapport de droit dynamique destiné à trouver son aboutissement dans le jugement qui en consommera l'extinction* ».

⁷³⁰ E.-D. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile : Sirey 1926, 3^{ème} éd., t. 2, p. 373, n° 453*, cité par E. JEULAND, *L'énigme du lien de droit : RTD civ. 2003, p. 455 s., spéc. p. 474.*

⁷³¹ E. JEULAND, *L'énigme du lien de droit : RTD civ. 2003, p. 455 s., spéc. p. 473.*

⁷³² *Ibid.* Pour aller plus loin, N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure : Cerf 2001.*

B. L'extension de la place

159. La place instaurée par tout lien. Le lien d'instance situe les personnes, il attribue une position a-t-on dit. N'est-ce pas finalement la fonction de tout lien de droit que d'octroyer une position, une place ? Les divers liens de droit construisent et définissent la personne qui se voit autant de fois située qu'elle est partagée entre divers liens de droit. Chacun d'eux mène à une *union sans confusion*. Le Professeur JEULAND a pu écrire fort justement que le lien de droit est « *à la fois un écart et un accrochage* »⁷³³.

Il nous vient alors une vision du lien de droit. Ce dernier ancrerait la personne qui est liée, qui est engagée, dans une place. Le mouvement est plutôt raffiné : unir d'abord les personnes pour les déployer, les installer, ensuite. Il semble ressortir du lien de droit qu'une personne, en considération d'une position, d'une place, puisse être « *admise dans un groupe, un ensemble* »⁷³⁴. L'idée sous-jacente à l'appartenance à l'entreprise apparaît dès lors comme étant la place du salarié elle-même et non plus la relation personnelle que ce dernier a nouée initialement avec l'employeur.

160. La place du salarié. L'appartenance du salarié à l'entreprise ne se confond pas complètement avec le lien de droit entre celui-ci et l'employeur ; d'une certaine manière l'appartenance du salarié à l'entreprise englobe et dépasse le lien contractuel pour concéder une place au salarié tant que le contrat subsiste. C'est en cela que le lien de droit est impropre, en lui seul, à expliquer l'appartenance à l'entreprise. Il privilégie certes « *ce qui existe entre les pôles de la relation* »⁷³⁵ - et non les pôles en eux-mêmes – mais il continue de fonctionner par référence à ces pôles, qui bornent le lien, alors que la place des individus est finalement cristallisée et l'altérité neutralisée. Certes constituée d'abord par référence (à l'employeur, par exemple), une fois instaurée la place vaut ensuite en elle-même (puisque la qualité de salarié vaut en elle-même⁷³⁶). Ceci explique que s'il est inconcevable que le salarié

⁷³³ E. JEULAND, L'énigme du lien de droit : *RTD civ.* 2003, p. 455 s., spéc. p. 461.

⁷³⁴ « Place », in *Le Petit Robert de la langue française : Le Robert 2016*, p. 1916, (sens III, 1).

⁷³⁵ E. JEULAND, Sur le lien de droit : *APD* 2012, p. 407 s., spéc. p. 412.

⁷³⁶ En raison du mécanisme de reconnaissance sur lequel elle repose, v. *infra* n° 196 s.

appartienne à l'employeur, il est admis qu'il puisse appartenir à l'entreprise, sans que celle-ci nie la figure de l'employeur et sans qu'elle se réfère uniquement à la communauté de travail⁷³⁷. D'ailleurs, en raisonnant à partir du modèle d'appartenance juridique qu'est la nationalité, le Français « *se voit attribuer une place dans la société* »⁷³⁸. La qualité de salarié, spécifique, différente de la qualité de cocontractant, cristallisée en référence à l'entreprise, est autonomisée par rapport au lien contractuel. GROUDEL, qui s'était justement intéressé à la place déterminée du salarié dans l'entreprise⁷³⁹, avait à juste titre relié l'appartenance du salarié à l'entreprise à la place que celui-ci occupe dans une entreprise déterminée : « *le travailleur est l'un des éléments humains occupant une place dans une entreprise dont il n'est pas l'organisateur : il est celui qui appartient à une entreprise* »⁷⁴⁰.

Au terme de cette étude du lien de droit, qui ne renvoie qu'imparfaitement à la notion à laquelle est consacré ce travail, il nous est possible d'affirmer que le rattachement du salarié à l'entreprise opéré par le contrat n'est finalement *qu'* issu du lien de droit. Il provient de la théorie du lien mais le dépasse ensuite pour ne retenir que la place – cristallisée – des personnes, dénommée qualité.

161. Conclusion de section. Puisqu'il avait été démontré que l'appartenance du salarié à l'entreprise a un support contractuel, il convenait de chercher ensuite dans cette direction la raison expliquant ce rattachement au contrat de travail. La piste du lien de droit a été explorée en ce sens. Le lien contractuel en étant une dimension, et le contrat de travail relevant de cette première qualification, il fallait chercher en ce sens. Mais la spécificité de l'appartenance qui est l'objet de notre étude, une appartenance à l'entreprise, fait obstacle à ce que le lien contractuel explique, en lui-même, le rattachement du salarié à l'entreprise, mis en évidence précédemment, par le support du contrat de travail. L'appartenance du

⁷³⁷ Sur la concurrence de la communauté et notamment de la communauté de travail, v. *supra* n° 202 et v. *infra* n° 533 s.

⁷³⁸ S. PENNARUN, La nationalité, droit objectif ou droit subjectif ?, in *L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé* : Bruylant 2002, p. 499 s., spéc. p. 512.

⁷³⁹ H. GROUDEL, Le critère du contrat de travail, in *Études G.-H. Camerlynck* : Dalloz 1978, p. 49 s., spéc. p. 57-58.

⁷⁴⁰ *Ibid.* GROUDEL s'en servait toutefois pour contester le critère de la subordination juridique ; notre étude se situe quant à elle au niveau de l'exécution du contrat de travail.

salarié à l'entreprise ne se dissout pas dans le travail ou encore dans le lien contractuel que constitue le contrat de travail. C'est toutefois en approfondissant la notion de lien de droit qu'est apparue une de ses dimensions. Le lien de droit ancre dans une place, il relie chacune des parties et leur place les distingue tout en les liant. Cette place du salarié dans l'entreprise se matérialise par sa qualité qui possède une certaine autonomie.

Section 2 : L'autonomie de la qualité de salarié

162. S'agissant des liens qu'entretiennent l'appartenance et la qualité, il a été affirmé, en matière de nationalité, modèle d'appartenance juridique, que « *définir la nationalité, c'est désormais isoler une « qualité » à la fois individuelle et collective* »⁷⁴¹. En droit du travail, puisque l'appartenance est à l'entreprise et qu'elle a pour support le contrat de travail, la qualité de salarié apparaît comme le chaînon manquant entre le « contrat de travail » et « l'appartenance à l'entreprise ». La qualité de salarié est alors le mécanisme sur lequel repose l'appartenance du salarié à l'entreprise. Elle explique l'ambivalence que l'appartenance à l'entreprise entretient avec le contrat de travail puisqu'en même temps qu'il en constitue le fondement, elle s'affranchit de son obligation caractéristique (la prestation de travail) et de l'opération contractuelle (un salaire contre un travail). Appartiennent à l'entreprise ceux qui détiennent la qualité de salarié que génère le contrat de travail. La qualité de salarié, créée par le contrat, n'est pas tout à fait inconnue en jurisprudence puisqu'elle y est mobilisée (§1), manifestant une relative autonomie par rapport au contrat (celui-ci génère la qualité mais cette dernière le dépasse). La révélation de la qualité de salarié comme élément déterminant de l'appartenance du salarié à l'entreprise exige, naturellement, que l'on approfondisse sa signification (§2). Son autonomie se révélera tant du point de vue conceptuel que de celui des effets.

⁷⁴¹ G. NOIRIEL, Socio-histoire d'un concept. Les usages du mot « nationalité » au XIXème siècle : *Genèses* 1995, p. 4 s., spéc. p. 18.

§1. La mobilisation de la qualité de salarié

163. De l'analyse, une fois encore, de la jurisprudence il est possible d'induire que le salarié est rattaché à l'entreprise par la qualité de salarié (**I**). Cette qualité se trouve toutefois en jurisprudence liée au destin du contrat tant que celui-ci subsiste, persiste la qualité perdue (**II**).

I. Le recours à la qualité de salarié par la jurisprudence

164. Le recours à la qualité de salarié se manifeste en jurisprudence à la fois dans le cadre des élections professionnelles (**A**) et en dehors de ce cadre (**B**), signe que la notion de qualité n'est pas uniquement une construction doctrinale mais possède une positivité, un ancrage en droit positif.

A. Dans le cadre des élections professionnelles

165. Dans le cadre des élections professionnelles. C'est peut-être dans le cadre des élections professionnelles que l'intervention de la qualité de salarié se fait la plus flagrante. La jurisprudence tisse en effet un lien certain entre la qualité de salarié et l'éligibilité/l'électorat du salarié. C'est parce que le candidat ne possédait pas la qualité de salarié qu'il a été jugé inéligible⁷⁴². Le tribunal compétent en matière d'élections professionnelles – le tribunal judiciaire – doit relever les éléments propres à caractériser, vis-à-vis des travailleurs intéressés, la qualité de salarié afin de mettre la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle normatif⁷⁴³.

⁷⁴² Soc. 22 juillet 1980 : pourvoi n° 80-60.024, Bull. n° 672. V. égal. Soc. 24 juin 1998 : pourvoi n° 97-60.077, Bull. V, n° 341.

⁷⁴³ Soc. 20 juillet 1977 : pourvoi n° 77-60.543, Bull. V, n° 496.

Cette qualité de salarié expressément recherchée par le juge ne se rapporte, bien évidemment, qu'à la seule condition d'appartenance à l'entreprise et non à des conditions d'âge, d'ancienneté et de capacité exigées par les textes⁷⁴⁴.

B. En dehors du cadre des élections professionnelles

166. En cas d'octroi d'avantages au salarié. La qualité est présentée comme ce qui justifie l'octroi d'avantages au salarié. Il a déjà été dit que l'avantage accordé au salarié uniquement à l'occasion du travail, et non en contrepartie de celui-ci, l'est en raison de son appartenance à l'entreprise, signe de la dissociation de cette dernière d'avec le travail. Mais la Cour de cassation va à l'occasion au-delà de cette dissociation ; il peut lui arriver de préciser celle-ci et d'établir un lien très clair entre la qualité de salarié et l'octroi des avantages. Dans un arrêt rendu en assemblée plénière, elle a pu affirmer que les primes accordées par un employeur à son personnel « *bien qu'ayant été versées aux salariés en considération d'évènements personnels ou familiaux, constituaient, même si elles étaient bénévoles, des avantages qui, du fait de leur attribution aux seuls salariés de l'entreprise et en raison de cette qualité, ne pouvaient l'être qu'à l'occasion du travail accompli par eux pour leur employeur* »⁷⁴⁵. Ce lien tissé entre qualité de salarié et avantages consentis par l'employeur (en dehors de toute contrepartie du travail) a pu être réaffirmé de façon expresse⁷⁴⁶. Il révèle que l'appartenance du salarié est le rattachement du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié.

167. En cas de rémunération versée au salarié. Dans la même logique, le salarié titulaire d'un mandat de représentation du personnel bénéficie d'heures de délégation pour mener à

⁷⁴⁴ Soc. 17 mai 1994 : pourvoi n° 93-60.329, inédit.

⁷⁴⁵ Ass. Plén. 28 janv. 1972 : pourvoi n° 70-13.261, Bull. AP, n° 1.

⁷⁴⁶ Soc. 11 mai 1988 : pourvoi n° 86-18.667, Bull. V, n° 287 ; *JCP E 1988, II, 15345, note G. VACHET*. – Soc. 9 juin 1992 : pourvoi n° 89-18.539, Bull. V, n° 373. – Soc. 9 nov. 1995 : pourvoi n° 93-20.784, inédit ; *RJS 1995, n° 1280*. – Soc. 7 juillet 2010 : pourvoi n° 09-41.281, inédit.

bien sa mission⁷⁴⁷. La nature juridique de ces heures est sans aucun doute celle de salaire⁷⁴⁸. Cette rémunération est due parce que les représentants du personnel élus ne « cessent d'être des salariés »⁷⁴⁹. Autrement dit, alors que la réalisation des heures de délégation échappe totalement à l'exécution de l'obligation caractéristique du contrat de travail, et plus généralement au contrat de travail, ce qui justifie la nature juridique de ces heures de délégation (de salaire) est la qualité de salarié des représentants. On voit ici l'importance de la qualité, qui fonde seule la règle retenue.

168. En cas de suspension du contrat de travail. La qualité est également mobilisée en cas de suspension du contrat de travail. Dans cette hypothèse, puisque le lien contractuel se maintient, la qualité suit le même sort. Il est donc juste qu'elle puisse justifier l'application de la protection contre le licenciement au sens de l'article L. 2411-1. Le salarié mandataire social doit, par exemple, bénéficier du statut protecteur puisqu'il « *avait la qualité de salarié à l'époque où il avait acquis les fonctions lui conférant protection, peu important que le contrat de travail ait été suspendu pendant la durée de ses fonctions de mandataire social* »⁷⁵⁰. On a d'ailleurs pu écrire que « *la seule qualité de salarié suffit à appeler la technique de suspension du contrat en cas d'impossibilité temporaire d'exécution des obligations* »⁷⁵¹. À nouveau, alors que le travail n'est pas exécuté, que des obligations du contrat de travail sont neutralisées, la qualité de salarié justifie l'application de la règle.

⁷⁴⁷ V. pour le comité social et économique C. trav. art. L. 2315-7 s.

⁷⁴⁸ V. pour le comité social et économique C. trav. art. L. 2315-10 ; G. LYON-CAEN, *Traité de droit du travail, Le salaire*, t. 2, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1981, 2^{ème} éd., p. 331, n° 257.*

⁷⁴⁹ G. LYON-CAEN, *Traité de droit du travail, Le salaire*, t. 2, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1981, 2^{ème} éd., p. 331, n° 257.*

⁷⁵⁰ Soc. 13 janvier 1999 : pourvoi n° 97-40.353, inédit.

⁷⁵¹ A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée déterminée* : *Dalloz 2005, p. 103, n° 114.* (nous soulignons).

II. La liaison entre la qualité de salarié et le contrat de travail

169. Qualité de salarié et contrat de travail : parenté. Au-delà du recours à la qualité de salarié par la jurisprudence, qui révèle son ancrage dans le droit positif, d'autres décisions confirment l'hypothèse précédemment formulée, à savoir que la qualité est générée, créée par le contrat de travail et que leurs destins sont liés. La jurisprudence établit, en effet, une relation claire entre la qualité de salarié et le contrat de travail, jugeant qu'une salariée qui n'est pas liée à l'entreprise par un contrat de travail n'a pas la qualité de salariée⁷⁵². Une juridiction du fond qui se refuserait à reconnaître la qualité de salarié alors que la preuve de l'existence d'un « contrat de travail apparent » était rapportée méconnaîtrait le fond du droit⁷⁵³. Autrement dit, la qualité de salarié est liée à l'existence du contrat de travail. Cette corrélation établie par la jurisprudence entre qualité et contrat se retrouve, logiquement, dans le contentieux de la mise à disposition⁷⁵⁴. Ainsi, le salarié mis à disposition ne conserve pas moins la qualité de salarié de l'entreprise d'origine⁷⁵⁵. Tant que le contrat de travail subsiste, la qualité de salarié persiste ; l'un et l'autre sont liés. Le contrat de travail est, en somme, porteur d'une continuité et d'une fondamentalité sans pareilles.

En revanche, aucune parenté n'existe entre appartenance à l'entreprise et effectifs de l'entreprise, même si instinctivement⁷⁵⁶ il vient à l'esprit que l'inscription dans les effectifs

⁷⁵² Soc. 9 avril 2009 : pourvoi n° 08-60.577, inédit. – V. égal. Soc. 8 févr. 2012 : pourvoi n° 11-14.802, Bull. V, n° 60. – Soc. 27 juin 2001 : pourvoi n° 99-42.801, inédit (à propos, cette fois, de la garantie par l'AGS de la créance salariale).

⁷⁵³ Soc. 1^{er} mars 2017 : pourvoi n° 15-28.641, inédit.

⁷⁵⁴ Uniquement pour le « volet typique », c'est-à-dire le lien de droit existant entre l'entreprise d'origine et le salarié.

⁷⁵⁵ Soc. 13 mai 1996 : pourvoi n° 95-60.738, inédit. La chambre sociale a, d'ailleurs, recours à une expression qui retient l'attention : elle désigne l'entreprise d'origine comme la société, ce qui permet de caractériser l'entreprise d'accueil, qui exploite effectivement le salarié, comme seule entreprise, sans qualificatif, ce qui confère au raisonnement une lisibilité accrue : « *Sont électeurs, en vue de l'élection des délégués du personnel, les salariés ayant travaillé trois mois au moins dans l'entreprise, même s'ils ont conservé la qualité de salarié de la société qui les a affectés à cette entreprise* ».

⁷⁵⁶ Il faut se méfier d'une appréhension instinctive de notre sujet. Sur ce point, v. *supra* n° 14.

acte la qualité de « membre de l'entreprise »⁷⁵⁷. En réalité, ce n'est pas la comptabilisation dans les effectifs qui fait le salarié, qui traduit correctement l'appartenance de ce dernier à l'entreprise. En effet, la jurisprudence n'établit pas de relation entre la qualité de salarié et la comptabilisation dans les effectifs, jugeant que *des bénéficiaires d'un contrat emploi-solidarité*, exclus du calcul des effectifs pour l'appréciation des seuils⁷⁵⁸, n'en sont pas moins, en leur qualité de salarié, électeurs⁷⁵⁹. La qualité de salarié ne se réduit pas à une norme chiffrée, comptable, et ne se confond pas avec le calcul des effectifs au sens des articles L. 1111-2 et suivants. Cette « décorrélation » est d'ailleurs révélatrice de la différence de logique gouvernant ces deux notions : là où les effectifs raisonnent par référence à l'« équivalent temps plein » et peuvent tout à fait désigner un salarié par un chiffre inférieur à un en fonction de son temps de travail (voire ne pas le désigner du tout dans certains cas), la qualité de salarié vaut, en tout état de cause, un en elle-même. Quantité n'est pas qualité. Est, à ce stade, confirmé ce que l'on pressentait déjà aux premiers temps de notre étude, à savoir que la définition que nous allons retenir de l'appartenance à l'entreprise ne remettra pas en cause « *le fondement et la dimension contractuels [que donne l'ordre juridique français] au rapport de tout salarié avec son employeur* »⁷⁶⁰. Dès lors, et puisque le juge qui doit qualifier la relation de travail n'est tenu ni par la volonté exprimée par les parties ni par la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, l'appartenance du salarié à l'entreprise est indisponible à l'individu, tout comme la nationalité, modèle d'appartenance

⁷⁵⁷ Y. PAGNERRE, *Prise en compte des salariés mis à disposition dans l'entreprise d'accueil* : *JCP S 2011, 1172*.

⁷⁵⁸ Sur la politique d'exclusion de certains salariés des effectifs (et sur une réception critique de celle-ci), v. J. ICARD, *De l'impuissance du droit social européen. A propos des règles de calcul des effectifs* : *Dr. soc. 2014, p. 408 s., spéc. p. 411* : « *Le législateur a détourné la technique des seuils en organisant certaines exclusions des effectifs. En effet, depuis plusieurs années le législateur interne s'emploie à exclure du calcul des effectifs certaines catégories de salariés ou de contrats aidés dans l'espoir vain d'améliorer leur situation sur le marché de l'emploi* ».

⁷⁵⁹ Soc. 8 avril 1992 : pourvoi n° 91-60.264, Bull. V, n° 263. V. égal. Soc. 17 mai 1994, *préc.*

⁷⁶⁰ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail* : *D. 1998, chron. p. 359 s., spéc. p. 360*. Sur la réhabilitation et la réévaluation du contrat de travail, v. G. LYON-CAEN, *Défense et illustration du contrat de travail* : *APD 1968, p. 59 s.* Sur le renouveau du contrat de travail qui n'a rien d'une reconquête, v. A. JEAMMAUD, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in Mél. J. Pélissier : *Dalloz 2004, p. 299 s.*

juridique, par ailleurs⁷⁶¹. Le salarié ne peut être tel que par contrat ; il ne peut appartenir que par le contrat. Causée par le contrat, l'appartenance ne saurait cependant s'y résumer.

170. Qualité de salarié et contrat de travail : autonomie dans leurs rapports. A ce stade, les rapports qu'entretiennent la qualité de salarié et le contrat de travail doivent être précisés, affinés. Le Professeur LE GOFF a pu écrire que le contrat de travail permet un « *rattachement à l'entreprise* »⁷⁶². Il nous apparaît plus précisément que la qualité de salarié et le contrat de travail apparaissent aussi bien *liés*, la première procédant du second, que *distingués*, la qualité étant présentée comme autonome. La qualité n'est que relativement autonome du contrat de travail. C'est-à-dire qu'elle dépend du contrat pour être créée et pour perdurer (leurs destins sont liés) mais une fois instaurée, elle s'affranchit ensuite de l'exécution du contrat puisqu'elle n'est affectée ni par la défaillance de l'obligation contractuelle caractéristique ni par le déséquilibre dans l'opération contractuelle. Il ne faudrait pas que l'autonomie des rapports entre qualité de salarié et lien contractuel, que la présente étude prône, conduise à un contresens. Autonomie ne veut pas dire indépendance : la qualité dépasse le lien contractuel mais procède bien de lui. Dès lors, et puisque c'est la qualité de salarié fait l'appartenance du salarié à l'entreprise, la présente étude rompt avec la pensée traditionnelle qui assimile l'appartenance du salarié à l'entreprise à la théorie institutionnelle⁷⁶³. Il s'agit donc d'un dépassement du contrat, non d'un basculement dans la théorie institutionnelle.

La qualité de salarié n'est donc pas une notion inconnue du droit positif. Pour autant, vu son rôle névralgique dans l'appartenance à l'entreprise, que nous venons de révéler⁷⁶⁴,

⁷⁶¹ O. BEAUD, Les étrangers exclus du droit de vote. Une telle exclusion est-elle nécessairement anti-démocratique ?, in Mél. H. Portelli : *Dalloz 2018*, p. 223 s., spéc. p. 230.

⁷⁶² J. LE GOFF, Droit du travail et société, Les relations individuelles de travail, t. 1 : *PUR 2011*, p. 106.

⁷⁶³ V. *supra*, n° 14. Pour un exemple de cette assimilation, v. J. SAVATIER, « Ancienneté dans l'entreprise » : Rép. trav. *Dalloz 2017*, n° 10 : « *La définition de l'ancienneté peut en effet faire prévaloir, soit une analyse contractuelle, soit une analyse institutionnelle des relations de travail. Dans le premier cas, l'on s'attache à l'exécution de la prestation de travail promise dans le contrat. C'est donc la durée du travail effectif accompli dans le cadre d'un même contrat qui est prise en compte. Dans le second, on s'attache plutôt à la durée du lien d'entreprise, au temps pendant lequel le travailleur a appartenu à l'entreprise* » (nous soulignons).

⁷⁶⁴ Déjà, pour une originale prise en compte de la qualité de salarié : « *Je pense qu'il faut en finir avec une fois pour toutes avec l'idée que le contrat de travail est un contrat à exécution successive : c'est un acte à exécution instantanée qui marque l'acte de naissance de la qualité de salarié. Une fois né, le salarié appartient à une*

l'exploration de sa signification est indispensable pour comprendre sa fonction dans l'appartenance du salarié à l'entreprise. Nous avons certes dit que la qualité place, positionne, le salarié dans l'entreprise ; mais qu'est-ce que ses caractères propres renseignent sur l'appartenance à l'entreprise ?

§2. La signification de la qualité de salarié

171. Que signifie « la qualité de salarié » ? Jusqu'à présent, c'est au travers de la théorie du lien de droit et de sa mobilisation en droit positif que la qualité a été appréhendée. Nous avons révélé qu'elle intervenait dans l'appartenance du salarié à l'entreprise. Il s'agit maintenant de découvrir *sa signification juridique*. Cela appelle une maîtrise de la notion de qualité, en général, pour mieux l'illustrer, l'appliquer au droit du travail. La notion de qualité, au singulier⁷⁶⁵, possède dans la langue française, plusieurs sens⁷⁶⁶. Cette polysémie se retrouve également dans la matière juridique⁷⁶⁷. Il ressort des différentes définitions⁷⁶⁸ que la notion de qualité est intrinsèquement liée à la personne⁷⁶⁹. Elle fait référence à l'être, sans toutefois se confondre avec celui-ci. En effet, la qualité n'est pas précisément l'être⁷⁷⁰ mais

collectivité organisée dont les règles peuvent être définies par l'accord collectif » (B. BOUBLI, *Dérégulation ou simplification ? Une ambiguïté à lever : SSL 2015, n° 1699, p. 6 s., spéc. p. 10* (nous soulignons)).

⁷⁶⁵ Les qualités – comme les qualités professionnelles – est en dehors du champ objectif de cette étude.

⁷⁶⁶ V. déjà ARISTOTE, *Catégories. De l'interprétation. Organon I et II*, trad. J. TRICOT : *Vrin 2014, p. 55, 8.25* : « Mais la qualité est au nombre de ces termes qui se prennent en plusieurs sens ». Les catégories participent justement de la démarche d'Aristote pour répondre aux défis philosophiques qu'il rencontrait et notamment la multiplicité des significations de l'être (V. P. PELLEGRIN, *Préface à Catégories – Sur l'interprétation : GF Flammarion, 2007, spéc. p. 75 et 76*).

Dans la langue courante, aux sens plus traditionnels se sont ajoutés la qualité envisagée comme condition sociale (« un homme de qualité ») et la qualité comme jugement de valeur (« un travail de qualité »).

⁷⁶⁷ A. PIEDELIEVRE, *Remarques sur la notion de qualité*, in *Annales de l'Université de Clermont-Ferrand : Paris, Dalloz 1969, p. 217*.

⁷⁶⁸ G. CORNU, « Qualité », in *Vocabulaire juridique : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 830*.

⁷⁶⁹ La qualité peut être un attribut de la personne comme d'une chose (J.-M. PONTIER, *La qualité du droit*, in *Mél. H. Oberdorff : LGDJ 2015, p. 241 s., spéc. p. 241*). C'est néanmoins la première acception qui sera développée.

⁷⁷⁰ Sur l'être, v. N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé : LexisNexis 2019*.

« *ce en vertu de quoi on est dit être tel* »⁷⁷¹. « Qualitas » est ainsi issue de « qualis » et signifie « quel »⁷⁷². Elle est, dans la philosophie aristotélicienne, un genre de l'être⁷⁷³ et, en conséquence, distincte de celui-ci (bien que dérivant de lui)⁷⁷⁴. Traduite en langue française, la locution latine « qualitas » signifie d'ailleurs une « *manière d'être plus ou moins caractéristique* »⁷⁷⁵.

La qualité renvoie à une manière d'être, sous-espèce de mode d'être **(I)**. Un travail de délimitation de la notion de qualité est indispensable. Une fois celui-ci effectué, on verra en quoi l'ordre juridique reconnaît la qualité de salarié et comment il est possible de la détenir **(II)**.

I. La qualité, une manière d'être

172. La qualité n'a jamais fait l'objet d'une étude autonome. Elle semble présentée tour à tour comme une catégorie objective⁷⁷⁶, une situation⁷⁷⁷, voire un statut⁷⁷⁸. La révélation de l'importance de la qualité de salarié dans le rattachement du salarié à l'entreprise impose

⁷⁷¹ ARISTOTE, *Catégories. De l'interprétation. Organon I et II*, trad. J. TRICOT : *Vrin 2014*, p. 55, 8.25.

⁷⁷² F. GAFFIOT, « Qualis », in *Dictionnaire latin - français* : *Hachette 1934*, p. 1290.

⁷⁷³ M. CRUBELLIER, P. PELLEGRIN, Préface à l'ouvrage précité : p. 80.

⁷⁷⁴ E. JEULAND et C. BOILLOT (coord.), *La qualité dans la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle ?* : éd. *IRJS 2015*, p. 1 s., spéc. p. 16, l'être répond à la question « Qu'est-ce ? » et la qualité à « Quelle est-elle ? ».

⁷⁷⁵ A. REY, « Qualité », in *Dictionnaire historique de la langue française* : *Le Robert 2010*, 4^{ème} éd., p. 3026. V. égal. A. LALANDE, « Qualité », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* : *PUF 2010*, 3^{ème} éd., p. 864 s.

⁷⁷⁶ C. NOBLOT, *La qualité du cocontractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative* : *LGDJ 2002*, p. 11, n° 13.

⁷⁷⁷ H. SOLUS ET R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1 : *Sirey 1961*, p. 247, n° 265.

⁷⁷⁸ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 88 s., spéc. p. 94, n° 71. ; *Rappr.* C. NOBLOT, *La qualité du cocontractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative* : *LGDJ 2002*, p. 11, n° 13, qui estime que la catégorie entendue au sens de technique juridique confère un statut. Pour une distinction entre qualité, état et statut, v. toutefois C. WILLMANN, *L'identité juridique du chômeur* : *LGDJ 1998*, p. 31 s., n° 20 s.

donc d'approfondir la notion originelle de qualité. Elle est une condition juridique objective (A) qui produit un « découpage juridique » (B).

A. Une condition juridique objective

173. Nous savons que la qualité dépasse la théorie du lien de droit pour retenir la place occupée et cristallisée au sein du lien de droit. Dès lors, la qualité peut être envisagée comme une condition juridique objective. Cette condition juridique objective révèle en réalité une abstraction (1) de laquelle découlent deux caractères (2).

1. *Abstraction*

174. L'abstraction de la qualité. Il est difficile sinon tautologique de délimiter en Droit le champ de l'abstraction. Après tout, nous dit-on, le droit est en lui-même un monde abstrait⁷⁷⁹. L'abstraction est cependant saisissable dès lors qu'elle est envisagée dans sa forme la plus pure comme étant le fait de détacher une seule partie d'un ensemble complexe⁷⁸⁰. Elle est alors un moyen de connaissance privilégié en droit, à condition de ne pas l'exagérer et de ne pas dériver à rebours d'une réalité qu'elle est censée révéler et avec laquelle elle entretient un rapport étroit⁷⁸¹. La qualité juridique est précisément une abstraction en ce qu'elle ne saisit un individu qu'intellectuellement, d'une certaine façon en isolant l'élément qui importe. Ainsi, pour appliquer le statut protecteur au salarié mandataire social, le Droit ne va saisir que l'intéressé dans sa dimension de salarié, indifféremment du mandat social qu'il détient par ailleurs. Pour le dire simplement, la qualité se rapporte à une

⁷⁷⁹ R. DEKKERS, *La fiction juridique, Etude de droit romain et de droit comparé* : *Sirey 1935*, p. 22, n° 27.

⁷⁸⁰ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1 : *Sirey 1913*, p. 132, n° 45. Sur les degrés et les périodes de l'abstraction dans la psychologie pure, v. T. RIBOT, *L'évolution des idées générales* : *Alcan 1897*.

⁷⁸¹ Sur les dangers inhérents à l'abstraction pouvant devenir une « idole », v. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1 : *Sirey 1913*, p. 130 s, n° 45 s. Ce risque semble toutefois encouragé par l'association abstraction-généralisation. Le Doyen GénY propose de prévenir ce risque en adjoignant à l'abstraction le correctif de l'intuition (au sens d'installation dans la réalité *via* un effort constant pour la reconstituer en son entier).

manière d'être de la personne. La qualité étant une abstraction, notre position est qu'elle ne prend pas en compte la « matière ». Ne doivent être prises en considération « *ni la présence corporelle, ni l'exécution matérielle* »⁷⁸². Puisque le travail est appréhendé par le droit du travail comme une manière de faire, il semble logique que l'appartenance à l'entreprise s'en dissocie car elle renvoie à une manière d'être (et aussi parce qu'elle ne se confond pas avec l'être lui-même).

175. Distinction d'avec la fiction. Puisque l'abstraction pénètre la réalité, elle ne saurait se confondre avec la fiction. Il est distingué trois conceptions de la fiction. Pour certains, celle-ci se caractériserait par une violation de la réalité matérielle (par exemple la fiction de l'abeille de l'immeuble)⁷⁸³. Pour d'autres elle serait une violation de la réalité juridique⁷⁸⁴ (une violation de la cohérence du système juridique, par exemple la continuation par les héritiers du défunt). Enfin, ces deux approches précédentes sont parfois combinées⁷⁸⁵. Plus qu'un jeu de langage (celui du « comme si »)⁷⁸⁶, la fiction est une technique juridique reposant sur une contrevérité, une irréalité, une contradiction⁷⁸⁷. Rien qu'en son essence, elle s'oppose donc à la qualité. Quelle que soit l'approche retenue, la fiction se distingue de l'abstraction (et donc de la qualité) : la qualité ne viole aucune « réalité » particulière ; elle saisit une manière d'être qui existe bel et bien. La qualité ne contrevient à aucune règle juridique en ce qu'elle contribue au contraire, nous le verrons, au fonctionnement du Droit dans son ensemble. Qualité et fiction se distinguent d'autant plus qu'une qualité peut être

⁷⁸² V. pour ces constatations au sujet de la qualité de partie, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2 : PUF 2017, 2^{ème} éd., n° 1032, p. 2125.

⁷⁸³ J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif : spécialement du droit privé : E. Bruylant – Sirey, 1935*, p. 275 s., spéc. p. 284-285 ; G. ROGER, *De la fiction dans le droit : Gaz. Pal. 1939, doct.*, p. 37 s.

⁷⁸⁴ G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique : LGDJ 1997*, p. 11, n° 2.2 ; R. DEMOGUE, *Les fictions in Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique : Paris, Arthur Rousseau, 1911, réimp. éd. La Mémoire du Droit 2002*, p. 238 s., spéc. p. 243 ; C. PERELMAN, *Ethique et droit : Ed. de l'université de Bruxelles 2012*, p. 722.

⁷⁸⁵ R. HOUIN, *Rapport sur le problème des fictions en droit civil, in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 3, année 1947 : *Dalloz 1948*, p. 242 s.

⁷⁸⁶ O. CAYLA, *Ouverture : Le jeu de la fiction entre « comme si » et « comme ça » : Droits 1995*, p. 3 s.

⁷⁸⁷ R. DEKKERS, *La fiction juridique, Etude de droit romain et de droit comparé : Sirey 1935*, p. 37, n° 57. L'auteur distingue d'ailleurs nettement fiction et abstraction.

fictivement reconnue, ce qui indique bien qu'elles sont indépendantes l'une de l'autre : la première est une abstraction sur laquelle la seconde peut agir⁷⁸⁸.

Cette distinction entre fiction et abstraction explique deux choses. Elle justifie premièrement que le caractère transitoire de la fiction (l'intérêt de la fiction est limité dans le temps en ce qu'il introduit des règles fictionnelles nouvelles dérogeant à la réalité dans l'attente d'une règle directe)⁷⁸⁹ ne se retrouve pas dans la qualité qui, en tant qu'abstraction, peut tout à fait demeurer (i.e. la qualité de salarié qui procéderait d'un contrat de travail à durée indéterminée peut ainsi persister de longues années). Elle explique deuxièmement que si l'assimilation peut relever de la fiction⁷⁹⁰ elle n'entraîne pas la dévolution d'une qualité.

⁷⁸⁸ La fiction « peut être une qualité qui n'existe pas, qu'on suppose établie » (P. GUYOT, L'idée de fiction : *Rev. gén. du droit, de la légis. et de la juris.* 1908, p. 418).

⁷⁸⁹ Sur ce caractère transitoire qui est une des utilités, sinon l'unique, de la fiction, v. R. JHERING, *Esprit du droit romain*, t. 4 : *Paris Maresq 1880, spéc. p. 296* ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : Paris 1911, réimpr. La mémoire du droit 2001, p. 238 s.* qui s'interrogeait sur le caractère exclusivement transitoire de la fiction ; R. DEKKERS, *La fiction juridique, Etude de droit romain et de droit comparé : Sirey 1935, p. 234, n° 404*. V. égal. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les fictions en droit privé : APD 1975, p. 273 s.*, qui juge d'ailleurs qu'un système juridique moderne doit restreindre le recours à la technique des fictions (spéc. p. 290).

⁷⁹⁰ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3 : *Sirey 1915, p. 370, n° 241* : « Ainsi, ne placeraï-je pas, en dehors du domaine de la fiction, comme l'ont proposé certains auteurs les assimilations, soit par substitution (...), soit par simple image (...), du moment qu'elles modifient le droit préexistant, en contredisant le réel ».

Sur l'assimilation en tant que fiction, certains auteurs y voient la caractéristique même de la fiction (G. CORNIL, *Réflexions sur le rôle de la fiction dans le droit : APD 1935, p. 28 s., spéc. p. 30-31* ; R. DEKKERS, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé : Sirey 1935, p. 10, n° 3*), d'autres un genre seulement de fiction (R. JHERING, *Esprit du droit romain*, t. 4 : *Paris Maresq 1880, spéc. p. 296* ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les fictions en droit privé : APD 1975, p. 273 s., spéc. p. 280*). Pour un rappel des différentes positions sur la question, v. S. GOLTZBERG, *De quoi la fiction indique-t-elle l'absence, in Les fictions en droit. Actes du colloque du 20 mai 2014 : LGDJ 2015, p. 103 s., spéc. p. 111*.

Sur le caractère provisoire de la fiction (R. DEKKERS, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé : Sirey 1935, p. 235, n° 405*), nous nous bornerons à faire remarquer que certaines des « grandes » fictions que notre droit a connu ont effectivement cédé devant des règles non fictionnelles. Si en 1908 on pouvait écrire que « le rôle de l'idée de fiction, considérable dans l'élaboration du droit romain nous apparaît important encore dans notre droit civil moderne. C'est à cette idée qu'on a recours pour justifier la personnalité morale ; c'est à elle qu'on songe, dans la théorie générale des contrats, pour rendre compte de la rétroactivité de la condition ; c'est sur elle que repose, dans l'étude des régimes matrimoniaux le mandat

Ainsi, le *salarié par assimilation* légale – l’expression en elle-même n’est pas exacte – ne bénéficie que du régime juridique et non de la qualité de salarié⁷⁹¹.

176. La qualité constitue donc une abstraction, distincte de la fiction, mais susceptible d’être affectée par celle-ci dans des hypothèses précises. La nature juridique de la qualité déterminée, il faut maintenant dégager ses spécificités, ses caractères.

2. Caractères

177. Une fois envisagée comme une abstraction, il est loisible de pénétrer les caractères particulier (*a*) et concentrique (*b*) de la qualité.

a. Caractère particulier

178. La particularité. Puisque la locution « *qualitas* » désigne une *manière d’être*, la personne – notamment le salarié – va revêtir le vêtement d’une qualité qui va varier selon le rapport de droit envisagé⁷⁹². La qualité saisit la particularité de la personne à un instant donné et non ce qui est attendu d’elle⁷⁹³.

tacite de la femme mariée » (P. GUYOT, L’idée de fiction : *Rev. gén. du droit, de la légis. et de la juris.* 1908, p. 418), force est de constater que ces trois fictions ont aujourd’hui disparu ou été à tout le moins écornées. La personnalité morale est aujourd’hui appréhendée comme une réalité technique, la femme mariée a aujourd’hui la même capacité juridique que son mari et la rétroactivité de la condition abandonnée s’agissant de la condition suspensive par l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (mais maintenue pour la condition résolutoire).

⁷⁹¹ V. *infra* n° 199.

⁷⁹² Cette qualité peut varier rapidement : par exemple, dans le cas d’une sollicitation, une personne qui a initialement la qualité de destinataire (de l’offre) peut très rapidement se retrouver offrant si jamais une contre-proposition, qui vaudra offre nouvelle, est formulée (C. civ., art. 1118, al. 3).

⁷⁹³ Pour un exemple de qualité attendue, v. C. civ., art. 180. La notion de qualité essentielle, introduite par la réforme de 1975, pouvant justifier la nullité du mariage est la qualité attendue (par le conjoint et le droit matrimonial). Sur ce point, v. D. GUTMANN, Le sentiment d’identité. Etude de droit des personnes et de la famille : *LGDJ 2000, spéc. p. 5 s.*, l’auteur envisage la mutation du sens philosophique de l’essentiel.

179. L'exemple de la fausse qualité. Le droit pénal prend en considération le caractère particulier que revêt la qualité. Rappelons que l'article 313-1 du Code pénal réprime le délit d'escroquerie ; l'usage d'une fausse qualité (comme celle de salarié⁷⁹⁴) en est l'un des éléments constitutifs. Au sens strict, le droit pénal entend par qualité les éléments de l'état des personnes⁷⁹⁵ et les titres⁷⁹⁶. Mais la doctrine pénaliste reconnaît que la qualité visée par cet article 313-1 pourrait « *comporter toutes les particularités d'une personne de nature à inspirer confiance* »⁷⁹⁷. La jurisprudence de la chambre criminelle oscille d'ailleurs entre ces deux orientations puisqu'il lui arrive de « *voir une qualité dans l'affirmation d'un lien*

⁷⁹⁴ Soc. 10 avril 1997 : pourvoi n° 96-82.336, Bull. crim., n° 137 (afin de percevoir diverses prestations versées par la caisse primaire d'assurance maladie au titre de l'affiliation au régime général de la sécurité sociale). – Crim. 12 nov. 2015 : pourvoi n° 14-82.765, Bull. crim., n° 252 (afin de percevoir des indemnités de l'association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS)). Pour une fausse qualité de travailleur privé d'emploi, v. Crim. 8 avril 1999 : pourvoi n° 98-81.505, inédit.

⁷⁹⁵ M. VERON, Droit pénal spécial : *Sirey 2011, 13^{ème} éd., p. 321, n° 512.*

⁷⁹⁶ A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, Droit pénal spécial : *PUF 2015, p. 491, n° 708.*

⁷⁹⁷ A. LEPAGE, H. MATSOPOULOU, Droit pénal spécial : *PUF 2015, p. 491, n° 708* (nous soulignons). Il s'agit, en l'occurrence, des qualités inspirant confiance car l'escroquerie n'est pas la soustraction d'une chose, c'est la remise de celle-ci par une personne trompée. V. égal. M. VERON, Droit pénal spécial : *Sirey 2011, 13^{ème} éd., p. 321, n° 512.*

de droit »⁷⁹⁸. En effet, une jurisprudence bien établie considère qu'use d'une fausse qualité celui qui se prétend mandataire d'une personne⁷⁹⁹.

180. La qualité, une condition juridique. Lorsque des personnes entrent en relation, elles sont désignées, ne serait-ce que parce que dans les faits il existe une altérité. Le Code civil fait ainsi référence à la qualité de fiduciaire⁸⁰⁰, de mandataire⁸⁰¹ ou d'associé⁸⁰². Mais l'entrée en relation n'est pas une condition de la qualité⁸⁰³, ce qui explique que la qualité ne soit pas synonyme de lien de droit. Le Code civil prévoit ainsi que la qualité d'héritier (sans altérité certaine) se prouve par tous moyens⁸⁰⁴. De même, un actionnaire d'entreprise

⁷⁹⁸ M. VERON, Droit pénal spécial : *Sirey 2011, 13^{ème} éd., p. 322, n° 513*. Pour autant, la Cour de cassation ne généralise pas la qualité à tout lien de droit. Elle refuse ainsi de reconnaître l'escroquerie dans le seul cas où une personne se fait passer pour propriétaire (Crim. 5 oct. 2005 : pourvoi n° 04-85.448, inédit ; *Dr. pén. 2006, n° 1, comm. 15, note M. VERON*) ou créancier (Crim. 5 oct. 2005 : pourvoi n° 04-85.448, inédit ; *Dr. pén. 2006, n° 1, comm. 15, note M. VERON*), ce qui peut apparaître critiquable, pas seulement en raison de la différence instaurée par la Cour de cassation entre les différents liens de droit mais également parce cela conduit, d'une part, à poursuivre celui qui se fait seulement passer pour le mandataire du propriétaire ou du créancier et à ne pas poursuivre celui qui se fait directement passer pour propriétaire ou créancier (M. VERON, Droit pénal spécial : *Sirey 2011, 13^{ème} éd., p. 322, n° 513* ; la chambre criminelle le dit d'ailleurs précisément (Crim. 18 juill. 1968 : pourvoi n° 67-91.361, Bull. crim., n° 233) et, d'autre part, à une différence de ligne entre les chambres civiles et la chambre criminelle. Ces premières, en effet, reconnaissent les qualités de propriétaire (par ex. Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2015 : pourvoi n° 14-25.523, Bull. III, n° 582. – Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2016 : pourvoi n° 15-14.059, inédit) et de créancier (par ex. Civ. 2^{ème}, 22 sept. 2011 : pourvoi n° 09-15.756, Bull. II, n° 171. – Civ. 2^{ème}, 12 mai 2010 : pourvoi n° 09-13.634, inédit).

⁷⁹⁹ Crim. 29 déc. 1949 : *JCP 1950, II, 5582, note. A. CHAVANNE* (à propos d'une personne qui se prétend mandataire d'un comité d'entraide aux prisonniers de guerre (c'était plutôt un abus de qualité vraie)). – Crim. 6 janv. 1953 : *Gaz. Pal. 1953, I, somm. p. 20* (à propos d'une personne qui se prétend mandataire d'une maison de commerce). – Crim. 10 oct. 1977 : pourvoi n° 77-90.459, Bull. crim., n° 298 (à propos d'une personne qui se prétend mandataire d'une association philanthropique). – Crim. 10 juin 1991 : pourvoi n° 90-85.003, Bull. crim., n° 247 (idem).

⁸⁰⁰ C. civ., art. 2015.

⁸⁰¹ C. civ., art. 1997.

⁸⁰² C. civ., art. 1832-2.

⁸⁰³ *Comp. C. NOBLOT, La qualité du cocontractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative : LGDJ 2002, spéc. p. 1 s., n° 1 s.*, qui semble établir un parallèle entre qualité et entrée en relation des personnes, à travers la mobilisation des notions de justice commutative et distributive.

⁸⁰⁴ C. civ., art. 730.

unipersonnelle à responsabilité limitée devrait pouvoir voir reconnaître sa qualité. La qualité peut donc exister sans altérité. En somme, cette notion statique est une condition juridique⁸⁰⁵.

b. Caractère concentrique

181. Cercles de qualité. Quel point commun entre les qualités de français⁸⁰⁶, de partie à la procédure⁸⁰⁷, de tuteur⁸⁰⁸, de majeur⁸⁰⁹, de père ou mère⁸¹⁰, de propriétaire⁸¹¹, de salarié... ? *A priori* aucun, si ce n'est que la notion de qualité s'épanouit en cercles concentriques. La qualité pourrait ainsi être, premièrement, composée des éléments de l'état d'une personne (situation matrimoniale, filiation... autre que le nom et le prénom). Il s'agirait alors du « noyau » de la qualité composé des éléments qui permettent de donner une identité juridique à la personne⁸¹². Elle pourrait être, deuxièmement, prolongée des titres auxquels une personne figure dans un acte juridique ou un procès (représentant légal, propriétaire, d'héritier...) ⁸¹³. Nous sommes alors en présence des éléments qui permettent

⁸⁰⁵ « Qualité », in Dictionnaire de l'Académie Française : 9^{ème} éd., <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>, sens n°2, « *Disposition, trait particulier qui caractérise une personne et spécialement, condition sociale, civile, politique, juridique d'une personne, qui rend apte à exercer certains droits et impose des devoirs* » ; G. CORNU, « Qualité », in Vocabulaire juridique : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 830, sens I, 1. *Adde* sur la notion de condition (que l'auteur assimile à un état ou une situation), P.-J. DELAGE, La condition animale. Essai juridique sur les justes places de l'Homme et de l'animal : *Mare & Martin* 2015, spéc. p. 29, n° 1 : « *La condition serait indissolublement deux choses : essence et existence* ».

⁸⁰⁶ C. civ., art. 31-2.

⁸⁰⁷ C. civ., art. 388-1.

⁸⁰⁸ C. civ., art. 454.

⁸⁰⁹ C. civ., art. 76.

⁸¹⁰ C. civ., art. 413-7.

⁸¹¹ C. civ., art. 2517.

⁸¹² G. CORNU, « État – des personnes », in Vocabulaire juridique : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 416, sens I, 2.

⁸¹³ V. not. J.-P. SORTAIS, Le titre et l'émolument : *LGDJ* 1961, p. 13 : « *On observera que souvent lorsqu'une personne prétend à un droit, on exigera d'elle une certaine qualité : elle doit justifier d'un titre, créant ce droit à son profit ou le lui transmettant ; sous ce premier aspect, le titre se présente comme une qualité personnelle [en italique dans le texte], reconnue ou conférée à un sujet de droit : c'est ainsi que l'on invoquera sa qualité d'enfant légitime, d'héritier ab intestat ou d'époux commun en biens, pour justifier, en conséquence, sa prétention [en italique dans le texte] à tel ou tel droit. Le titre est donc la qualité juridique en laquelle on agit*

de désigner la personne dans un espace juridique donné. Elle pourrait renvoyer, troisièmement, à la marge d'autres « étiquettes » qui ne répondent ni à la première ni à la seconde catégorie (profession privée⁸¹⁴, action particulière⁸¹⁵, pouvoir particulier⁸¹⁶, mouvement particulier⁸¹⁷...), mais qui poursuivent toujours le même but : *désigner la personne prise dans une situation particulière*. Certaines qualités éloignées (celles du troisième cercle) peuvent donc « être des qualités parmi d'autres »⁸¹⁸, tandis que certaines autres (celles du premier cercle, voire du deuxième cercle), constitutives d'un noyau, confèrent une véritable identité juridique à la personne.

182. Désigner « au plus près ». Il n'y a pas de « plancher » dans la qualité ; dès lors que l'objectif de désignation est atteint, elle peut conduire à des déclinaisons qui n'ont pour seule conséquence que de désigner « au plus près » la personne. Il est ainsi possible de décliner la qualité de partie au contrat⁸¹⁹ en autant de qualités plus précises, à savoir salarié, propriétaire, assisté⁸²⁰... Il en va de même pour la qualité de créancier⁸²¹, qui peut le cas échéant être

pour justifier le droit que l'on invoque et – par extension – le contenant étant pris pour le contenu, tout instrument de preuve établissant valablement cette qualité ».

⁸¹⁴ Par ex. une (fausse) qualité d'inspecteur d'un guide gastronomique, v. Crim. 26 juin 1974 : pourvoi n° 74-90.152, Bull. crim., n° 240.

⁸¹⁵ Par ex., une qualité de conducteur de véhicule terrestre à moteur, v. Civ. 2^{ème}, 23 mars 2017 : pourvoi n° 15-25.585, Bull. II, n° 61. – Pour une qualité de piéton, Civ., 2^{ème}, 13 janv. 1988 : pourvoi n° 86-18.317 ; Bull. II, n° 12.

⁸¹⁶ Par ex., une qualité de gardien de la chose (P. JOURDAIN, Le salarié victime d'un accident du travail ne peut agir contre l'employeur pris en qualité de gardien du véhicule impliqué : *RTD civ. 2015, p. 633*).

⁸¹⁷ Par ex., une qualité de réfugié : CNDA, 2^{ème} sect. 1^{ère} ch., 19 avril 2017, Mme C. : n° 16034664, *spéc. cons. n° 8* ; S. CACIOPPO, Une ressortissante ivoirienne obtient la qualité de réfugié en raison de son appartenance à deux groupes sociaux : *RJPF 2017, n° 7-8, p. 21 s.*

⁸¹⁸ A propos de la qualité de français, sa valorisation a pu être variable et à la fin du XVIII^{ème} siècle, on a pu l'envisager comme n'étant plus « qu'une qualité parmi d'autres » (G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères, in *Mél. D. Holleaux : Litec 1990, p. 135 s., spéc. p. 152*).

⁸¹⁹ Par ex. C. civ., art. 1216.

⁸²⁰ Pour la qualité d'assisté (qui désigne le bénéficiaire d'une convention d'assurance bénévole), v. Civ. 2^{ème}, 12 sept. 2003 : pourvoi n° 12-23.520, inédit.

⁸²¹ Par ex. C. civ., art. 1349.

affinée en qualité de créancier chirographaire⁸²² et pour la qualité d'héritier⁸²³, qui peut le cas échéant être affinée en qualité d'héritier réservataire⁸²⁴. Il n'y a dès lors pas de limite graduelle dans la reconnaissance d'une qualité. C'est pourquoi, par exemple, à l'intérieur déjà de la catégorie de journaliste, celle « de journaliste professionnel »⁸²⁵ peut être reconnue par la loi. Certains droits reposent d'ailleurs bien plus sur la nature des contractants que sur la nature de la convention : c'est le cas du droit de consommation qui, dans une volonté de protection d'une personne donnée, est fondé sur la « qualité des parties »⁸²⁶. Au-delà du seul droit de la consommation, c'est d'ailleurs un mouvement plus large, reposant sur la qualité, qui semble animer le droit des contrats⁸²⁷.

La qualité c'est finalement *désigner* « au plus près » *pour appliquer une règle de droit*. La qualité est donc cette forme particulière, cette *manière d'être* qui permet de saisir, dans la personne, une place particulière. Une même personne (physique ou morale) va donc posséder plusieurs « angles », plusieurs places, qui seront autant de qualités⁸²⁸. Un découpage juridique et abstrait⁸²⁹ de la personne peut dès lors s'opérer.

⁸²² Com. 12 nov. 2008 : pourvoi n° 07-19.298, inédit. *A contrario*, pour une désignation de personnes sous la qualité de créanciers privilégiés, v. Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2013 : pourvoi n° 12-25.763, inédit.

⁸²³ Par ex. C. civ., art. 922.

⁸²⁴ Par ex. C. civ., art. 368.

⁸²⁵ C. trav. art. L. 7111-5.

⁸²⁶ J. JULIEN, *Droit de la consommation : LGDJ 2015*, p. 35, n° 15.

⁸²⁷ C. NOBLOT, La qualité du cocontractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative : *LGDJ 2002, spéc. p. 5, n° 6*, pour qui « *la doctrine contemporaine (...) propose de considérer la qualité des contractants comme un nouveau critère de classification des contrats* ».

⁸²⁸ Si l'on envisage la personnalité comme une aptitude générale à participer à la vie juridique et la capacité comme les conditions de la participation à la vie juridique (J. POUSSON-PETIT, La personne humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres, *in Liber amicorum M.-T. Meulders-Klein : Bruylant, 1998, p. 505*), la qualité peut apparaître comme les perspectives de cette participation.

⁸²⁹ La personne étant déjà une abstraction juridique, il est possible d'y voir une abstraction redoublée.

Dans sa thèse consacrée à l'employeur, le Professeur VACARIE constate que la qualité d'employeur peut devenir « *pure abstraction* » (p. 1, n° 1) ; certaines fois « *le pouvoir de direction emporte la qualité de l'employeur* » (p. 73, n° 100) alors que d'autres fois « *la qualité d'employeur est détachée de toute idée de subordination* » (p. 41, n° 59) (I. VACARIE, *L'employeur : Sirey 1979*). La qualité n'est pas nécessairement la recherche de la réalité. *Comp. L. JOSSERAND, Sur la reconstitution d'un droit de classe : D. H. 1937, p. 1 s., spéc. p. 2*, qui fait de la condition juridique reposant sur la qualité (envisagée certes en raison de la fonction [et non du lien de droit]) une notion dénuée d'abstraction (et dangereuse pour le droit commun de ce fait).

A. Un découpage juridique

183. De ce découpage juridique, deux conséquences. D'une part, une pluralité de qualités sera bien souvent constatée (1). D'autre part, une conservation de la substance est toujours relevée (2).

1. *Pluralité de qualités*

184. Une même personne, plusieurs qualités⁸³⁰. Une même personne est potentiellement porteuse de plusieurs qualités. Contrairement à la personnalité juridique, la qualité n'est pas « *invariable* »⁸³¹. Celle de salarié en est bien évidemment une⁸³². Puisque la qualité, envisagée globalement, se développe dans le milieu juridique, elle vise à représenter spécifiquement la personne dans chaque situation particulière⁸³³. Une même personne physique pourra donc concentrer une pluralité de qualités : salarié, propriétaire, locataire, consommateur, handicapé, débiteur... Certaines qualités en induisent d'autres : salarié donc créancier de salaire, propriétaire immobilier donc débiteur d'impôt foncier. Les qualités ne s'excluent pas nécessairement : un salarié sera ainsi créancier de salaire mais débiteur d'éventuels impôts sur le revenu. Un « groupe de qualités » se forme donc, sur la base de la personne. Selon la situation, une qualité plus qu'une autre sera mobilisée. Il résulte de ce « groupe de qualités » essentiellement deux choses : la première, qu'une même personne peut avoir plusieurs qualités le temps de sa vie (a) ; la seconde, qu'une même personne peut

⁸³⁰ Il ne sera pas envisagé le fait inverse, à savoir que plusieurs personnes peuvent se partager la même qualité, cela étant rendu possible par l'abstraction, v. par ex. I. VACARIE, L'employeur : *Sirey* 1979, p. 180, n° 257.

⁸³¹ N. ANCIAUX, La personnalité juridique du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés. Plaidoyer en faveur d'une personnification finalisée : *JCP E* 2020, 1072.

⁸³² Par ex. Soc. 23 nov. 2016 : pourvoi n° 15-21.942, Bull. V, n° 224 (à propos d'un gérant de succursale). – Soc. 28 oct. 2015 : pourvoi n° 14-15.262, Bull. V, n° 391 (à propos d'un bûcheron sylviculteur).

⁸³³ J.-P. ARRIGHI, La double qualité d'une personne morale : civile et commerciale, in Mél. P. Julien : *Edilalix* 2003, p. 22 s., spéc. p. 23 : « cette possibilité de cumul était jusqu'à présent l'apanage des personnes physiques, lesquelles disposent d'une universalité juridique qui leur permet d'être pluri-actives, d'accomplir à la fois des actes civils au titre de leur vie privée et une activité commerciale dans un cadre professionnel ».

cumuler plusieurs qualités (*b*). La notion de qualité est ainsi marquée par sa pluralité, pluralité qui se manifeste tant dans la durée (évolution de la (ou des) qualité(s)) que dans l'instant (cumul de qualités). La qualité de salarié n'y échappe pas.

a. La succession de qualités

185. Il est des évidences que l'on rechigne à rappeler et l'évolution de la qualité d'une personne en fait partie. Il est incontestable qu'une personne puisse passer d'une qualité à l'autre sans être altérée dans sa personne. Ce serait, par exemple, le cas d'un salarié à qui l'on propose la gérance d'une succursale de l'entreprise : la qualité de salarié est alors perdue au profit de celle de commerçant⁸³⁴. Il est tout autant manifeste que la qualité d'hier puisse disparaître le lendemain. Ce serait, par exemple, le cas d'un propriétaire qui vend son bien : propriétaire d'une chose hier, il ne l'est plus, en principe, au moment de la conclusion du contrat⁸³⁵. Pour autant, sa personne n'est pas touchée : la qualité est ici dissociée intellectuellement de la personnalité juridique.

b. Le cumul de qualités

186. Sélection. La situation de cumul de qualités soulève, en revanche, plus de remarques. Il peut être possible qu'une même personne⁸³⁶, ait, en même temps et pour une même

⁸³⁴ Soc. 13 janv. 1972, Bull. n° 28 ; D. 1972, p. 425, note E. SCHAEFFER ; GADT, *Dalloz 2008*, 4^{ème} éd., n° 4, p. 19 s. – Soc. 23 nov. 2016 : pourvois n° 15-21.942 et 15-21.192, Bull. V, n° 224 et 223 ; JCP S 2017, 1002, note T. LAHALLE.

⁸³⁵ C. civ., art. 1196. Toutefois, le transfert peut s'avérer inopposable ce qui contribuerait à faire du transfert solo consensus un « cadeau empoisonné » (A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux : LGDJ 2019*, 13^{ème} éd., p. 114, n° 133).

⁸³⁶ Sur le cumul de qualités d'une personne morale, v. J.-P. ARRIGHI, La double qualité d'une personne morale : civile et commerciale, in Mél. P. Julien : *Edilaix 2003*, p. 22 s., spéc. p. 23 : « Au terme de cette importante décision [en date du 17 juillet 2001], une personne morale peut cumuler deux qualités, l'une attachée à son statut, l'autre résultant de son activité ».

situation, plusieurs qualités éventuellement invocables⁸³⁷. Un travail de sélection sera alors effectué. Ce travail de sélection n'est pas toujours évident : autant les qualités peuvent être strictement déconnectées, autant leur coexistence peut parfois être justifiée par des intérêts communs. Le juge devra fonder sa décision en retenant une qualité plus qu'une autre. Il lui sera relativement facile de déclarer la délivrance gratuite d'une carte bleue à un salarié d'un établissement de crédit assujettie aux cotisations sociales en retenant que cette délivrance était conditionnée à la qualité de salarié plus qu'à celle de client, tous les clients de l'établissement de crédit n'ayant évidemment pas vocation à bénéficier de la gratuité⁸³⁸. Les qualités juridiques seront certaines fois bien plus enchevêtrées. C'est le cas notamment du salarié qui se voit proposer une souscription d'actions de la société qui l'emploie⁸³⁹. Cette proposition d'entrer au capital de la société n'est pas anodine : elle est liée, au moins pour partie, à la qualité préalable de salarié. Il s'agit, pour la société, de fidéliser le salarié, voire de « sécuriser »⁸⁴⁰ la situation de certains cadres dirigeants. Ce lien explique que des clauses

⁸³⁷ Il est même possible de cumuler des qualités pourtant très proches, et *prima facie* opposées, ce qui permet de ne pas indemniser deux fois le même préjudice tout en respectant le principe de réparation intégrale (A. BASCOULERGUE, La possibilité de cumuler la qualité de victime principale avec celle de victime par ricochet : *D.* 2017, p. 1409 s.). Pour autant, certaines qualités, incompatibles, ne peuvent se cumuler, ex. Soc. 14 oct. 2015 : pourvoi n° 14-10.960, Bull. V, n° 295 ; *JSL* 2015, n° 399-400, p. 27, note F. TAQUET (à propos des qualités de commerçant associé de SNC et de salarié).

⁸³⁸ Soc. 9 novembre 1995 : pourvoi n° 93-20.784, inédit ; *RJS* 1995, n° 1280.

⁸³⁹ L'intérêt de la détermination de la qualité invocable n'est pas uniquement d'ordre théorique : de la qualité retenue découlera, par exemple, la compétence juridictionnelle. A propos de stock-options, v. J.-F. BARBIERI note sous Soc., 16 sept. 2008 : *RDS* 2009, p. 102 : « *Le présent arrêt de censure fait pendant à une précédente cassation, prononcée peu auparavant, sur la question récurrente de savoir quel juge est compétent pour connaître d'un litige où s'entremêlent en l'instance les qualités de salarié - ou d'ancien salarié - et d'actionnaire du demandeur* » (nous soulignons).

⁸⁴⁰ F. LARONZE, Le salarié, justiciable au titre de son droit d'option : *Dr. soc.* 2014, p. 534 s. : « *Ce n'est donc pas n'importe quel salarié, il a des responsabilités qui légitiment sa place en qualité d'actionnaire dans la société. La promotion de cet actionariat salarié répond alors à une stratégie et ne correspond plus vraiment à l'association du capital et du travail telle que l'approche gaullienne de la participation l'envisageait. L'actionariat salarié paré de ce visage permet de conforter, de « sécuriser » (dirons-nous, le terme est à la mode) la situation des dirigeants* ».

de présence⁸⁴¹ soient fréquemment insérées dans les pactes d'actionnaires à destination de salariés : dès lors qu'une société a entendu « *associer au capital des salariés es qualité* »⁸⁴², il est compréhensible qu'elle ne souhaite pas maintenir cette possibilité en cas de perte de cette qualité. Toutefois, tant que le salarié n'a pas obtenu la qualité d'actionnaire (donc avant la levée de l'option)⁸⁴³, la question du cumul de qualité ne se pose pas, nonobstant l'existence d'un pacte d'actionnaires qui reconnaît éventuellement le droit d'option⁸⁴⁴. C'est une fois que le salarié a obtenu la qualité d'actionnaire en complément de celle de salarié que le travail de caractérisation de la relation en jeu doit être effectué. En effet, pour tout litige concernant le salarié pris en sa qualité d'actionnaire, les règles du Code de commerce seront appliquées, notamment la compétence du juge consulaire, et pour tout litige concernant le salarié pris en sa qualité de salarié, les règles du Code du travail trouveront application, notamment la compétence du juge prud'homme⁸⁴⁵. Une même personne aura donc plusieurs qualités, générées notamment par les actes juridiques auxquels elle aura consenti, et suivant la qualité impliquée les corpus et les règles applicables varieront⁸⁴⁶ ; une application distributive en fonction des qualités s'opère. Mieux ! Le fait de posséder plusieurs qualités

⁸⁴¹ Ces clauses de présence sont licites et font obstacle à ce qu'un salarié acquière des options une fois son contrat de travail rompu, sous réserve, en cas de licenciement injustifié, de l'octroi d'une indemnisation compensant la perte du droit d'option (Soc. 29 sept. 2004 : pourvoi n° 02-40.027, Bull. V, n° 234).

⁸⁴² R. VATINET, note sous Civ. 2^{ème}, 20 sept. 2005 : *JCP S 2005, 1417* : « *Il ne serait pourtant pas souhaitable de permettre au salarié licencié, même irrégulièrement, d'exercer ses options et de devenir actionnaire. Ce serait contraire à l'intérêt de la société qui entend associer au capital des salariés es qualité. L'ancien salarié ne sera guère enclin à défendre l'intérêt social* ».

⁸⁴³ L'option d'achat d'actions ne constitue en effet qu'une simple promesse unilatérale de vente (Civ. 2^{ème}, 20 sept. 2005 : pourvoi n° 03-30.709, Bull. II, n° 223 ; *JCP S 2005, 1417, note R. VATINET*).

⁸⁴⁴ A propos de ce pacte d'actionnaires, v. F. LARONZE, Le salarié, justiciable au titre de son droit d'option : *Dr. soc. 2014, p. 534 s., spéc. p. 535-536* : « *dès lors, il importe peu que le droit d'option soit reconnu dans un pacte d'actionnaires. Le support normatif, autrement dit l'acte juridique qui fonde le droit du salarié, semble ne pas être un indice pertinent* ».

⁸⁴⁵ Soc. 16 sept. 2008 : pourvoi n° 07-20.444, Bull. V, n° 161.

⁸⁴⁶ Ainsi, un pacte d'actionnaires qui serait conclu avec des associés dont certains sont dirigeants ne pourrait être résolu pour fautes de gestion commises par ces dirigeants, sauf clause expresse (Com. 3 nov. 2004 : pourvoi n° 00-14.271, inédit).

pourrait être envisagé comme un avantage juridique et offrir de meilleures chances quant au succès d'une action en justice⁸⁴⁷.

187. Influences mutuelles. Ce découpage juridique et abstrait de la personne n'est cependant pas hermétique et, dans une hypothèse de cumul de qualités, il peut arriver, à titre plutôt exceptionnel, que l'une influence l'autre. Ainsi de l'interdépendance des qualités de salarié et d'actionnaire prévue dans les statuts d'une société : la perte de la première implique celle de la seconde⁸⁴⁸. Ainsi également de la clause de non-concurrence imposée à un salarié dans un pacte d'actionnaires. Celle-ci doit, parce que l'actionnaire est aussi salarié, comporter une contrepartie qui n'est pas imposée en temps normal⁸⁴⁹. La même solution a, d'ailleurs, pu être retenue à l'égard du salarié associé coopérateur d'une société coopérative de production (SCOP) par les juges du fond⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ Dans le droit antérieur, la concubine ne pouvait demander réparation du dommage causé par le décès de son concubin (Civ. 27 juill. 1937 : *D.* 1938, I, 5, note R. SAVATIER). Il en va autrement si cette même personne physique a une seconde qualité générée par la proximité qu'elle entretient avec la personne décédée, par exemple celle d'« associée » (Crim. 22 nov. 1956 : *Gaz. Pal.* 1957. I. 175) ou éventuellement de « fiancée » (H. et L. MAZEAUD, *Jurisprudence française en matière de droit civil* : *RTD civ.* 1957, p. 333-334, n° 9, à propos d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en date du 21 janvier 1957 qui indemnise une concubine d'une telle perte : « l'arrêt aurait pu accorder réparation à la concubine sans faire intervenir le concubinage : les concubins devaient, paraît-il se marier ; leur qualité de fiancés suffisait à justifier l'action formée par l'un contre le responsable de la mort de l'autre »).

⁸⁴⁸ Soc. 9 mars 2017 : pourvoi n° 15-14.416, inédit.

⁸⁴⁹ Com. 15 mars 2011 : pourvoi n° 10-13.824, Bull. IV, n° 39 ; *RTD civ.* 2011, p. 348, obs. B. FAGES ; *D.* 2011, p. 1261, note. B. INES ; *RDT* 2011, p. 306, obs. G. AUZERO. L'on a pu s'étonner de cette perméabilité : « on ne peut manquer de relever la facilité avec laquelle, dans l'hypothèse où le débiteur de la clause est en même temps salarié et actionnaire, la chambre commerciale accepte que cette première qualité l'emporte sur la seconde et entraîne avec elle, de façon quasi automatique, l'application du régime protecteur élaboré par la chambre sociale. Or cela n'allait pas de soi : lorsqu'un contractant a plusieurs casquettes, le principe est plutôt au cloisonnement des registres » (B. FAGES, obs. sous Soc. 15 mars 2011 : *RTD civ.* 2011, p. 348).

⁸⁵⁰ CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 avril 2013 : *JurisData* n° 12/04737 ; *JCP E* 2015, 1607, n° 8, *chron.* D. HIEZ. L'on a pu s'étonner de l'application de la jurisprudence relative à la contrepartie alors même que le salarié associé d'une SCOP n'est pas placé dans la même situation que le salarié associé ou actionnaire : « Le malaise provient de ce que l'attraction de la qualité de salarié ne laisse plus beaucoup de place à l'expression de celle d'associé ou d'entrepreneur collectif. Les salariés qui se structurent collectivement pour l'exercice de leur activité obtiennent une protection individuelle mais le droit peine à intégrer la particularité de la double

Le recours à l'abstraction de la qualité permet de bouleverser la logique arithmétique du contrat. Ceci explique qu'un contrat puisse être conclu par une seule personne et qu'un contrat tripartite puisse n'impliquer que deux personnes⁸⁵¹. La doctrine a pu, en conséquence, jusqu'à admettre qu'il est possible de conclure un « *contrat avec soi-même* »⁸⁵², dont la possibilité est cependant aujourd'hui remise en cause⁸⁵³.

2. Conservation de la substance

188. Conservation de la substance. Ce découpage de la personne n'est pas sans rappeler ce qu'ARISTOTE relevait à propos de la qualité, à savoir qu'elle est distincte de la substance⁸⁵⁴. La substance est permanente, là où la qualité peut évoluer⁸⁵⁵. Si les qualités de l'homme changent, il ne disparaît pas pour autant ; une de ses propriétés qu'il avait en puissance

qualité qui rejaillit pourtant sur la qualité de salarié » (D. HIEZ, chron. sous CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 avril 2013 : *JCP E* 2015, 1607, n° 8).

⁸⁵¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t. 1 : PUF 2016, 4^{ème} éd., p. 178-179, n° 144. Pour un contrat tripartite, v. par ex. Civ. 3^{ème}, 13 oct. 2004 : pourvoi n° 03-12.035, Bull. III, n° 170. Ceci s'explique par le fait qu'une même personne agit en deux qualités différentes.

⁸⁵² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t. 1 : PUF 2016, 4^{ème} éd., p. 178-179, n° 144.

⁸⁵³ G. WICKER, *Le nouveau droit commun de la représentation* : *D.* 2016, p. 1942 s., spéc. p. 1948.

⁸⁵⁴ ARISTOTE, *Catégories. De l'interprétation. Organon I et II*, trad. J. TRICOT : *Vrin* 2014, p. 30, 5.10 : « *Pour les substances secondes, aussi, on pourrait croire, en raison de la forme même de leur appellation, qu'elles signifient un être déterminé, quand nous disons, par exemple, homme ou animal. Et pourtant, ce n'est pas exact : de telles expressions signifient plutôt une qualification, car le sujet n'est pas un comme dans le cas de la substance première (...)* ». *Comp. R.-J. POTHIER* qui définissait la substance comme « *la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue* » (cité par G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* : *Dalloz* 2016, p. 248, n° 304). V. égal. Y. THOMAS, *Les opérations du droit* : *Seuil / Gallimard* 2011, p. 161, qui distingue l'être et les modes de l'être et notamment la substance et la qualité, toutes deux susceptibles de fiction par ailleurs.

⁸⁵⁵ Ce qui permet justement à ARISTOTE de rompre avec les doctrines de l'infini mouvement et de l'éternelle immobilité (E. JEULAND et C. BOILLOT (coord.), *La qualité dans la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle ?* : *IRJS* 2015, p. 1 s., spéc. p. 15).

s'actualise⁸⁵⁶. Ces constatations philosophiques⁸⁵⁷ peuvent trouver à s'appliquer en matière juridique. La personne, physique ou morale, n'est pas atteinte dans sa substance par l'évolution de ses qualités. La perte éventuelle d'une qualité ne la diminue pas en elle-même ; ce qui est diminué est simplement l'étendue de son pouvoir, à un instant donné⁸⁵⁸. La qualité est inhérente à la personne mais elle n'en est pas le substrat puisque, indépendamment de toute discussion sur l'identification du substrat de la personne, elle est mentalement isolable de celui-ci⁸⁵⁹. « *Enlever à l'homme une qualité extérieure ne le fait pas disparaître en tant qu'homme. Les qualités juridiques indiquent seulement un pouvoir extérieur et non une qualité de l'ordre de la subsistance* »⁸⁶⁰. La qualité n'est pas matière ; elle est manière. *Elle n'est pas matière de l'être, elle est manière d'être*. La qualité ne se confond pas avec la « substance » juridique de la personne (sa personnalité juridique).

⁸⁵⁶ M. CRUBELLIER, P. PELLEGRIN, Préface à l'ouvrage précité : p. 75.

⁸⁵⁷ Relatives dans la philosophie Aristotélicienne pour la plus grande partie à des qualités de l'ordre du sensible : chaleur, performance, douceur, blancheur... (ARISTOTE, *Catégories* – Sur l'interprétation, trad. M. CRUBELLIER, C. DALIMIER, P. PELLEGRIN : *GF Flammarion*, 2007, chap. 8, p. 161 s. Mais les qualités mentionnées par ARISTOTE ne sont pas exclusivement de l'ordre du sensible. On a d'ailleurs pu s'étonner que des éléments aussi disparates que la chaleur et la vertu coexistent au sein des *Catégories* ; on a pu trouver, en réponse, un caractère commun à toutes ces qualités, à savoir le fait qu'elles soient toutes indécomposables (simples, indivisibles et non réductibles) ce qui fait, en conséquence, des qualités des éléments primaires (J. DE TONQUEDEC, De la qualité : *Rev. de Métaphysique et de morale* 1960, p. 247 s., spéc. p. 250, l'auteur écrit que les qualités « *existent ou manquent absolument, jamais à moitié ou en partie* »).

⁸⁵⁸ J. DE TONQUEDEC, De la qualité : *Rev. de Métaphysique et de morale* 1960, p. 250.

⁸⁵⁹ M. BLAY (dir.), « Qualité », in *Grand dictionnaire de la philosophie* : *Larousse* 2003, p. 900.

⁸⁶⁰ D. DEROUSSIN, *Eléments pour une histoire de l'identité individuelle*, in *L'identité, un singulier au pluriel*, dir. B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO : *Dalloz* 2015, p. 7 s., spéc. p. 17.

189. Distinction d'avec le sujet de droit⁸⁶¹. Même si leurs liens sont étroits⁸⁶², la qualité ne se confond pas avec le contenu du droit lui-même⁸⁶³ ; elle autorise la titularité des droits.

⁸⁶¹ Une distinction d'avec la notion de situation juridique aurait éventuellement et également pu être poursuivie. Après tout, DUGUIT ne reconnaît pas la notion de droit subjectif (contrairement à ROUBIER qui la conserve mais la délimite strictement en la réservant à certaines situations juridiques subjectives (P. ROUBIER, *Droit subjectifs et situations juridiques* : *Sirey 1963, rééd., Dalloz 2005*)) et lui préfère celle de situation juridique, définie comme l'application de la règle juridique à un cas particulier. C'est ce qui le conduit à envisager la situation de l'électeur, de l'époux, du propriétaire... (L. DUGUIT, *L'État – le droit objectif et la loi positive* : *Fontemoing 1901, rééd., Dalloz 2005*). L'individu est alors « situé » (J. DABIN, *Le droit subjectif* : *Dalloz 1952, rééd. Dalloz 2008*). DUGUIT semble d'ailleurs refuser d'envisager l'être sous le prisme de la qualité : « *Dire que les hommes sont solidaires les uns des autres, c'est dire qu'ils sont soumis à une règle de conduite fondée sur cette solidarité, qu'ils ont des pouvoirs et des devoirs nés de cette solidarité. Ces pouvoirs et ces devoirs ne se rattachent donc pas au caractère propre du sujet, mais à la règle objective qui s'impose à ce sujet. Si l'individu peut vouloir effectivement certaines choses et doit vouloir certaines choses, ce n'est pas parce qu'il est un homme, c'est parce que cette chose est conforme à la loi de solidarité. (...) Si un gouvernant peut vouloir employer la force matérielle dont il dispose à l'obtention d'un certain résultat, ce n'est pas parce que, en sa qualité de gouvernant, il serait titulaire d'un certain pouvoir à lui propre ; mais parce que le résultat, qu'il a en vue et qui détermine sa volonté est conforme au droit objectif* ». Il nous semble que la qualité que l'on invoque ici ne renvoie pas à la situation juridique telle qu'elle a été conceptualisée par DUGUIT ou même ROUBIER puisqu'elle est individuelle alors que, s'agissant de la qualité, elle renvoie à une certaine catégorie. Comme l'a relevé ROUBIER, la situation juridique est « *toujours une situation individuelle* ». « *Ce n'est pas la situation de tout époux qui se trouve en cause dans telle espèce, mais bien la situation d'un époux donné ; la situation n'est donc pas générale, à la différence de la règle* » (P. ROUBIER, *Droit subjectifs et situations juridiques* : *Sirey 1963, rééd., Dalloz 2005, p. 81*). La qualité renvoie plutôt à la « *situation commune* » relevée par Demogue et partagée par les débiteurs, les créanciers, les propriétaires, les voisins, les associés... (R. DEMOGUE, *La notion de sujet de droit, caractères et conséquences* : *RTD civ. 1909, p. 611 s., spéc. p. 636*). Un parallèle pourrait, dans le même sens, être effectué avec la théorie de l'« homme situé » de Burdeau, lequel définit l'homme de façon concrète, non par référence à un type abstrait, mais par la situation contingente dans laquelle l'homme se trouve placé (G. BURDEAU, *Libertés publiques* : *LGDJ 1972, 4^{ème} éd., p. 17*).

⁸⁶² H. SOLUS Et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1 : *Sirey 1961, p. 247, n° 265* : « *les liens entre le droit et la qualité sont si étroits que, dans le langage courant, on en arrive souvent à confondre ces deux notions et à se faire de la qualité une conception si large qu'elle devient synonyme de droit* ». Et les auteurs de parler des qualités d'époux, de propriétaire, de créancier ou d'héritier.

⁸⁶³ Donc du droit subjectif. Quand bien même on verrait *lato sensu* dans le droit subjectif une situation positionnant l'individu, il convient de se rappeler qu'elle est nécessairement avantageuse (R. DEKKERS, *La fiction juridique, Etude de droit romain et de droit comparé* : *Sirey 1935, p. 20, n° 23*), ce qui ne correspond pas à la qualité.

Avoir la qualité de créancier désigne autre chose que la créance elle-même. En revanche, la qualité peut être assimilée *prima facie* au sujet de droit. Ce n'est, dès lors, plus avec le droit subjectif mais avec son corollaire, le sujet de droit, que la confusion pourrait se faire. Déjà, à propos de la qualité pour agir, il a pu être dit que « *le terme de qualité ne met plus en cause qu'un problème d'ordre général : celui du sujet de droit* »⁸⁶⁴. Il est vrai que le sujet de droit, construction doctrinale, renvoie à la personne en tant que support d'un droit subjectif⁸⁶⁵. Le sujet de droit peut ainsi être envisagé comme l'appréhension juridique de l'être humain⁸⁶⁶, voire comme une construction (ou une reconstruction) de ce dernier⁸⁶⁷. Mais il ne se réduit

⁸⁶⁴ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : Sirey 1948, rééd. Dalloz 2002, p. 39-40, n° 39* : « *Se demander qui a qualité pour intenter une action revient simplement à vouloir déterminer la personne habilitée par l'ordre juridique à déclencher l'effet de la règle de Droit imposant l'intervention de la contrainte sociale* ».

⁸⁶⁵ G. CORNU, « *Sujet – de droit* », in *Vocabulaire juridique : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 991, (sens 2)*. L'on présente d'ailleurs classiquement la personnalité juridique et le sujet de droit comme étant synonymes J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, t. 1 : PUF 2017, 2^{ème} éd., p. 373, n° 193* ; G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes, dir. J. GHESTIN : LGDJ 1989, p. 25, n° 17*. Il y est dit qu'existence de la personne et capacité générale de jouissance coïncident toujours. V. égal. R. MARTIN, *Personne et individu (un arrière-plan de la bioéthique), in Etudes J. Béguin : Litec 2005, p. 481*.

⁸⁶⁶ Ce qui est logique puisque « *le droit est tout entier constitué pour eux* » (F. GENY, *Science et technique en droit privé positif, t. 3 : Sirey 1921, p. 220, n° 224*). Certains courants plaident toutefois pour l'extension de la notion de sujet de droit à l'ensemble des êtres vivants, voire à la nature elle-même. Pour une présentation de ces courants, v. G. LAFRANCE, *L'humanisme juridique et le sujet de droit, in Sujet de Droit et objet de Droit, cah. de philosophie politique et juridique, n° 22 : PUF 1992, p. 33 s., lui-même opposé à une telle extension*. V. déjà, pour l'animal, R. DEMOGUE, *La notion de sujet de droit, caractères et conséquences : RTD civ. 1909, p. 611 s., spéc. p. 620* : « *Etant donné que le but du droit est la satisfaction, le plaisir, tout être vivant qui a des facultés émotionnelles, et lui seul, est apte à être sujet de droit, que la raison lui manque de façon définitive ou temporaire* ».

⁸⁶⁷ « *Le dessein anthropologique de Rousseau, dans le Second Discours, est celui d'une construction ou d'une reconstruction de l'homme comme sujet (...) L'homme abstrait de toute contingence apparaît ainsi dans sa pureté éthique et juridique, dans une autonomie parfaite qui ne laisse place à aucune forme d'aliénation ou d'hétéronomie qui puisse entraver son accession à l'universel. Toute cette démarche repose sur une fiction construite, sur une reconstruction ou une renaturation de l'homme comme sujet (...). Le sujet de droit est un produit de la volonté générale* » (G. LAFRANCE, *L'humanisme juridique et le sujet de droit, in Sujet de Droit et objet de Droit, cah. de philosophie politique et juridique, n° 22 : PUF 1992, p. 38*).

pas à celui-ci : d'autres entités peuvent aussi se voir reconnaître cette qualité⁸⁶⁸. L'assimilation de la qualité au sujet de droit doit être rejetée sous peine que la notion de qualité (de salarié par exemple) se dissolve dans l'étude de la personnalité juridique car le sujet de droit est alors un « masque juridique » posé sur la personne⁸⁶⁹. En réalité, l'attribution de la personnalité juridique à une entité renvoie à la détention d'une « méta-qualité » en ce sens que cette dernière conditionne toutes les autres (sans personnalité juridique, sans « méta-qualité », aucune qualité autre n'est possible⁸⁷⁰).

190. Le sujet de droit, « rôle du rapport ». Une autre conception du sujet, découlant de la précédente, plus dynamique, a été élaborée. Dès lors que le sujet de droit est appréhendé comme un titulaire de droits, il semble que le sujet de droit renvoie à toutes les hypothèses que l'on a abordées précédemment et qui sont autant de rôles incarnés par le sujet. Ceci explique que la doctrine, en évoquant le propriétaire, le père ou le créancier, désigne

⁸⁶⁸ La même qualité est partagée mais les personnes morales ont, pour autant, une capacité moindre que les personnes physiques. On pourrait trouver un élément de réponse, s'agissant de cette capacité diminuée, dans le risque de dilution de la responsabilité propre aux personnes morales qui sont constituées par la réunion d'une pluralité de personnes, si ce n'est une multitude (G. GOUBEUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 1989*, p. 33, n° 22). Or, le droit est réticent à l'idée d'un « maillage » insatisfaisant de la responsabilité ; n'est-ce pas ce qui sous-tend l'obligation *in solidum*, à distinguer de l'obligation solidaire proprement dite, qui peut intervenir afin de lier différentes personnes sans que celles-ci appartiennent à une même communauté d'intérêt (Civ. 11 juillet 1892, in GAJC : *Dalloz 2000*, 11^{ème} éd., p. 450 s., n° 243), par ex. un groupe de chasseurs (S. PORCHY-SIMON, *Droit civil, Les obligations* : *Dalloz 2018*, 10^{ème} éd., p. 459, n° 991) ? Notre droit est, sans doute aucun, tourné vers la responsabilité. Cette préoccupation, qui sous-tend l'essentiel des systèmes juridiques, et qui vise à la recherche et l'identification du responsable, justifie l'existence du concept de sujet de droit. La capacité d'imputation est d'ailleurs présentée par Kelsen comme l'un des trois traits essentiels de ce concept (H. KELSEN, *Théorie pure du droit* : rééd. *LGDJ – Bruylant*, 1999, p. 90 : « est « capable d'imputation » celui qui peut être puni, c'est-à-dire celui dont la responsabilité peut être engagée, à raison de ses actes ») même si cela conduit à exclure l'*infans* ou l'aliéné.

⁸⁶⁹ J. POUSSON-PETIT, La personne humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres, in *Liber amicorum M.-T. Meulders-Klein* : *Bruylant 1998*, p. 507 (l'auteur critique la pertinence du concept de sujet de droit et son utilité). V. égal. R. MARTIN, *Personne et sujet de droit* : *RTD civ. 1981*, p. 785 s. ; J.-M. TRIGEAUD, La personne : *APD 1989*, p. 103 s. Sur le moment (tardif) où le discours juridique opère la jonction entre le sujet de droit et la personnalité, v. D. DEROUSSIN, *Eléments pour une histoire de l'identité individuelle*, in *L'identité, un singulier au pluriel*, dir. B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO : *Dalloz 2015*, p. 7 s.

⁸⁷⁰ La personnalité juridique est insusceptible de multiplication : elle est une là où il peut il y avoir plusieurs qualités.

certaines fois, en réalité, le sujet de droit⁸⁷¹. Le sujet a ainsi pu être envisagé comme un « rôle du rapport »⁸⁷² établi. Le sujet de droit apparaît comme une fonction ponctuelle, un rôle qui se renouvelle à chaque rapport. Force est alors de relever que les constats que nous avons relevé à propos de la qualité – à savoir le fait qu'elle ne consomme pas la personne et qu'il existe un foisonnement de qualités – le sont également par ces auteurs, mais rattachés à la notion de sujet de droit⁸⁷³.

Est-ce à dire alors que ce que l'on a isolé comme « qualité » ne serait qu'une émanation de cette conception ci de sujet de droit⁸⁷⁴ ? Cela ne semble pas être le cas. Ce n'est pas la notion de sujet de droit qui est convoquée ici⁸⁷⁵. La notion de sujet de droit dans son versant dynamique se distingue de la qualité en ce qu'elle est plus floue et dénuée d'effectivité. Aucun régime juridique n'est attaché en elle-même à la notion de sujet de droit (dans cette conception dynamique) et surtout la notion de sujet de droit dans ce versant se dilue à l'infini (le salarié est sujet, acteur, lorsqu'il demande des congés, lorsqu'il demande une avance sur

⁸⁷¹ S. GOYARD-FABRE, *Sujet de droit et objet de droit, défense de l'humanisme*, in *Sujet de Droit et objet de Droit*, cah. de philosophie politique et juridique, n° 22 : PUF 1992, p. 18 : «...la notion de sujet de droit – propriétaire, père de famille, justiciable, électeur, société anonyme... – correspond toujours à une catégorie idéale dont la compréhension et l'extension ne s'applique qu'à ce qui est humain » ; R. MARTIN, *Personne et sujet de droit* : *RTD civ.* 1981, p. 785 s., spéc. p. 788 : « La même personne peut avoir plusieurs créances. Dans chaque rapport créancier-débiteur, elle est sujet, et chacun de ces rapports peut être considéré distinctement ».

⁸⁷² R. MARTIN, *Personne et sujet de droit* : *RTD civ.* 1981, p. 785 s., spéc. p. 788 : « chaque rôle se suffit à lui-même et s'épuise avec le rapport ».

⁸⁷³ Il a été relevé que la personne préexiste au rapport social qui la place en tant que sujet et que les manifestations du sujet sont éclatées (R. MARTIN, *Personne et sujet de droit* : *RTD civ.* 1981, p. 785 s., spéc. p. 788-789).

⁸⁷⁴ Certains semblent même mêler les deux. V., à propos des projections multiples de la personne, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ* 1989, p. 25, note n° 57 : « La personne juridique est conçue comme unique et permanente, tandis que sa qualité de sujet de droit, qui n'apparaît qu'avec chacun des droits dont elle sera titulaire, est multiple et plus ou moins éphémère » (nous soulignons).

⁸⁷⁵ Il pourrait, déjà, être avancé que le sujet de droit ne concerne que l'agir et non l'être de la personne (J. POUSSON-PETIT, *La personne humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres*, in *Liber amicorum M.-T. Meulders-Klein* : *Bruylant* 1998, p. 508). Ce serait cependant oublier trop vite que la personne, en tant que sujet, a vocation à être (G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ* 1989, p. 25, n° 17 ; v. également J. DABIN, *Le droit subjectif* : *Dalloz rééd.* 2008, p. 110 : « seul un être (...) est de nature à former un sujet de droit »).

⁸⁷⁵ F. TERRE, *Retour sur la qualification*, in *Mél. J. Buffet* : *Petites affiches* 2004, p. 419 s.

salaire, lorsqu'il fournit son travail...). A l'inverse, la qualité cristallise une position, une place dont découle un régime juridique. La qualité, parce que cristallisée, est à la fois plus accessible et plus stable dans son essence que le sujet de droit dynamique.

La qualité est donc une manière d'être, elle est une condition juridique objective et est tout à la fois le procès et le produit d'un « découpage juridique ». C'est toute la force du Droit que de pouvoir isoler des abstractions et de ne pouvoir raisonner que par elles, là où le sociologue peut s'estimer tenu par toutes les interdépendances de l'individu, sans envisager ce dernier uniquement dans une de ses catégories, une de ses actions, ce qui lui fait dire, par exemple que le fonctionnaire n'est pas seulement fonctionnaire⁸⁷⁶. Invisible aux sens, la qualité est une réalité spécifiquement juridique. C'est parce qu'elle est invisible aux sens qu'elle n'est que peu étudiée en tant que telle ; dans les rapports de travail, la qualité de salarié est d'ailleurs souvent dissimulée par l'exécution du travail par le salarié.

II. La détention de la qualité de salarié

191. Comment un travailleur peut-il accéder à la qualité de salarié ? Comment peut-il être détenteur de cette qualité qui détermine son rattachement à l'entreprise ? La réponse à cette question passe nécessairement par « l'opération de qualification » dont la qualité est une étape du processus.

192. L'opération de qualification et la qualité. La qualité renvoie à la reconnaissance⁸⁷⁷. En effet, cette reconnaissance se fait par l'ordre juridique *via* l'opération de qualification.

⁸⁷⁶ Selon le mot de SIMMEL, qui fut l'un des premiers sociologues à souligner l'importance des interdépendances de l'individu et l'existence de croisements de cercles sociaux (G. SIMMEL, *Sociologie. Études sur les formes de la socialisation* : PUF 1999, rééd. 1908, p. 71). V. égal. G. TRUC, Simmel, sociologue du cosmopolitisme : *Tumultes* 2005, n° 24, p. 49 s. : « L'individu ne se résume pas à ce qu'il est, il ne peut être entièrement subsumé sous une unique catégorie sociale. Non seulement ces appartenances sociales sont multiples — de sorte que plus celles-ci sont nombreuses plus la combinaison qu'elles constituent forme une individualité totalement singulière et distincte de toute autre — mais l'homme lui-même est pluriel ».

⁸⁷⁷ G. CORNU, « Qualification », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 829.

La qualification juridique, cette « *opération de l'esprit* »⁸⁷⁸ familière aux juristes, renvoie à une détermination⁸⁷⁹. Elle fait entrer dans le champ juridique une situation en passant successivement du fait au droit et du droit au fait⁸⁸⁰. Finalement peu étudiée en elle-même⁸⁸¹ par rapport à l'importance qu'elle revêt et sa considérable mobilisation, l'opération de qualification, trop souvent envisagée comme une « *activité de passage* »⁸⁸², subit la concurrence de son enjeu : la détermination du régime juridique applicable⁸⁸³. L'attention se cristallise, pour des raisons pratiques évidentes, sur ce résultat plus que sur l'opération (la qualification) proprement dite. L'opération en elle-même est pourtant, pour notre cas, fondamentale puisque de la qualification va dépendre la qualité. En droit, qualifier, c'est

⁸⁷⁸ F. TERRE, Retour sur la qualification, in Mél. J. Buffet : *Petites affiches 2004*, p. 419 s., spéc. p. 422. Les auteurs ont toutefois pu relever la polysémie de la qualification, qui tendrait à désigner tant l'opération que le résultat de cette opération, voire même une définition (Par ex. F. TERRE, L'influence de volonté individuelle sur les qualifications : *LGDJ 1957 rééd. LGDJ 2014*). Cette extension de la portée de la qualification a pu être contestée de façon convaincante (v. C. VAUTROT-SCHWARZ, La qualification juridique en droit administratif : *LGDJ 2010*, p. 7 s., n° 12, qui ramène la qualification à son acception première : celle d'une opération).

⁸⁷⁹ R. LE BALLE, Préface à la thèse de François TERRE, L'influence de volonté individuelle sur les qualifications : *LGDJ 1957, rééd. LGDJ 2014*, p. V : « On a défini la qualification « la détermination précise de la nature d'un rapport de droit à l'effet de classer ce rapport dans l'une des catégories juridiques existantes ». V. égal. F. TERRE, Retour sur la qualification, in Mél. J. Buffet : *Petites affiches 2004*, p. 419 s., spéc. p. 427.

⁸⁸⁰ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, Traité de droit civil, Les effets du contrat, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 88 s., spéc. p. 77, n° 56 : « L'opération de qualification part du fait pour y revenir à l'effet de le réglementer ». Les auteurs renvoient à Motulsky, lequel écrivait, à propos de la règle applicable, qu' « il s'opère donc, à un moment donné, un retour du juridique au social : à force d'analyse, le Droit devient, ou plus exactement redevient du fait » (H. MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : *Sirey, 1948, rééd. Dalloz 2002*, p. 39-40, p. 61, n° 62). Il est certain que la qualification s'inscrit dans un « processus de concrétisation du droit » (P. WACHSMANN, « Qualification », in *Le dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS : *PUF 2003, 1^{ère} éd.*, p. 1277).

⁸⁸¹ V. toutefois F. TERRE, L'influence de volonté individuelle sur les qualifications : *LGDJ 1957, rééd. LGDJ 2014* ; H. CROZE, Recherche sur la qualification en droit processuel français : *thèse dactyl. Lyon III 1981* ; T. JANVILLE, La qualification juridique des faits, t. 1 et 2 : *PUAM 2004*.

⁸⁸² P. WACHSMANN, « Qualification », in *Le dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS : *PUF 2003, 1^{ère} éd.*, p. 1277.

⁸⁸³ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, Traité de droit civil, Les effets du contrat, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 88 s., spéc. p. 86, n° 66 : « La qualification du contrat ne présente d'utilité que si elle met en concurrence deux régimes juridiques distincts attachés à une classification particulière ».

attribuer une qualité⁸⁸⁴. Ceci n'est d'ailleurs que la traduction juridique d'une réalité grammaticale⁸⁸⁵. Dans la mesure où la qualification signifie, globalement, « lequel »⁸⁸⁶, et où la qualité proprement dite renvoie au « quel », la première représente le processus - un choix (toute qualification implique une disqualification), un exercice de sélection parmi plusieurs potentialités⁸⁸⁷ - et la seconde une étape dans ce processus. La qualité est donc le rattachement à une catégorie objective.

L'opération de qualification du contrat de travail, qui peut aboutir à la détention de la qualité de salarié, repose sur la reconnaissance juridique (B), qui doit être distinguée de l'identité (A). La reconnaissance de la qualité de salarié n'emporte, en effet, pas d'identité professionnelle au bénéfice du salarié.

⁸⁸⁴ T. JANVILLE, La qualification juridique des faits, t. 1 : *PUAM 2004*, p. 24, n° 8 : « *Le troisième [paramètre de la qualification] est une opération intellectuelle : la qualification, c'est-à-dire en soi l'attribution d'une qualité. Cette qualité doit se trouver ici par voie de conséquence juridique mais surtout fondamentalement apte à être affectée à une situation de factuelle réelle, pour qu'il soit possible de parler de qualification juridique des faits* ». Nous envisageons la qualité comme une composante de la qualification, qui ne saurait résumer entièrement l'opération de qualification. La question des incidences de la qualité de la personne prise dans la qualification du contrat, ne sera donc pas traitée ici. Sur cette question, v. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 88 s., spéc. p. 88 s., n° 67 s.

⁸⁸⁵ C. VAUTROT-SCHWARZ, La qualification juridique en droit administratif : *LGDJ 2010*, p. 19, n° 30 : « *la grammaire donne, quant à elle, une signification particulière à la qualification : elle est l'attribution d'une qualité, d'une épithète à un sujet ou à un objet* ».

⁸⁸⁶ F. TERRE, L'influence de volonté individuelle sur les qualifications : *LGDJ 1957*, rééd. *LGDJ 2014*, p. 2-3, n° 2. Cette importance du « lequel », héritée de NIBOYET, revient fréquemment (S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail : LGDJ 2000*, p. 1, n° 1 ; C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif : LGDJ 2010*, p. 20, n° 31 ; D. BAUGARD, *La sanction de requalification en droit du travail : éd. IRJS 2011*, p. 2, n° 2).

⁸⁸⁷ O. CAYLA, *La qualification, ou la vérité du droit : Droits 1993*, p. 3 s., spéc. p. 11.

A. Qualité et identité

193. Notion d'identité. En sciences humaines, l'appartenance renvoie indiscutablement à l'identité. Une étude relative à l'appartenance à l'entreprise ne pouvait faire l'économie de la question suivante : l'appartenance à l'entreprise génère-t-elle une identité et, le cas échéant, quelle est-elle ? Puisque que « qualifier » serait « identifier »⁸⁸⁸, donner la qualité d'une personne reviendrait à donner son identité (juridique)⁸⁸⁹. Déjà difficile à appréhender à l'origine puisqu'elle se déploie tant sur le plan individuel que collectif et qu'elle peut être appréciée aussi bien objectivement que subjectivement, l'identité semble en outre sujette à évolution avec, c'est classique, l'importance grandissante du rôle joué par les individus dans sa détermination⁸⁹⁰ et, c'est déjà plus surprenant, le développement des nouvelles technologies⁸⁹¹. Le sentiment d'identité est désormais entré dans la réflexion du juriste⁸⁹².

194. Distinction d'avec l'appartenance juridique. La véritable question est celle de savoir si la qualité de salarié, que la présente étude relie à l'appartenance à l'entreprise, participe de l'identité professionnelle. Leur distinction est présentée comme délicate⁸⁹³. Mais la réponse est nécessairement négative : la qualité de salarié ne confère d'identité ni sur le plan collectif ni sur le plan individuel. Sur le plan collectif, au-delà du sentiment « d'appartenance » des salariés à une même communauté ou une même entreprise (exclu du champ de l'étude)⁸⁹⁴, il n'y a d'identité qu'autant que les personnes se trouvent dans une

⁸⁸⁸ B. TEYSSIE, Préface à la thèse de Pascal Puig, La qualification du contrat d'entreprise : *EPA 2002*, p. 7 : « qualifier... Dans l'ordre de la science du droit, l'exercice est premier. Il est l'art fondateur. Celui qui identifie ».

⁸⁸⁹ Le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu renvoie, à l'entrée « qualité » à « l'identité » (G. CORNU, « Identité », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 513).

⁸⁹⁰ F. VASSEUR-LAMBRY, L'identité de la personne humaine : *LPA 2004*, n° 91, p. 5 ; D. DELALANDE, L'identification juridique sous l'influence de l'identité personnelle, in *L'identité juridique de la personne humaine*, dir. G. AÏDAN ET E. DEBAETS : *L'Harmattan 2013*, p. 259 s.

⁸⁹¹ S. DOUAY, L'identité personnelle dans la civilisation de réseaux : *D. 2007*, p. 2623 s.

⁸⁹² D. GUTMAN, Le sentiment d'identité : *LGDJ 2000*.

⁸⁹³ C. WILLMANN, L'identité juridique du chômeur : *LGDJ 1998*, p. 36, n° 24.

⁸⁹⁴ V. *supra* n° 5.

même situation⁸⁹⁵. L'identité collective postule ainsi « *l'unicité du statut professionnel ainsi que l'unicité d'employeur* »⁸⁹⁶, ce que n'implique pas la qualité de salarié. Celle-ci est conférée par tout contrat de travail quel qu'il soit : contrat à durée déterminée de 3 heures, contrat de travail temporaire tout juste conclu, contrat à durée indéterminée.... La qualité de salarié ne participe donc pas de l'identité professionnelle d'un *point de vue collectif*. Elle n'existe d'ailleurs pas plus *sur le plan individuel*. Le Code civil exige certes des actes de l'état civil l'indication notamment de la profession⁸⁹⁷ mais celle-ci ne saurait se confondre avec la qualité de salarié. Par ailleurs, il est naïf de penser que tous les salariés peuvent se voir octroyer une identité individuelle du seul fait de la conclusion d'un contrat⁸⁹⁸ ; l'ancienneté ou la capacité à changer de travail participent bien plus de l'identité que l'appartenance à l'entreprise en elle-même⁸⁹⁹. La qualité ne saurait donc se confondre avec l'identité, peu importe que l'appartenance à l'entreprise en soit le concept pivot⁹⁰⁰. Cela ne doit pas étonner : cette appartenance-là est juridique, générée par le contrat, et ne confère

⁸⁹⁵ A. POUSSON, L'identité professionnelle, in L'identité de la personne humaine, Étude de droit français et de droit comparé : Bruylant 2002, p. 565 s., spéc. p. 574.

⁸⁹⁶ A. POUSSON, L'identité professionnelle, in L'identité de la personne humaine, Étude de droit français et de droit comparé : Bruylant 2002, p. 565 s., spéc. p. 575 s. V. égal. A. SUPIOT, L'identité professionnelle, in Écrits Jean Savatier : PUF 1992, p. 409 s., spéc. p. 418 : « ... le droit du travail cesse de définir une identité juridique commune à tous les travailleurs. Chacun est renvoyé à une situation juridique particulière, variable selon la branche professionnelle, l'entreprise ou le type de contrat de travail qui le définit ».

⁸⁹⁷ C. civ., art. 34. V. F. GOSSELIN, Fasc. 40 : Actes de l'état civil. Dispositions générales. – Établissement des actes de l'état civil : Jcl Civil Code 2020, n° 45.

⁸⁹⁸ R. SAINSAULIEU, L'identité au travail : Presses de la fondation nationale des sciences politiques 1977, spéc. p. 302 s. Pour l'auteur, l'identité individuelle étant intimement liée au pouvoir, tous les travailleurs [essentiellement les salariés] ne peuvent acquérir une telle identité.

⁸⁹⁹ C. DUBAR, « Identité », in Dictionnaire du travail, dir. A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS : PUF 2012, p. 375 et 378. Tous les salariés n'auraient, par ailleurs, pas forcément conscience de leur lien avec l'entreprise. Ainsi, Claude Dubar développe la figure du salarié exécutant, apte pour le poste auquel il a été embauché mais sans perspectives d'évolution, qui est « dépassé » par l'entreprise et ne conçoit comme lien que le lien hiérarchique avec le supérieur en ligne directe (C. DUBAR, La socialisation. Construction des identités sociales et professionnelles : Armand Colin 1991, spéc. p. 208).

⁹⁰⁰ Comp. C. WILLMANN, L'identité juridique du chômeur : LGDJ 1998, p. 33, n° 23 : « L'identité professionnelle [signifie] l'appartenance à la communauté des travailleurs, c'est-à-dire les personnes liées à un employeur par un contrat de travail ».

pas en elle-même une identité, professionnelle ou non, au salarié. Si l'identité est le fait d'être « *reconnu pour tel* »⁹⁰¹, la qualité est le fait d'être reconnu pour quel.

B. Qualité et reconnaissance juridique

195. Attribuer une qualité, c'est reconnaître dans une personne les éléments caractéristiques d'une catégorie juridique⁹⁰². La notion de reconnaissance en général doit être explorée (1) avant d'approfondir celle du salarié en particulier (2).

1. *La notion de reconnaissance en général*

196. La reconnaissance. La qualité est une démarche de reconnaissance⁹⁰³. Cette évidence du langage commun se retrouve en matière juridique. « *Il n'y a pas de droit privé possible si la personnalité de l'individu n'est pas reconnue ou, plus exactement, si on ne reconnaît pas, en chaque être humain, certaines qualités déterminés, qui le mettent à même de provoquer dans son intérêt l'exercice du pouvoir de l'Etat* »⁹⁰⁴. Une personne se voit dotée d'une qualité en vertu d'une reconnaissance juridique de sa situation⁹⁰⁵. L'accent mis

⁹⁰¹ J.-F. RENUCCI, L'identité du cocontractant : *RTD com.* 1993, p. 441 s., spéc. p. 442.

⁹⁰² G. CORNU, « Qualification », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 829 : « opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément (...) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement ».

⁹⁰³ A. REY, « Reconnaissance », in *Dictionnaire historique de la langue française : Le Robert 2010*, p. 1872 : « Une troisième valeur [à la reconnaissance] est « accorder une qualité à quelqu'un ». De là, en droit, « admettre officiellement l'existence de » ».

⁹⁰⁴ G. JELLINEK, L'État moderne et son droit, *Théorie juridique de l'État*, t. 2 : Giard et Brière 1913, rééd. EPA 2005, p. 4. Pour un cas particulier, celui des « travailleurs intellectuels », v. L. DRAI, *Le travail intellectuel* : LGDJ 2005, p. 47, n° 86 : « La reconnaissance législative des travailleurs intellectuels s'est réalisée avec l'admission de la qualité de salarié de plusieurs catégories d'entre eux » (Nous soulignons).

⁹⁰⁵ Nous ne dirons pas situation juridique. D'autres l'ont écrit (H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1 : Sirey 1961, p. 247, n° 265 : « Ainsi, quand on dit d'un plaideur qu'il a la « qualité » d'époux, de propriétaire, d'héritier ou de créancier, sous le terme de « qualité », on désigne la situation juridique génératrice du droit allégué »).

sur la personne et sa situation, et non le résultat de son action, n'est pas sans rappeler la primauté de la personne que la doctrine sociale de l'Eglise prônait à juste titre⁹⁰⁶. Cette reconnaissance juridique peut être d'ailleurs telle qu'elle éclipse parfois la règle de droit qui en est pourtant la base⁹⁰⁷.

197. Le « reconnaissant ». C'est l'ordre juridique qui reconnaît la qualité d'une personne. Cela est particulièrement vrai pour la qualité en lien avec une opération contractuelle, le contrat n'étant plus un « monde fermé » mais un acte « *en interaction avec l'ordre juridique qui l'accueille et le modèle* »⁹⁰⁸. Mais qui reconnaît une qualité ? Très littéralement, le « reconnaissant ». Ce reconnaissant, dont l'identité peut être floue, sera majoritairement l'Etat. Le législateur élabore ainsi des constructions juridiques en reconnaissant certaines qualités⁹⁰⁹ ou en établissant des présomptions de qualité⁹¹⁰. De même, seul l'Etat confère la qualité de français à des individus⁹¹¹. Le juge est bien évidemment le deuxième reconnaissant naturel⁹¹². Le conseil de prud'hommes, « *compétent pour statuer tant sur*

⁹⁰⁶ RERUM NOVARUM, 1891. Sur la primauté de la notion de personne dans le travail, v. D. PALLANTZA, La créance de salaire : *L'Harmattan 2014*, p. 136, n° 176.

⁹⁰⁷ Par ex., s'agissant du concept de nationalité, on a pu écrire que « *sa notion cardinale n'est pas la nationalité en général ; c'est la qualité de français* » (G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères, in *Mél. D. Holleaux : Litec 1990*, p. 135 s., spéc. p. 147).

C'est ce qui donne à la qualité cette variabilité (qui n'est pas conféré par le lien de droit en tant que tel) et ce qui explique premièrement que toute situation ne soit pas une qualité, que deuxièmement toute qualité ne soit pas une qualité intégrant l'état des personnes et que troisièmement une qualité puisse être favorisée par rapport à une autre.

⁹⁰⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats : RTD civ. 1997*, p. 357 s., spéc. p. 359. Cette influence de l'ordre juridique serait le résultat d'une évolution puisque selon le même auteur, « *pendant longtemps, le contrat a été envisagé en lui-même dans un rapport minimum avec l'ordre juridique* » (*ibid.*).

⁹⁰⁹ V. par ex. I. VACARIE, L'employeur : *Sirey 1979*, p. 37, n° 55, à propos de l'ancien article L. 124-1 du Code du travail (L. 1251-1 nouv.) et de la qualité d'employeur de l'établissement temporaire de travail.

⁹¹⁰ Art. L. 113-1 CPI.

⁹¹¹ S. PENNARUN, La nationalité, droit objectif ou droit subjectif ?, in *L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé : Bruylant 2002*, p. 499 s., spéc. p. 527.

⁹¹² Par exemple quand il affirme en matière de propriété intellectuelle qu' « *une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur* » (Civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015 : pourvoi n° 13-23.566, Bull. I, n° 11 ; *RTD com. 2015*, p. 307, obs. P. GAUDRAT).

*l'existence d'un contrat de travail que sur la détermination de la qualité d'employeur »⁹¹³, doit dire dans l'hypothèse où sa compétence matérielle est contestée s'il existe ou non un contrat de travail. Si le législateur et le juge sont les deux reconnaissants majeurs, d'autres émanations de l'Etat peuvent plus ponctuellement réaliser la reconnaissance objective d'une qualité (i.e. la Cdaph, ex-Cotorep⁹¹⁴). Puisque c'est l'ordre juridique qui reconnaît la qualité de l'agent juridique, il est d'ailleurs possible que celle-ci varie⁹¹⁵. Dès lors, la qualité, qu'importe la forme qu'elle emprunte, est le fait qu'*au sein d'un même ordre juridique une même personne puisse être reconnue en plusieurs points*. Puisque le reconnaissant provient nécessairement de l'ordre juridique, (qu'il soit législateur, juge ou émanation de l'Etat), sur la base de règles juridiques relevant de ce même ordre, la reconnaissance débouchant sur la qualité juridique est objective⁹¹⁶.*

198. La qualité, condition juridique reconnue. Il découle de ce qui précède que la qualité est *une condition juridique reconnue*. La sociologie connaît les « *rôles sociaux* »⁹¹⁷ (dont celui de salarié) ; le Droit connaît, lui, la qualité. Elle est à la fois du *symbolique* (un jugement de valeur ; une personne est, par exemple, saisie en qualité de travailleur handicapé et donc reconnue comme telle⁹¹⁸) et du *technique* (un procédé distributif permettant d'arriver à l'application d'une règle de droit ; le travailleur handicapé sera bénéficiaire d'une obligation spécifique d'emploi⁹¹⁹ et d'un abondement spécifique de son compte de formation⁹²⁰). Il nous apparaît alors que la qualité n'a pas uniquement le rôle distributif, que le juriste lui reconnaît volontiers et instinctivement, elle possède également un rôle constitutif que lui confère le mécanisme de reconnaissance. On retrouve dans la science juridique la notion clef de *reconnaissance* qui imprègne les autres sciences sociales que sont

⁹¹³ Soc. 7 déc. 2005 : pourvoi n° 04-46.625, Bull. V, n° 359.

⁹¹⁴ Pour une « qualité d'handicapé reconnue par la Cotorep », v. Soc. 25 janv. 2006 : pourvoi n° 04-42.124, inédit.

⁹¹⁵ J. DABIN, *Le droit subjectif : Dalloz rééd. 2008, p. 111*, à propos de la qualité de sujet de droit.

⁹¹⁶ D. LOCHAK, *L'appartenance saisie par le droit, in Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, dir. A. GOTMAN : éd. *Maison des Sciences de l'Homme* 2004, p. 33 s.

⁹¹⁷ S. PAUGAM, *Préface, in Repenser la solidarité*, dir. S. PAUGAM : PUF 2015, 2^{ème} éd.

⁹¹⁸ C. trav. art. L. 5213-1.

⁹¹⁹ C. trav. art. L. 5212-2.

⁹²⁰ C. trav. art. D. 6323-3-3.

la sociologie et la science de gestion. Mais la différence tient en *l'acteur de la reconnaissance* ; si ces sciences sociales intègrent des mécanismes de reconnaissance individuelle (les salariés se reconnaissent mutuellement au sein de lieu de socialisation qu'est l'entreprise⁹²¹), ici, le reconnaissant est *l'ordre juridique* et le mécanisme de reconnaissance est *objectif*. Le salarié n'a pas à se reconnaître ou à reconnaître autrui : par la dévolution et la détention d'une qualité juridique, de plano il *est*. Pour le dire autrement, pour résumer, s'il est évident que la qualité sert à déterminer dans quel cas sera appliqué un certain régime et les droits et devoirs afférents (i.e. c'est en qualité de français que le national sera appelé aux armes⁹²²), nous soutenons que la qualité, puisqu'elle se fonde sur la reconnaissance préalable, *produit en tant que telle des effets*. Elle n'est, dans cette optique, pas uniquement un contenant mais également une notion directement et pleinement opératoire. Tant qu'elle perdure, tant que sa reconnaissance persiste des conséquences peuvent en être tirées. Il s'agit, en quelque sorte, d'une « prime à la reconnaissance ». Cela se vérifie particulièrement pour la qualité de salarié.

2. La reconnaissance du salarié en particulier

199. Reconnaissance de la qualité de salarié tirée de la qualification de contrat de travail. Reconnaître la qualité de salarié à un travailleur est tout simplement une résultante de l'opération de qualification relative au contrat de travail⁹²³. S'agissant de la mise en œuvre de la qualification, le droit du travail ne se démarque pas ici des autres droits. Cette opération n'y reçoit pas de traitement spécifique et n'y est pas particulièrement surexploitée⁹²⁴.

⁹²¹ V. par ex. E. GODELIER, La culture d'entreprise : *La Découverte 2006*, p. 75.

⁹²² E. PATAUT, La nationalité : un lien contesté, in *Les nouveaux rapports de droit*, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. IRJS 2013, p. 153, spéc. p. 155.

⁹²³ *Rappr.* R. VATINET, F. GAUDU, *Traité des contrats, Les contrats du travail*, dir. J. GHESTIN : LGDJ 2001, p. 304, n° 343 : « Le contrat donne naissance à une situation juridique au terme de laquelle chacune des parties doit fournir une prestation, au fur et à mesure de l'écoulement du temps ».

⁹²⁴ G. LYON-CAEN, *Qualis labor, talis qualitas : Droits 1993*, p. 67 s. ; D. BAUGARD, La sanction de requalification en droit du travail : éd. IRJS 2011, p. 2, n° 2. *Comp.* S. FROSSARD, Les qualifications juridiques en droit du travail : LGDJ 2000, p. 4, n° 6.

Pourtant, la qualification de contrat de travail est une question qui pose toujours difficulté et qui pourrait en causer plus encore⁹²⁵. En déterminant la qualité de salarié, c'est non seulement le rattachement d'une personne à une catégorie⁹²⁶, mais surtout le rattachement du salarié à l'entreprise que l'on constate. Autrement dit, l'appartenance du salarié à l'entreprise renvoie à la *détention de la qualité de celui-ci* et cette qualité de salarié découle de la qualification de contrat de travail⁹²⁷.

Cette qualification, qui est indisponible, peut classiquement résulter de la constatation des trois critères essentiels de ce contrat – travail, rémunération, subordination – étant entendu que le juge n'est tenu ni par la volonté des parties ni par la dénomination donnée au contrat⁹²⁸. Mais cette qualification peut également, de façon plus marginale, résulter de la loi, qui agit alors directement sur la qualification de contrat de travail afin d'arrêter, en amont de la conclusion du contrat, cette qualification. La présomption « court-circuite » alors la qualification normalement opérée par le juge. C'est le cas notamment des journalistes professionnels⁹²⁹, des artistes du spectacle⁹³⁰, des mannequins⁹³¹ ou encore des voyageurs, représentants ou placiers⁹³². Cette qualification légale confère la qualité de salarié par le jeu de la présomption, qui apparaît plutôt « résistante »⁹³³. Certaines professions seulement

⁹²⁵ P.-Y. VERKINDT, La construction du contrat, in *Le temps en droit du travail : EPA 2017*, p. 87 s., spéc. p. 94.

⁹²⁶ Sur cette « qualification-rattachement », v. P. CATALA, Interprétation et qualification dans l'avant-projet de réforme des obligations, in *Etudes G. Viney : LGDJ 2008*, p. 251 s., spéc. p. 253 s.

Pour un rapprochement philosophique entre attache et appartenance, v. P. AUDI, Remarques sur le sentiment d'appartenance : *Les Temps Modernes* 2010, n° 661, p. 146 s., spéc. p. 148 : « *Que ces attaches, qui sont des déterminations singulières, se fassent appeler appartenances, cela est dû au fait qu'elles dessinent des ensembles dans lesquels d'autres (d'autres individus ou d'autres groupes) peuvent se sentir inclus (partie prenante)* ».

⁹²⁷ GADT, *Dalloz 2008*, 4^{ème} éd., p. 3, n° 1-5.

⁹²⁸ Ass. Plén. 4 mars 1983 : Bull. AP, n° 3 ; D. 1983, *jurispr.* p. 381.

⁹²⁹ C. trav. art. L. 7112-1.

⁹³⁰ C. trav. art. L. 7121-3.

⁹³¹ C. trav. art. L. 7123-3.

⁹³² C. trav. art. L. 7313-1. A noter que pour chacune de ces professions, il est précisé que les dispositions du présent code sont applicables aux travailleurs. Dès lors que la qualification est préalablement sécurisée par une affirmation légale, cette précision apparaît superflue.

⁹³³ GADT : *Dalloz 2008*, 4^{ème} éd., p. 23, n° 1-5.

bénéficiaire de cette qualification légale : il s'agit bien évidemment d'identifier les professions qui se prêtent le moins à une qualification de droit commun résultant d'une constatation des caractéristiques du contrat de travail, et ce dans un but de sécurisation de leurs situations et de protection de leur personne. Ces salariés par détermination de la loi ont, sans conteste, la qualité de salarié. Qualité que n'ont pas, en revanche, les salariés par assimilation. Si la technique d'assimilation aux salariés participe du forçage du contrat au même titre que celle de qualification légale, elle n'a pas d'incidence sur la qualification du rapport contractuel et ne permet pas à ces salariés (gérants de succursale par exemple⁹³⁴) d'acquiescer cette qualité mais simplement et directement de bénéficier de certaines règles du droit du travail⁹³⁵. Ainsi les gérants de succursales continuent d'avoir la qualité de travailleurs indépendants et, en application de la logique distributive de l'article L. 7321-3, ne peuvent se voir appliquer plus de dispositions du Code du travail que ce qui est prévu par la loi⁹³⁶.

200. L'appartenance du salarié à l'entreprise définie par la détention de la qualité de salarié. Si la qualité de travailleur renvoie à celui qui « vit de son travail »⁹³⁷, celle de salarié renvoie à celui qui bénéficie d'un contrat de travail. Le fait que le salarié soit reconnu en tant que tel dispense, par conséquent, pour évaluer le rattachement du salarié à l'entreprise, de la recherche ou non de la fourniture d'un travail. Il n'y a pas à exiger du salarié des

⁹³⁴ C. trav. art. L. 7322-1 s.

⁹³⁵ GADT : Dalloz 2008, 4^{ème} éd., p. 24, n° 1-5 : « Il est vrai que ces deux procédés de « forçage » de la qualification sont rarement distingués. Le second est pourtant fort original, puisqu'il consiste à étendre l'application d'un droit conçu pour des salariés à des professionnels qui n'ont pas cette qualité (quand ils ne sont pas commerçants) et qui ne l'acquièrent pas pour autant ». Et ce, même si la technique d'assimilation renvoie à un rattachement à une catégorie juridique (G. CORNU, « Assimilation », in Vocabulaire juridique : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 90) ... tout comme l'opération de qualification.

Dans la même veine, le droit de la propriété intellectuelle distingue la qualité d'auteur de la titularité des droits (art. L. 113-5 al. 2 CPI).

⁹³⁶ V. par ex. pour l'engagement de la responsabilité pécuniaire du gérant de succursale : Soc. 23 nov. 2016 : pourvoi n° 15-21.942, Bull. V, n° 224 : « le gérant s'étant vu reconnaître, par un chef de dispositif devenu définitif, non pas la qualité de salarié visée par le principe revendiqué, mais l'application des dispositions de l'article L.7321-2 du code du travail, l'engagement de sa responsabilité pécuniaire n'était pas soumise à l'exigence de l'existence d'une faute lourde ».

⁹³⁷ A. SUPIOT, Le travail, liberté partagée : Dr. soc. 1993, p. 711 s., spéc. p. 722.

manifestations positives traduisant la volonté qu'il aurait d'être membre d'un ensemble. Seule la détention (et la conservation) de sa qualité de salarié suffit. Cette reconnaissance perdurera jusqu'à ce que la rupture du contrat de travail intervienne. La qualité explique donc doublement l'absence de prise en compte de la prestation de travail pour déclencher certaines rémunérations, certains avantages soumis à cotisations sociales et l'électorat ou l'éligibilité du salarié aux élections professionnelles. C'est en cela que nous avons fermement annoncé *supra* l'autonomie de la qualité⁹³⁸.

201. L'appartenance du salarié à l'entreprise définie par la détention de la qualité de salarié : aspects individuels. L'appartenance du salarié à l'entreprise est finalement définie dans notre étude comme la détention de la qualité de salariée générée par le contrat de travail. Ce qui s'entrevoit déjà dans le modèle d'appartenance qu'est la nationalité⁹³⁹ se réalise pleinement dans le cas de l'appartenance à l'entreprise. Cela ne doit pas tout à fait étonner ; en effet, « toute interrogation sur la notion d'appartenance en droit renvoie à la constitution de catégories juridiques »⁹⁴⁰. La qualité de salarié opère un rattachement qui se décentre du lien employeur/salarié pour prendre appui sur l'entreprise. On retrouve ici, d'une certaine façon, ce qui avait déjà éveillé l'attention de la doctrine travailliste, à savoir l'étendue, la grandeur du contrat de travail qui ne se contente pas d'établir un lien contractuel mais « place le salarié », le saisit « en qualité de membre du personnel »⁹⁴¹. Cependant,

⁹³⁸ V. *supra* n° 170.

⁹³⁹ « Définir la nationalité, c'est désormais isoler une « qualité » à la fois individuelle et collective » (G. NOIRIEL, Socio-histoire d'un concept. Les usages du mot « nationalité » au XIX^e siècle : *Genèses* 1995, p. 4 s., spéc. p. 18). V. égal. G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères, in *Mél. D. Holleaux : Litec* 1990, p. 135 s., spéc. p. 137, pour qui la qualité qui dérive du concept de nationalité exprime l'appartenance d'une personne à un État.

⁹⁴⁰ G. KOUBI, Contentieux de l'appartenance et mesures de faveur. A propos de la naturalisation et de la réintégration dans la nationalité française, in *Les contentieux de l'appartenance : L'Harmattan* 2006, p. 107.

⁹⁴¹ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, L'ordonnancement des relations de travail : *D.* 1998, *chron.* p. 359 s., spéc. p. 362 : « Ce contrat de travail, qui illustre dans la plupart de ses applications concrètes la catégorie sociologique du contrat d'adhésion, a une nature double dont le rapport d'emploi tire une double dimension. Il est à la fois authentique contrat – pas moins contrat que maints actes juridiques quotidiens qui ne donnent guère lieu à négociation – et acte-condition. Sous son premier aspect, il engendre une relation contractuelle entre employeur et salarié – c'est la dimension contractuelle du rapport d'emploi – tandis que, sous son second profil, il place le salarié dans une situation non contractuelle – on parlera d'une dimension

contrairement à cette doctrine, nous ne croyons pas que ce particularisme du contrat de travail, qui a vocation à jouer dès lors que le salarié exerce son activité dans une entreprise, s'explique par la théorie de l'acte-condition et par le rapport institutionnel d'emploi⁹⁴². Selon nous, la qualité de salarié, condition juridique générée par le contrat de travail, permet plutôt de *glisser* du lien contractuel à une place dans l'entreprise. Il ne s'agit donc pas d'une nouvelle nature du contrat de travail⁹⁴³ mais d'une autre dimension de celui-ci. Une fois cette qualité reconnue, elle octroie à la personne (le salarié) une position en vertu de laquelle il n'y a pas à rechercher systématiquement si la personne exécute sa prestation de travail : tant que le contrat de travail (avec l'employeur) subsiste, la qualité de salarié (de l'entreprise) demeure ; l'on pourra dès lors tirer toutes conclusions et conséquences de l'appartenance à l'entreprise. Alors, peut-être que le « *contractualisme interdit de penser le salarié comme appartenant à une entreprise* »⁹⁴⁴ mais il découle de ce qui précède que le contrat propulse au contraire cette appartenance à l'entreprise. Sur un plan individuel, l'appartenance du salarié à l'entreprise est, en somme, dans les rapports de travail, le primat d'une manière d'être (la qualité de salarié), immanente et juridique, sur une manière de faire (le travail du salarié), mécanique et extérieure. Notre définition a également des conséquences sur un plan collectif.

202. L'appartenance du salarié à l'entreprise définie par la détention de la qualité de salarié : aspects collectifs. Définir l'appartenance du salarié à l'entreprise comme la détention de la qualité de salarié a des répercussions sur le plan collectif et plus précisément sur la question de la collectivité de travail, c'est-à-dire des salariés constituant une entreprise donnée. Ces derniers sont, sans nul doute constitutifs d'un groupement ; mais quel en est le

institutionnelle de ce rapport Ainsi le salarié est-il, à la fois, cocontractant de son employeur et membre du personnel. En cette seconde qualité, il se trouve soumis aux pouvoirs que l'ordre juridique reconnaît à cet employeur, en même temps que titulaire de certains droits reconnus à tout travailleur subordonné, en particulier lorsqu'il appartient à cette collectivité non personnifiée qu'est le personnel d'une entreprise. Cette analyse dualiste du contrat de travail rend compte de l'état du droit français ».

⁹⁴² *Ibid.* Sur la nature duale du contrat de travail, contrat et acte-condition, v. not. A. JEAMMAUD, Les polyvalences du contrat de travail, in Etudes G. Lyon-Caen : Dalloz 1989, p. 299 s., spéc. p. 301 s.

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ J.-M. BERAUD, Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise, in Etudes J. Pélissier : Dalloz 2004, p. 55 s., spéc. p. 64 (nous soulignons).

périmètre ? En appréhendant globalement tous ces rattachements opérés par la qualité de salarié, nous arrivons à une notion de collectivité de travail qui rompt sinon avec une définition substantielle qui n'existe pas⁹⁴⁵ du moins avec la conception partant du prisme fonctionnel de la représentation du personnel (cherchez le périmètre connu de représentation du personnel, vous trouverez le périmètre inconnu de la collectivité de travail)⁹⁴⁶. Il nous est en effet possible, à présent que nous avons défini l'appartenance du salarié à l'entreprise, de la délimiter, non comme une collectivité structurée classiquement autour de « *l'activité de travail* »⁹⁴⁷, de « *l'inter/action* »⁹⁴⁸, mais autour de la seule qualité de salarié. Incidemment, la collectivité de travail est donc entendue comme coïncidant avec un périmètre contractuel, puisqu'elle inclut non la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise⁹⁴⁹ mais tous ceux qui sont liés à l'employeur par contrat de travail⁹⁵⁰ (qu'importe l'exécution de leur prestation de travail). La collectivité de travail correspond alors plus au groupement des salariés proprement dit, c'est-à-dire en référence à une abstraction juridique, qu'à un « collectif de travail » fondé sur une proximité concrète⁹⁵¹. Il pourrait être objecté à

⁹⁴⁵ Le Professeur VERKINDT s'est même interrogé sur la possibilité d'une telle définition substantielle (P.-Y. VERKINDT, La collectivité de travail ou « La belle inconnue » : *Dr. soc.* 2012, p. 1006 s.).

⁹⁴⁶ F. FAVENNEC-HERY, Collectivité du personnel : quelles représentations : *Dr. soc.* 2006, p. 989 s. *Rappr. Soc.* 16 déc. 2008 : pourvoi n° 07-43.875, Bull. V, n° 255 : « *la reconnaissance conventionnelle ou judiciaire d'une unité économique et sociale entre des entités juridiques distinctes, ayant des activités complémentaires ou similaires et caractérisée par une concentration du pouvoir de direction économique et une unité sociale, a pour objet d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs* » (nous soulignons).

⁹⁴⁷ P.-Y. VERKINDT, La collectivité de travail ou « La belle inconnue » : *Dr. soc.* 2012, p. 1006 s., spéc. p. 1011.

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ Pour cette expression du Conseil constitutionnel, régulièrement employée dans la définition du droit constitutionnel de participation des travailleurs, v. not. Cons. constit., 20 déc. 2019, n° 2019-794, DC : *JORF* 26 déc. 2019, texte n° 2.

⁹⁵⁰ Sur cette conception de la collectivité de travail, cercle des cocontractants de l'employeur liés à ce dernier par un contrat de travail, v. A. JEAMMAUD, Du principe d'égalité de traitement des salariés : *Dr. soc.* 2004, p. 694 s., spéc. p. 701-702.

⁹⁵¹ « *Il n'y a de « collectif de travail » qu'en présence d'une proximité physique et régulière, voire quotidienne* » (P.-Y. VERKINDT, La représentation du personnel dans les groupes de société : *Dr. soc.* 2010, p. 771 s., spéc. p. 773).

cette conception somme toute formelle de la collectivité de travail d'être par trop contractualiste. Il est certain qu'il ne s'agit pas tout à fait d'une conception dans l'air du temps qui est plus propice à une recherche concrète d'une véritable « communauté de travail » et, par-là, à une valorisation, dans l'entreprise, de données concrètes et proximales⁹⁵². Ce qui avait été craint, annoncé en préambule de la présente étude trouve donc à se réaliser⁹⁵³.

Il nous semble pourtant que la conception de la collectivité de travail qui découle incidemment de la définition que la présente étude retient de l'appartenance du salarié à l'entreprise se justifie tout à fait. Le droit n'a pas seulement, surtout pour objet de dénombrer ; il doit avant tout dénommer. L'aspect statique d'une conception formelle (reposant uniquement sur la qualité de salarié) de la collectivité de travail, qui peut rebuter le juriste prêt à renoncer une conception idéelle du Droit sur l'autel de la réalité, ne doit pas dissimuler sa profonde justice et sa grande modernité. En effet, cette conception a pour effet d'inclure tous les salariés, quelle que soit leur présence, leur ancienneté, leur productivité ou encore la nature de leur contrat de travail... Le salarié en contrat à durée déterminée de quelques mois seulement est tout aussi membre de l'entreprise que le salarié embauché par contrat à durée indéterminée. Nous nous étions préalablement interrogés sur l'assimilation de l'appartenance du salarié à l'entreprise à l'emploi : l'appartenance impliquait-elle un facteur de durée ? Il nous est à présent possible de répondre, fermement, par la négative. Ainsi, également, du salarié dont le contrat de travail est suspendu, par rapport à un salarié dont la durée quotidienne de travail jouxterait la durée maximale (de 10 heures en principe). La qualité juridique, du fait du mécanisme de reconnaissance juridique auquel elle répond, ne souffre en effet aucun degré : la personne est reconnue ou n'est pas reconnue. Mais c'est déjà anticiper sur les informations que la présente étude a rassemblé au sujet de la qualité juridique.

⁹⁵² V. not. P. SARGOS, La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise, in COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2004, La vérité : *Doc. fr. 2004*, p. 109 s. ; F. FAVENNEC-HERY, Collectivité du personnel : quelles représentations ? : *Dr. soc. 2006*, p. 989 s. Pour le reste, pour la notion de communauté de travail, v. *infra* n° 533 s.

⁹⁵³ V. *supra* n° 8.

203. Renseignements sur la qualité. A la question précédemment formulée – quel point commun entre les qualités de français, de partie (au contrat ou à la procédure), de tuteur, de majeur, de père ou mère, de propriétaire, de salarié... ? – il est dorénavant possible d'affirmer qu'elles résultent toutes d'une reconnaissance juridique. Quant à la qualité spécifique de salarié, il découle de ce qui précède que la qualité implique une reconnaissance immédiate, directe et abstraite de ce travailleur. Immédiate, car conditionnée à la qualification de contrat de travail. Nulle idée de gradation ici : la qualité est toute d'une pièce : si ce n'est pas non, c'est oui⁹⁵⁴. Directe, car générée par le contrat. Nulle idée d'intermédiaire ici. Abstraite, car distincte de la réalisation du travail. Nulle idée de recherche de manifestations positives de l'appartenance du salarié à l'entreprise ; la seule détention de la qualité (une abstraction) suffit au rattachement.

204. Enseignements sur l'appartenance. CAMERLYNCK a pu écrire que le contrat de travail permet un « rattachement à l'entreprise »⁹⁵⁵. Cela était exact mais il nous semble possible de le compléter. La qualité de salarié explique plus précisément ce rattachement opéré par le contrat de travail du salarié à l'entreprise. Le salarié appartient à l'entreprise parce qu'il détient la qualité de *salarié*. Étudier l'appartenance à l'entreprise, ce n'est donc pas s'arrêter au mode de rattachement (le contrat) mais saisir tout le rattachement, l'entier mécanisme de rattachement (la qualité juridique). De cette définition que nous proposons de l'appartenance à l'entreprise, trois enseignements majeurs, dont certains déjà précédemment supposés, sont confirmés :

- L'appartenance du salarié à l'entreprise est un rattachement continu qui ne dépend pas du « geste travail » mais qui se poursuit et se déploie entre deux temps de travail (maladie, congés, mise à disposition...)
- L'appartenance du salarié à l'entreprise, telle que fondée sur le mécanisme de la qualité juridique, ne souffre ni degrés ni modulation. « On n'appartient ou on

⁹⁵⁴ Nous renversons ici l'expression du Doyen CARBONNIER, relative au non-sujet de droit (J. CARBONNIER, Sur les traces du non-sujet de droit : *APD* 1989, p. 197 s., spéc. p. 199 : « On s'attendrait à ce que la notion de non-sujet de droit fût toute d'une pièce : si ce n'est pas non, c'est oui. Mais le droit n'est pas aussi abrupt »).

⁹⁵⁵ J. LE GOFF, Droit du travail et société, t. 1, Les relations individuelles de travail : *PUR* 2011, p. 106.

n'appartient pas »⁹⁵⁶. Que son contrat de travail soit très bref, que son temps de travail soit dérisoire, que sa productivité laisse à désirer, qu'il soit absent de l'entreprise depuis plusieurs années en raison d'une maladie... le salarié n'en appartiendra pas moins à l'entreprise. Nous nous étions préalablement interrogés⁹⁵⁷ sur l'assimilation de l'appartenance du salarié à l'entreprise à l'ancienneté : l'appartenance impliquait-elle un facteur temps ? Il nous est à présent possible de répondre, fermement, par la négative.

- Définie comme le rattachement du salarié à l'entreprise par la détention d'une qualité juridique, l'appartenance du salarié à l'entreprise va à rebours des thèses dominantes qui voient dans l'appartenance à l'entreprise la traduction d'une logique institutionnelle⁹⁵⁸. En réalité, le contrat n'a jamais empêché en lui-même l'appartenance à l'entreprise⁹⁵⁹. Le Professeur REVET, étudiant la nature de l'indemnité de licenciement, avait déjà souligné les deux voies possibles que l'appartenance pouvait emprunter : « *ou bien elle constitue une façon de percevoir le lien contractuel – hypothèse nettement confirmée par le rôle de la notion d'entreprise*

⁹⁵⁶ D. BOULMIER, Intéressement des salariés : analyse de 62 accords signés dans le Loiret en 1992 : *SSL 1995, suppl. n° 729*.

⁹⁵⁷ V. *supra* n° 40. *Contra* pour un auteur qui assimile au contraire appartenance du salarié à l'entreprise et ancienneté, F. DUMONT, L'ancienneté : un critère à géométrie variable : *JCP S 2007, 1487*.

⁹⁵⁸ A. JEAMMAUD, Le contrat de travail, une puissance moyenne ?, in Mél. J. Péliissier : *Dalloz 2004, p. 299 s., spéc. p. 300* : « *Interrogations constantes, même pour qui juge l'analyse contractuelle du rapport d'emploi plus réaliste que la thèse selon le droit s'attache à la « relation de travail » et fait prévaloir l'appartenance à une « communauté de travail », ou le « lien d'entreprise », sur tout rapport de contrat entre employeur et salarié* » (à propos de la nature du contrat de travail). V. égal. A. MAZEAUD, Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés : *Dr. soc. 2010, p. 738* : « *Précisément, si l'on revient à l'histoire du droit social, la relation de travail revêt un sens fort qui la distingue du contrat de travail. Elle implique un ordonnancement des rapports de travail sur un socle de nature à institutionnelle qui est lié à l'appartenance du salarié à l'entreprise* ». V. aussi M.-L. MORIN, Gestion du parcours professionnel du salarié et nouvelles formes d'organisation des entreprises : le rôle du juge : *LPA 21 avril 2005, n° 79, p. 13*.

⁹⁵⁹ C'est « *le contractualisme [qui] interdit de penser le salarié comme appartenant à une entreprise* » (J.-M. BERAUD, Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise, in Mél. J. Péliissier : *Dalloz 2004, p. 55 s., spéc. p. 64*). L'appartenance n'est qu'incompatible avec le contractualisme, ce « *mode d'analyse et d'approche des relations de travail caractérisé par l'hégémonie de concepts contractuels qui empêchent de penser l'entreprise* » (*ibid.*), et non le contrat lui-même.

dans l'identification du contrat de travail (...) ou bien l'appartenance à l'entreprise est distincte du contrat de travail et il convient d'explicitier la teneur de ce « lien d'entreprise » particulièrement difficile à saisir »⁹⁶⁰. Nous avons donc retenu la première de ces voies.

205. Conclusion de section. La qualité de salarié se caractérise par son autonomie en ce que la jurisprudence la mobilise seule, tant dans le cadre des élections professionnelles qu'hors cadre de celles-ci, pour matérialiser le rattachement du salarié à l'entreprise. L'autonomie de la qualité, vis-à-vis du contrat du travail, n'est que relative. Celui-ci génère la qualité laquelle persiste et produit des effets indépendamment de l'exécution du contrat tant qu'il demeure (il en est le support). A ce stade du raisonnement, l'appartenance du salarié à l'entreprise s'explique enfin, par la détention de cette qualité (de salarié). Le contrat est le fondement de l'appartenance (nous le savions) ; la qualité en est le mécanisme de réalisation (nous venons de le découvrir). Par ailleurs, la qualité possède son autonomie conceptuelle en ce qu'elle se distingue de la fiction, du sujet de droit et qu'elle ne se confond pas avec le contrat de travail. En ce qu'elle est reconnue, la qualité est immédiate, directe et abstraite. De ces caractères l'appartenance du salarié à l'entreprise ressort révélée et précisée.

206. Conclusion de chapitre. En somme, le raisonnement a été le suivant : *d'abord* se référer au lien de droit, *ensuite* le dépasser et découvrir la qualité (de salarié), enfin expliquer la qualité (généralement) et ses répercussions (spécifiques) sur l'appartenance du salarié à l'entreprise. Au terme de ce chapitre, une définition est posée. Il nous apparaît que l'appartenance du salarié à l'entreprise est *le rattachement du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié*. Si le fondement de l'appartenance à l'entreprise, contractuel, avait déjà été posé, le mécanisme qui l'expliquait plus précisément était encore inconnu. Des questions, qui n'avaient été que partiellement levées par la découverte du fondement contractuel de l'appartenance, demeuraient. *Ce fondement en général même d'autres*. Ainsi, nous nous étions demandé comment expliquer que l'on invoque le contrat alors que dans le même temps l'on avait démontré que l'objet du contrat de travail (la prestation de travail) était indifférent et que l'économie contractuelle était souvent bouleversée ? La réponse, à notre sens, est à trouver dans la qualité de salarié. De sa

⁹⁶⁰ T. REVET, La force de travail, étude juridique : *Litec* 1992, p. 284, n° 263.

détention par l'individu découle son rattachement à l'entreprise. Expliquée par son mécanisme, l'appartenance du salarié à l'entreprise en ressort révélée. Des enseignements en sont tirés. Pour autant, cette définition en vertu de laquelle l'appartenance du salarié à l'entreprise est le rattachement du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié a été pensée par référence à l'exécution typique du contrat de travail, c'est à dire lorsque l'employeur nominal a vocation à bénéficier directement du travail fourni (donc lorsqu'une seule entreprise est impliquée). Cette situation caractérise une appartenance *primaire* à l'entreprise. Primaire parce que renvoyant à une configuration « normale » ; primaire parce que renvoyant à une configuration directe, dans laquelle le salarié appartient sans intermédiaire à l'entreprise qui se confond avec son employeur nominal. Mais cette configuration directe est bouleversée en cas de mise à disposition du salarié. Notre conception de l'appartenance, rattachement du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié, doit être éprouvée par ce mode d'exécution du travail qui tend à se développer. Se pose alors la question de l'effectivité de notre définition dans une telle configuration atypique. En effet, dans le cas d'une mise à disposition de personnel, le salarié intègre l'entreprise d'un employeur auquel il n'est pas lié contractuellement. Nous verrons que notre conception de l'appartenance perdure, reste efficace dans un tel cas, mais de façon aménagée : il ne s'agit en effet plus d'une appartenance primaire mais d'une *appartenance dérivée*.

Chapitre 2 : L'appartenance dérivée

207. Dans le cadre de la présente étude, l'appartenance du salarié à l'entreprise a été conceptualisée comme le rattachement du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié. Cette acception de l'appartenance du salarié à l'entreprise, appartenance primaire, a été pensée par référence à l'exécution typique du contrat de travail, c'est-à-dire lorsque l'employeur nominal a vocation à bénéficier du travail fourni. Mais il est des cas atypiques dans lesquels le salarié est mis à disposition d'une entreprise autre que celle de l'employeur-contractant. Le salarié intègre une entreprise autre. Cette configuration particulière bouleverse-t-elle le rattachement du salarié à l'entreprise ?

208. *L'appartenance du salarié à son entreprise d'origine* n'est pas remise en question par la mise à disposition. C'est au contraire l'application la plus flagrante de notre théorie de l'appartenance à l'entreprise : même s'il n'exécute plus son travail dans son entreprise d'origine, le salarié ne voit pas son contrat rompu avec cette dernière ; du fait de la détention de la qualité de salarié qui perdure il continue de lui être rattaché, d'appartenir. Ainsi peut-il voter ; ainsi peut-il percevoir un intéressement si un tel accord existe dans l'entreprise.

209. Mais son *rattachement éventuel à l'entreprise d'accueil*, dans laquelle il est mis à disposition, soulève plus de questions⁹⁶¹. Concrètement, le salarié est présent dans cette entreprise et il y exécute en principe sa prestation de travail. *Est-ce à dire alors qu'il appartient également à cette entreprise ?* Est-ce à dire qu'une *seconde forme d'appartenance du salarié à l'entreprise* existe, aux côtés de l'appartenance définie par la détention de la qualité de salarié, non plus fondée sur cette qualité mais sur la présence du salarié ou l'exécution de son travail ? L'application stricte de notre conception de l'appartenance à l'entreprise⁹⁶² au salarié mis à disposition devrait n'entraîner aucun effet juridique ; ce dernier ne pourrait se prévaloir d'aucun droit. Et pourtant, de l'étude de la mise à disposition dans le droit positif, il ressortira une évidence : le salarié intégré de façon étroite

⁹⁶¹ Nous analysons la configuration dans laquelle il n'y a pas de conclusion de deuxième contrat de travail. Sur ce point, v. *infra* n° 213. Si effectivement un second contrat de travail est conclu dans le cadre d'un déploiement, d'une mise à disposition de personnel, il s'agit d'une hypothèse d'appartenance primaire (v. chapitre 3). En un tel cas, l'appartenance est plurale.

⁹⁶² Un rattachement du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié, v. *supra* n° 200 s.

et permanente est pris en compte par l'entreprise d'accueil. Cela ressemble *prima facie* à une seconde forme d'appartenance du salarié à l'entreprise. Techniquement, la chose est possible. Puisque la place du salarié dépasse le lien de droit⁹⁶³, on pourrait être prompt à délaissier le schéma traditionnel employeur-salarié et affirmer que deux appartenances coexistent : une première, juridique, fondée sur la qualité de salariée et une seconde, factuelle, fondée sur la présence et l'intégration du salarié. Cela a pu être soutenu⁹⁶⁴. Toutefois, il sera démontré que l'on n'assiste pas au retour d'une appartenance de fait, qui avait été exclue de l'appartenance primaire⁹⁶⁵, et que le rattachement du salarié à l'entreprise d'accueil, outre qu'il ne caractérise pas une seconde forme (autonome) d'appartenance, est tout à fait soluble dans l'appartenance telle qu'elle a été définie, à savoir le rattachement du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié. Si la mise à disposition du salarié ne fait certes jouer qu'une seule qualité – cristallisée en référence à l'entreprise d'origine – (**Section 1**), le rattachement du salarié mis à disposition à l'entreprise d'accueil s'explique justement par cette qualité, de telle sorte que l'on n'est pas en présence d'une deuxième appartenance, concurrente à l'appartenance à l'entreprise d'origine, mais d'une appartenance dérivée de la première (**Section 2**).

Section 1 : L'unicité de la qualité

210. Avant de voir en quoi la mise à disposition ne fait intervenir qu'une seule qualité cristallisée en référence à l'entreprise d'origine (**§2**), il convient de revenir sur la configuration particulièrement éclatée de la mise à disposition afin de mieux l'appréhender, tant dans sa mise en œuvre que dans sa justification. La mise à disposition sera dans le cadre de la présente étude entendue largement : elle visera l'opération par laquelle un employeur affecte un ou plusieurs de ses salariés au service d'une entreprise autre que la sienne (**§1**).

⁹⁶³ V. *supra* n° 153 s.

⁹⁶⁴ V. par ex. G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM 2009, spéc. p. 352 s., n° 487 s.* ; B. KANTOROWICZ, Le portage salarial : *LexisNexis 2013, p. 114 s., n° 207 s.* ; J.-P. LHERNOULD, Application de la directive transfert dans le contexte d'un groupe de sociétés : *Liaisons soc. Europe 2010, n° 263, p. 5.*

⁹⁶⁵ V. *supra* n° 51 s.

§ 1 Appréhension de la mise à disposition

211. Après une proposition de définition suffisamment large pour rassembler toutes les hypothèses de mise à disposition (**I**), tant sa justification (**II**) que l'encadrement de son recours (**III**) seront abordés.

I. Définition de la mise à disposition

212. **Variété des situations d'extériorisation du personnel.** La variété des termes désignant le rapport triangulaire de travail⁹⁶⁶ impose au préalable un effort de délimitation de ce que cette étude entend convoquer et ce qu'elle désigne sous la dénomination générique de mise à disposition. La mise à disposition de salarié, qui peut prendre diverses formes juridiques, n'est pas définie. Bien qu'évoquant avant toute autre forme le travail temporaire⁹⁶⁷, l'opération la plus connue et la plus réglementée⁹⁶⁸, la mise à disposition ne saurait s'y cantonner. Aujourd'hui, outre le travail temporaire (et certaines opérations intragroupe), la mise à disposition d'un salarié par son employeur concerne principalement⁹⁶⁹ le travail à temps partagé⁹⁷⁰, le travail dans le cadre d'un groupement d'employeurs⁹⁷¹ et le portage salarial⁹⁷². Aux côtés de ces dispositifs spécifiques coexistent la mise à disposition « *de droit commun* »⁹⁷³, organisant un prêt de main d'œuvre à but non

⁹⁶⁶ R. VATINET, La mise à disposition de salariés : *Dr. soc.* 2011, p. 656 s., spéc. p. 661.

⁹⁶⁷ C. trav., art. L. 1251-1.

⁹⁶⁸ G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM* 2009, p. 18, n° 1.

⁹⁶⁹ Pour une présentation plus complète des dispositifs, v. R. MARIE, Vers une nécessaire redéfinition du droit de la mise à disposition : *JCP S* 2009, 1131.

⁹⁷⁰ C. trav., art. L. 1252-1.

⁹⁷¹ C. trav., art. L. 1253-1.

⁹⁷² C. trav., art. L. 1254-1.

⁹⁷³ G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM* 2009, p. 56, n° 39.

lucratif⁹⁷⁴, et certaines formes de sous-traitance lorsque les salariés du sous-traitant travaillent chez le donneur d'ordre⁹⁷⁵.

Ce corpus normatif dense participe d'un éclatement de la notion de mise à disposition : celle-ci, entendue généralement, peut être à but lucratif (i.e. le travail à temps partagé) comme à but non lucratif (i.e. le prêt de main d'œuvre licite), à durée déterminée (i.e. le prêt de main d'œuvre à destination d'une jeune ou d'une petite / moyenne entreprise) comme à durée indéterminée (i.e. l'intérim à durée indéterminée), avec l'obligation pour l'employeur de fournir du travail (i.e. le travail intérimaire) comme sans (i.e. le portage salarial). Pourtant, une logique commune à ces différents dispositifs, aux régimes variés, se dégage : la mise à disposition est une forme d'organisation du travail *par laquelle un salarié travaille pour une personne autre que son employeur*. Cette personne tierce a donc vocation à bénéficier du travail fourni par le salarié d'un autre, quitte, dans certaines hypothèses strictement encadrées, à ce qu'elle conclue également avec la personne employeur un contrat de prestation de services à titre onéreux afin de rétablir l'économie marchande de la mise à disposition.

213. Réunion des situations d'extériorisation du personnel autour d'une même situation : l'unicité du contrat de travail. Schématiquement, la mise à disposition suppose deux conventions, dont l'une seulement est un contrat de travail. En effet, « *l'hypothèse de conclusion d'un second contrat [de travail] ne relève pas de la mise à disposition au sens strict* »⁹⁷⁶, mais d'un embauchage et d'une collaboration classiques le temps d'exécution de ce second contrat (le premier étant alors suspendu ou exécuté à temps partiel). Dès lors, sauf disposition contraire⁹⁷⁷, la mise à disposition résulte d'une simple exécution du contrat de

⁹⁷⁴ C. trav., art. L. 8241-2.

⁹⁷⁵ Soc. 15 avr. 2015 : pourvoi n° 14-20.200, inédit.

⁹⁷⁶ R. VATINET, La mise à disposition de salariés : *Dr. soc. 2011*, p. 656 s., spéc. p. 659. Sauf peut-être la mise à disposition de fonctionnaires des collectivités territoriales ou de l'État détachés auprès d'une personne morale de droit privé. *Contra.* G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM 2009* ; Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, « Détachement et expatriation », in *Guide des clauses du contrat de travail*, dir. B. TEYSSIE : *LexisNexis 2014*, p. 85 s. Ces auteurs distinguent la mise à disposition « parfaite » caractérisée par un contrat de travail unique de la mise à disposition « imparfaite » caractérisée par la naissance d'un nouveau lien contractuel.

⁹⁷⁷ C. trav., art. L. 8241-2, al. 3, 1°.

travail, nécessitant l'accord du salarié uniquement en cas de modification de celui-ci⁹⁷⁸, étant entendu que « *la mise à disposition ne constitue pas en soi une modification du contrat de travail* »⁹⁷⁹. Il est en effet possible que la mise à disposition réalisée, qui est une mobilité juridique⁹⁸⁰ plus qu'une systématique mobilité géographique, ne s'accompagne pas toujours d'une modification du contenu du contrat.

La mise à disposition se définit alors comme l'opération par laquelle un employeur (le contrat de travail d'origine n'étant ni rompu ni suspendu) affecte, dans les limites de son pouvoir ou avec accord préalable, un ou plusieurs de ses salariés au service d'une entreprise autre que la sienne⁹⁸¹. L'objet de la prestation du salarié⁹⁸² est donc identique à celui du contrat de travail exécuté au bénéfice de l'employeur. *La prestation sera « simplement » affectée ailleurs.*

⁹⁷⁸ Et non d'un simple changement des conditions de travail (M. DANTI-JUAN, Le détachement du travailleur auprès d'une autre entreprise : *Dr. soc.* 1985, p. 834 s. ; G. SAINCAIZE, L'intégration des salariés mis à disposition : éléments de méthodologie : *JCP S* 2009, 1369). Sur la classique distinction en droit du travail entre la modification du contrat et le changement des conditions de travail, v. Soc. 10 juillet 1996 : pourvoi n° 93-41.137, Bull. V, n° 278 ; *GADT, Dalloz* 2008, 4^{ème} éd., n° 50.

⁹⁷⁹ Soc. 15 mars 2005 : pourvoi n° 03-41.371, Bull. V, n° 88. La personne du chef d'entreprise n'a donc pas pénétré le contenu contractuel.

⁹⁸⁰ A. LYON-CAEN, J. de MAILLARD, La mise à disposition de personnel : *Dr. soc.* 1981, p. 320 s.

⁹⁸¹ R. VATINET, La mise à disposition de salariés : *Dr. soc.* 2011, p. 656 s. V. égal. A. LYON-CAEN, J. de MAILLARD, La mise à disposition de personnel : *Dr. soc.* 1981, p. 320 s. : « *Ce qui caractérise l'opération, c'est la scission juridique entre l'employeur et le gestionnaire du capital à la mise en valeur duquel le salarié est appelé à contribuer* ».

⁹⁸² Qui a fait l'objet d'un long débat en doctrine, v. not. T. REVET, La force de travail : *Litec* 1992 ; A. SUPIOT, Le juge et le droit du travail : *thèse dactyl. Bordeaux* 1979, p. 77 s. ; Critique du droit du travail : *PUF* 2011, 2^{ème} éd., p. 51 s. Si la question « comment le salarié peut-il librement consentir à son aliénation ? » habite les sociologues (S. BESNARD, La relation salariale au prisme des rémunérations. Point de vue sociologique, in *Les dualités de la rémunération : Bruylant* 2018, p. 33 s., spéc. p. 34), les travaillistes se consacrent à trouver une réponse à « qu'est-ce que le salarié fournit en exécutant sa prestation » ? On a proposé, en réponse à cette question, de redécouvrir l'ancienne obligation de *praestare* (M. FABRE-MAGNAN, Le mythe de l'obligation de donner : *RTD civ.* 1996, p. 85 s. ; Le contrat défini par son objet, in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT : *LGDJ* 1998, p. 101 s. Pour une mobilisation de l'obligation de *praestare* du côté de l'employeur, v. G. PIGNARRE, A la redécouverte de l'obligation de *praestare* : *RTD civ.* 2001, p. 41 s.).

II. Justification de la mise à disposition

214. Pourquoi extérioriser le personnel ? L'extériorisation du personnel est aujourd'hui une « tendance lourde du droit du travail »⁹⁸³, dont l'essor s'explique principalement par la théorie des coûts. Rappelons, à titre liminaire, que dans une logique économique l'entreprise répond au besoin d'économiser les coûts⁹⁸⁴. L'entrepreneur doit alors, dans ses décisions d'organisation de son activité, adapter le travail à son activité de production.

Pour adapter le travail à son activité, il doit en premier lieu déterminer le mode de réalisation de la production le moins coûteux. Pour cela, pour *éviter certains coûts* il devra évaluer et comparer le coût propre à chaque forme de réalisation du travail. Ces formes, traditionnellement présentées au nombre de deux⁹⁸⁵, sont en réalité, selon nous, au nombre de trois : le travail réalisé *via un contrat d'entreprise ou de prestation de service*, le travail réalisé *via un contrat de travail exécuté de façon typique* (l'entrepreneur-employeur bénéficie du travail réalisé par le salarié) et le travail réalisé *via un contrat de travail exécuté de façon atypique* (l'employeur ne bénéficie pas du travail, qui est réalisé par le salarié pour un autre entrepreneur). L'entrepreneur doit en second lieu, une fois le mode arrêté, *éviter le surcoût* et adapter la masse de personnes réalisant le travail aux nécessités de son activité économique. Seule la première décision, tenant au mode de réalisation de la production, intéresse la présente étude en ce que l'extériorisation du travail passe par l'exécution atypique du contrat de travail.

215. Pourquoi extérioriser le personnel ? *Internalisation de la production.* On sait, grâce à la réception juridique d'une certaine doctrine économique, pourquoi un entrepreneur peut avoir intérêt à conclure avec autrui un contrat de travail plutôt qu'un contrat de

⁹⁸³ F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, Droit du travail : *LGDJ 2020, 7^{ème} éd.*, p. 498, n° 601.

⁹⁸⁴ E. MACKAAY, S. ROUSSEAU : Analyse économique du droit : *Dalloz-Thémis 2008*, p. 461-462, n° 1703.

⁹⁸⁵ N. ANCIAUX, Logique du contrat de travail contre externalisation : *BJT 2019*, p. 10 : « Pour la réalisation d'une tâche, un choix économique se présente à l'entrepreneur : doit-il « internaliser » la prestation à effectuer par la conclusion d'un contrat de travail ou, au contraire, « externaliser » cette activité par le recours à un contrat d'entreprise ? ». Un troisième choix existe, selon nous, à savoir l'extériorisation du personnel, donc l'extériorisation de l'internalisation de la production.

prestation de service. *Il s'agit ici de s'interroger sur la justification du contrat de travail exécuté de façon typique.*

Au détour d'une étude de la firme, COASE⁹⁸⁶ soutient que le contrat de travail permet à l'entrepreneur d'économiser les coûts de transaction qui sont pour lui de trois types : le coût de découverte des prix adéquats ; le coût généré par la recherche du cocontractant, la négociation et la détermination avec lui des modalités de la transaction ; le coût lié aux contrats de longue durée (et notamment au risque d'opportunisme du cocontractant)⁹⁸⁷. Ce qui ne veut pas dire qu'il sera toujours plus avantageux pour un chef d'entreprise de recourir à un contrat de travail, dont on sait qu'il a ses propres coûts (charges sociales, indemnités en tout genre...), plutôt qu'à un contrat d'entreprise. Puisque l'entreprise répond au besoin d'organiser les coûts, le contrat de travail se posera, économiquement, en solution dès lors que les coûts de transaction seront d'une importance telle que l'internalisation permettant de les éviter sera elle-même moins coûteuse. En vertu de la théorie des coûts de transaction, l'entrepreneur se tournera donc vers la figure du contrat de travail chaque fois qu'il fera face à des coûts de transaction significatifs.

Puisque « *la fonction économique d'un contrat renseigne sur sa structure juridique* »⁹⁸⁸, il en ressort donc que la contrepartie du contrat de travail pour l'entrepreneur-employeur réside dans la prestation du salarié qui lui permet de maîtriser les coûts de production liés à son activité économique⁹⁸⁹. Cette prestation constitue également pour l'entreprise d'accueil la cause objective du contrat de mise à disposition.

216. Pourquoi extérioriser le personnel ? Extériorisation de l'internalisation de la production. Dans le prolongement de la question « Pourquoi internaliser les transactions ? », expliquant le recours à un salarié, se pose cette nouvelle question : pourquoi extérioriser l'internalisation de la production ou, pour le dire autrement, qu'est-ce qui détermine un chef

⁹⁸⁶ Les travaux de COASE sur les coûts de transaction sont considérés comme « *l'un des piliers de l'analyse économique du droit* » (J. ICARD, *Analyse économique et droit du travail*, dir. G. LOISEAU : *th. dactyl. Paris I 2012*, p. 6, n° 6).

⁹⁸⁷ R. H. COASE, *The Nature of the Firm : Economica 1937, New Series, vol. 4, n° 16, p. 386-405, spec. p. 390* ; E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit : Dalloz-Thémis 2008*, p. 461-463, n° 1703 s.

⁹⁸⁸ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé : LexisNexis 2019*, p. 293, n° 406.

⁹⁸⁹ N. ANCIAUX, *Essai sur l'être en droit privé : LexisNexis 2019*, p. 293, n° 406 ; N. ANCIAUX, *Le contrat de travail : réflexions à partir de l'arrêt Take Eat Easy : JCP S 2019, 1026*.

d'entreprise à recourir *au salarié d'autrui*, par préférence à un contrat d'entreprise tout court ou à un contrat de travail qu'il aurait lui-même conclu ? *Il s'agit ici de s'interroger sur la justification du contrat de travail exécuté de façon atypique.*

Toujours dans la logique d'organisation des coûts qui domine l'entreprise, l'entreprise d'accueil trouvera, par la conclusion d'un contrat de mise à disposition avec une autre société qui emploie le salarié, le moyen de faire l'économie de coûts liés à l'embauche du salarié. Ces coûts peuvent être, selon nous, appelés coûts d'engagement. En effet, le coût du travail recouvre le coût du travail proprement dit (salaire, charges et frais professionnels) mais aussi tous les coûts autres, lesdits coûts d'engagement (indemnisation liée à la faute inexcusable de l'employeur en cas d'accident du travail, indemnité de fin de contrat, coûts liés à la mise en place de représentants du personnel...) ⁹⁹⁰. L'économie faite sur les coûts d'engagement est particulièrement substantielle dans le cadre d'un détachement puisque pour l'entreprise d'accueil, la contrepartie du montage triangulaire réside alors dans la prestation du salarié extériorisé qui lui permet de maîtriser ses coûts de production liés à son activité économique. La contrepartie pour l'entreprise d'origine du contrat de mise à disposition sera, elle, moins évidente mais elle peut tenir pour l'entreprise de travail temporaire dans la réalisation d'un profit et pour les autres entreprises dans la réalisation d'un autre contrat (intérêts économiques), dans l'inclusion dans un groupe (intérêts capitalistiques) ou dans la satisfaction d'intérêts indirectement patrimoniaux (notamment en termes de RSE).

Le rapport triangulaire de travail s'inscrit donc dans la même logique économique et juridique que l'internalisation de la production, si ce n'est qu'il pousse encore plus loin la logique (économique) d'économie des coûts et la logique (juridique) de maîtrise des coûts de production. En effet, le recours à un salarié mis à disposition permet à l'entreprise qui en bénéficie d'éviter les coûts de transaction *et* les coûts d'engagement. Ce recours caractérise, selon nous, l'exécution *atypique* du contrat de travail. Si en 1985, le caractère typique de la relation de travail se déduisait de trois critères cumulatifs, à savoir sa durée indéterminée, sa réalisation sur un lieu de travail et la fourniture du travail pour son employeur ⁹⁹¹, force est de constater, avec l'essor du télétravail et du nomadisme ainsi que la démocratisation des

⁹⁹⁰ V. pour les coûts d'entrée, de sortie et, dans une certaine mesure, d'usage qui seraient évités par le recours à la mise à disposition, v. G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM 2009*, p. 19, n° 2.

⁹⁹¹ J. PELISSIER, La relation de travail atypique : *Dr. soc. 1985*, p. 531 s.

contrats à durée déterminée ou à durée indéterminée avec fin⁹⁹², que la fourniture du travail pour une personne qui n'est pas l'employeur reste le dernier critère caractérisant l'atypisme du rapport de travail.

III. Recours à la mise à disposition

217. Le droit français aurait pu faire le choix du libéralisme et laisser l'entreprise d'accueil faire la balance des coûts – dans la limite du marché et de l'offre d'extériorisation –, comme l'entrepreneur se tourne vers la figure du contrat de travail chaque fois qu'il fait face à des coûts de transaction significatifs, pour choisir de conclure un contrat de travail (exécuté de façon typique) ou de bénéficier d'un contrat de travail conclu par autrui (exécuté de façon atypique). Le choix a été tout autre : malgré une tendance au développement de la mise à disposition (A), le législateur continue d'encadrer strictement la possibilité d'avoir recours à un contrat de travail atypique et, par-là, maintient l'interdiction de principe de recours à la mise à disposition (B).

A. L'interdiction de principe de la mise à disposition

218. Déploiement du prêt de main d'œuvre à but lucratif. Afin de faciliter la gestion externalisée de la main d'œuvre, la tendance est au déploiement de la mise à disposition⁹⁹³. Cette tendance se vérifie surtout pour le prêt de main d'œuvre à but lucratif. L'augmentation de la durée des missions réalisées dans le cadre du travail temporaire de six à dix-huit mois

⁹⁹² C. trav., art. L. 1223-8 et L. 1223-9 ; L. GAMET et L. ALUOME, Le contrat de travail de chantier ou d'opération : *JCP S 2017, 1355*. Pour une interprétation restrictive de la notion de fin de chantier ou d'opération, v. par ex. Soc. 9 mai 2019 : pourvoi n° 17-27.493, Bull. V, à paraître ; *JCP S 2019, 1210, note F. BOUSEZ*.

⁹⁹³ M. DEL SOL, L'intermédiation de la relation salariale : de nouvelles modalités pour de nouveaux enjeux : *JCP S 2005, 1314*.

en 1990⁹⁹⁴, la création des entreprises de travail à temps partagé en 2015⁹⁹⁵, la reconnaissance du portage salarial – né de la pratique – en 2015⁹⁹⁶, l’ouverture de la mise à disposition de salariés par une grosse entreprise pour une jeune ou d’une petite / moyenne entreprise en 2017⁹⁹⁷ et la consécration du contrat de travail intérimaire à durée indéterminée en 2018⁹⁹⁸ sont autant d’exemples qui témoignent d’une « libéralisation » de la mise à disposition, susceptible, d’ailleurs, de mener à une interrogation sur le principe même de l’interdiction de la mise à disposition⁹⁹⁹. Car ce principe, qui renvoie lui-même au principe d’une relation de travail binaire, demeure bel et bien.

En raison de la défiance du *dumping* social, de la peur que l’on a de voir le salarié réifié¹⁰⁰⁰ et d’un bon sens en vertu duquel on ne protège bien que ce que l’on a sous les yeux¹⁰⁰¹, la mise à disposition reste strictement encadrée et limitée. Il peut être affirmé, en paraphrasant l’article L. 1221-2, que l’exécution typique du contrat de travail reste la forme normale et générale de la relation de travail.

219. Mise à disposition de droit commun. L’interdiction première concerne la mise à disposition de droit commun, qui ne peut se faire que dans une visée non lucrative, sauf à être délictuelle et constituer soit un délit de marchandage¹⁰⁰², soit un prêt illicite de main

⁹⁹⁴ L. n° 90-613 du 12 juill. 1990.

⁹⁹⁵ L. n° 2005-882 du 2 août 2005 ; P.-Y. VERKINDT, Le travail à temps partagé (L. n°2005-882, 2 août 2005, art. 22) ou « Pourquoi faire simple quand... » : *JCP S 2005, 1118*.

⁹⁹⁶ Ord. 2015-380 du 2 avril 2015 ; L. 2016-1088 du 8 août 2016 ; B. KANTOROWICZ, Le portage salarial, un dispositif régulièrement encadré : *JCP S 2016, 1309*.

⁹⁹⁷ Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, art. 33.

⁹⁹⁸ L. n° 2018-771 5 sept. 2018 ; S. TOURNAUX, le CDI intérimaire : histoire d’un hors-la-loi protégé par... la loi : *Dr. soc. 2018, p. 810 s., spéc. p. 811*.

⁹⁹⁹ F. FAVENNEC-HERY, Vers une libéralisation du prêt ou de la fourniture de main-d’œuvre, *in* Code pénal et code d’instruction criminelle. Livre du bicentenaire : *Dalloz 2010, p. 703 s.*

¹⁰⁰⁰ G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM 2009, p. 21, n° 5*. V. égal. G. DUCHANGE, Le prêt de main-d’œuvre : *JCP S 2017, 1322*.

¹⁰⁰¹ Dont l’article L. 1251-10 du code du travail, en vertu duquel il est interdit de recourir à certains contrats de travail temporaire pour effectuer certains travaux particulièrement dangereux, peut être une traduction.

¹⁰⁰² C. trav., art. L. 8231-1.

d'œuvre¹⁰⁰³. Le caractère lucratif du prêt de main d'œuvre est strictement encadré, tant par le législateur, selon qui l'opération doit se faire « à prix coûtant » et selon qui seuls les salaires, les charges sociales afférentes et les frais professionnels peuvent être facturés à l'entreprise utilisatrice¹⁰⁰⁴, que par la jurisprudence, selon qui il n'est pas possible d'inclure une majoration pour frais de gestion¹⁰⁰⁵.

220. Mises à disposition issues de dispositifs spécifiques. L'interdiction se retrouve également dans les dispositifs spécifiques. Ainsi, le contrat de mission conclu dans le cas du travail temporaire ne peut, d'une part, pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice et, d'autre part, être conclu hors des cas limitativement énumérés par le code du travail¹⁰⁰⁶. Également, le portage salarial ne peut concerner l'exécution d'une tâche habituelle relevant de l'activité normale et permanente de l'entreprise cliente¹⁰⁰⁷. Répondant à la même logique, les entreprises de travail à temps partagé ne peuvent mettre à disposition que du personnel que l'entreprise utilisatrice ne peut recruter elle-même en raison de sa taille ou de ses moyens¹⁰⁰⁸.

Ainsi définie comme l'opération par laquelle un employeur affecte, dans les limites de son pouvoir ou avec accord préalable, un ou plusieurs de ses salariés au service d'une entreprise

¹⁰⁰³ C. trav., art. L. 8241-1. Sur la distinction entre ces deux infractions, v. F. FAVENNEC-HERY, Vers une libéralisation du prêt ou de la fourniture de main-d'œuvre, *in* Code pénal et code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire : *Dalloz 2010*, p. 703 s., *spéc.* p. 705 s.

¹⁰⁰⁴ C. trav., art. L. 8241-1, al. 3 ; G. AUZERO, Le but lucratif dans les opérations de prêt de main d'oeuvre : *Dr. soc.* 2012, p. 115 s.

¹⁰⁰⁵ Soc. 29 janv. 2014 : pourvoi n° 12-15.925, inédit. Pour une réception critique de l'exclusion des frais de gestion de la refacturation, L. RICHARD, Licéité et gestion du prêt de main d'œuvre : retour sur quelques difficultés pratiques : *BJT 2019*, p. 29 s.

Outre d'éventuels frais de gestion, l'application de la règle dite à « l'euro-l'euro » a pour conséquence de laisser les coûts d'engagement à la charge de l'employeur et d'exclure toute proratisation de ceux-ci (i.e une proratisation de l'indemnité légale de licenciement ou de fin de contrat au temps passé dans l'entreprise d'accueil), alors même que l'entreprise d'accueil bénéficie pour un temps de l'activité productive du salarié. Par exception, l'existence d'intérêts communs entre les entreprises d'un même groupe exclut la qualification pénale lorsque l'opération de main-d'œuvre entraîne seulement une économie mais qu'elle ne permet pas de caractériser un profit ou un gain.

¹⁰⁰⁶ C. trav., art. L. 1251-5 et L. 1251-6.

¹⁰⁰⁷ C. trav., art. L. 1254-3.

¹⁰⁰⁸ C. trav., art. L. 1252-2.

autre que la sienne, apparaît la particularité de la mise à disposition, à savoir qu'elle ne fait intervenir qu'une seule qualité juridique pour deux entreprises.

§2 Existence d'une qualité unique dans la mise à disposition

221. Rattachement du salarié à l'entreprise d'origine. Puisque qu'à l'occasion de la mise à disposition du salarié – strictement entendue – le contrat de travail qui le lie à l'entreprise d'origine n'est ni rompu ni suspendu, cette dernière conserve sa qualité d'employeur et ne saurait être déclassée, vis-à-vis des salariés, simple mandataire de la société d'accueil¹⁰⁰⁹. Ainsi, dans l'hypothèse où un salarié intérimaire est victime d'un accident du travail au cours de l'exercice de sa mission, l'entreprise de travail temporaire est seule tenue, en qualité d'employeur, des conséquences de l'accident du travail ; c'est contre elle que la victime ou ses ayants droit doivent agir, peu important que l'entreprise utilisatrice soit auteur de la faute inexcusable¹⁰¹⁰. Également, le contrat de travail du salarié détaché auprès d'une société tierce est poursuivi au sens de l'article L. 1224-1 du code du travail auprès du cessionnaire ayant repris le fonds de son employeur, nonobstant le détachement¹⁰¹¹. S'agissant de la mise à disposition de droit commun – le prêt de main d'œuvre licite – le législateur précise que « *le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse* »¹⁰¹². Et à défaut de stipulation contraire dans la convention de mise à disposition, c'est l'entreprise d'origine qui devra, en qualité d'employeur, rémunérer le salarié, payer les charges sociales et s'en faire rembourser ensuite. La qualité de salarié reste cristallisée en référence à cette première entreprise.

¹⁰⁰⁹ Soc. 11 oct. 1979 : pourvoi n° 78-10.471, Bull. V, n° 730. Il ne pourra en être ainsi que dans certaines hypothèses bien particulières et notamment lorsque qu'une société est simplement chargée d'une fonction « recrutement de personnel » pour une autre société du groupe : elle n'est alors qu'un simple mandataire non-employeur (B. BOUBLI, *Le recours à la main d'œuvre extérieure : Dr. soc. 2009, p. 806 s., spéc. p. 807*).

¹⁰¹⁰ Soc. 30 mai 2007 : pourvoi n° 05-41.802, inédit ; *JCP S 2007, 1810, note F. BOUSEZ*.

¹⁰¹¹ Soc. 14 mai 1997 : pourvoi n° 94-41.814, Bull. V, n° 170.

¹⁰¹² Art. L. 8241-2, al. 8, C. trav. (nous soulignons).

222. Existence d'un employeur de fait ? Réponse négative. Aucun des montages contractuels menant à une triangulation orthodoxe des rapports de travail n'établit de lien contractuel entre la société d'accueil et le salarié mis à disposition. Le salarié n'est ni partie au contrat d'entreprise ou de prestation de service liant entreprise d'origine et entreprise d'accueil ni partie à un troisième contrat (de travail), qui n'existe de toute façon pas, entre l'entreprise d'accueil et lui. En raison de la « *quasi-impossibilité de reconnaître deux employeurs pour une même relation contractuelle* »¹⁰¹³, le rapport existant entre la société utilisatrice et le salarié mis à disposition se ramène à une simple situation factuelle (impliquant certes des conséquences juridiques). Ainsi, la société utilisatrice ne sera tenue d'éventuels dommages causés aux tiers par le salarié intérimaire qu'en qualité de commettante sur le fondement de l'article 1242 du code civil. L'appréhension de la mise à disposition en droit français témoigne donc d'un attachement à la conception binaire qui régit les rapports de travail.

On a pu estimer pourtant que la qualité d'employeur se « dédoublait » dans le rapport triangulaire de travail et que la société utilisatrice pouvait être qualifiée d' « employeur de fait »¹⁰¹⁴, d' « employeur de proximité »¹⁰¹⁵ ou encore d' « employeur non contractuel »¹⁰¹⁶. Ces dénominations résultent plus de conventions de langage que de qualifications convaincantes. En effet, la qualité héritée d'une situation de fait (comme l'est la mise à disposition¹⁰¹⁷) est autrement plus contraignante que le régime applicable à l'entreprise utilisatrice, laquelle est, s'agissant de ses obligations, largement préservée dès lors qu'elle respecte le cadre de la mise à disposition. La qualification de dirigeant de fait se caractérise, par exemple, par des effets négatifs qui ne sont attachés qu'à cette seule qualité, indépendamment de toute faute¹⁰¹⁸. *La qualité de gérant de fait est une sanction là où la qualité de société utilisatrice procède d'une qualification neutre.* De la personne du gérant

¹⁰¹³ P. LOKIEC, *Droit du travail : PUF 2019*, p. 164, n° 155.

¹⁰¹⁴ P. FADEUILHE, *La qualité d'employeur en matière associative : Juris associations 2013*, p. 19 ; P. LOKIEC, *Droit du travail : PUF 2019*, p. 173-174, n° 166 ; B. TEYSSIE, J.-F. CESARO, A. MARTINON, *Droit du travail. Relations individuelles : LexisNexis 2014*, 3^{ème} éd., p. 297, n° 596.

¹⁰¹⁵ R. VATINET, *La mise à disposition de salariés : Dr. soc. 2011*, p. 656 s., spéc. p. 664.

¹⁰¹⁶ CJUE 21 oct. 2010, aff C-242/09, *Albron Catering BV* : *Rec. p. 10309. V. infra n° 257 s.*

¹⁰¹⁷ A. LYON-CAEN, J. de MAILLARD, *La mise à disposition de personnel : Dr. soc. 1981*, p. 320 s., spéc. p. 327.

¹⁰¹⁸ L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé : LGDJ 1990*, spéc. p. 75 s., n° 63 s.

de fait, qui désigne quiconque s’immisce ouvertement dans la direction d’une société¹⁰¹⁹, se rapproche, en réalité, bien plus la figure travailliste du co-employeur¹⁰²⁰. Or, la société utilisatrice ne peut être assimilée en tout état de cause à un co-employeur. Ces deux figures – co-employeur et société utilisatrice du salarié prêté – ne peuvent en aucune façon être tenues pour synonymes. Ce n’est que lorsque l’entreprise d’accueil dépasse le cadre de la mise à disposition qu’elle peut être qualifiée d’employeur. Ainsi du juge qui constate l’existence d’un lien de subordination entre le travail et cette entreprise¹⁰²¹. Ainsi également de dispositions particulières visant à sanctionner une poursuite de relation de travail ou une méconnaissance des règles applicables à la mise à disposition¹⁰²². La qualification d’« employeur de fait » doit donc être laissée au droit pénal du travail¹⁰²³ et ne saurait désigner l’entreprise d’accueil. La réalité juridique et contractuelle de la réalisation de l’opération triangulaire impose, en principe et idéalement, que toute relation entre le salarié et l’employeur de l’entreprise qui l’accueille devrait passer par le truchement du véritable, du seul employeur : l’employeur nominal. Une forme de dialogue par ricochet se manifeste.

223. Incidences de la dynamique du corps. Mais comment expliquer alors que, sans être employeur de droit ou de fait, l’entreprise utilisatrice soit tenue de respecter, à l’égard du salarié mis à disposition ou détaché, certaines dispositions visant à le protéger ? En effet, s’agissant de certaines activités ou opérations dangereuses, le chef de l’entreprise utilisatrice

¹⁰¹⁹ CA Paris, 11 juin 1987 : *BJS* 1987, p. 719 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés : LexisNexis 2020*, 33^{ème} éd., p. 165, n° 404 s.

¹⁰²⁰ Soc. 22 juin 2011 : pourvoi n° 09-69.021, inédit. – Soc. 2 juill. 2014 : pourvoi n° 13-15.208, Bull. V, n° 159.

¹⁰²¹ Ass. Plén. 5 nov. 1993 : pourvoi n° 92-60.595, Bull. AP, n° 14 (mise à disposition d’un fonctionnaire auprès d’une entreprise de droit privé). – Soc. 1er juill. 1997 : pourvoi n° 94-45.102, Bull. V, n° 240 (mise à disposition d’un salarié de droit privé).

¹⁰²² C. trav., art. L. 1251-39 et L. 1251-40, relatif à la requalification du contrat dans le cadre d’une mise à disposition par une entreprise de travail temporaire. Il serait d’ailleurs plus juste de parler de qualification plutôt que de requalification. Sur cette distinction, v. not. Soc. 22 mars 2006 : pourvoi n° 04-48.264, Bull. V, n° 118 et les obs. critiques de J. Pélissier (J. PELISSIER, obs. sous Soc. 22 mars 2006 précité : *RDT* 2006, p. 21-22).

¹⁰²³ L’employeur au sens de l’article L. 4741-1 du code du travail peut, en effet et par exception, viser l’employeur de fait, dans le cas où elle est liée à la qualité de dirigeant de fait (Crim. 15 oct. 1991 : pourvoi n° 90-87.520, inédit. V. M. SEGONDS, « Santé et sécurité au travail » : *Rép. pén. Dalloz* 2018, n° 77 s.

doit prévenir les risques qui leur sont liés¹⁰²⁴. De même, l'article L. 4121-1 impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Il est de jurisprudence constante que l'entreprise utilisatrice est tenue d'une obligation de sécurité vis-à-vis du salarié¹⁰²⁵. Dans le cadre de cette obligation, de moyens, elle est amenée, par exemple, à fournir les équipements de protection individuelle¹⁰²⁶. Mais, outre que l'obligation de protection de la santé et de la sécurité du salarié n'efface pas la responsabilité de l'employeur qui s'exerce en concurrence¹⁰²⁷, elle ne doit pas aller au-delà des équipements spécifiques de sécurité et requis pour la préservation de l'intégrité du salarié, sous peine d'être interprétée comme un prêt prohibé¹⁰²⁸.

En réalité, l'obligation mise à la charge de l'entreprise utilisatrice en matière de santé et sécurité au travail ne découle pas tant d'une qualification d'employeur que d'une réalité tenant à l'engagement physique du salarié. L'écran que forme le contrat de travail ne peut tout à fait occulter ce qui forme le substrat de la relation de travail, à savoir le corps du salarié¹⁰²⁹. La centralité du corps dans la relation de travail n'est-elle pas particulièrement révélée par l'impossibilité pour une personne morale d'être salariée¹⁰³⁰ ? Cette obligation de protection de la santé et de la sécurité du salarié, et plus particulièrement toutes les mesures de protection du salarié dans l'entreprise d'accueil, marque donc, non la reconnaissance d'un lien contractuel entre salarié et société utilisatrice, mais le retour de la « *dynamique du corps* »¹⁰³¹ qui avait, à l'époque, marqué l'essor du droit du travail et en vertu de laquelle

¹⁰²⁴ C. trav., art. R. 4511-1.

¹⁰²⁵ Soc. 30 nov. 2010 : pourvoi n° 08-70.390, Bull. V, n° 270.

¹⁰²⁶ C. trav., art. 1251-23.

¹⁰²⁷ Soc. 30 nov. 2010, *préc.*

¹⁰²⁸ A. TEISSIER, Fasc. 3-20 : Prêt de main d'œuvre : *Jcl Travail Traité 2019*, n° 54.

¹⁰²⁹ Sur le corps du salarié, qui est la matière du contrat de travail et qui est même envisagé comme l'objet de la prestation du salarié, v. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit* : *LGDJ 1955*, 2^{ème} éd., p. 276, n° 106 ; A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail* : *thèse dactyl. Bordeaux 1979*, p. 77 s. ; *Critique du droit du travail* : *PUF 2011*, 2^{ème} éd., p. 51 s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Le contrat défini par son objet*, in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT : *LGDJ 1998*, p. 101 s. ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat* : *LGDJ 2005*, p. 115 s., n° 202.

¹⁰³⁰ V. en ce sens A. SUPIOT, *Critique du droit du travail* : *PUF 2015*, 3^{ème} éd., p. 62-63.

¹⁰³¹ A. SUPIOT, *La contribution du droit social au droit commun des contrats*, in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, dir. A. WIJFFELS : *Bruylant 2005*, p. 47 s., *spéc. p. 55*.

l'exigence de préservation de l'intégrité du travailleur avait pris le pas sur les principes du droit commun des obligations. C'est donc dans la dynamique que réside, selon nous, l'explication des règles de sécurité mises à la charge de l'entreprise d'accueil¹⁰³². A notre sens, cette même dynamique ressurgit aujourd'hui et continue d'exercer ses effets afin de refouler les cloisonnements intellectuels instaurés ici par les mécanismes de mise à disposition, sans qu'un rattachement juridique direct soit établi entre le salarié mis à disposition et l'entreprise d'accueil.

224. Ecran du contrat de travail. Le contrat de travail joue ici comme un écran, capable de déjouer les événements atteignant le travail concrètement fourni dans l'entreprise d'accueil. Celle-ci, creuset du concret, peut décider de mettre fin, pour des motifs plus ou moins subjectifs¹⁰³³, à la prestation de travail fournie par le salarié. Cette circonstance ne peut atteindre en elle-même le lien contractuel unissant le salarié et l'entreprise d'origine. Elle n'est susceptible que d'un éventuel engagement de la responsabilité contractuelle de la société d'accueil vis-à-vis de l'entreprise d'origine. Ainsi, la décision de l'entreprise utilisatrice de rompre le contrat de mise à disposition avant le terme de la mission du salarié intérimaire n'entraîne pas la rupture de plein droit du travail du salarié¹⁰³⁴ que l'employeur est donc tenu de rémunérer jusqu'à l'échéance du terme de la mission. L'employeur supporte donc le risque d'une prestation de travail qui tournerait court et l'application orthodoxe du droit du travail, justifiée par l'écran du contrat de travail, ne peut mener, dans un tel cas, qu'à deux solutions : soit l'employeur fait réaliser au salarié le travail pour son propre compte (le contrat de travail redevient alors d'exécution typique), soit il redéploie le salarié auprès d'une entreprise tierce (le contrat de travail reste exécuté de façon atypique mais ce redéploiement sera en principe conditionné à l'accord du salarié). Il semble, en effet, que

¹⁰³² Dans le prolongement de cette explication, les obligations incombant en matière de sécurité et de santé à l'entreprise d'accueil s'expliquent par une considération d'efficacité. Si ces obligations de protection du corps devaient réalisées et prévues par l'entreprise d'origine pour les salariés détachés, cela entraînerait un doublon : entre les salariés détachés dans l'entreprise d'accueil et les propres salariés de l'entreprise d'accueil. Deux corps de règles distincts régiraient alors la même exécution, dans certaines hypothèses, d'une même tâche. Ceci explique également que pour protéger le corps des salariés le Droit ait prôné la simplicité et l'efficacité en mettant à la charge de l'entreprise d'accueil ces obligations.

¹⁰³³ V. pour une illustration d'un motif subjectif, CA Montpellier, 6 juin 2019 : RG n°15/07625 ; *BJT* 2019, p. 10 s., note N. ANCIAUX.

¹⁰³⁴ Soc. 9 juillet 2003 : pourvoi n° 01-41.326, Bull. V, n° 230.

l'employeur ne puisse valablement licencier le salarié, et ce même s'il est dans l'impossibilité de fournir du travail au salarié, soit pour son propre compte, soit pour le compte d'une autre entreprise utilisatrice¹⁰³⁵. Sauf peut-être à accueillir plus largement la caducité du contrat en droit du travail¹⁰³⁶.

225. Qualité unique de salarié. Il découle de ce qui précède que la mise à disposition du salarié ne fait intervenir qu'une seule qualité de salarié, cristallisée en référence à l'entreprise d'origine. Il faut donc bien saisir que pour l'opération de mise à disposition, telle qu'entendue dans cette étude, la convention centrale, déterminante est le *contrat de travail*. C'est elle qui légitime toute l'opération. Pour deux entreprises, il n'existera qu'un contrat de travail. En l'absence de conclusion d'un second contrat de travail entre le salarié mis à disposition et l'employeur représentant l'entreprise d'accueil, aucune détention de la qualité, cristallisée en référence à l'entreprise d'accueil, ne peut exister. Vu notre définition de l'appartenance du salarié à l'entreprise, aucun rattachement n'est alors susceptible d'être reconnu entre le salarié mis à disposition et l'entreprise d'accueil.

Et pourtant, force est de constater que le salarié qui travaille au sein de cette dernière y bénéficie de droits et y est tenu à certains devoirs. Il peut par exemple accéder aux équipements collectifs, faire porter ses réclamations par les représentants du personnel, faire grève... Plus spécifiquement, *alors même que sa jurisprudence exige expressément que le salarié appartienne à l'entreprise pour qu'il puisse y voter*, la chambre sociale reconnaît que le salarié mis à disposition peut très bien, s'il en a manifesté la volonté, être électeur dans l'entreprise d'accueil ! Dès lors, comment articuler cette situation avec la définition que l'on a retenue de l'appartenance à l'entreprise ? La réponse est à trouver dans une logique de dérivation : l'appartenance à l'entreprise d'accueil n'est que dérivée de la qualité de salarié, cristallisée en référence à l'entreprise d'origine.

226. Conclusion de section. Il convenait de revenir sur la configuration particulièrement éclatée de la mise à disposition. Il était nécessaire d'appréhender l'opération, tant dans sa mise en œuvre que dans sa justification, afin de pouvoir déduire de la définition retenue l'existence d'une seule qualité de salarié. En effet, la mise à disposition vise toute opération par laquelle un employeur affecte un ou plusieurs de ses salariés au service d'une entreprise

¹⁰³⁵ CA Montpellier, 6 juin 2019 : RG n°15/07625.

¹⁰³⁶ N. ANCIAUX, Logique du contrat de travail contre externalisation : *BJT* 2019, p. 10 s., spéc. p. 11.

autre que la sienne sans que le contrat de travail initial soit rompu et qu'un nouveau contrat de travail avec l'entreprise d'accueil soit conclu.

Section 2 : Le mécanisme de dérivation

227. Par la mise à disposition, le salarié « entre juridiquement dans une entreprise »¹⁰³⁷ et en « bouleverse »¹⁰³⁸ la collectivité de travail préexistante. Il ne peut être nié que le salarié mis à disposition, par le déploiement de son activité dans l'entreprise d'accueil, intègre celle-ci. Le Professeur AUZERO met d'ailleurs en garde contre une vision trop contractualiste de l'entreprise¹⁰³⁹.

Mais est-ce à dire, pour autant, que le salarié appartient de façon autonome à cette entreprise ? Il n'est guère aisé d'y répondre, tant les contours juridiques de la présence du salarié mis à disposition dans l'entreprise sont flous. Le juge a d'abord considéré que la mise à disposition se traduisait par une subordination de fait¹⁰⁴⁰, puis par une participation au processus de travail de l'entreprise qui les occupe¹⁰⁴¹, puis par une participation aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice¹⁰⁴², avant d'arrêter la notion telle que le droit positif la connaît aujourd'hui, à savoir *l'intégration étroite et permanente à une communauté de travail*. Puisqu'on écrit volontiers que « *l'intégration a pour conséquence*

¹⁰³⁷ M. DEL SOL, L'intermédiation de la relation salariale : de nouvelles modalités pour de nouveaux enjeux : *JCP S 2005, 1314*.

¹⁰³⁸ Y. PAGNERRE, G. SAINCAIZE, L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets : *JCP S 2009, 1368*.

¹⁰³⁹ G. AUZERO, La figure du salarié mis à disposition se précise : *La lettre juridique Lexbase du 27 nov. 2008* : « Dans la mesure où ces salariés ne sont pas liés à l'entreprise utilisatrice par un contrat de travail, il pourrait être avancé qu'ils doivent être exclus de la communauté de travail de celle-ci. Un tel raisonnement, par trop juridique, ne saurait être accepté ».

¹⁰⁴⁰ Soc. 13 mars 1985 : pourvoi n° 84-60.731, Bull. V, n° 172.

¹⁰⁴¹ Soc. 27 nov. 2001 : pourvoi n° 00-60.252, Bull. V, n° 364.

¹⁰⁴² Soc. 26 mai 2004 : pourvoi n° 03-60.125, Bull. V, n° 140.

l'appartenance à un tout »¹⁰⁴³, est-ce à dire que l'intégration est une nouvelle forme d'appartenance à l'entreprise ? Elle se poserait alors en concurrente, si ce n'est en remplaçante, d'une conception formelle de l'appartenance du salarié à l'entreprise qui subit aujourd'hui une relative érosion¹⁰⁴⁴. Cette intégration du salarié (§1) renvoie plutôt à une dérivation de l'appartenance primaire (§2).

§1 L'intégration

228. L'intégration du salarié mis à disposition dans l'entreprise d'accueil n'est pas définie en tant que telle. Seule l'est l'hypothèse d'une intégration particulièrement poussée, le droit ne saisissant la notion d'intégration que dans l'hypothèse d'une intégration étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise (II). Il laisse de côté ce que l'on pourrait appeler la situation ordinaire d'insertion du salarié « employé à un moment donné dans l'entreprise »¹⁰⁴⁵ qui se caractérise par la simple présence du salarié dans l'entreprise (I).

¹⁰⁴³ B. HENRIET, *Entreprise éclatée et gestion du travail. Nouvelles configurations et pertinence de la gestion des ressources humaines*, in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT : *LGDJ 1998*, p. 199 s., spéc. p. 200.

¹⁰⁴⁴ L'appartenance du salarié à l'entreprise ne fait plus obstacle à des différences de traitement au sein même de l'entreprise. En présence d'un accord collectif, le lieu de travail (l'établissement) l'emporte dorénavant, en matière d'égalité de traitement, sur l'espace du contrat (l'entreprise). Soc. 3 nov. 2016 : pourvoi n° 15-18.444, Bull. V, n° 206 : « *Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* ».

¹⁰⁴⁵ Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545, DC, consid. 29 : *JORF 31 déc. 2006*, p. 20320.

I. La situation ordinaire d'insertion dans l'entreprise

229. Le principe : une relative considération et protection du salarié mis à disposition. : Par opposition à une situation connue et saisie juridiquement (l'intégration étroite et permanente du salarié à la communauté de travail) que nous étudierons infra, il est possible de dégager une autre configuration : l'insertion du salarié dans l'entreprise (ou dans la communauté de travail). Cette situation, factuelle, désigne la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise¹⁰⁴⁶. Elle n'est que peu, sinon pas, étudiée en droit du travail tant ses effets juridiques sont limités et tant elle est éclipsée par deux autres situations bien mieux saisies par le Droit (configuration contractuelle ; configuration d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail).

Du seul fait de sa présence dans l'entreprise, durable ou non, le salarié mis à disposition va se voir relativement considéré et protégé. Ces deux effets trouvent différentes traductions juridiques. Nous avons déjà vu que l'entreprise d'accueil devait assurer la sécurité au travail du salarié mis à disposition et que cela s'expliquait, à notre sens, par la dynamique du corps¹⁰⁴⁷. D'autres prérogatives sont également reconnues au salarié mis à disposition en considération uniquement de son insertion dans l'entreprise et sans qu'il faille caractériser une intégration étroite et permanente à la communauté de travail. Il aura ainsi accès, en vertu de l'article L. 8241-2, aux installations et moyens de transport collectifs dont bénéficient les propres salariés de l'entreprise utilisatrice. Il pourra également s'associer à un mouvement de grève dans l'entreprise d'accueil si jamais les revendications professionnelles le concernent¹⁰⁴⁸. Il pourra enfin voir ses réclamations relatives à ses conditions d'exécution du travail portées par la délégation du personnel au comité social et économique¹⁰⁴⁹. Cette

¹⁰⁴⁶ Pour cette expression du Conseil constitutionnel, régulièrement employée dans la définition du droit constitutionnel de participation des travailleurs, v. not. Cons. constit., 20 déc. 2019, n° 2019-794, DC : *JORF* 26 déc. 2019, *texte* n° 2.

¹⁰⁴⁷ *V. supra* n° 223.

¹⁰⁴⁸ Soc. 17 déc. 2003 : pourvoi n° 01-46.251, Bull. V, n° 317. Pour une position en faveur de la possibilité pour un salarié mis à disposition de participer à une grève même s'il n'est pas directement concerné par les demandes formulées sur le fondement de la grève de solidarité interne, v. G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM* 2009, *spéc. p.* 380, n° 527.

¹⁰⁴⁹ C. trav., art. L. 2312-6.

considération et cette protection, toutes relatives, ne caractérisent pas une appartenance du salarié à l'entreprise mais la simple nécessité où le droit est de protéger le salarié dans son corps et dans sa dignité.

230. L'exception : une ponctuelle participation du salarié mis à disposition. En l'état des textes, rien ne semble exclure que le salarié mis à disposition, inséré dans l'entreprise, soit désigné par le comité social et économique en tant que représentant de proximité¹⁰⁵⁰. Rien ne semble exclure non plus qu'une organisation syndicale puisse désigner ce salarié pour négocier un accord dans l'entreprise utilisatrice¹⁰⁵¹ puisque « *peu importe que l'intéressé ait choisi ou non d'y exercer son droit de vote* »¹⁰⁵². Dans la mesure où les textes n'évincent pas le salarié mis à disposition de ces situations, le juge qui écarterait ce dernier, même non intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise, risquerait de rajouter à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas. On pourrait être tenté de fonder cette exclusion sur un principe de participation limité à l'intégration à la communauté de travail de l'entreprise. Mais ce serait oublier que le Conseil constitutionnel a visé, pour bénéficiaires du principe de participation tiré du huitième alinéa du Préambule de 1946, « du moins »¹⁰⁵³ les travailleurs intégrés de façon étroite et permanente.

Une incertitude demeure cependant quant à la ratification d'un accord dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à onze salariés. Le projet d'accord de l'article L. 2232-21 peut être « *approuvé à la majorité des deux tiers du personnel* »¹⁰⁵⁴. L'on a pu s'interroger sur les travailleurs ayant qualité à participer à ce référendum¹⁰⁵⁵. Il est certain que le scrutin ne peut plus être *de plano* fermé aux salariés mis à disposition¹⁰⁵⁶. Mais reste la question de savoir s'il peut être ouvert à tous les salariés mis à disposition de l'entreprise où se déroule

¹⁰⁵⁰ C. trav., art. L. 2313-7, al. 3. Pour une position en faveur de cette solution pour le salarié mis à disposition et intégré de façon étroite et permanent, V. ARMILLEI, Prêt de main d'œuvre et droits collectifs du salarié prêté : *BJT 2019*, p. 32 s., spéc. p 35.

¹⁰⁵¹ C. trav., art. L. 2232-23-1 et L. 2232-26.

¹⁰⁵² V. ARMILLEI, Prêt de main d'œuvre et droits collectifs du salarié prêté : *BJT 2019*, p. 32 s., spéc. p 37.

¹⁰⁵³ Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545, DC : *JORF 31 déc. 2006*, p. 20320.

¹⁰⁵⁴ C. trav., art. L. 2232-22.

¹⁰⁵⁵ V. ARMILLEI, Prêt de main d'œuvre et droits collectifs du salarié prêté : *BJT 2019*, p. 32 s., spéc. p 38.

¹⁰⁵⁶ Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545, DC : *JORF 31 déc. 2006*, p. 20320 ; V. ARMILLEI, Prêt de main d'œuvre et droits collectifs du salarié prêté : *BJT 2019*, p. 32 s., spéc. p 38.

le scrutin ou s'il ne concerne que ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente. Tout dépend en réalité de ce que l'on entend par « personnel ». Si le mot renvoie aux effectifs proprement dit, alors seul le salarié mis à disposition intégré de façon poussée à la communauté de travail de l'entreprise sera apte à participer au référendum. S'il renvoie, comme nous pensons, au travailleur employé (au moment du scrutin) dans l'entreprise, il n'y a aucune raison, étant donné la rédaction retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 décembre 2006, de limiter la participation aux seuls salariés intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail. On pourrait alors avoir, en matière de référendum, une participation particulièrement segmentée, qui se résumerait ainsi : en cas de référendum relatif à l'épargne salariale, seuls les salariés « contractuels » seraient invités à participer ; en cas de référendum relatif à la protection sociale complémentaire, seuls ces salariés contractuels ainsi que les salariés mis à disposition ayant exercé leur droit d'option en faveur de l'entreprise utilisatrice le pourraient ; en cas de référendum pour approbation de l'accord visé par l'article L. 2232-21, tant les salariés « contractuels » que tous les salariés mis à disposition pourraient, à notre sens, participer ; en cas de référendum pour la validation d'un accord qui a recueilli plus de 30 % mais moins de 50 % des suffrages, seuls les salariés « contractuels » et les salariés mis à disposition intégrés de façon étroite et permanente et ayant exercé leur droit d'option en faveur de l'entreprise utilisatrice seraient appelés à participer.

Outre cette ponctuelle participation des salariés mis à disposition, insérés dans l'entreprise, seuls les salariés mis à disposition et intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail auront véritablement vocation à être inclus dans l'entreprise d'accueil.

II. La notion spécifique d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail

231. L'intégration du salarié, qui génère à l'égard du salarié extérieur à l'entreprise les effets les plus importants à savoir *l'inclusion dans les effectifs et la possibilité de participer à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises*, est caractérisée par une intégration « étroite et permanente à la communauté de travail » de

l'entreprise d'accueil¹⁰⁵⁷. Tous les salariés mis à disposition dans une entreprise n'ont donc pas vocation à bénéficier de ces effets. L'inclusion dans les effectifs de l'entreprise (A) et le vote aux élections professionnelles (B) sont aujourd'hui réservés aux salariés particulièrement intégrés. Ces effets juridiques, certes en décélération, sont lourds de conséquences pour les entreprises. La conception réaliste, qui rattache juridiquement le salarié mis à disposition de l'entreprise d'accueil, a pour cette dernière un prix (C).

A. L'inclusion dans les effectifs

232. La notion d'effectif. Norme chiffrée par excellence, l'effectif d'une entreprise permet de mesurer l'importance d'une collectivité de travail par référence à l'unité que représente l'emploi à temps plein. Cette notion est plus plastique qu'elle n'en a l'air de prime abord. En effet, elle ne décompte pas uniquement les contrats de travail conclus par l'employeur. Elle est bien plus rattachée « à l'idée d'activité professionnelle commune et organisée en vue d'atteindre un même objectif économique »¹⁰⁵⁸. Pour le dire autrement, en droit du travail la raison d'être de l'effectif est d'être imperméable aux cadres juridiques, pour mieux prendre en compte l'activité professionnelle commune¹⁰⁵⁹. D'une certaine façon l'inscription dans les effectifs acte la qualité de « membre de l'entreprise »¹⁰⁶⁰. Ce faisant, la notion d'effectif est particulièrement sensible aux situations concrètes, au premier rang desquelles le travail exécuté par le salarié mis à disposition dans une entreprise qui n'est pas la sienne. Il n'est donc pas étonnant que les effectifs d'une entreprise prennent en compte certains salariés mis à disposition.

233. Mobilisation de la notion d'intégration à une communauté de travail. L'effectif d'une entreprise ne se limite pas aux salariés de l'entreprise, c'est-à-dire à ceux qui sont contractuellement liés à l'employeur. Au terme d'une « longue évolution

¹⁰⁵⁷ Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545, DC : *JORF 31 déc. 2006*, p. 20320 ; Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568, DC : *JORF 21 août 2008*, p. 13079.

¹⁰⁵⁸ C. SACHS-DURAND, *Les seuils d'effectif en droit du travail : LGDJ 1985*, p. 21.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ Y. PAGNERRE, *Prise en compte des salariés mis à disposition dans l'entreprise d'accueil : JCP S 2011*, 1172.

jurisprudentielle »¹⁰⁶¹ comptent aujourd’hui, aux côtés des salariés de l’entreprise, les salariés intégrés *de façon approfondie* à la communauté de travail.

A l’origine, la comptabilisation dans les effectifs était pensée pour tous les travailleurs mis à disposition présents dans l’entreprise¹⁰⁶². L’ancien article L. 620-10 du code du travail était en effet très large dans sa rédaction puisqu’il visait « *les travailleurs mis à la disposition de l’entreprise par une entreprise extérieure, y compris les travailleurs temporaires* ». La Cour de cassation s’est employée, dès 1986, à réduire le champ des salariés mis à disposition pouvant être décomptés dans les effectifs en identifiant certains salariés dont la mise à disposition caractérisait selon elle une intégration particulière et poussée. Partie d’une situation de subordination, en passant par la participation, la jurisprudence s’est finalement arrêtée sur la notion plus neutre et plus large d’intégration étroite et permanente à la communauté de travail¹⁰⁶³. En 2007, la Cour de cassation a en effet abandonné toute référence à des notions plus restrictives de subordination ou de participation pour consacrer, en vue de leur inclusion dans les effectifs, la notion d’intégration « de façon étroite et permanente à la communauté de travail » de l’entreprise¹⁰⁶⁴. Par cette solution, la Cour de cassation reprenait à son compte le critère de l’intégration « étroite et permanente » dégagée quelques mois plus tôt par le Conseil constitutionnel, lequel avait décidé que « *le droit de participer par l’intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu’à la gestion des entreprises [al. 8 du Préambule de la Constitution de 1946] a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à*

¹⁰⁶¹ M.-L. MORIN, L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, *Le guide des élections professionnelles : Dalloz 2015*, p. 565, n° 221.31.

¹⁰⁶² Circ. DRT n° 13 du 25 octobre 1983 relative à l’application de la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel : « *Il faut considérer tous les travailleurs présents dans l’entreprise mis à disposition de celle-ci par une autre entreprise que ce soit dans le cas du travail temporaire ou du prêt de main d’œuvre sans but lucratif (...). Cette définition exclut les salariés des entreprises de sous-traitance* ».

¹⁰⁶³ Sur l’évolution de la construction de la notion d’intégration, v. P. MORVAN, *Décompte des salariés mis à disposition dans les effectifs de l’entreprise utilisatrice : JCP S 2006, 1477* ; J.-Y. KERBOURC’H, *Assiette de la masse salariale servant au calcul de la subvention de fonctionnement du comité d’entreprise : JCP S 2008, 1138*.

¹⁰⁶⁴ Soc. 28 févr. 2007 : pourvoi n° 06-60.171, Bull. V, n° 34.

la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés »¹⁰⁶⁵. Ce faisant, le Conseil constitutionnel prenait parti pour une voie médiane entre deux conceptions opposées : soit que tous les salariés des entreprises extérieures étaient intégrés à l'entreprise d'accueil, soit qu'aucun ne l'était¹⁰⁶⁶. Cette intégration, arrêtée dans son principe, ne faisait pourtant pas l'objet d'une définition et était dès lors appréciée différemment par les juridictions du fond¹⁰⁶⁷.

Le principe d'une intégration des salariés mis à disposition a ensuite été précisé par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 qui a arrêté les critères à prendre en compte pour inclure les travailleurs mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise d'accueil. Dorénavant, les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an, ainsi que les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents. Toutefois, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, y compris les salariés temporaires, sont exclus du décompte des effectifs lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, notamment du fait d'un congé de maternité, d'un congé d'adoption ou d'un congé parental d'éducation¹⁰⁶⁸. Le législateur a donc, sans que cela soit censuré¹⁰⁶⁹, traduit l'idée d'intégration en des exigences concrètes tenant à l'ancienneté et au lieu de travail.

Ce nouveau texte a influencé la décision rendue en 2008, sous l'empire des anciens textes, par la chambre sociale, qui vise à préciser les contours à donner à la notion d'intégration étroite et permanente. A été jugé à cette occasion que *« sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, pour l'application des textes susvisés, les salariés*

¹⁰⁶⁵ Cons. constit., 28 déc. 2006, n° 2006-545, DC : *JORF 31 déc. 2006, p. 20320*. Sur l'efficacité utile du principe de participation, A. LYON-CAEN, Droit constitutionnel et participation et délimitation des collectivités de travail : *RDT 2007, p. 84 s.*

¹⁰⁶⁶ H. DUVAL, La situation des salariés mis à disposition : regards croisés du législateur et du juge : *JCP S 2008, 1504*.

¹⁰⁶⁷ A.-M. DUPUY, P. SAFAR, Travailleurs mis à disposition : les apports de la loi du 20 août 2008 : *JCP S 2008, 1462*.

¹⁰⁶⁸ C. trav., art. L. 1111-2.

¹⁰⁶⁹ Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568, DC, consid. 6 : *JORF 21 août 2008, p. 13079* : *« Que le législateur a entendu préciser cette notion d'intégration à la communauté de travail afin de renforcer la sécurité juridique des entreprises et des salariés »*.

mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs »¹⁰⁷⁰. Cette décision, qui conserve un intérêt en ce que les précisions apportées par le législateur à l'article L. 1111-2 ne suffisent pas à régler toutes les situations¹⁰⁷¹, a surtout le mérite d'explicitier la raison d'être de cette intégration à la communauté de travail. Par l'ajout du dernier membre de phrase « *partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs* », que l'on retrouve encore aujourd'hui, la Cour de cassation n'ajoute pas une condition supplémentaire aux critères de lieux et de durée de présence¹⁰⁷². Elle explicite la conséquence des critères de lieux et de durée de présence qu'elle exige ; ce faisant, elle pose une boussole destinée à guider l'appréhension de la notion, pas toujours simple à dégager, d'intégration « étroite et permanente » des salariés extérieurs. En somme, pour le législateur et le juge, cette notion d'intégration réunit autour de conditions de travail communes trois groupes, de salariés, initialement distincts : les salariés mis à disposition dont l'intégration est envisagée, les salariés propres à l'entreprise d'accueil et les salariés mis à disposition d'autres entreprises déjà présents.

234. Difficultés inhérentes à la notion d'intégration à une communauté de travail. La boussole ainsi choisie, globalement saluée par la doctrine en ce qu'elle permet une prise en compte « au plus près »¹⁰⁷³ d'une réalité sociale et économique, ne vide pas le contentieux de toute difficulté. Il semble, au contraire, que les juges doivent partir, pour caractériser une intégration, en chasse de l'« implication »¹⁰⁷⁴ dans l'entreprise des salariés extérieurs. C'est

¹⁰⁷⁰ Soc. 13 nov. 2008 : pourvoi n° 07-60.465, Bull. V, n° 218. – Soc. 13 nov. 2008 : pourvoi n° 08-60.331, Bull. V, n° 220.

¹⁰⁷¹ M.-L. MORIN, L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, *Le guide des élections professionnelles : Dalloz 2015*, p. 569, n° 221.35. Pour un exemple de reprise de cet attendu de principe en application de l'article L. 1111-2 du Code du travail, v. Soc. 23 sept. 2015 : pourvoi n° 14-26.262, Bull. V, n° 216.

¹⁰⁷² COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation : Doc. fr. 2009*, p. 242.

¹⁰⁷³ M.-L. MORIN, L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, *Le guide des élections professionnelles : Dalloz 2015*, p. 566, n° 221.32.

¹⁰⁷⁴ M.-L. MORIN, L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, *Le guide des élections professionnelles : Dalloz 2015*, p. 567, n° 221.32.

une « traque »¹⁰⁷⁵, celle d'un lien particulier avec l'entreprise d'accueil à laquelle le juge doit ici se livrer. L'intention, celle de se mettre « *en quête de la véritable communauté des travailleurs* »¹⁰⁷⁶, semble louable : toute vérité n'est-elle pas bonne à suivre ? Il nous semble pourtant que c'est une chasse qui dépasse l'appréciation *in concreto* dévolue au juge et à laquelle ce dernier peut vite s'épuiser. On dit que le « bon sens »¹⁰⁷⁷ guide la reconnaissance d'une intégration étroite et permanente à la communauté de travail. Mais comment accepter que cette notion puisse mener à refuser l'intégration des salariés extérieurs remplissant la condition de présence mais n'intervenant que ponctuellement et non exclusivement dans l'entreprise d'accueil¹⁰⁷⁸ ? N'est-ce pas l'essence de la mise à disposition que de pouvoir être ponctuelle et non exclusive ? L'action conjuguée du législateur et du juge (ordinaire comme constitutionnel) a mené à la création, sinon d'un « monstre juridique »¹⁰⁷⁹, du moins d'une *chimère juridique* : celle de salariés « extérieurs-mais-pas-trop ».

Les critiques précédemment émises à l'encontre de la précédente position jurisprudentielle (retenant la participation à l'activité principale de l'entreprise) pourraient être reprises, la notion d'intégration (qui n'est pas si éloignée de l'esprit qui anime une participation à une activité) finalement retenue restant tout autant mystique que la première. « *Il n'est pas exagéré de parler ici d'une approche mystique et irréaliste, guidée de façon aveugle par la notion de « communauté de travail » à laquelle appartiendraient de plein droit tous les salariés mis à disposition par un simple acte de foi : le franchissement du seuil de l'entreprise d'accueil* »¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁵ P. SARGOS, La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise, in COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2004, La vérité : *Doc. fr. 2004, p. 109 s., spéc. p. 115.*

¹⁰⁷⁶ F. FAVENNEC-HERY, Collectivité du personnel : quelles représentations ? : *Dr. soc. 2006, p. 989 s., spéc. p. 991.*

¹⁰⁷⁷ L. PECAUT-RIVOLIER, obs. sous Soc. 14 avril 2010 : *Dr. soc. 2010, p. 721.*

¹⁰⁷⁸ Soc. 14 avril 2010 : pourvoi n° 09-60.367, Bull. V, n° 99.

¹⁰⁷⁹ P. MORVAN, Restructurations en droit social : *LexisNexis 2020, 5^{ème} éd., p. 128, n° 209.*

¹⁰⁸⁰ P. MORVAN, Décompte des salariés mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice : *JCP S 2006, 1477.*

B. La participation au scrutin professionnel

235. Le corps électoral, pas plus que les effectifs, ne se limite aux salariés de l'entreprise. Dans le prolongement de l'épopée jurisprudentielle tenant au calcul des effectifs, il compte, lui aussi, dans une certaine mesure, les travailleurs intégrés à la communauté de travail. La détermination de l'intégration des salariés mis à disposition est dans un tel cas d'importance : les protocoles préélectoraux qui négligent de décompter les salariés intégrés à l'entreprise d'accueil encourent l'annulation. Aux anciennes élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 substitue l'élection du comité social et économique. L'analyse de l'électorat des salariés extérieurs (1) précèdera celle de leur éligibilité (2).

1. *Electorat des salariés extérieurs*

236. Salariés temporaires. Bien qu'inclus dans une certaine mesure dans les effectifs, les salariés intérimaires ont été très vite exclus de l'électorat et de l'éligibilité¹⁰⁸¹. Outre le fait qu'ils possèdent le droit de vote dans l'entreprise de travail temporaire (ce qui est certes le cas de tout salarié mis à disposition), la philosophie présidant cette forme particulière de mise à disposition leur ferme tout électorat dans l'entreprise d'accueil¹⁰⁸². La loi du 20 août 2008 n'a, à leur égard, rien changé, pas plus que la substitution du comité social et économique aux institutions représentatives du personnel préexistantes : ils ne peuvent voter aux élections professionnelles. Il en va également ainsi du salarié porté.

237. Salariés mis à disposition, hors salariés temporaires : élections des délégués du personnel (droit antérieur). Il était possible, pour le salarié mis à disposition autre que le salarié temporaire d'être électeur à l'élection des délégués du personnel. Il faut dire que la nature des missions des délégués du personnel, caractérisées par la proximité avec la

¹⁰⁸¹ Soc. 28 févr. 2007, *préc.*

¹⁰⁸² M.-L. MORIN, L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, *Le guide des élections professionnelles : Dalloz 2015*, p. 766, n° 331.34.

collectivité de travail¹⁰⁸³, se prêtait particulièrement à cette reconnaissance. Cette possibilité, qui datait d'avant 2008¹⁰⁸⁴, avait été précisée par la loi de 2008 qui en avait sécurisé l'application, toujours en référence à l'intégration étroite et permanente¹⁰⁸⁵. A la différence des conditions exigées pour être inclus dans les effectifs de l'entreprise d'accueil, la période de présence nécessaire était entendue de façon continue. La loi de 2008 avait également instauré un mécanisme d'option qui avait fait disparaître l'ancien double droit de vote reconnu aux salariés mis à disposition¹⁰⁸⁶.

238. Salariés mis à disposition, hors salariés temporaires : élections du comité d'entreprise (droit antérieur). Bien que la solution se fût imposée avec moins d'évidence que celle relative à l'électorat des délégués du personnel¹⁰⁸⁷, il était admis, avant la loi du 20 août 2008, que le salarié extérieur, intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil pouvait participer aux élections du comité d'entreprise¹⁰⁸⁸. La loi de 2008 avait par la suite réduit l'électorat aux salariés justifiant d'une présence continue de douze mois¹⁰⁸⁹ et seulement s'ils choisissaient d'exercer leur droit de vote dans cette entreprise¹⁰⁹⁰.

239. Salariés mis à disposition, hors salariés temporaires : élections du comité social et économique. Reprenant le dispositif existant à compter de la loi de 2008, le droit positif reconnaît au salarié mis à disposition la qualité d'électeur¹⁰⁹¹. La notion d'intégration étroite

¹⁰⁸³ Les délégués du personnel avaient surtout la charge de de présenter les réclamations des salariés présents sur le lieu de travail.

¹⁰⁸⁴ Soc. 28 févr. 2007, *préc.*

¹⁰⁸⁵ C. trav., anc. art. L. 2314-18-1.

¹⁰⁸⁶ Ass. plén. 29 févr. 1980 : pourvoi n° 79-60.051, Bull. AP, n° 2 (double droit de vote) ; C. trav., anc. art. L. 2314-18-1.

¹⁰⁸⁷ Soc. 18 avril 1980 : pourvoi n° 78-60.800, Bull. V, n° 329.

¹⁰⁸⁸ Soc. 23 mai 2006 : pourvoi n° 05-60.119, Bull. V, n° 182. – Soc. 1^{er} avril 2008 : pourvoi n° 07-60.287, Bull. V, n° 77.

¹⁰⁸⁹ C. trav., anc. art. L. 2324-18-1.

¹⁰⁹⁰ C. trav., anc. art. L. 2324-17-1.

¹⁰⁹¹ C. trav., art. L. 2314-23.

et permanente est également mobilisée à l'égard des salariés d'une entreprise sous-traitante appelés à accomplir des travaux dans une entreprise cliente de leur employeur¹⁰⁹².

2. *Eligibilité des salariés extérieurs*

240. Salariés temporaires. Les salariés temporaires, de même que les salariés portés, ne sont pas éligibles à l'élection professionnelle se tenant dans l'entreprise d'accueil. La seule participation qui leur était ouverte, avant l'ordonnance précitée de 2017, était la candidature à la délégation du personnel de l'ancien CHSCT¹⁰⁹³.

241. Salariés mis à disposition, hors salariés temporaires : élections des délégués du personnel (droit antérieur). Après maintes circonvolutions, la Cour de cassation avait admis que le salarié détaché puisse être éligible (aussi bien aux élections des délégués du personnel que du comité d'entreprise) dans l'entreprise d'accueil dès lors qu'il était intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail dans laquelle il déployait au moins pour un temps son activité¹⁰⁹⁴. La loi de 2008 n'avait pas remis en cause cette possibilité : les salariés mis à disposition inclus dans les effectifs étaient éligibles dès lors qu'ils étaient présents dans l'entreprise depuis vingt-quatre mois continus¹⁰⁹⁵.

242. Salariés mis à disposition, hors salariés temporaires : élections du comité d'entreprise (droit antérieur). Si avant la loi de 2008, le salarié pouvait être candidat aux élections du comité d'entreprise dès lors qu'il était intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail, il a été par la suite privé de cette possibilité, en raison de la nature même des fonctions dévolues aux membres du comité d'entreprise¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² Soc. 15 avr. 2015 : pourvoi n° 14-20.200, inédit. Sur la différence entre mise à disposition entendue strictement et sous-traitance, v. D. CHENU, note sous Soc. 15 avr. 2015 : *JCP S 2015, 1292*.

¹⁰⁹³ Soc. 22 sept. 2010 : pourvoi n° 09-60.454, Bull. V, n° 196.

¹⁰⁹⁴ B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020, 12^{ème} éd., p. 196, n° 304*.

¹⁰⁹⁵ C. trav., anc. art. L. 2314-18-1.

¹⁰⁹⁶ C. trav., anc. art. L. 232417-1. Pour une interprétation stricte de cette interdiction en cas de délégation unique du personnel, Soc. 5 déc. 2012 : pourvoi n° 12-13.828, Bull. V, n° 323.

243. Salariés mis à disposition, hors salariés temporaires : élections du comité social et économique. Puisqu'étant « à bien des égards l'héritier du comité d'entreprise »¹⁰⁹⁷, le comité social et économique ne peut être constitué de membres qui seraient salariés d'une entreprise extérieure : l'ancienne interdiction applicable au comité d'entreprise, qui fait obstacle dans cette situation à toute prise en compte de l'intégration du salarié extérieur, retrouve ici vie¹⁰⁹⁸.

Inclure les salariés dans les effectifs de l'entreprise qui les accueille et reconnaît, dans une certaine mesure, leur électorat a cependant un prix pour l'entreprise.

C. Le prix de cette conception réaliste

244. De nouvelles obligations. La prise en compte des salariés extérieurs contraint l'employeur à une recension et à une vigilance dont la défaillance serait sévèrement sanctionnée (par exemple par une annulation du protocole préélectoral). L'exercice du droit de vote dans l'entreprise d'accueil, et l'interdiction afférente du double vote, met particulièrement à la charge de l'employeur de nouvelles obligations dont la mise en œuvre s'avère délicate. L'employeur, en tant que responsable de l'organisation des élections, est déjà tenu à de nombreuses diligences. L'existence d'une ou plusieurs opérations de mise à disposition impose en sus à l'employeur une « importante collecte d'informations »¹⁰⁹⁹ en ce qu'il ne doit pas se borner pour fournir les informations qu'il doit aux syndicats à interroger les entreprises extérieures¹¹⁰⁰. C'est lui faire supporter une éventuelle rétention d'informations de la part de l'entreprise extérieure qu'il est sommé, par le juge, de contourner par l'exercice d'une action judiciaire. Elle impose également à une des deux entreprises – soit celle qui organise la première des élections¹¹⁰¹, soit celle de l'employeur

¹⁰⁹⁷ B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020, 12^{ème} éd.*, p. 207, n° 407.

¹⁰⁹⁸ C. trav., art. L. 2314-23.

¹⁰⁹⁹ B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020, 12^{ème} éd.*, p. 197, n° 384.

¹¹⁰⁰ Soc. 26 mai 2010 : pourvoi n° 09-60.400, Bull. V, n° 114.

¹¹⁰¹ B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020, 12^{ème} éd.*, p. 197, n° 384.

nominal¹¹⁰², la question n'est pas tranchée – de poser aux salariés intégrés de façon étroite et permanente la question de savoir dans quelle entreprise ils doivent exercer leur droit de vote.

245. De lourdes conséquences. Mais de ce panorama naît aussi le constat que, poussée trop loin, la notion d'intégration mène à des conséquences absurdes. Du temps où l'éligibilité des salariés mis à disposition était admise, réserve faite des salariés temporaires et salariés portés, l'employeur était tenu de payer des heures de délégation relatives à un mandat représentatif exercé... au sein d'une autre entreprise¹¹⁰³ et donc de rémunérer comme temps de travail un temps doublement improductif pour lui. Également, du temps où la rémunération des salariés mis à disposition était intégrée dans la masse salariale brute, la même rémunération pouvait se retrouver comptabilisée deux fois : une fois dans l'entreprise d'accueil et une fois dans l'entreprise d'origine.

246. Une intégration étroite et permanente en décélération. La mobilisation, en droit positif, de la notion d'intégration étroite et permanente est en relative perte de vitesse. Premièrement, l'intégration étroite et permanente ne permet plus aujourd'hui de prendre en compte dans la masse salariale brute de l'entreprise¹¹⁰⁴ les salariés mis à disposition. En effet, s'agissant du calcul de la masse salariale brute, la notion d'intégration étroite et permanente a finalement été chassée, après avoir servi de fondement à une véritable construction jurisprudentielle favorable aux salariés extérieurs à l'entreprise. Deuxièmement, l'intégration étroite et permanente ne fonde plus, comme on l'a vu, l'éligibilité du salarié à l'élection du comité social et économique, contrairement à ce qui avait cours pour les élections des délégués du personnel. Le salarié mis à disposition est dorénavant inéligible en tout état de cause dans l'entreprise d'accueil. Troisièmement, la possibilité d'un double vote initialement ouverte, à l'instar de ce qui peut exister en droit international privé, a été remise en cause par la loi du 20 août 2008 qui a instauré le principe de l'option.

¹¹⁰² F. PETIT, L'option de vote des salariés mis à disposition, obs. sous Soc. 26 mai 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 826 s.

¹¹⁰³ P. MORVAN, Décompte des salariés mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice : *JCP S* 2006, 1477.

¹¹⁰⁴ Qui constitue l'assiette de calcul de la contribution aux activités sociales et culturelles et de la subvention de fonctionnement pour les autres activités dont bénéficie le comité social et économique (ex-comité d'entreprise).

Des développements qui précèdent résulte une évidence : le salarié mis à disposition de façon caractérisée (c'est-à-dire intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail) est pris en compte par l'entreprise d'accueil. Il n'est pas ignoré par elle. Il est décompté dans ses effectifs et il est autorisé s'il le souhaite à y voter. Quoi qu'on puisse en penser, force est donc de constater que le droit positif rattache le salarié mis à disposition à l'entreprise d'accueil, en considération de sa présence caractérisée, durable. De cette intégration spécifique, la doctrine est prompte à consacrer une nouvelle forme d'appartenance à l'entreprise¹¹⁰⁵. Cela va d'ailleurs dans le sens de propos plus généraux selon lesquels « *l'intégration apparaît en effet comme le corollaire logique de l'appartenance au groupe. Que peut signifier appartenir à un groupe si l'on n'y est pas un minimum intégré ?* »¹¹⁰⁶. A rebours de ces positions, nous estimons que l'intégration du salarié extérieur ne traduit pas une seconde forme d'appartenance autonome : elle n'est qu'une *dérivation* de la première.

§2 Une dérivation

247. Puisque la présence du salarié mis à disposition dans l'entreprise n'est pas ignorée par le Droit, qui saisit plus particulièrement l'intégration étroite et permanente à une communauté de travail, force est de reconnaître un rattachement entre le salarié et l'entreprise d'accueil. Se pose la question de l'articulation de cette intégration avec l'appartenance à l'entreprise telle qu'elle a été conceptualisée de façon primaire. Il sera démontré que l'intégration même étroite et permanente du salarié n'est pas une deuxième forme d'appartenance à l'entreprise **(I)**. Il est d'ailleurs particulièrement souhaitable que tel ne soit pas le cas **(II)**.

¹¹⁰⁵ G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM 2009*, p. 360, n° 496 : « *La décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 et l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 placent dans la collectivité de l'entreprise l'ensemble des personnes qui, salariés ou non de l'entreprise, y sont intégrées de façon étroite et permanente* ». Pour l'assimilation qu'il fait de l'intégration à une collectivité et l'appartenance à celle-ci, v. G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM 2009*, p. 352 s., n° 487 s.

¹¹⁰⁶ L. ISIDRO, L'étranger et la protection sociale : *Dalloz 2017*, p. 463, n° 575.

I. L'intégration n'est pas une deuxième forme d'appartenance à l'entreprise

248. La notion d'intégration à une communauté de travail a globalement été reçue, dans le discours doctrinal, comme étant une deuxième forme d'appartenance à l'entreprise. Elle relève pourtant d'un mécanisme de dérivation de la première appartenance (A) et n'a donc pas d'existence autonome. Ceci explique les effets limités (B).

A. Un mécanisme reposant sur une dérivation

249. Assimilation doctrinale de l'intégration à une seconde forme d'appartenance à l'entreprise. La doctrine tend nettement à assimiler l'exécution de la prestation de travail du salarié mis à disposition auprès de l'entreprise d'accueil à une deuxième forme d'appartenance. « *L'appartenance du salarié à plusieurs collectivités de travail est reconnue* »¹¹⁰⁷ dit-on. Dès 1979, il a été dit que les salariés appartiennent aussi bien à « la firme prestataire » qu'à « l'entreprise cliente »¹¹⁰⁸. Cette affirmation ressort encore renforcée de la lente construction législative et jurisprudentielle de la notion d'intégration intervenue à compter des années 1980. De cette construction, « *il en résulterait qu'un salarié peut appartenir à deux unités de représentation* »¹¹⁰⁹. Cette interprétation doctrinale est, il est vrai, étayée par une position du ministère du Travail, consulté par le ministère public dans le cadre des arrêts Airbus, Peugeot, Endesa du 13 novembre 2008, selon laquelle les salariés

¹¹⁰⁷ E. PESKINE, A la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement : *RDT* 2019, p. 19 s., spéc. p. 25 (à propos de la mise à disposition).

¹¹⁰⁸ I. VACARIE, L'employeur : *Sirey* 1979, p. 19, n° 31.

¹¹⁰⁹ A. LYON-CAEN, Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail : *RDT* 2007, p. 84 s., spéc. p. 87-88. V. égal. du même auteur A la recherche des travailleurs mis à disposition : *SSL* 2008, n° 1375, p. 11 s., spéc. p. 12 : « *Cette double indication [de présence et de travail au sein de l'entreprise utilisatrice] assortie d'une durée suffit donc : elle constitue l'intégration qui fonde l'appartenance à la collectivité de travail* ».

mis à disposition ont une « *double appartenance à l'entreprise principale, à laquelle ils sont liés par contrat de travail, et à l'entreprise utilisatrice* »¹¹¹⁰. Par conséquent, deux catégories de salariés coexisteraient : salarié par attribution (dès l'origine, lors de la conclusion du contrat de travail) et salarié par acquisition (au cours de l'exécution de la relation de travail). Autrement dit, il existerait une appartenance de droit et une appartenance de fait¹¹¹¹. L'appartenance de fait évincée supra dans l'exécution typique du contrat de travail signe son retour dans le discours doctrinal s'agissant, cette fois, de l'exécution atypique du contrat de travail.

250. Quelle place pour la qualité de salarié ? Reconnaître que l'intégration (étroite et permanente) du salarié à la communauté de travail consacre une seconde forme d'appartenance entre directement en contradiction avec la définition (abstraite et formelle) que la présente étude retient de l'appartenance à l'entreprise, à savoir la détention de la qualité de salarié. En effet, entendue strictement, la mise à disposition fait intervenir une qualité unique de salarié : celle découlant du contrat de travail liant le salarié et l'entreprise d'origine¹¹¹². La prise en compte des salariés mis à disposition dans l'entreprise d'accueil ouvre en conséquence une brèche dans cette conception qui peut apparaître comme étant contractualiste¹¹¹³. Est-ce à dire que la définition qui a été donnée de l'appartenance dans

¹¹¹⁰ J. DUPLAT, A la recherche des critères de l'intégration étroite et permanente : *SSL 2008*, n°1375, p. 8.

¹¹¹¹ La figure de l'appartenance de fait est une figure classique dans l'appartenance juridique. En droit international privé, elle renvoie à la résidence. V. par ex. Anne RICHEZ-PONS qui la qualifie ainsi (A. RICHEZ-PONS, *La notion de résidence : thèse dactyl. Lyon III 2004, spéc. p. 316*). V. pour une exclusion de cette appartenance de fait dans l'appartenance primaire, v. *supra* n° 51 s.

¹¹¹² V. *supra* n° 210 s.

¹¹¹³ Y. PAGNERRE, G. SAINCAIZE, L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets : *JCP S 2009*, 1368 : « *La prise en compte des travailleurs mise à disposition dans l'entreprise d'accueil ouvre une brèche dans une conception décrivant la collectivité de travail comme l'addition des individus liés à l'entreprise par un contrat de travail. A cette conception contractualiste de l'entreprise est opposée une conception institutionnelle permettant de retenir les travailleurs non liés par un contrat de travail dans l'entreprise au sein de laquelle ils évoluent* ». En réalité, nous avons distingué l'appartenance du salarié à l'entreprise, dans sa dimension primaire, du contrat proprement dit. Si l'appartenance du salarié à l'entreprise a bien un fondement contractuel, elle traduit en réalité un rattachement à l'entreprise en raison de la détention de la qualité de salarié.

cette étude est, sinon fautive, du moins obsolète en ce qu'elle ne peut régir les situations d'exécution atypique du contrat de travail ?

Il a été soutenu que le salarié mis à disposition et intégré à la communauté de travail peut se « prévaloir de la qualité de salarié pour l'expression au sein de celle-ci des droits qui y sont attachés »¹¹¹⁴. La chose est juridiquement intenable en raison de l'absence de contrat de travail entre le salarié et l'entreprise d'accueil. Or, puisque la qualité de salarié procède du contrat de travail et puisqu'elle est cristallisée en référence à l'entreprise d'origine, il n'existe pas de seconde qualité de salarié du même genre (qui serait cristallisée en référence, cette fois-ci, à l'entreprise d'accueil). La qualité de salarié est, dans une telle hypothèse, nécessairement unique. Au regard de l'appartenance à l'entreprise, la question que soulève la notion d'intégration doit donc être posée autrement. Il ne s'agit pas de se demander si une autre qualité de salarié peut être détenue mais plutôt si « l'appartenance ne doit(-elle) pas s'entendre indépendamment de la qualité de salarié ? »¹¹¹⁵. A cette question, deux réponses peuvent être apportées.

251. Quelle place pour la qualité de salarié ? Première réponse : le retour à l'exigence d'un lien de subordination pour la prise en compte des salariés mis à disposition. Avant les années 2000, la Cour de cassation se référait à la notion de qualité de salarié pour prendre en compte le salarié mis à disposition. Elle appliquait notamment le principe fondamental (d'ordre public absolu) selon lequel ne pouvait être électeur que le salarié de l'entreprise qui organisait les élections¹¹¹⁶. Ainsi, « les travailleurs handicapés des CAT [centres d'aide par le travail] n'avaient pas la qualité de salariés, et ne pouvaient être ni électeurs ni éligibles »¹¹¹⁷. On retrouvait alors une conception classique de l'appartenance, résultant de la détention de la qualité de salarié, et seule la reconnaissance d'un second contrat de travail, donc d'une seconde qualité (de salarié), pouvait permettre d'engager la responsabilité civile de l'entreprise d'accueil en application des règles relatives au co-emploi. En application de

¹¹¹⁴ M.-L. MORIN, Effectif et électorat : de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 : *RDT* 2007, p. 229 s., spéc. p. 231.

¹¹¹⁵ Y. PAGNERRE, G. SAINCAIZE, L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets : *JCP S* 2009, 1368.

¹¹¹⁶ H. DUVAL, La situation des salariés mis à disposition : regards croisés du législateur et du juge : *JCP S* 2008, 1504.

¹¹¹⁷ Soc. 24 juin 1998 : pourvoi n° 97-60.077, Bull. V, n° 341.

cette solution jurisprudentielle, l'appartenance à l'entreprise des salariés mis à disposition était donc réservée à certains cas très spécifiques et était vue « *comme une sanction et non une situation normale* »¹¹¹⁸, puisque le juge venait reprocher à l'entreprise d'avoir employé le salarié mis à disposition sans l'avoir déclaré. En dehors de ces cas très spécifiques, il n'y avait point d'appartenance à l'entreprise d'accueil du salarié mis à disposition.

Il faut abandonner l'idée de revenir à cette solution jurisprudentielle (de toute façon plus de droit positif depuis longtemps) qui n'envisage d'appartenance qu'en cas de lien subordination. Il est indéniable que les salariés mis à disposition, nonobstant l'absence de conclusion d'un second contrat de travail, sont aujourd'hui « raccordés », d'une certaine façon, à l'entreprise d'accueil. Retourner à la solution jurisprudentielle antérieure aux années 2000 reviendrait à faire un bond dans le temps et revenir sur une réalité aujourd'hui communément admise, à savoir que le salarié mis à disposition peut, en cas de présence caractérisée dans l'entreprise, être décompté dans les effectifs et voter s'il le souhaite. Il ne serait pas souhaitable de lui retirer les droits gagnés¹¹¹⁹.

252. Quelle place pour la qualité de salarié ? *Seconde réponse : l'explication par la détention de la qualité originaire de salarié détenue par le salarié mis à disposition.* A bien y réfléchir, la qualité de salarié, dont la détention fait l'appartenance à l'entreprise, n'est pas évincée des rapports triangulaires de travail. Elle préexiste bien à la mise à disposition du salarié : celui-ci ne peut déployer son activité dans une entreprise extérieure qu'en raison l'existence d'un contrat de travail initialement conclu entre le salarié et l'employeur. Les opérations de mise à disposition ne sont que des « *projections* »¹¹²⁰ d'une relation de travail préexistante. La fourniture du travail est bien l'objet du contrat de travail, support nécessaire à la mise à disposition¹¹²¹. Par conséquent, l'intégration n'est pas détachée de la qualité de

¹¹¹⁸ Y. PAGNERRE, G. SAINCAIZE, L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets : *JCP S 2009, 1368*.

¹¹¹⁹ D'ailleurs la chambre sociale de la Cour de cassation qui autorise le salarié mis à disposition (intégré de façon étroite et permanente) à voter à l'élection de la délégation élue du comité social et économique *reconnait bien l'appartenance de ce salarié à l'entreprise* puisqu'elle exige de toute façon une condition expresse d'« appartenance à l'entreprise » pour accéder au scrutin relatif à l'élection de la délégation élue du comité social et économique (sur ces questions, v. *infra n° 431 s.*), appartenance que nous estimons être dérivée.

¹¹²⁰ G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM 2009, p. 21 s., n° 5 s.*

¹¹²¹ S'agissant de l'objet (identique) cette fois de la prestation du salarié, v. *supra n° 213*.

salarié : elle procède de celle-ci. Le rattachement du salarié mis à disposition à l'entreprise d'accueil est une dérivation de l'appartenance à l'entreprise d'origine, qui reste fondée sur la détention de la qualité de salarié. Ceux qui croient voir dans l'appartenance du salarié à l'entreprise d'accueil une véritable appartenance autonome et concurrente de son appartenance à l'entreprise d'origine réalisent probablement une confusion entre le sentiment d'appartenance et la notion d'appartenance juridique devant être entendue de façon objective¹¹²². Cette seconde réponse est d'autant plus satisfaisante qu'elle explique les effets limités de l'intégration à l'égard du salarié mis à disposition.

B. Un mécanisme aux effets limités

253. Limitation de la portée de certains droits. Puisqu'il ne s'agit que d'une *dérivation* de l'appartenance à l'entreprise d'origine, et non de la création d'un lien primaire avec l'entreprise d'accueil, l'intégration du salarié ne peut être pleine et entière. Elle doit, par essence, comporter limitations et atténuations. Outre le fait que la référence à la notion d'intégration a pu être abandonnée dans certaines hypothèses¹¹²³, le salarié mis à disposition ne saurait être revêtu, *dans l'entreprise d'accueil*, des mêmes droits que le salarié de celle-ci. S'il existe une promotion de l'égalité entre salariés de l'entreprise et salariés externes¹¹²⁴, le salarié mis à disposition, étranger en droit à l'entreprise d'accueil, ne saurait compter au même titre que le salarié de l'entreprise. La traduction la plus flagrante réside dans l'interdiction du double vote instaurée par la loi du 20 août 2008¹¹²⁵. Le salarié intégré de

¹¹²² V. par ex. G. SAINCAIZE, Les mises à disposition de salariés : *PUAM 2009*, n° 507 : « *L'appartenance à une collectivité se mesure à travers la manière dont le salarié y est pris en compte et par les droits qui lui sont reconnus. Ces éléments objectifs participent du sentiment d'appartenance à une collectivité d'accueil* ».

¹¹²³ V. *supra* n° 246.

¹¹²⁴ Pour une présentation des plus grandes garanties individuelles offertes au salarié mis à disposition au même titre que celle du salarié de l'entreprise (accès aux installations, rémunération...), v. A. TEISSIER, Fasc. 3-20 : Prêt de main d'œuvre : *Jcl Travail Traité 2019*, n° 122 s. ; R. MARIE, Vers une nécessaire redéfinition du droit de la mise à disposition : *JCP S 2009*, 1131.

¹¹²⁵ C. trav., anc. art. L. 2314-18-1 ; C. trav., anc. art. L. 2324-17-1. S'agissant de l'articulation de ces deux droits d'option, en raison de la différence de nature et de mission entre comité d'entreprise et délégués du

façon étroite et permanente à l'entreprise d'accueil ne bénéficie pas pour autant de son droit de vote dans sa plénitude. Il doit choisir s'il vote dans l'entreprise qui l'emploie ou dans l'entreprise qui l'utilise. Ce droit d'option est toujours, sous l'empire du comité social et économique, d'ordre public¹¹²⁶. Le fait que la portée de certains droits soit limitée est d'ailleurs révélateur du fait que l'intégration ne révèle pas une nouvelle forme d'appartenance : une porte est soit ouverte soit fermée. La « quasi-appartenance » ne peut se concevoir puisque l'on n'appartient ou l'on n'appartient pas. C'est pourquoi nous combattons fermement la conception selon laquelle « *l'appartenance du salarié à l'entreprise (...) s'acquiert progressivement* »¹¹²⁷.

Cela ne veut pas dire que le salarié mis à disposition est spolié du plein exercice de ses droits ; il en bénéficie... dans son entreprise d'origine. S'agissant de l'entreprise d'accueil, l'équilibre à trouver est le suivant : ne doivent être pleinement reconnus au salarié extérieur que les droits qui s'expliquent uniquement par les nécessités de l'accomplissement de sa prestation et de sa présence dans l'entreprise d'accueil¹¹²⁸. Ainsi de l'ancien droit reconnu aux travailleurs temporaires de faire présenter par les délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice certaines réclamations individuelles et collectives spécifiques à leur rémunération, leurs conditions de travail et l'accès aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives¹¹²⁹. La question de la reprise de ces anciennes attributions dans les missions nouvellement dévolues des représentants de proximité par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 se pose au regard de la liberté dorénavant reconnue aux partenaires sociaux en la matière¹¹³⁰.

254. Distinction entre intégration et appartenance du salarié à l'entreprise. Bien que la notion d'intégration procède d'une démarche d'ouverture de la communauté de travail

personnel, on reconnaissait au salarié la possibilité de dissocier ses droits d'option et faire un choix différent pour les deux élections (Soc. 28 sept. 2011 : pourvoi n° 10-27.374, Bull. V, n° 201 ; C. trav., art. L. 2314-23).

¹¹²⁶ B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020*, 12^{ème} éd., p. 196, n° 384.

¹¹²⁷ A. MAZEAUD, « Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle » : *Rép. trav. Dalloz 1997*, n° 74.

¹¹²⁸ Pour la dynamique du corps, v. *supra* n° 223.

¹¹²⁹ C. trav., anc. art L. 2313-4.

¹¹³⁰ C. trav., art. L. 2313-7. Rien ne semble exclure que les partenaires sociaux, compétents pour déterminer le contenu des missions des représentants de proximité, limitent le champ des réclamations à celles émanant des salariés de l'entreprise à l'exclusion de celles des salariés extérieurs qui seraient alors contraints de se retourner vers leur entreprise d'origine laquelle prendrait attache avec l'entreprise d'accueil.

aux éléments extérieurs à l'entreprise, elle n'inclut pas tous les salariés amenés à y déployer une quelconque activité. Elle ne s'adresse qu'aux salariés qui remplissent des critères de lieux et de durée de présence. Ce qui n'est pas le cas du salarié *ex situ*, qui travaille à distance (par exemple de chez lui). En raison de la condition de présence contenue dans la notion d'intégration, ce travailleur-là ne peut être en tout état de cause intégré à la communauté de travail. Ainsi, le salarié porté qui travaillerait au sein de la structure de portage ou à son domicile ne peut pas être considéré comme intégré à l'entreprise cliente¹¹³¹. C'est également le cas du salarié qui ne serait mis à disposition que depuis huit mois : insuffisamment intense, son insertion dans l'entreprise d'accueil ne l'amènerait pas à compter dans ses effectifs. Là où l'appartenance ne souffre aucun degré, l'insertion est tout au contraire une notion évolutive qui porte donc en elle une gradation : seuls certains salariés, à la présence particulièrement durable et sérieuse, seront comptabilisés dans les effectifs de l'entreprise d'accueil. L'intégration n'est donc pas soluble dans l'appartenance juridique. S'agissant de la notion d'intégration, le Droit a en réalité emprunté un terme gestionnaire¹¹³² pour traduire une situation concrète dans laquelle le salarié accomplit sa prestation auprès d'une entreprise tierce au contrat de travail. Il en résulte que l'intégration, même étroite et permanente, ne saurait constituer une nouvelle forme, autonome, d'appartenance juridique.

255. Rapport de dérivation entre intégration et appartenance du salarié à l'entreprise. En résumé, une application trop stricte de notre conception de l'appartenance à l'entreprise (un rattachement du salarié par la détention de la qualité de salarié) au salarié mis à disposition n'entraînerait aucun effet juridique ; ce dernier ne pourrait se prévaloir d'aucun droit. Et pourtant, de l'étude de la mise à disposition dans le droit positif, il ressort une évidence : le salarié intégré de façon étroite et permanente est décompté dans les effectifs de l'entreprise d'accueil et est autorisé, en principe, à y voter. Quoi qu'on puisse en penser, force est de constater que le droit positif rattache le salarié mis à disposition à l'entreprise d'accueil, en considération de sa présence caractérisée, durable. Nous devons le prendre en compte. Cependant, ce rattachement se distingue de la notion d'appartenance du salarié à l'entreprise qui a été définie au chapitre précédent comme le rattachement par la détention de la qualité. Puisque la mise à disposition ne fait intervenir qu'une seule qualité de salarié,

¹¹³¹ B. KANTOROWICZ, *Le portage salarial : LexisNexis 2013*, p. 117, n° 212.

¹¹³² A. REYMANN, *Le marketing des ressources humaines. Attirer, intégrer et fidéliser les salariés : Cah. du DRH 2013*, n° 203, p. 47 s.

crystallisée en référence à l'entreprise d'origine un seul contrat de travail, ce rattachement à l'entreprise d'accueil semble battre en brèche notre théorie. Existerait-il alors une seconde forme d'appartenance, tout à fait autonome de la première, qui serait fondée non plus sur la qualité de salarié mais sur la présence de celui-ci ? La seule présence durable du salarié suffirait-elle ? Il n'en est rien. Une autre explication des droits accordés au salarié dans l'entreprise d'accueil peut être proposée. Elle repose, elle, sur la qualité originelle de salarié, cristallisée en référence à l'entreprise d'origine. Comment ? Car l'opération de mise à disposition repose sur le contrat de travail qui n'est pas rompu. Ainsi, le salarié mis à disposition n'est pas rattaché de façon autonome à l'entreprise d'accueil : si des droits lui sont reconnus (décompte dans les effectifs, électoral), si l'entreprise d'accueil tient compte de lui, c'est en raison de sa qualité originelle de salarié, celle générée par le contrat de travail qui le lie à l'entreprise d'origine. *De cette (unique) qualité une appartenance dérive*. Les droits que le salariés mis à disposition détient au sein de l'entreprise d'accueil sont conditionnés au maintien du contrat de travail, donc de sa qualité de salarié. Puisque ces droits sont conditionnés à ce maintien, leur existence n'est que dérivée de leur appartenance primaire. Cette dérivation explique d'ailleurs que ce rattachement, qui n'est pas autonome, ne puisse générer tous les effets normalement attachés à l'appartenance primaire. Ceci explique notamment que le salarié mis à disposition ne puisse être éligible dans l'entreprise d'accueil ; qu'il ne puisse y voter s'il a déjà voté dans l'entreprise d'origine ; qu'il ne puisse bénéficier d'une rémunération supplémentaire fondée sur l'appartenance à l'entreprise¹¹³³. Si le rattachement du salarié à l'entreprise d'accueil reposait réellement et de façon autonome, même en droit positif sur l'intégration étroite et permanente, un prestataire de service intégré de façon étroite et permanente à l'entreprise d'accueil devrait alors bénéficier de tous les droits de n'importe quel salarié mis à disposition (i.e. décompte dans les effectifs ; vote ; intéressement). Or, cela n'est pas le cas. Cela démontre bien que le salarié appartient en raison de sa qualité de salarié (cristallisée dans son entreprise d'origine) et que son rattachement à l'entreprise d'accueil dérive de cette qualité de salarié.

¹¹³³ Sur cette rémunération supplémentaire que fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise, v. *infra* n° 350 s. Le salarié mis à disposition ne saurait bénéficier de l'intéressement, faute d'avoir conclu un contrat de travail avec l'entreprise d'accueil (Soc. 1^{er} juill. 1998 : pourvoi n° 87-10.667, Bull. V, n° 388) ; J. KOVAC et L. GAUDEMET-TOULEMONDE, Fasc. 27-20 : Participation aux résultats : *Jcl Trav. traité 2018*, n° 146.

Il est également possible de démontrer en quoi l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail, outre qu'elle ne peut pas être qualifiée de seconde (d'autonome) appartenance à l'entreprise, d'autres raisons expliquent qu'elle ne *doit pas* être une deuxième forme d'appartenance à l'entreprise.

II. L'intégration ne doit pas être une deuxième forme d'appartenance à l'entreprise

256. Nous venons de voir que l'intégration ne s'analyse pas, en l'état, en une deuxième forme d'appartenance à l'entreprise, autonome. Au-delà de cette analyse positive, il est même souhaitable qu'elle reste fondée sur la logique de dérivation que l'on a mise en évidence. L'intégration étroite et permanente ne doit pas devenir, à notre sens, un rattachement autonome à l'entreprise. Le risque guette pourtant. Si le législateur a circonscrit, par les articles L. 1111-2 et L. 2314-18 s., la notion d'intégration à la communauté de travail et si le juge a sécurisé cette même notion en l'objectivant par des critères de lieu et de durée de présence, il convient de se méfier de la recherche de la « *réalité économique et sociale* »¹¹³⁴ à laquelle la Cour de cassation se livre depuis le début des années 80. La consécration d'une « relation de travail » par intégration n'est pas impossible (A). Or, cette consécration, qui ferait de la reconnaissance d'une relation de travail un cas de perte de l'appartenance primaire, repose sur une vision fautive, voire dangereuse, de l'entreprise (B).

¹¹³⁴ P. SARGOS, La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise, in COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2004, La vérité : *Doc. fr.* 2005, p. 109.

A. Le risque d'une consécration de la relation de travail

257. L'arrêt *Albron* rendu par la CJUE le 21 octobre 2010 (1) porte en lui les germes d'une consécration de la relation de travail qui concurrence, voire même remplace, l'appartenance primaire à l'entreprise d'origine (2).

1. *L'arrêt Albron*

258. **L'articulation entre appartenance à l'entreprise d'origine et intégration à l'entreprise d'accueil.** L'essor de la notion d'intégration étroite et permanente du salarié conduit inévitablement à se demander comment s'articule l'appartenance à l'entreprise d'origine et l'intégration à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil. La reconnaissance d'une intégration du salarié dans une entreprise autre que celle de son employeur est-elle un cas de perte du lien contractuel avec sa première entreprise ? Dans sa démarche de prise en compte du salarié extérieur au sein de l'entreprise où il exerce sa prestation de travail, la Cour de cassation, après avoir retenu la subordination (de fait) et la participation (au processus de travail, puis à l'activité de l'entreprise) du salarié, s'est, pour l'heure, arrêtée à la consécration d'une « simple » intégration sans aller jusqu'à retenir une *incorporation* du salarié dans l'entreprise d'accueil, qui détacherait le salarié de son entreprise d'origine. La menace d'une réception de l'arrêt *Albron* rendu par la CJUE, qui porte justement en germes une telle incorporation, pointe pourtant.

259. **La solution de l'arrêt *Albron*.** Par un arrêt *Albron* rendu le 21 octobre 2010, la CJUE a consacré le transfert des contrats de travail de salariés simplement mis à disposition qui n'était pas liés contractuellement à la société qui cédait son entité économique¹¹³⁵. En l'espèce, une première société avait mis à disposition certains de ses salariés au sein d'une de ses filiales, laquelle avait ensuite cédé l'entité, dans laquelle le salarié travaillait, à une troisième société extérieure au groupe qui ne s'estimait pas tenue d'appliquer les règles

¹¹³⁵ CJUE 21 oct. 2010, aff C-242/09, *Albron Catering BV* : *Rec. p. 10309* ; *RJS 1/11, n° 84*. S'agissant du salarié temporaire, elle avait retenu le contraire (CJCE 13 sept. 2007, aff. 458/05 : *Rec. p. 7301* ; *RJS 12/07, n° 1339*).

relatives au transfert de plein droit des contrats de travail et donc de maintenir les droits des travailleurs cédés. Dans son arrêt, la CJUE juge que l'entreprise du groupe dans laquelle des travailleurs sont affectés de manière permanente, et déploient leur activité, peut également être considérée comme un cédant, au sens de l'article 2 de la directive du 12 mars 2001¹¹³⁶, bien qu'elle ne soit pas liée aux travailleurs par un contrat de travail et qu'il existe au sein de ce groupe une autre entreprise avec laquelle les travailleurs étaient liés par un tel contrat.

Ce faisant, la CJUE a considérablement élargi le champ de la directive qui prévoit que tous les contrats de travail exécutés à titre principal dans le périmètre de l'entité transférée sont de plein droit transférés au cessionnaire. Cette novation légale du contrat de travail (par changement d'employeur) concerne le transfert des contrats de travail. Pourtant, dans le cadre d'une mise à disposition, strictement entendue, aucun contrat de travail n'existe entre le salarié et l'entreprise d'accueil. La CJUE a contourné cet obstacle en imposant le transfert de la « relation de travail » qu'elle juge établie entre l'entreprise d'accueil et les salariés qui y sont affectés de manière permanente. Par cette solution, la CJUE consacre bien un transfert des contrats de travail et non de la seule opération de mise à disposition organisée par la convention conclue entre les deux sociétés et consistant en l'exécution atypique du contrat de travail. En effet, « *la directive du 12 mars 2001 ne transfère jamais que des contrats de travail et non, par exemple, une convention commerciale distincte (...)* »¹¹³⁷. Par la création de la figure d'« employeur non contractuel » et la valorisation d'une relation née d'une exécution matérielle du travail par certains salariés permanents, la CJUE a créé un « monstre juridique »¹¹³⁸.

260. L'incertitude d'une réception en droit interne de la solution de l'arrêt Albron. Puisque les directives revêtent, par exception, un effet horizontal en droit interne, singulièrement en droit social¹¹³⁹, et puisque le principe d'interprétation conforme s'impose

¹¹³⁶ Dir. 2001/23/CE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

¹¹³⁷ P. MORVAN, Restructurations en droit social : *LexisNexis 2020*, 5^{ème} éd., p. 128, n° 209.

¹¹³⁸ P. MORVAN, Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés : *Dr. soc. 2011*, p. 888 s., spéc. p. 893.

¹¹³⁹ P. MORVAN, Transfert d'entreprise et information individuelle des salariés : *JCP S 2010*, 1047.

aux juridictions nationales, la chambre sociale doit interpréter les textes du code du travail « à la lumière » du texte de l'Union européenne¹¹⁴⁰. Mais cette interprétation ne peut aller jusqu'à une interprétation *contra legem* du texte interne¹¹⁴¹. Il est donc théoriquement possible pour la chambre sociale de reprendre la solution de la Cour de justice et d'interpréter largement « l'employeur » de l'article L. 1224-1 du code du travail comme désignant également l'« employeur non contractuel » (la société bénéficiant de la mise à disposition). Surtout que rien n'exclut que la règle posée par la Cour de justice dans l'arrêt Albron puisse s'appliquer en dehors d'une configuration de groupe de sociétés¹¹⁴².

Bien que la solution de l'arrêt Albron ait pu apparaître justifiée¹¹⁴³, nombreux sont, selon nous, les fondements qui trouvent cependant à s'opposer à une telle réception en droit interne.

- En premier lieu, outre le fait que la Cour de justice interprète la notion de « relation de travail » - certes contenue dans la directive – dans un sens qui ne correspond pas exactement aux intentions du législateur européen¹¹⁴⁴, l'adage *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, en vertu duquel personne ne peut céder plus de droits qu'il n'en a, s'oppose au transfert légal du contrat de travail par la cession d'une entité détenue par l'entreprise d'accueil¹¹⁴⁵. En effet, la source du droit à l'exécution de la prestation de travail pour l'entreprise d'accueil est la convention de mise à disposition. Or, cette convention n'est pas transférée puisque la directive, comme il a déjà été vu, ne transfère jamais que des contrats de travail.

- En deuxième lieu, puisque la convention de mise à disposition n'est pas transférée au cessionnaire et puisque l'employeur-entreprise d'origine n'est pas partie au

¹¹⁴⁰ Pour une illustration de l'interprétation de l'article L. 1224-1 du code du travail à la lumière de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 : Soc. 24 juin 2009 : pourvoi n° 07-45.245, inédit ; *RJS* 11/09, n° 837.

¹¹⁴¹ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2021 : Dalloz 2020, 14^{ème} éd.*, p. 59, n° 73.

¹¹⁴² B. TEYSSE, *Droit européen du travail : LexisNexis 2019, 6^{ème} éd.*, p. 421, n° 885.

¹¹⁴³ J.-P. LHERNOULD, *Application de la directive transfert dans le contexte d'un groupe de sociétés : Liaisons soc. Europe 2010, n° 263, p. 5.*

¹¹⁴⁴ R. VATINET, *La mise à disposition de salariés : Dr. soc. 2011, p. 656 s., spéc. p. 664.* Par l'expression « relation de travail » la Cour de justice souhaite en réalité englober les différentes conceptions que les Etats ont du rapport de travail.

¹¹⁴⁵ Utilisant également cet adage, dans une perspective différente, pour mettre en lumière les failles de la décision, R. VATINET, *La mise à disposition de salariés : Dr. soc. 2011, p. 656 s.*

contrat de cession de l'entité économique, la cession de l'activité entraîne probablement, selon les stipulations de ce contrat, la caducité de la convention de mise à disposition intervenue entre l'employeur et la société utilisatrice, et donc le retour de plein droit des salariés dans leur entreprise d'origine.

- En troisième lieu, au nom de la liberté d'entreprendre qui garantit une liberté de choix de ses collaborateurs et de choix dans la gestion de l'entreprise et de la liberté contractuelle, toutes deux de valeur constitutionnelle et pouvant se combiner¹¹⁴⁶, l'employeur est fondé, selon nous, à s'opposer au transfert des contrats de travail auxquels il est partie.

- En quatrième lieu, l'article L. 1224-1 du code du travail qui régit en droit interne le transfert légal des contrats de travail ensuite du transfert d'une entité économique autonome impose une « modification dans la situation juridique de l'employeur ». Or, dans l'hypothèse envisagée et sauf à ce que la chambre sociale, à rebours de la logique actuelle du droit du travail français, consacre la notion d' « employeur non contractuel », l'employeur n'est pas celui qui cède l'entité et il ne connaît aucune modification juridique, cette modification intervenant *dans l'entreprise d'accueil*. Dans un transfert classique d'entité économique autonome, le problème ne se pose pas car celui qui cède l'entité est également l'employeur des salariés y travaillant.

- En dernier lieu, la finalité de l'entité économique autonome ne justifie pas la réception de la solution de l'arrêt Albron. En effet, l'article L. 1224-1 a pour but de protéger l'existence du contrat de travail puisqu'en cas de cession d'entité, les postes disparaissent et les salariés encourraient, s'ils restaient au service du cédant, un licenciement pour motif économique. Dans le cas d'une mise à disposition, les salariés ne voient pas leur poste supprimé *au sein de leur entreprise d'origine*, ce d'autant plus qu'ils bénéficient d'un droit au retour, sur poste identique ou équivalent, auprès de leur employeur. Quelle raison d'ordre public alors pourrait justifier que la

¹¹⁴⁶ Sur la combinaison de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, E. OLIVA, A. ROUX, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel : *Dalloz 2018*, 19^{ème} éd., p. 644, n° 21.

volonté des parties au contrat de travail soit niée et que l'article L. 1224-1 trouve à s'appliquer en pareil cas¹¹⁴⁷ ?

2. La « relation de travail », un cas de perte du lien contractuel

261. De la possibilité d'une perte du lien contractuel... Outre le fait que la relation est généralement en droit le « symptôme d'un malaise »¹¹⁴⁸, reconnaître la relation de travail, comme la CJUE le fait dans l'arrêt *Albron*, revient à « *dépouiller l'employeur contractuel de sa qualité* »¹¹⁴⁹. En effet, les salariés qu'il a mis à disposition d'une entreprise tierce, appartenant ou non au même groupe que lui, sont susceptibles de passer, via novation légale, au service de l'entreprise cessionnaire, ce qui peut avoir pour conséquence une rupture de plein droit du contrat de travail auquel l'employeur (contractuel) est partie. « *A la date de la reprise d'activité, il cesse d'être leur employeur* »¹¹⁵⁰. Or, il peut très bien ne pas souhaiter cette rupture qui marque pour lui le départ définitif de son salarié. De l'existence d'une situation de fait (certes sécurisée par l'exigence d'une intégration permanente) advient la conséquence juridique qu'une personne – morale ou physique – se voit éjectée de son propre lien de droit et cela en raison d'une mise à disposition qu'elle a pourtant elle-même organisée. L'entrée dans une entreprise d'un salarié et l'exécution matérielle qu'il y fait de sa prestation de travail *peut* en conséquence prendre le pas sur l'acte juridique (le contrat de travail comme la convention de mise à disposition) et *peut* devenir un cas de perte du lien contractuel. C'est donner vie à la très incertaine relation de travail durandienne¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁷ Y. CHAGNY, La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de service : *RDT* 2007, p. 78 s., spéc. p. 80 : « *Mais seule la loi peut imposer aux parties, pour des raisons d'ordre public, notamment, des cocontractants qu'elles ne choisissent pas elles-mêmes.* »

¹¹⁴⁸ N. ANCIAUX, Dignité et contrat. Essai sur un double renouvellement à la lumière du contrat médical : *RRJ* 2019-3, p. 949 s., spéc. p. 961.

¹¹⁴⁹ P. MORVAN, Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés : *Dr. soc.* 2011, p. 888 s., spéc. p. 893.

¹¹⁵⁰ P. MORVAN, Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés : *Dr. soc.* 2011, p. 888 s., spéc. p. 893.

¹¹⁵¹ P. DURAND, Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail : *JCP* 1944, I, 387.

262. ... à l'impérativité d'une perte du lien contractuel ? Dans sa démesure, l'arrêt Albron ne va pas toutefois jusqu'à consacrer l'automaticité de l'avantage de l' « employeur non contractuel » sur l'employeur (contractuel). Il ouvre la qualité de cédant *aux côtés* de l'employeur à une seconde personne¹¹⁵². La relation de travail dans l'entreprise d'accueil *peut* prendre le pas sur la relation contractuelle, il n'est pas (encore ?) imposé qu'elle doive le *prendre*. La Cour de justice n'instaure aucune hiérarchie entre les deux liens de droit (contractuel et non contractuel) qu'elle reconnaît¹¹⁵³. Mais ce *statu quo* - un contrat, deux liens d'égale valeur - est difficilement tenable. Il est source d'insécurité juridique et par là de contentieux. Prenons l'exemple de *deux transferts d'entités économiques autonomes distinctes*, l'une ressortant de l'entreprise d'origine et l'autre de l'entreprise d'accueil, impliquant deux cédants et deux cessionnaires. Si le salarié mis à disposition fait partie des salariés transférables au sens de l'article L. 1224-1¹¹⁵⁴ il pourrait, s'il est dans le même temps intégré de façon permanente dans l'entreprise d'accueil, faire également l'objet d'un transfert dans le cadre de la cession de l'entité de l'entreprise d'accueil. Dans un tel cas de figure, quelle entreprise pourrait se « prévaloir du salarié » et quel cessionnaire se verrait nouvellement employeur, par novation légale, du salarié ?

Si comme nous le pensons la Cour de justice n'est pas encore au terme de la construction de la notion de « relation de travail » qu'elle poursuit, il est à craindre que la concurrence instaurée entre les deux liens de droit, dont l'un équivaut pour nous à l'appartenance juridique et l'autre à l'intégration concrète, ne se résolve pas à terme en faveur de l'appartenance à l'entreprise (d'origine). Ce n'est plus alors que l'intégration *pourra* être un cas de perte du lien contractuel, c'est qu'elle le *sera*. La mode du « au plus près du concret », dont on ne sait toujours pas d'où elle tire sa légitimité juridique, est en marche et elle pourrait balayer demain non pas une mais *deux conventions juridiques*. A notre sens, le conflit de rattachements devrait donc être résolu non au profit de l'intégration, situation de proximité plus ou moins bien sécurisée et objectivée par le législateur et le juge, mais au profit de la notion juridique et abstraite qu'est l'appartenance à l'entreprise... si tant est que les conventions ont encore un sens.

¹¹⁵² CJUE 21 oct. 2010, aff C-242/09, Albron Catering BV, point 25 : *Rec. p. 10309*. Sur ce point, v. N. MOIZARD, Détermination du cédant : *RJS 1/11, p. 8 s.*

¹¹⁵³ E. JEANSEN, Transfert du salarié mis à disposition de l'entité transférée : *JCP S 2011, 1008*.

¹¹⁵⁴ Soc. 14 mai 1997 : pourvoi n° 94-41.814, Bull. V, n° 170.

B. Une consécration injustifiée

263. Le risque d'inclusion plus large des salariés étrangers à l'entreprise véhiculé par la jurisprudence de la CJUE expose d'abord à ce que soit consacrée une vision fautive de l'entreprise tenant à une réalité sociologique (1) et à une activité commune (2) fantasmées.

1. *Une réalité sociologique fantasmée*

264. Une réalité sociologique fantasmée. Est-ce l'objet du Droit que de nécessairement transcrire juridiquement toute « réalité humaine »¹¹⁵⁵ (particulièrement celle qui est à l'origine de la communauté de travail) ? Nous ne le croyons pas¹¹⁵⁶. La sociologie ne doit pas dicter la règle de droit et les juristes doivent se garder de devenir des ratificateurs de faits sociaux. Le Droit a pour seule fonction de prescrire et d'organiser, sans être nécessairement soumis aux données sociologiques issues de la réalité sociale. Ce d'autant plus quand cette réalité sociale est en réalité fantasmée. Ce fantasme procède ici de trois éléments. Il se caractérise soit par la certitude erronée que la reconnaissance de l'intégration dans une seconde entreprise permet de rétablir le principe de participation (qui n'est pourtant pas écorné en raison de l'appartenance du salarié à son entreprise d'origine), soit par la conviction que l'entreprise n'est plus qu'horizontalité, autonome de tout employeur, soit par l'espérance que l'entreprise devienne une vaste communauté ouverte.

265. Une réalité sociologique fantasmée : le rétablissement du principe de participation. La notion d'intégration procède, dit-on, d'un « effet utile »¹¹⁵⁷ : si des salariés sont pris en compte dans la communauté de travail c'est avant tout pour leur permettre de participer à la

¹¹⁵⁵ J. DUPLAT, A la recherche des critères de l'intégration étroite et permanente : *SSL 2008*, n° 1375, p. 5.

¹¹⁵⁶ V. not. C. ATIAS et D. LINOTTE, Le mythe de l'adaptation du droit au fait : *D. 1977*, p. 251 s. V. aussi S. PELLE, La notion d'interdépendance contractuelle : *Dalloz 2007*, p. 7, n° 7 : « toute réalité sociologique ne doit pas nécessairement trouver une traduction juridique ».

¹¹⁵⁷ A. LYON-CAEN, Droit constitutionnel et participation et délimitation des collectivités de travail : *RDT 2007*, p. 84 s., spéc. p. 87.

détermination collective de leurs conditions de travail. C'est postuler deux choses, aussi fausses l'une que l'autre. C'est postuler, premièrement, que leur entreprise d'origine est économiquement inférieure à l'entreprise d'accueil, or nombre de prestataires sont de véritables partenaires industriels. C'est postuler, deuxièmement, que les salariés ne peuvent participer au sein de leur entreprise d'origine, or ils disposent déjà d'une prise en compte et d'une représentation au sein de celle-ci¹¹⁵⁸. L'opération de mise à disposition ne doit pas être « idéalisée »¹¹⁵⁹ : il n'est pas besoin de reconnaître plus que ce qui est rendu nécessaire par l'exécution matérielle de la prestation de travail dans un lieu autre que celui de l'entreprise d'origine (ex. règles d'hygiène et de sécurité, direction du salarié par l'employeur de l'entreprise d'accueil...). Ni l'existence ni les droits du salarié mis à disposition et intégré ne sont niés puisqu'il n'est pas, *contrairement à l'apatride* en droit international privé, dépourvu de toute appartenance et de reconnaissance : il reste rattaché à son entreprise, l'entreprise d'origine.

266. Une réalité sociologique fantasmée : l'entreprise horizontale. La notion d'intégration marque un aplanissement regrettable de l'entreprise. Rattacher un salarié à une entreprise par l'intégration, par concurrence ou par préférence à l'appartenance, renvoie à une vision horizontale de l'entreprise, autonome de tout employeur, donc à une simple communauté dont le propre est de n'être pas nécessairement organisée¹¹⁶⁰. En effet, le salarié mis à disposition s'intègre, selon la formule même du juge, non pas dans l'entreprise mais dans la « *communauté de travail* » de celle-ci. Ce faisant, l'inclusion du salarié dans l'entreprise se fait par référence aux autres salariés déjà présents dans l'entreprise, indépendamment de la figure de l'employeur qui n'est pas commun, dans une telle configuration, à tous les salariés. Faire la part belle aux conditions de travail communes plutôt qu'à l'employeur commun, c'est céder à une dynamique horizontale qui évince la

¹¹⁵⁸ P. MORVAN, Décompte des salariés mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice : *JCP S* 2006, 1477.

¹¹⁵⁹ P. MORVAN, Décompte des salariés mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice : *JCP S* 2006, 1477.

¹¹⁶⁰ Pour des exemples de communautés qui ne sont pas organisées (et qui, selon l'auteur, engendrent tout de même du droit), v. O. von GIERKE, *Privatrecht*, 1er : *Duncker & Humblot* 1895, p. 142 et 166, cité et traduit par G. GURVITCH, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle* : Paris 1932, rééd. *Scientia Verlag Aalen* 1972, p. 540.

référence de l'employeur, pourtant partie au contrat de travail et figure incontournable puisque détenteur du pouvoir et débiteur des obligations.

267. Une réalité sociologique fantasmée : l'entreprise hypertrophiée. Si la démarche d'inclusion dans l'entreprise de salariés extérieurs à celle-ci est à l'origine vertueuse, en ce qu'elle vise à reconstruire de bonne foi la collectivité de travail autour d'une référence commune, elle semble, avec le temps et une construction jurisprudentielle évolutive, avoir dérivé vers une logique d'*inclusion-pour-principe*, qui a pour effet de rattacher, de manière « poussive », un salarié à une entreprise en raison d'éléments purement factuels et proximaux (que l'on trouve ensuite à juridiciser). La peur de l'exclusion, qui mène à inclure des éléments extérieurs à l'entreprise du seul fait qu'ils y interviennent, nonobstant le fait qu'ils s'intègrent dans les faits « très imparfaitement à la communauté de travail »¹¹⁶¹, est doublement irrationnelle.

Cette peur de l'exclusion est en premier lieu irrationnelle en ce que les salariés extérieurs ne sont pas en marge de l'Entreprise. Ils *appartiennent à l'entreprise d'origine* (c'est l'essence même de l'opération de mise à disposition) et ils *peuvent appartenir un jour à l'entreprise d'accueil* qui n'est pas une entité fermée (on peut y entrer par la conclusion d'un contrat de travail).

Cette peur de l'exclusion est en second lieu irrationnelle en ce que l'exclusion est naturelle à tout groupe¹¹⁶². Toute différence n'est pas discrimination à combattre. Le juriste, surtout en ce qu'il fait et manipule des notions, donc des régimes, ne peut tenir les frontières pour aberrations. Il doit résister, surtout à une période où l'on cultive « l'homme en soi »¹¹⁶³, à la tentation de dévaluer les appartenances juridiques. Le travailliste, plus particulièrement, doit

¹¹⁶¹ P. MORVAN, Décompte des salariés mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice : *JCP S* 2006, 1477.

¹¹⁶² D. SCHNAPPER, La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation : *Gallimard 1994*, p. 106, à propos de la nation : « *en incluant et en intégrant les uns, la nation exclut les autres, que l'inclusion des premiers implique l'inclusion des seconds, que l'identité collectives des nationaux se définit par l'altérité des étrangers. C'est le principe de tout groupe* ».

¹¹⁶³ Y. LEQUETTE, La nationalité française dévaluée, in Mél. F. Terré : *Dalloz-PUF 1999*, p. 349 s., spéc. p. 350.

se garder, au nom d'une réalité que l'on dit « concrète »¹¹⁶⁴ de remettre en cause la distinction existante entre salariés de l'entreprise et salariés extérieurs, au risque de perdre définitivement le sens d'une entreprise déjà ballotée par les nouvelles technologies et les nouveaux modes d'organisation du travail¹¹⁶⁵. A trop vouloir embrasser la réalité, le risque est de mal êtreindre, et plus précisément de décaler sans fin le curseur du rattachement. Si ce curseur est aujourd'hui matérialisé par l'intégration étroite et permanente, une notion déjà en elle-même excluante des salariés *ex situ* et intervenants ponctuels, par quoi pourra-t-il être remplacé demain ? Jusqu'où fixer la limite de l'entreprise et pourquoi ne pas, à terme, inclure dans une communauté de travail à la plasticité commode *tout* prestataire œuvrant à un moment donné dans l'entreprise ? Il nous semble que l'entreprise ne peut être un groupement béant, prêt à accueillir tous ceux qui en passent la porte. Il n'y a pas, selon nous, d'universalisation possible de l'appartenance à l'entreprise. Inclure est nécessairement exclure : il n'existe pas et il ne peut exister de « salarié du monde »¹¹⁶⁶. La peur d'exclure des éléments extérieurs à l'entreprise d'accueil (qui ne sont pourtant pas extérieurs à l'Entreprise), peut mener, outre à une grande insécurité juridique, à une entreprise hypertrophiée qui inclurait prodigieusement des éléments sans autre référence commune¹¹⁶⁷ que de vagues conditions de travail communes dont on ne sait avec précision ce qu'elles désignent en réalité.

¹¹⁶⁴ P. SARGOS, La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise, in COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2004, La vérité : *Doc. fr. 2004, p. 109 s., spéc. p. 111.*

¹¹⁶⁵ Sur la dilution des frontières spatiales et temporelles de l'entreprise, v. P.-Y. VERKINDT, L'entreprise, in Les notions fondamentales du droit du travail : *EPA 2009, p. 43 s.*

¹¹⁶⁶ On retrouve ici dans une certaine mesure (et quelque peu transposé) les débats qui ont agité les notions de citoyenneté et de nationalité ainsi que les diverses conceptions (formelle, active, passive, identitaire...) théoriques qui se sont succédées en matière de citoyenneté (v. F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES : Droit de la nationalité et des étrangers : *PUF 2015, p. 30 s., n° 37*).

¹¹⁶⁷ *Rappr.* D. SCHNAPPER, La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation : *Gallimard 1994*. L'auteur revient sur le concept de socialisation qui passe par l'acquisition d'un commun : valeurs communes, comportement commun. L'appartenance et le sentiment national naît de cette intériorisation des connaissances, des normes et des valeurs communes, (p. 40-41).

2. Une activité commune fantasmée

268. Lien entre intégration du salarié et poursuite d'une activité commune. Dans sa construction jurisprudentielle qui l'a menée de la recherche d'une subordination de fait à la recherche d'une intégration étroite et permanente, la Cour de cassation semble avoir toujours poursuivi, en vérité, un même critère : l'activité économique de l'entreprise, supposément commune aux salariés et à l'employeur. N'évoque-t-elle pas « *l'intégration étroite et permanente aux activités de l'entreprise*¹¹⁶⁸ » ? Au mitan de sa construction, elle se cantonnait à rechercher la participation du salarié aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise¹¹⁶⁹. Elle a aujourd'hui ouvert la participation à toute tâche même non essentielle ou nécessaire à l'activité de l'entreprise. « *L'existence de conditions de travail pour partie communes résulte de la participation à une opération dans les locaux de l'entreprise utilisatrice* »¹¹⁷⁰. En filigrane apparaissent donc les contours de la notion d'intégration étroite et permanente : elle se rattache à l'idée d'activité professionnelle commune. Cette activité, qui est organisée en vue d'atteindre un même objectif économique, domine d'ailleurs la notion d'effectif de l'entreprise¹¹⁷¹. Il a d'ailleurs pu être soutenu que la participation à une finalité commune, l'activité économique, était finalement ce qui était poursuivi par le contrat de travail¹¹⁷² et ce qui en constituait l'objet¹¹⁷³. Dans une telle acception, le salarié (extérieur à l'entreprise, comme lié par contrat avec celle-ci) est un

¹¹⁶⁸ COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2008, Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation : *Doc. fr. 2009*, p. 242 (nous soulignons).

¹¹⁶⁹ J. DUPLAT, A la recherche des critères de l'intégration étroite et permanente : *SSL 2008*, n° 1375, p. 7 : « *A l'origine, la communauté de travail ne peut exister que parce que les salariés mis à disposition participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise* ».

¹¹⁷⁰ COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2008, Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation : *Doc. fr. 2009*, p. 242.

¹¹⁷¹ C. SACHS-DURAND, Les seuils d'effectif en droit du travail : *LGDJ 1985*, p. 21.

¹¹⁷² G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne : *LGDJ 1951*, p. 301, n°136 ; C. RADE, Des critères du contrat de travail : *Dr. soc. 2013*, p. 202 s., spéc. p. 207 : « *le contrat de travail est le moyen de réaliser un projet économique commun (...). Pour y parvenir, le travailleur accepte son temps à l'activité économique de son employeur qui devient, par là même, également la sienne ; il va alors se fondre dans son « entreprise »* ».

¹¹⁷³ G. DUCHANGE, Le prêt de main-d'œuvre : *JCP S 2017*, 1322 ; Réflexions sur l'objet du contrat de travail, in Mél. B. Teyssié : *LexisNexis 2019*, p. 145 s., spéc. p. 151 s.

« apporteur en industrie »¹¹⁷⁴ et l'activité économique de son employeur devient la sienne¹¹⁷⁵.

A notre sens, l'activité n'est pas une fin commune aux différents membres de l'entreprise et cette conception qui procède là encore d'un fantasme doit être combattue.

269. Dissociation entre activité économique de l'entreprise et contrat de travail. La dissociation entre contrat de travail et activité économique de l'entreprise doit être fermement établie : *l'activité n'est pas une fin commune aux différents membres de l'entreprise*. Le contenu obligationnel du contrat de travail ne postule pas, de la part du salarié, sauf clauses contraires, la poursuite de l'activité économique de l'entreprise. Autrement dit, il n'y a d'interdépendance contractuelle, reposant sur l'imbrication d'une pluralité de contrats en vue de réaliser une opération globale¹¹⁷⁶, ni entre le contrat de travail du salarié et entre les autres contrats (au premier rang desquels les contrats de prestation de service) permettant à l'entrepreneur d'assurer son activité économique ni entre les différents contrats de travail des salariés. Dans l'entreprise, si un ou plusieurs contrats de travail disparaissent, le tout ne disparaît pas : c'est le jeu de l'entreprise que de connaître entrées et sorties¹¹⁷⁷. Si le tout ne se réalise pas, les contrats ne perdent pas en tant que tels leur raison d'être : une cause économique devra être trouvée pour licencier le ou les salariés¹¹⁷⁸.

Si l'activité économique est bien la finalité et le critère de l'entreprise¹¹⁷⁹, la finalité première du contrat de travail est, quant à elle, la fourniture de la prestation de travail¹¹⁸⁰. C'est à l'employeur d'adapter sa masse salariale, dans son volume et dans son interdépendance, pour parvenir à ses fins économiques. Quant au salarié, il ne lui est pas demandé *plus* que la

¹¹⁷⁴ G. DUCHANGE, Réflexions sur l'objet du contrat de travail, in Mél. B. Teyssié : *LexisNexis 2019*, p. 145 s., spéc. p. 150.

¹¹⁷⁵ C. RADE, Des critères du contrat de travail : *Dr. soc. 2013*, p. 202 s., spéc. p. 207.

¹¹⁷⁶ Sur la notion d'interdépendance contractuelle, v. S. PELLE, La notion d'interdépendance contractuelle : *Dalloz 2007*, spéc. p. 17 s., n° 17.

¹¹⁷⁷ Sur ce point et sur l'absence de solidarité organique dans l'entreprise, v. *infra* n° 497.

¹¹⁷⁸ Sur les effets de l'interdépendance contractuelle, v. S. PELLE, La notion d'interdépendance contractuelle : *Dalloz 2007*, p. 164, n° 189.

¹¹⁷⁹ Sur l'activité économique, critère de l'entreprise, v. J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé : *PUF 2013*, 2^{ème} éd., p. 100 s., n° 15.

¹¹⁸⁰ F. BOUSEZ, La prestation, in Les notions fondamentales du droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *EPA 2009*, p. 149 s.

fourniture de sa prestation de travail. Le salarié n'est, en effet, pas contractuellement tenu d'aller au-delà de cette fourniture. Il ne peut ni travailler au-delà de la charge de travail qui lui est confiée¹¹⁸¹, ni travailler de lui-même sans être en état de le faire¹¹⁸², ni se substituer aux choix de gestion de l'employeur¹¹⁸³.

Sauf insertion de clauses de variation, l'objet du contrat de travail ne doit pas être idéalisé et la contrepartie attendue de l'employeur ne doit pas être fantasmée. *Le salarié doit diligence et non performance*. Ainsi, l'obligation de diligence mise à la charge du salarié ne peut être assimilée, en elle-même, à une obligation de performance¹¹⁸⁴. *Également, le salarié doit exécution et non collaboration*. Ainsi, si le salarié doit évidemment être consciencieux dans l'accomplissement matériel de sa prestation de travail, il n'a pas à dépasser celle-ci et à aller au-delà de ce qui est attendu d'un « ouvrier moyen »¹¹⁸⁵. Le « zèle pour la chose commune »¹¹⁸⁶ est, en réalité, réservé à une figure particulière de salarié : celle du salarié coopérateur¹¹⁸⁷. Un cas illustre bien cette dissociation entre activité de l'entreprise et mise en œuvre du contrat de travail. On sait que le principe de stricte proportionnalité s'applique au salaire du salarié gréviste¹¹⁸⁸ ; or, la réduction du salaire ne peut aller jusqu'à inclure le temps de ralentissement et de redémarrage des machines consécutif à l'arrêt collectif de travail, qui est pourtant un temps improductif pour l'entreprise. Ces heures, bien qu'improductives, doivent être payées puisque le salarié qui redémarre les machines ou

¹¹⁸¹ Les heures supplémentaires réalisées à l'initiative du salarié ne peuvent être légitimes que si le salarié établit que la charge de travail qui lui était confiée nécessitait bien la réalisation d'heures supplémentaires (Soc. 14 nov. 2018 : pourvoi n° 17-20.659, Bull. V, à paraître).

¹¹⁸² Soc. 31 mai 1957 : *Dr. soc.* 1956, p. 489. – Soc. 12 oct. 2017 : pourvoi n° 16-18.836, inédit.

¹¹⁸³ A propos d'une embauche, par un salarié, d'un « extra » afin d'absorber la grande affluence de la clientèle, v. CA Dijon 5 mai 2011 : RG n° 10/00527 : « *Qu'en se substituant à son employeur, auquel elle n'a pas même fait part du problème préalablement, et en décidant, de sa propre initiative de faire appel à un personnel supplémentaire, [la salariée] a manqué à ses obligations contractuelles* », ce qui justifiait, entre autres griefs, le licenciement.

¹¹⁸⁴ F. BOUSEZ et M. MOREAU, Performance et relations individuelles de travail : *JCP E* 1997, 654.

¹¹⁸⁵ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, obs. sous Civ. 27 novembre 1958 : *RTD civ.* 1959, p. 732.

¹¹⁸⁶ R. SAINT-ALARY et P. LE BERRE, Fasc. 168-10 : Sociétés coopératives. Généralités : *Jcl Sociétés Traité* 2017, n° 159.

¹¹⁸⁷ V. *infra* n° 568.

¹¹⁸⁸ V. *supra* n° 135 et v. *infra* n° 359.

attend qu'elles redémarrent exécute bien son contrat de travail¹¹⁸⁹. « Depuis un arrêt de 1988, la Cour de cassation assimile au travail la présence du personnel qui arrête ou réactive les équipements, même si l'entreprise ne produit rien »¹¹⁹⁰. Le même temps est donc à la fois improductif pour l'entreprise et rémunérateur pour le salarié.

Il peut être faussement pensé que salarié et employeur poursuivent une *activité commune* et cela en raison de la logique marchande que salarié comme employeur poursuivent. On peut être tenté de croire, vu que ces derniers évoluent tous deux dans une même entreprise et qu'ils interviennent tous deux, dans les faits, dans le processus de production d'un bien ayant une valeur économique¹¹⁹¹, qu'il s'agit d'une logique identique ; ce serait oublier qu'ils ne poursuivent pas la même logique marchande. Le salarié n'a en principe pas d'intérêt particulier, sauf dispositif d'intéressement ou participation, au développement de l'activité poursuivie par l'entreprise. Si employeur et salariés embauchés par contrat à durée indéterminée (forme normale de la relation de travail¹¹⁹²) sont ensemble « concernés par le fonctionnement pérenne de l'entreprise »¹¹⁹³, il ne faut pas exagérer cette circonstance qui ne constitue aucunement la *cause objective de l'engagement du salarié*. De l'étude du droit positif naît la certitude que le salarié ne cherche pas, en soi, la réalisation de l'activité économique de l'entreprise. Il ne sera pas sanctionné de ne pas travailler autant que son effort – ou ses capacités – lui permettrait (l'insuffisance de résultats n'est d'ailleurs plus une cause autonome de rupture du contrat de travail). A l'inverse, il pourra être sanctionné d'avoir voulu s'estimer juge du volume et de la nature du travail que lui ou le reste du collectif de travail devrait fournir. Cette dissociation entre l'activité économique et le contrat de travail ne bénéficie pas qu'au salarié. Elle respecte autant les causes objectives des engagements respectifs du salarié et de l'employeur. Si le salarié, soustrait en principe aux

¹¹⁸⁹ Soc. 4 févr. 1988 : pourvoi n° 84-43.429, Bull. V, n° 91. Sauf éventuellement en cas d'abus du droit de grève (Soc. 7 janvier 1988 : pourvoi n° 84-42.448, Bull. V, n° 10. – Soc. 10 juill. 1991 : pourvoi n° 89-43.147, Bull. V, n° 349). Sur les réductions de salaires dépassant la stricte proportionnalité car intervenant sur le fondement de l'abus, v. E. PESKINE, C. WOLMARK, Droit du travail 2021 : *Dalloz 2020*, 14^{ème} éd., p. 528, n° 905.

¹¹⁹⁰ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*, p. 53, n° 31.

¹¹⁹¹ V. pour une illustration Soc. 3 juin 2009 : pourvoi n° 08-40.981, Bull. V, n° 141.

¹¹⁹² C. trav. art. L. 1221-2.

¹¹⁹³ L. PECAUT-RIVOLIER, Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique : *RDT 2014*, p. 101 s. spéc. p. 105.

risques et aux bénéfiques de l'entreprise, n'a pas à faire preuve de zèle, il est tout autant empêché, en principe, de prendre des initiatives qui engageraient la responsabilité de l'employeur et le patrimoine de ce dernier. La dissociation entre activité et contrat de travail peut être résumée d'un double aphorisme : *Qui profite doit seul poursuivre ; qui n'assume ne mise*. La cause objective de l'engagement du salarié (aujourd'hui appelée contrepartie), est donc de fournir la prestation convenue, telle que déterminée par l'employeur, et non de réaliser, de concert avec ce dernier, l'activité de l'entreprise.

La tentation pourrait être de rétorquer, à cette dissociation entre contrat de travail et activité économique, que le salarié est directement intéressé à la poursuite de son contrat de travail et qu'il a pour cela concrètement intérêt à ce que l'activité de l'entreprise soit florissante. La possibilité d'être licencié économiquement pourrait démontrer que le salarié est exposé aux aléas de l'entreprise¹¹⁹⁴. Cet argument repose sur le mythe du lien entre activité économique de l'entreprise et contrat de travail, bien plus que sur une réalité. C'est en effet oublier qu'activité économique et poursuite du contrat de travail ne sont pas liées en tant que telles et que le second ne dépend pas juridiquement de la première. Le chef d'entreprise n'est-il pas libre, dans le cadre de sa liberté d'entreprendre, de mettre un terme à son activité¹¹⁹⁵ ? La cessation d'activité ne constitue-t-elle pas en principe un motif autonome de licenciement¹¹⁹⁶ ? Le groupe étranger en bonne santé financière n'est-il pas libre, sauf fraude, de « sacrifier » sa filiale française et d'en licencier les salariés¹¹⁹⁷ ? La seule véritable obligation pesant sur certains employeurs, dans le cas d'entreprise de plus de mille salariés, réside dans l'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement¹¹⁹⁸.

270. Généralisation de la théorie de « l'employeur seul juge ». Cette dissociation entre activité économique et contrat de travail, qui explique qu'une mauvaise organisation du travail ne puisse être reprochée au salarié (protection du salarié) et que le salarié ne puisse

¹¹⁹⁴ G. LYON-CAEN, Les travailleurs et les risques économiques : *D. 1974, chron. XI, p. 47 s.*

¹¹⁹⁵ v. P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA, A. ROUX, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel : *Dalloz 2018, 19^{ème} éd., n° 42, spéc. p. 635-636.*

¹¹⁹⁶ Soc. 16 janvier 2001 : pourvoi n° 98-44.647, Bull. V, n° 10 (sauf faute de l'employeur ou légèreté blâmable).

¹¹⁹⁷ P. LOKIEC, Droit du travail : *PUF 2019, p. 266, n° 253.*

¹¹⁹⁸ C. trav., art. L. 1233-57-9 s.

interférer dans les choix de gestion de l'employeur (protection de l'employeur), s'explique, selon nous, par la théorie dite de « l'employeur seul juge ». Cette théorie, traditionnellement appliquée dans les rapports employeur/juge¹¹⁹⁹, doit à notre sens être déclinée dans les rapports employeur/salarié(s) et donc généralisée. Elle implique qu'il est interdit au salarié de se substituer à l'employeur dans les choix de gestion de l'activité. Cette interdiction peut être rattachée à la liberté d'entreprendre¹²⁰⁰ (dans son volet exercice), laquelle impose une liberté dans les choix de gestion des entreprises¹²⁰¹. En droit du travail, l'entreprise n'est pas « cachée sous la propriété », pour reprendre l'expression de RIPERT¹²⁰², mais sous une autre valeur constitutionnelle : la liberté. Partant, l'économie du contrat de travail n'est, pour nous, pas uniquement *l'attribution, à tous les stades de la vie du contrat, des risques au pouvoir*¹²⁰³

¹¹⁹⁹ V. par ex. Ass. Plén. 8 déc. 2000 : pourvoi n° 97-44.219, Bull. AP, n° 11.

¹²⁰⁰ Le fondement de la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. (Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132, DC : *JORF*, 17 janv. 1982, p. 299. – Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715, DC : *JORF*, 7 août 2015, p. 13616 ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA, A. ROUX, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel : *Dalloz 2018*, 19^{ème} éd., n° 42, p. 612 s.).

¹²⁰¹ P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA, A. ROUX, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel : *Dalloz 2018*, 19^{ème} éd., n° 42, pp. 632-633.

¹²⁰² G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne : *LGDJ 1951*, p. 268, n° 120.

¹²⁰³ T. PASQUIER, L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel : *LGDJ 2010*. L'auteur expose que le salarié est soumis à la volonté de l'employeur et en contrepartie soustrait aux risques de l'activité, et par là protégé. (V. déjà pour cette idée en sciences économiques la théorie développée par Knight dans son ouvrage de 1921 intitulé *Risk, Uncertainty and Profit*, issu de sa thèse « A theory of Business Profit », selon laquelle l'existence des firmes est directement liée à l'incertitude : l'entrepreneur qui prend des décisions dans un environnement incertain générant des risques non assurables a droit au profit ; *a contrario* le salarié a droit à un salaire fixe qui le protège des risques.)

En effet, en dehors d'une analyse macrojuridique selon laquelle le salarié est indirectement soumis aux risques de l'activité par la perte de son emploi causée par les difficultés que connaîtrait une entreprise, le seul risque juridiquement et classiquement supporté par le salarié (sauf insertion de clause de transfert des risques de type clauses de variation), est, en qualité de créancier contractuel, est l'insolvabilité de son employeur. Ce risque est par ailleurs tempéré par certains mécanismes de sûretés (C. trav., art. L. 3253-1 s.) et le dispositif AGS (C. trav., art. L. 3253-6 s.). Cette thèse, selon nous exacte, selon laquelle le salarié est en principe protégé de tout risque a été discutée (v. par ex. G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne : *LGDJ 1951*, p. 265 s., spéc. p. 316 : « *Capital et travail courent pareillement les risques de l'entreprise* ») et le reste d'ailleurs encore de nos jours (v. par ex. la doctrine des salariés-parties constituantes de l'entreprise, au même titre que les

mais également et surtout *l'exclusion des salariés de la gestion*. C'est également selon nous que l'employeur est la seule autorité en matière de choix de gestion de l'entreprise¹²⁰⁴. Cela ne veut pas dire pour autant que les décisions de l'employeur ne doivent pas faire l'objet d'un contrôle. Les « métamorphoses du pouvoir » constatées par la doctrine à compter des années soixante (surtout le passage d'un pouvoir discrétionnaire à un pouvoir fonctionnel¹²⁰⁵) ne doivent pas être remises en cause. Dans notre acception, le contrat de travail est au moins autant une *convention de répartition des risques de l'activité* qu'une *convention d'exclusion de la gestion de l'activité*. L'« économie obligationnelle du contrat de travail »¹²⁰⁶ pourrait alors être ainsi déclinée : le salarié, qui est soustrait aux risques de l'activité, est, en contrepartie, évincé de la gestion de l'activité. Doit, en somme, et selon nous, être consacré le principe de « l'employeur seul juge » de la direction économique et de la direction des membres de l'entreprise¹²⁰⁷. La tendance contemporaine à « l'autonomie dans la subordination »¹²⁰⁸ ne doit pas conduire à remettre en cause ce qui constitue pour nous l'économie du contrat de travail.

271. Dérive de la gouvernance d'entreprise. Reconnaître que le salarié doive en cette qualité réaliser l'activité économique de l'entreprise, c'est lui attribuer une place qui n'est pas la sienne : celle de « collaborateur »¹²⁰⁹ de l'entreprise. Outre qu'une telle place est

actionnaires (C. CLERC, Sur la réforme de l'entreprise. L'objet social, objet de réforme sociale : *RDT 2018*, p. 107 s.).

¹²⁰⁴ A ce titre, le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises ne postule qu'une association des salariés à la gestion de l'entreprise, principalement réduite à un rôle de consultation, et non une co-gestion comme existant en droit allemand.

¹²⁰⁵ Sur ce point, v. A. SUPIOT, Les nouveaux visages de la subordination : *Dr. soc. 2000*, p. 131 s., spéc. p. 132 et 135.

¹²⁰⁶ T. PASQUIER, L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel : *LGDJ 2010*, p. 109.

¹²⁰⁷ Sur la distinction de ces deux prérogatives, v. A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, L'ordonnement des relations de travail : *D. 1998*, chron. p. 359 s., spéc. p. 363.

¹²⁰⁸ A. SUPIOT, Les nouveaux visages de la subordination : *Dr. soc. 2000*, p. 131 s., spéc. p. 133.

¹²⁰⁹ Ce terme doit en réalité être réservé aux travailleurs indépendants exerçant dans certaines structures, à l'instar de l'avocat collaborateur qui bénéficie d'une rétrocession d'honoraires consenties par les associés du cabinet. Sur la différence entre collaboration (applicable au travailleur indépendant intégré à une structure) et coordination (applicable au salarié), v. *infra* n° 542.

dénuée de positivité, comme on l'a vu par l'étude de l'objet du contrat de travail, cela revient à reconnaître au salarié une place, sinon similaire, du moins équivalente aux apporteurs de capitaux et aux instances dirigeantes *alors même qu'il n'investit ni ne dirige*.

On retrouve cette idée dans un courant (dit *stakeholder theory*) qui prône une nouvelle gouvernance d'entreprise et qui souhaite le décroisement du droit du travail et du droit des sociétés. Le salarié est alors appréhendé non comme un tiers au pacte sociétaire mais comme une véritable « partie prenante » de l'entreprise, c'est-à-dire un membre de l'entreprise au même titre que les actionnaires et les dirigeants¹²¹⁰. Ce courant incarne selon nous une dérive de la gouvernance de l'entreprise. Les seuls salariés parties prenantes d'une entreprise sont les salariés-associés des coopératives de production¹²¹¹. S'il ne s'agit pas de nier que les salariés des entreprises classiques contribuent au bon fonctionnement de l'entreprise, aux côtés d'acteurs internes (actionnaires, dirigeants) et d'acteurs extérieurs (fournisseurs, clients...), leur contribution est limitée au contenu obligationnel du contrat de travail et non à la bonne réalisation de l'activité économique. L'ordonnement des rôles dans l'entreprise découle d'un schéma simple (et devant le rester) : là où la personne physique ou morale (employeur) est tenue de réaliser l'objet pour lequel les apports ont été faits et là où le chef d'entreprise doit assurer une direction de l'entreprise compatible avec cet objet, les salariés ne sont pas tenus d'une telle réalisation.

Au-delà de la réception de la *stakeholder theory*, c'est d'un œil critique que l'on observe la question contemporaine des « métamorphoses du salariat » et les propositions conduisant à faire de la partie au contrat de travail un « salarié-partenaire »¹²¹² ou à repenser la relation de travail autour du triptyque « participation-coopération-responsabilisation »¹²¹³. La place

¹²¹⁰ Sur cette théorie, v. P. LOKIEC, *Droit du travail : PUF 2019, p. 758, n° 784*. V. égal. I. DESBARATS, *La RSE : les salariés comme parties prenantes de l'entreprise, in La place des salariés dans l'entreprise : Mare & Martin 2019, p. 177*. V. même, pour l'idée selon laquelle les salariés sont parties constituantes de l'entreprise, C. CLERC, *Sur la réforme de l'entreprise. L'objet social, objet de réforme sociale : RDT 2018, p. 107 s.*

¹²¹¹ T. PASQUIER, *Le salariat dans les Scop. Auscultation d'une utopie concrète, in La place des salariés dans l'entreprise : Mare & Martin 2019, p. 221 s., spéc. p. 228*. V. *infra* n° 567 s.

¹²¹² F. MEYER et C. SACHS-DURAND, *L'évolution du rapport salarial, in Etudes H. Sinay : P. Lang 1994, p. 369 s., spéc. p. 372*.

¹²¹³ C. NEAU-LEDUC, *La coopération et la participation en droit du travail, in La cause en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : EPA 2013, p. 253 s., spéc. p. 261*.

du travail (et des salariés) dans l'entreprise résulte du double mouvement, convergent et logique, suivant : l'employeur ne peut demander à ce que le travail du salarié soit exécuté conformément à l'objet de l'activité, pas plus que le salarié peut rechercher de lui-même la réalisation de l'activité. Il n'existe, en effet, pas de standard lié aux besoins de l'activité de l'entreprise qui permettrait à l'employeur d'excéder conjoncturellement, pour des « bonnes raisons », son pouvoir – il ne peut exiger du salarié de « coup de main »¹²¹⁴ – et qui permettrait au salarié de dépasser ponctuellement le travail, pour des « bonnes raisons », tel que circonscrit par l'employeur – il ne peut faire de zèle¹²¹⁵. Ni l'employeur ni le salarié ne peuvent se prévaloir d'un dépassement *vertueux* du contrat justifié par les besoins de l'activité poursuivie par l'entreprise. Il n'y a pas de poursuite du « bien commun » dans l'entreprise¹²¹⁶.

Faire du salarié mis à disposition une partie prenante de l'entreprise (d'accueil) du seul fait de sa participation concrète à l'activité de cette entreprise repose sur la croyance d'une activité commune aux différents membres de l'entreprise. Or, cette activité commune n'existe pas : la généralisation de la théorie de l'employeur seul juge l'a démontrée. Par conséquent, voilà une autre raison qui justifie que l'intégration (par la contribution présente à l'activité commune) ne *doit pas être une deuxième forme* (donc autonome) d'appartenance du salarié à l'entreprise.

Séduisante de prime abord, la prise en compte de données réelles et concrètes, qui permettent d'établir cette intégration et d'en tirer des conséquences, ne doit pas triompher en droit

¹²¹⁴ *Contra.* S. MAILLARD-PINON, « Contrat de travail : modification » : *Rép. trav. Dalloz 2019*, n° 82 : « Il ne saurait en effet être reproché à l'employeur de demander, à titre exceptionnel, un « coup de main » à un salarié pour effectuer ponctuellement une tâche radicalement différente de la sienne et éventuellement pallier l'absence d'un collègue ». Notre interprétation de l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 24 janvier 2007 (pourvoi n° 05-42.980, inédit) diverge de celle-ci. A notre sens, l'employeur ne peut changer la tâche d'un salarié que si elle correspond à sa qualification, ce qui en pratique limite, sinon empêche, tout coup de main, même en cas d'urgence conjoncturelle. Ainsi, un veilleur de nuit est en droit de refuser de dresser la table du petit déjeuner des clients (Soc. 24 janv. 2001 : pourvoi n° 99-40.596, inédit).

¹²¹⁵ V. *supra* n° 269.

¹²¹⁶ Pour une conception différente, v. S. VAN DER VLIST, La participation des salariés à la direction de l'entreprise, étude critique : *thèse dactyl. Paris II 2019*.

sociale comme elle tend à l'emporter en droit de la nationalité¹²¹⁷. La figure de l'« icissien »¹²¹⁸, qui n'attache, pour déterminer un rattachement, de l'importance qu'à la « présence ici »¹²¹⁹ de l'individu, ne doit pas plus l'emporter en droit social qu'en droit de la nationalité. Une seconde forme d'appartenance à l'entreprise, proximale, détachée du contrat de travail et communautaire, qui prendrait naissance dans la seule intégration du travailleur à une communauté de travail peut et doit, à l'aune de notre définition et de notre construction de l'appartenance du salarié à l'entreprise, être fermement repoussée¹²²⁰.

272. Conclusion de section. L'intégration du salarié à l'entreprise d'accueil, même étroite et permanente, n'est pas un rattachement autonome à cette entreprise. Bien qu'il n'existe pas de qualité de salarié cristallisée en référence à *l'entreprise d'accueil*, le rattachement du salarié à l'entreprise d'accueil, qui trouve des traductions concrètes notamment dans l'inclusion dans les effectifs et l'électorat, dérive de l'appartenance primaire. Il n'y a donc pas, à proprement parler, de seconde appartenance à l'entreprise. La même et unique qualité de salarié est le mécanisme expliquant tant le rattachement à l'entreprise d'origine qu'à l'entreprise d'accueil. Le second est, par rapport à l'appartenance primaire et eu égard à ses effets limités, un rattachement imparfait trouvant à s'expliquer par une dérivation. Il est d'ailleurs souhaitable qu'il n'y ait pas une telle seconde forme d'appartenance à l'entreprise.

273. Conclusion de chapitre. Le salarié mis à disposition, qui exécute son contrat de travail de façon atypique, ne détient qu'une seule qualité de salarié, cristallisée en référence à l'entreprise d'origine. Pourtant, il entre dans l'entreprise d'accueil et a vocation à en faire partie. Nous avons démontré que, même en présence d'une intégration étroite et permanente

¹²¹⁷ V. par ex. E. PATAUT, note sous CJUE 29 mars 2012 aff. C-7/10 et 9-10 : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 917 s., spéc. p. 929.

¹²¹⁸ Y. LEQUETTE, *Réflexions sur la nationalité française : Cahiers du cons. constit.* 2008, n° 23, en ligne <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/reflexions-sur-la-nationalite-francaise>.

¹²¹⁹ F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES : *Droit de la nationalité et des étrangers : PUF* 2015, p. 45, n° 59.

¹²²⁰ Ce serait revenir à une conception allemande de l'appartenance à l'entreprise, une appartenance de fait (Tatbestand) qui saisit la relation de travail comme une situation d'appartenance personnelle à une communauté. Sur cette question, v. A. SUPIOT, *Critique du droit du travail : PUF* 2015, p. 17 s.

du salarié à la communauté de travail de l'entreprise, nous n'assistions pas au retour d'une *appartenance de fait*, fondée sur le travail ou la présence, qui entrerait en contradiction avec l'appartenance telle que définie jusqu'à présent. Si la mise à disposition du salarié ne fait certes jouer qu'une seule qualité de salarié (cristallisée en référence à l'entreprise d'origine) le rattachement du salarié mis à disposition à l'entreprise d'accueil s'explique justement par cette qualité préalable, de telle sorte que nous ne sommes pas en présence d'une deuxième appartenance, concurrente à l'appartenance à l'entreprise d'origine, qui est une appartenance primaire, mais d'une *appartenance dérivée* de cette dernière.

274. Conclusion de titre. Il a été vu, au cours du précédent titre, que l'appartenance du salarié à l'entreprise, expression de droit positif, se distingue du travail exécuté par le salarié. Ce constat préalablement effectué, les premiers contours de l'appartenance à l'entreprise ont pu être dessinés en raisonnant *a contrario* par rapport à la prestation de travail ; en était particulièrement ressorti le fondement contractuel de l'appartenance du salarié à l'entreprise. Le contrat de travail a ici une fonction constitutive et crée une appartenance du salarié à l'entreprise qui ne lui préexistait pas¹²²¹. Mais il restait à définir positivement cette appartenance et à préciser quel mécanisme expliquait le rattachement du salarié à l'entreprise. On ne pouvait énoncer, dans le même temps et sans plus de précisions, que la prestation caractéristique du contrat de travail était indifférente et invoquer ensuite ce même contrat pour seule explication du rattachement entre le salarié et l'entreprise. Dans le cadre d'une exécution typique du contrat de travail, à savoir que l'employeur a effectivement vocation à bénéficier du travail du salarié, le rattachement du salarié à l'entreprise a été conceptualisé par la détention de la qualité de salarié. Cette qualité, issue du contrat mais ne se confondant pas avec le lien de droit, renvoie à la reconnaissance d'une place objective, directe et immédiate. *Celui qui détient une telle qualité appartient à l'entreprise*. Ce rattachement, nécessairement objectif et prenant appui sur la reconnaissance d'une manière d'être de la personne, rend sans objet et sans pertinence toute recherche d'autres critères de rattachement, et notamment de critères positif (la réalisation d'un travail) ou volontaire (la manifestation d'une volonté de participer). Pour le dire autrement, la simple détention de la qualité de salarié suffit à rattacher le salarié à l'entreprise. Le rattachement envisagé n'était à ce stade qu'une appartenance primaire entre le salarié et *son* entreprise, donc son entreprise d'origine. Or, selon l'expression de droit positif, l'appartenance du salarié est à l'entreprise. Dès lors, l'appartenance juridique devait aussi se penser dans le cadre d'une exécution atypique du contrat de travail, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une mise à disposition, au cours de laquelle l'employeur n'a plus vocation à bénéficier directement du travail fourni par le salarié. Puisque la mise à disposition se caractérise par une seule qualité et qu'une seconde qualité de salarié cristallisée cette fois en référence à l'entreprise d'accueil fait défaut, il aurait pu être soutenu soit que le salarié n'était pas rattaché à l'entreprise d'accueil, soit que la

¹²²¹ Contrairement à ce qui existe dans des groupes naturels comme la famille, D. LOCHAK, L'appartenance saisie par le droit, in *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs étrangers* : Ed. *Maison des sciences de l'homme* 2004, p. 33 s.

conception retenue jusqu'à lors de l'appartenance à l'entreprise était incomplète ou obsolète. C'est une réponse médiane que nous formulons : le rattachement du salarié mis à disposition à l'entreprise d'accueil existe bel et bien, mais il n'est pas une seconde forme d'appartenance (autonome) à l'entreprise. L'appartenance à l'entreprise d'accueil n'est que *dérivée* de la détention de la qualité cristallisée en référence à l'entreprise d'origine, ce qui en explique d'ailleurs ses effets limités. En somme, appartenance primaire et appartenance dérivée reposent toutes deux sur un rattachement du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié.

275. Conclusion de partie. L'appartenance du salarié à l'entreprise possède une positivité. Expression de droit positif, elle se manifeste dans le contentieux relatif à l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Plutôt que de retenir une démarche purement conceptuelle, il a été fait le choix de partir de cette positivité et de construire ensuite, des premiers enseignements qu'on en a tirés, la notion. L'appartenance du salarié à l'entreprise est, dans ce contentieux relatif à l'assiette des cotisations de sécurité sociale, dissociée de la fourniture de la prestation de travail par le salarié. De cette dissociation découlera la construction de la notion. Afin de dégager ce qui fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise, une double démarche a été entreprise : une première, de démarcation. Une seconde de révélation. Démarcation d'abord. Puisque l'appartenance à l'entreprise se distingue de la fourniture du travail, il a fallu cerner « en négatif » ce que l'appartenance n'est pas. Même si elle a une nature contractuelle, elle n'est pas le *facio*, l'obligation individuelle de faire. Révélation ensuite. Il a fallu dépasser la démarche négative et définir cette fois-ci positivement ce qu'est l'appartenance à l'entreprise. Cela est revenu à révéler le mécanisme qui la fonde. Ce mécanisme, nécessairement contractuel, réside dans la détention de la qualité de salarié. La qualité de salarié, qui est la reconnaissance d'une place objective, directe et immédiate, peu important la volonté ou l'effort du travailleur, rend compte du rattachement à l'entreprise. *Celui qui détient une telle qualité appartient de ce seul fait à l'entreprise.* Cette qualité suffit à expliquer non seulement l'appartenance primaire, le rattachement du salarié à son entreprise d'origine, mais aussi l'appartenance dérivée, le rattachement du salarié mis à disposition de l'entreprise d'accueil. Dans l'hypothèse d'une exécution atypique du contrat de travail (travail exécuté pour une autre entreprise que son employeur), le salarié mis à disposition est quand même pris en compte par le droit positif dans l'entreprise d'accueil. S'il y est intégré de façon étroite et permanente (présence caractérisée), il sera décompté dans les effectifs et il pourra y voter. De ce fait, un rattachement est bel et bien reconnu. Ce rattachement ne consacre pas toutefois une seconde forme d'appartenance (autonome, distincte de la première ici développée) ; il ne s'agit que d'une dérivation de l'appartenance primaire à l'entreprise d'origine fondée sur la qualité de salarié qui préexiste à toute mise à disposition.

A l'issue du premier volet de cette étude, on sait désormais ce qui fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise. L'appartenance à l'entreprise, rattachement contractuel mais

indifférent à l'exécution de la prestation de travail, repose sur la qualité de salarié, ce qui la détermine objectivement. Reste à savoir ce qu'elle fonde.

Partie 2 : Ce que fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise

276. L'appartenance du salarié à l'entreprise, rattachement de celui-ci à celle-là, a été définie en référence à la qualité de salarié. Il nous est apparu que même dans le cas d'une exécution atypique du contrat de travail, c'est-à-dire lors d'une mise à disposition de personnel, la détention de la qualité de salarié, née du contrat de travail, explique l'appartenance du salarié à l'entreprise. Puisqu'il a été explicité ce que fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise, se pose à présent la question des conséquences juridiques de ce mode de rattachement. On serait tenté d'expliquer tout le droit du travail et tous les principaux dispositifs de protection que celui-ci génère au bénéfice du salarié par cette appartenance à l'entreprise. On pourrait penser que le salarié bénéficie d'une représentation, d'une négociation collective, d'un ordre public, d'un transfert légal de son contrat de travail, d'un reclassement, d'un droit de retour dans la société mère, d'une priorité de réembauche etc. parce qu'il est rattaché à l'entreprise. Il faut toutefois se garder d'une appréhension trop large de ce que fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise : doivent être isolées les conséquences juridiques qui sont strictement propres à la détention de la qualité de salarié, qui ne s'expliquent pas par le travail fourni par le salarié.

277. La qualité de salarié, parce qu'elle a une valeur autonome et qu'elle se caractérise par un caractère abstrait, porte en elle deux dimensions : une dimension autosuffisante et une dimension commune. Une dimension autosuffisante, d'abord, parce que la seule détention de cette qualité, indépendamment de l'exécution de la prestation caractéristique du contrat de travail, va générer à l'égard du salarié pris individuellement des effets juridiques. Ces effets s'expliquent par *la qualité même de salarié* (**Titre 1**). Si la qualité de salarié est autosuffisante dans tous les cas, s'agissant des salariés pris collectivement, seule sa dimension commune, par le partage de la qualité de salarié par les différents travailleurs de l'entreprise, génère à leur égard d'autres effets juridiques. Ces effets juridiques s'expliquent par *la même qualité de salarié* (**Titre 2**).

Titre 1 : En raison de la qualité même

278. La qualité de salarié, dont la détention fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise, possède une dimension autosuffisante : la seule détention de cette qualité, indépendamment de l'exécution de la prestation caractéristique du contrat de travail, génère à l'égard du salarié pris individuellement des effets juridiques. Ces effets s'expliquent par *la qualité même de salarié*. Que le salarié soit salarié unique d'une entreprise ou bien qu'il s'insère dans un collectif de travail constitué d'autres salariés, il n'en reste pas moins que de sa seule qualité deux effets peuvent être relevés qui ne s'expliquent pas par l'exécution du travail.

279. Le premier effet, impératif, a trait à la suspension de son contrat. Dans certaines situations, qui tendent à se développer, le salarié qui ne fournit pas sa prestation de travail et qui s'absente de l'entreprise ne verra pas son contrat de travail rompu. En raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise une situation de *suspension* du contrat de travail (*sui generis*) sera relevée. Puisque sa qualité de salarié demeure, le salarié *comptera en tant que tel*, nonobstant l'absence de travail (**Chapitre 1**).

280. Le second effet, facultatif, renvoie au versement d'une rémunération additionnelle. Le salarié pourra percevoir, si un acte juridique l'instaure, une rémunération supplémentaire à sa rémunération classique, qui ne s'explique pas par la fourniture de sa prestation de travail. En raison de sa qualité de salarié, le salarié *escomptera* une rémunération, nonobstant, en principe, la valeur de son propre travail (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La suspension

Compter en tant que tel

281. « *Le pathologique nous aidera à mieux comprendre le physiologique* »¹²²². Le mécanisme de suspension du contrat de travail participe de cette analyse du pathologique, toujours révélatrice de certaines limites d'une analyse classique. Une dissociation entre l'exécution du travail et l'existence du contrat de travail apparaît. Si la prestation de travail n'est pas due, le contrat est pourtant maintenu. La relative nouveauté de cette technique de pérennité du lien contractuel interpelle. Quelle est sa nature ? N'est-elle qu'un dérivé d'une notion connue ? Est-elle une notion autonome auquel un régime juridique commun est nécessairement associé¹²²³ ? Parce que l'identification de ce qu'est la suspension, donc de la notion, fait débat, la levée de ce doute est une nécessité (**Section 1**) avant la vérification que le fondement de cette technique est bien l'appartenance du salarié à l'entreprise (**Section 2**).

Section 1 : L'identification de la notion de suspension

282. La genèse de la suspension. La suspension du contrat a été acquise au terme d'une lente évolution. Son apparition a coïncidé avec les épisodes armés, de telle sorte qu'on a pu parler d'un véritable droit de la guerre. L'Ancien droit ne connaissait pas la suspension¹²²⁴ et

¹²²² E. DURKHEIM, *De la division du travail social* : PUF 1998, 5^{ème} éd., p. 8.

¹²²³ V. D. FENOUILLET, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?* : RDC 2011, p. 644, note 2.

¹²²⁴ Tout au plus peut-on relever dans le traité des obligations de POTHIER quelques développements sur le cas fortuit et la force majeure ainsi que l'évocation de la condition suspensive. Hormis ces deux cas, rien n'était dit sur la suspension du contrat en elle-même, cet état d'entre-deux, qui n'est ni franche résiliation, ni complète exécution (R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, in Œuvres complètes de Pothier* : Paris, Thomine et Fortic 1821, n° 668 s.).

le temps de la codification ne lui a guère été plus profitable¹²²⁵. La « naissance » de la suspension du contrat est l'œuvre combinée de la jurisprudence, qui lui a insufflé une logique, et du législateur travailliste qui a permis d'asseoir durablement la suspension¹²²⁶. Dès 1870, la jurisprudence s'est intéressée à l'exécution du contrat malmené par la guerre¹²²⁷. Mais la Cour de cassation, pour neutraliser l'exécution du contrat, louvoyait encore entre suspension et résolution. Ce n'est qu'à l'occasion de la Grande guerre que la suspension confirme son apparition en jurisprudence¹²²⁸, y compris à propos du contrat de travail¹²²⁹, jusqu'à devenir rapidement d'« *application courante* » selon certains¹²³⁰. À l'œuvre jurisprudentielle

¹²²⁵ Il fallait en effet insuffler de la prévisibilité et de la sécurité dans les rapports juridiques et placer l'exécution du contrat au centre du système contractuel (J.-J.-R. CAMBACERES, Discours préliminaire, 3^{ème} projet de Code civil : *Journal de légis. et jurisp. n° III, 1796, p. 35* ; D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations : *Economica 2007, p. 485*). Il était impossible, en l'état, pour la suspension de s'imposer entre la résolution et l'exécution. Il lui a fallu attendre des temps plus tourmentés.

¹²²⁶ Deux thèses se disputent le point de départ de la suspension. Selon Sarraute, dans ce qui fut probablement la première thèse consacrée au mécanisme de suspension du contrat, la suspension serait née de la jurisprudence (R. SARRAUTE, De la suspension dans l'exécution des contrats : *PUF 1929, not. p. 3*). LEBRET semblait plus réservé quant au rôle de la jurisprudence ; délaissant ses incertitudes, il préférerait se tourner vers la clarté de loi. La suspension aurait ainsi pris naissance dans l'œuvre législative travailliste du début du XX^{ème} siècle (J. LEBRET, Suspension et résolution des contrats : *Rev. crit. lég. juris. 1924, p. 581 s. et p. 597 s., spéc. p. 581*). Il est certain que la loi du 18 juillet 1901 relative au service militaire a été la première à recourir à la suspension du contrat de travail. Elle disposait qu'« *en matière de louage de services, si un patron, un employé ou un ouvrier est appelé sous les drapeaux comme réserviste ou territorial pour une période obligatoire d'instruction militaire, le contrat de travail ne peut être rompu à cause de ce fait* ».

¹²²⁷ Rennes, 9 mai 1871, *Deschamps c. Dano* : *D. P. 1872. 2. 211*. – Rouen, 5 juin 1871, *Milon c. Tilloy-Delaune* et comp. : *D. P. 1971. 2. 178*. – Rouen, 26 juin 1871 : *Rungeard et Cottard c. Gaillard* et comp. ; *D. P. 1972. 2. 177*. - Req. 13 fév. 1872 ; *D. P. 1972. 1. 187*. – Req. 7 mai 1872, *Moutet c/ Samuel* et a. ; *D. P. 1872. 1. 456*. Plus tardivement, entre la guerre de 1870 et la première guerre mondiale, V. Civ. 15 févr. 1888, *Sté Le Languedoc c. Guilhem* ; *D. P. 1888 I. 203*. – Civ. 7 juill. 1905, *Leduc c. Burlot* ; *D. P. 1908. 1. 75*.

¹²²⁸ R. SARRAUTE, De la suspension dans l'exécution des contrats : *PUF 1929, p. 25*. V. Caen, 24 févr. 1915, *Le Goadet c. Gosselin* ; *D. P. 1916. 2. 23*. – Trib. com. de la Seine, 15 juin 1915, *SA Carbonisation c. Saint-Gobain* : *D. P. 1916. 2. 24*

¹²²⁹ Bordeaux, 10 janv. 1917, *Aquitaine c. Ravand* : *G. P. 1916-1917, p. 46*. V. toutefois certains où la jurisprudence eut parfois recours à des subterfuges, afin d'éviter de prononcer catégoriquement la suspension et la règle disparaissait souvent devant les considérations de l'espèce, Nancy, 20 juin 1918 *Malinen c. Calm* : *G. P. 1916-1917, p. 735*. - Caen, 2 févr. 1915 : *G. T. 1916. 2. 443*.

¹²³⁰ R. SARRAUTE, De la suspension dans l'exécution des contrats : *PUF 1929, p. 35*.

s'ajoute également l'œuvre législative qui a entériné le mécanisme, achevant de lui donner une légitimité (que l'essence même de la jurisprudence peinait à lui conférer pleinement) avec, par exemple les lois du 18 juillet 1901¹²³¹, du 27 novembre 1909¹²³² ou encore du 22 novembre 1918¹²³³. D'une technique issue « d'un droit de la guerre », la suspension du contrat de travail va être, *in fine*, identifiée comme une technique de protection du rapport contractuel¹²³⁴ comme le démontrent les lois du 2 août 1949¹²³⁵ et du 24 mai 1951¹²³⁶.

¹²³¹ L'article premier de cette loi dispose qu' « *en matière de louage de service, si un patron, un employé ou un ouvrier est appelé sous les drapeaux comme réserviste ou territorial pour une période obligatoire d'instruction militaire, le contrat de travail ne peut être rompu à cause de ce fait* » (J.O. 19 juillet 1901, p. 4514). V. J. LEBRET, Suspension et résolution des contrats : *Rev. crit. lég. juris.* 1924, p. 581 s., spéc. p. 581-582 ; R. VATINET, F. GAUDU, Traité des contrats, Les contrats du travail, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 305, n° 344.

¹²³² Cette loi, contenant un article unique, prévoit que « *la suspension du travail par la femme, pendant huit semaines consécutives, dans la période qui précède et suit l'accouchement, ne peut être une cause de rupture, par l'employeur, du contrat de louage de services* » (J.O. 28 nov. 1909, p. 11396) (nous soulignons).

¹²³³ La loi disposait, en effet, que « *les administrations, offices, entreprises publiques ou privées devront garantir à leur personnel mobilisé, pour toutes les personnes ayant un contrat de louage (...) et toutes les fois que la reprise sera possible, l'emploi que chacun occupait au moment de sa mobilisation* », si tant est que le fonctionnement de l'entreprise et l'aptitude du salarié le permettaient (J.O. 24 nov. 1918, p. 10120). Le recours au terme de « reprise » par le législateur pourrait induire en erreur. Il n'était donc pas évident à première lecture de la loi de savoir que le contrat du salarié mobilisé était suspendu. Cette interprétation est néanmoins confirmée par l'analyse plus poussée des dispositions suivantes : il était en effet précisé plus loin que « *la préférence sera toujours accordée au contrat le plus ancien en date, suspendu du fait de la mobilisation du premier titulaire* » (J.O. 24 nov. 1918, p. 10120).

¹²³⁴ R. VATINET, F. GAUDU, Traité des contrats, Les contrats du travail, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 305, n° 344.

¹²³⁵ Loi en vertu de laquelle l'absence du salarié pour exercice de fonctions officielles ou professionnelles ne pouvait être une cause de rupture du contrat de travail (Loi n° 49-1101 : *J.O. 6 août 1949 p. 7723*)

¹²³⁶ La loi du 24 mai 1951 étend aux conseillers prud'hommes le bénéfice la loi du 2 août 1949 (Loi n° 51-669 : *J.O. 31 mai 1951, p. 5741*).

L'expression « suspension du contrat de travail » va finalement s'établir¹²³⁷, pour devenir l'expression consacrée¹²³⁸.

283. Réception doctrinale. Ces premières décisions et ces premières lois vont conduire la doctrine à s'interroger sur cette notion. Ainsi, PLANIOL l'aborde en 1923 dans la partie de son traité réservé aux contrats spéciaux (mais non dans sa théorie générale des contrats), en la distinguant de la force majeure et du cas fortuit¹²³⁹. Toutefois, la suspension du contrat ne provoque pas encore l'engouement de la doctrine¹²⁴⁰. Les rares auteurs de l'époque ont d'ailleurs pointé le désintérêt doctrinal pour cette question. Cette indifférence doctrinale n'a guère perduré au-delà du XX^{ème} siècle ; les articles sur la suspension du contrat furent ensuite légion, emmenés par deux remarquables thèses¹²⁴¹. La relative nouveauté de cette technique de pérennité du lien contractuel interpelle encore aujourd'hui. La suspension est-elle une notion autonome auquel un régime juridique spécifique est nécessairement associé¹²⁴² ? Face à ces interpellations, il est impératif d'identifier la notion de suspension avant de pouvoir démontrer qu'elle est fondée par l'appartenance du salarié à l'entreprise. Pour identifier cette notion, deux voies complémentaires seront explorées. Parce que « *dans le domaine du droit, les notions juridiques tirent leur justification des fonctions qu'elles assument* »¹²⁴³, la première approche sera fonctionnelle (§1). Une fois les enseignements de celle-ci tirés, une approche ontologique (§2), relative à la nature de la suspension, permettra

¹²³⁷ Loi n° 52-1322 du 15 déc. 1952 : *J.O. 16 déc. 1952, p. 11544* : « *Le contrat est suspendu : en cas de fermeture de l'établissement par suite du départ de l'employeur sous les drapeaux ou pour une période obligatoire d'instruction militaire* ».

¹²³⁸ V. par ex. C. trav., art. L. 1226-7 (accident du travail ou maladie professionnelle) ; C. trav., art. L. 1225-24 (congé de maternité). Et plus récemment C. trav., art. L. 1222-12 (période de mobilité volontaire sécurisée).

¹²³⁹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2 : *LGDJ 1923, 9^{ème} éd., p. 631, n° 1896 bis, II*.

¹²⁴⁰ V. relevant ce manque d'intérêt J. LEBRET, *Suspension et résolution des contrats* : *Rev. crit. lég. juris. 1924, p. 581* ; R. SARRAUTE, *De la suspension dans l'exécution des contrats* : *PUF 1929, p. 1*.

¹²⁴¹ T. YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté européenne* : *LGDJ 1963* ; J.-M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail* : *Sirey 1980*.

¹²⁴² V. D. FENOUILLET, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?* : *RDC 2011, p. 644, note 2*.

¹²⁴³ M.-O. BARBAUD, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle* : *LGDJ 2014, p. 13, n° 14*.

d'éclairer définitivement notre conception de la notion de suspension, préalable indispensable à la démonstration.

§1 : L'identification par l'approche fonctionnelle

284. En tant que contrat portant sur le travail, cette convention est particulièrement exposée à la suspension¹²⁴⁴. Le corps du salarié engagé par la prestation peut défaillir ; la volonté de travailler engageant la prestation peut chanceler. La prestation de travail est tributaire de l'un et de l'autre, ce qui rend son exécution particulièrement vulnérable. La difficulté que revêt l'étude de la suspension du contrat de travail réside dans la diversité de celles-ci : les causes, multiples, sont, en outre, régies différemment¹²⁴⁵. Dresser un inventaire à la Prévert des différentes causes de suspension ne serait guère pertinent ; il est plus intéressant de dessiner une typologie de ces causes, de les systématiser pour mettre en lumière les fonctions qu'elles remplissent. Ces dernières mettront en lumière les causes de la suspension ; par reflet, ses fonctions apparaîtront (**I**). Une fois cette première systématisation effectuée, une seconde, concernant les finalités des cas de suspension en droit du travail pourra être réalisée (**II**).

I. La systématisation des causes de suspension

285. On distingue classiquement entre la suspension du fait de l'employeur et la suspension du fait du salarié. A l'intérieur de cette *summa divisio*, chaque cause de suspension a des règles qui lui sont propres puisqu'« *il n'y a pas une, mais des formes de suspension du contrat de travail* »¹²⁴⁶. Les causes les plus classiques témoignent d'une

¹²⁴⁴ A. MARTINON, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée déterminée : *Dalloz* 2005, p. 99, n° 110.

¹²⁴⁵ J. PELISSIER, Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail, in Etudes A. Brun : *Paris, Librairie sociale et économique*, 1974, p. 427 s., spéc. p. 429.

¹²⁴⁶ F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, Droit du travail : *LGDJ* 2020, 7^{ème} éd, p. 545, n° 664.

perturbation altérant le fonctionnement de l'entreprise ou la situation du salarié. Le mécanisme de suspension est ici utilisé pour permettre conserver le salarié (A). Mais de nouvelles causes ont vu le jour. Elles ont pour dénominateur commun l'idée de *congé*. Le mécanisme de suspension est ici mobilisé pour éloigner le salarié (B).

A. La suspension résultant d'une perturbation : conserver le salarié

286. La suspension peut résulter de dispositions légales, conventionnelles ou contractuelles, d'usages¹²⁴⁷ ou de règles jurisprudentielles¹²⁴⁸. L'étude de quelques causes classiques – maladie et accident, grève – montre une impossibilité d'exécuter le contrat de travail, sans que l'impossibilité d'une reprise de celui-ci ne soit cependant avérée.

287. La maladie et l'accident. Que la maladie ou l'accident soient d'origine professionnelle ou non, ils donnent lieu, dans tous les cas, à une période de suspension du contrat¹²⁴⁹. Si l'origine de la maladie est indifférente pour le bénéfice de la suspension, elle ne l'est pas en revanche s'agissant de son intensité et de la protection qui en découle. La rupture pour faute simple, pour motif économique et pour perturbation grave du fonctionnement de l'entreprise n'est autorisée que pour la maladie ou l'accident non professionnel et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, en application de l'article L. 1121-1¹²⁵⁰. L'employeur doit apporter la preuve que la durée ou la répétition de l'absence du salarié rend nécessaire son remplacement

¹²⁴⁷ C. trav., art. L. 1234-8.

¹²⁴⁸ V. par ex. pour la détention provisoire : Soc. 21 nov. 2000 : pourvoi n° 98-41.788, Bull. V, n° 383.

¹²⁴⁹ C. trav., art. L. 1226-7 ; C. trav., art. L. 1226-1-1. Ce principe est annoncé dès 1934 par la jurisprudence avec l'arrêt *Hôtel Terminus* du 3 décembre : « *la maladie de l'employé ne rompt pas de plein droit le contrat de travail* » (Civ. 3 déc. 1934 : *DH* 1934, p. 84 ; *Gaz. Pal.* 1935, p. 29 ; *GADT, Dalloz* 2008, 4^{ème} éd., n° 74, p. 351 ; F. FAVENNEC-HERY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail : LGDJ* 2020, 7^{ème} éd., p. 540, n° 659). En réalité, certains arrêts antérieurs portaient déjà en germe cette solution (Req. 19 juillet 1933 : *Gaz. Pal.* 1933, p. 753, arrêt à propos duquel la note afférente précise que « *la maladie ne rompt pas le contrat de travail* » ; Civ. 27 nov. 1933 : *Gaz. Pal.* 1934, p. 132 ; Civ. 7 fév. 1934 : *Gaz. Pal.* 1934, p. 652).

¹²⁵⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, *Droit du travail : Dalloz* 2020, 34^{ème} éd., p. 458 n° 362.

définitif¹²⁵¹. C'est la situation objective de l'entreprise qui justifie le licenciement et non l'état de santé. La jurisprudence a bâti un véritable régime de la rupture du contrat suspendu pour cause de maladie ou d'accident non professionnel. Elle a essayé par la suite d'endiguer ces ruptures en appréciant strictement la nécessité d'une embauche définitive : ainsi, l'employeur ne peut se retrancher derrière le groupe¹²⁵², dépourvu de personnalité juridique et il ne peut licencier valablement le salarié dans le cas d'une perturbation pouvant être résorbée par la réorganisation du travail, la signature d'un contrat à durée déterminée ou le recours à un travailleur intérimaire¹²⁵³. En comparaison, le contrat suspendu en raison d'une maladie ou d'un accident professionnel ne pourra être rompu sans encourir la nullité qu'en cas de faute grave du salarié, de rupture conventionnelle¹²⁵⁴ ou d'impossibilité de maintenir le contrat de travail sans lien avec la maladie ou l'accident et de rupture conventionnelle.

288. La grève. Autre hypothèse de suspension, la grève. Elle se définit comme l'arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles. L'exercice du droit de grève suspend dorénavant le contrat de travail. Il n'en a pas toujours été ainsi. La grève a été, sans nul doute, la cause de suspension la plus difficilement admise, alors même que le mécanisme de suspension était déjà connu du Droit et mobilisé par le législateur et le juge. Le caractère volontaire de la grève rendait, en effet, intolérable l'application de la suspension. Déjà, l'inexécution de la parole donnée, violant la règle *pacta sunt servanda* déplaisait ; mais qu'elle soit recherchée et elle devenait insupportable. Là où la maladie et l'appel sous les drapeaux étaient appréhendés avec indulgence puisqu'ils représentaient une contrainte pour le salarié, la grève interpellait. La loi du 11 février 1950

¹²⁵¹ Soc. 3 juillet 1986 : pourvoi n° 84-42.978, Bull. V, n° 346. – Cass. Soc. 13 mars 2001 : pourvoi n° 99-40.110, Bull. V, n° 84 : « attendu que si l'article L. 122-45 du Code du travail, qui fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail... ne s'oppose pas à son licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif ».

¹²⁵² Soc. 25 janv. 2012, n° 10-26.502, inédit.

¹²⁵³ Soc. 18 oct. 2007 : pourvoi n° 06-44.251, Bull. V, n° 163 : JCP S 2007, 1956, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

¹²⁵⁴ Soc. 30 sept. 2014 : pourvoi n° 13-16.297, Bull. V, n° 219 : D. 2015, p. 829, chron. J. PORTA et P. LOKIEC ; JCP S 2014, 1544, note F. TAQUET.

est venue mettre fin à cette controverse¹²⁵⁵ en introduisant une formulation bien connue : « *la grève ne rompt pas le contrat de travail du salarié* »¹²⁵⁶. En 1951, la chambre sociale de la Cour de cassation a finalement jugé que la rupture du contrat de travail ne pouvait résulter de l'exercice du droit de grève¹²⁵⁷. Cet arrêt est remarquable : la chambre sociale ne s'est pas contentée pas d'appliquer la nouvelle disposition – ce qu'elle aurait pu faire, attendu que la loi était interprétative¹²⁵⁸ – mais a justifié sa décision au regard du Préambule de la Constitution de 1946 lequel prévoit en son article 7 que « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent* ». Cette solution, reprise par la chambre criminelle quelques jours plus tard, n'a plus été démentie¹²⁵⁹. La jurisprudence a ensuite affirmé expressément que la grève « suspend l'exécution du contrat »¹²⁶⁰, tandis que le législateur reformulait sa litote¹²⁶¹.

289. La détention provisoire. La suspension ne procède pas toujours de dispositions législatives. Il reste des cas de suspensions qui ont été instaurés par la jurisprudence et qui

¹²⁵⁵ En effet, au fur et à mesure des refus répétés de la Cour de cassation de reconnaître la suspension du contrat de travail du salarié gréviste, des voix s'élevaient en doctrine pour contester le bien-fondé juridique de ces solutions (V. pour une bibliographie sinon exhaustive, du moins aboutie, P. PIC, De la rupture ou de la suspension d'exécution du contrat de travail : Par l'effet des grèves ouvrières ou des lock-out patronaux : *RTD civ.* 1905, p. 26 s., spéc. p. 45 et 60 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2 : *LGDJ 1923*, 9^{ème} éd., p. 631, n° 1896 bis, II ; P. PIC, De la rupture ou de la suspension d'exécution du contrat de travail : Par l'effet des grèves ouvrières ou des lock-out patronaux : *RTD civ.* 1905, p. 26 s., spéc. p. 51 s., qui cite not. E. OLLIVIER en réponse à une question posée par Monsieur VIVIANI : *Musée social*, 1904, p. 253 ; A. COLIN, note sous Civ. 15 mai 1907 : *DP 1907*, I, p. 370).

¹²⁵⁶ L. 11 févr. 1950 : *JORF du 12 févr. 1950*, p. 1691.

¹²⁵⁷ Soc. 28 juin 1951, pourvoi n° 51-01.661, Bull. n° 524 ; *GADT*, *Dalloz 2008*, 4^{ème} éd., n° 182, p. 842 ; *D.* 1951, I, p. 542, rapp. cons. PATIN.

¹²⁵⁸ Soc. 8 juin 2011, pourvoi n° 09-67051, Bull. V, n° 142 : « *Mais attendu qu'une loi n'est interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite avait rendu susceptible de controverse* ».

¹²⁵⁹ Crim. 3 juill. 1951 : *D.* 1951, p. 542 : « *la faute commise par eux au cours de cette grève n'a pu par elle-même rompre leur contrat de travail et a seulement constitué un motif de résiliation de ces contrats* ».

¹²⁶⁰ V. par ex. Soc. 10 nov. 1999, pourvoi n° 97-42.487, inédit.

¹²⁶¹ L'actuel article L. 2511-1 « *L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié* ».

n'ont pas fait l'objet d'une consécration par la loi¹²⁶². Ainsi de la détention provisoire. La Cour de cassation a reconnu que « *le placement d'un salarié en détention provisoire, présumé innocent alors que l'obstacle mis à l'exécution du contrat de travail ne lui est pas imputable entraîne la suspension du contrat de travail* »¹²⁶³.

290. Cause commune : surmonter une perturbation légitime. Ces différentes situations de suspension ont donc pour cause commune une perturbation légitime ; maladie, accident, incarcération déstabilisent l'entreprise et la suspension permet la conservation du lien contractuel pour le salarié touché. De même, l'arrêt de travail des grévistes constitue un évènement perturbateur. La suspension de leur contrat tant que dure la grève impose à l'entreprise de les conserver et d'attendre la fin de leur mouvement. Mais le droit du travail s'est enrichi d'autres causes de suspension que la simple perturbation.

B. La suspension résultant d'un congé : éloigner le salarié

291. Aux causes impérieuses telles que la grève, la maternité, la maladie... se sont ajoutées d'autres causes à l'irrésistibilité moins évidente. Leur dénominateur commun résiderait dans *l'éloignement du salarié*, que cet éloignement soit provisoire ou potentiellement définitif.

292. Éloignement provisoire. S'agissant de l'éloignement provisoire, la loi du 2 août 1949 avait ménagé la possibilité pour un salarié d'exercer un mandat électif¹²⁶⁴. Cette possibilité trouve son écho contemporain dans l'article L. 3142-60 du Code du travail qui

¹²⁶² Monsieur Mestre souligne que « *le souci de protection du lien contractuel a conduit (...) le juge à faire de la suspension du contrat un mécanisme de théorie générale, applicable à ce titre en dehors même des cas où la loi (...) le consacre* » (J. MESTRE, Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat, in Le juge et l'exécution du contrat, colloque I. D. A. 1993 : *PUAM 1993*, p. 97).

¹²⁶³ Soc. 21 nov. 2000 : pourvoi n° 98-41.788, Bull. V, n° 383 ; J.-Y. FROUIN, L'incarcération du salarié et la relation de travail : *RJS 2001*, p. 3 s.

¹²⁶⁴ Loi précitée. Adde G.-H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail, Le contrat de travail*, t. 1, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1982*, 2^{ème} éd., n° 248, p. 285-287.

prévoit un temps de suspension pour permettre l'exercice des mandats de député ou de sénateur.

Le mandat social reflète également cette situation dans laquelle le salarié exerce une activité hors de l'entreprise tout en conservant son précédent contrat de travail, ce qui représente pour lui une garantie certaine. En effet, le salarié qui accède à des fonctions de direction et qui cesse en conséquence d'être en état de subordination voit son contrat suspendu durant le temps du mandat social en l'absence de toute convention contraire¹²⁶⁵. Cette solution, qui s'inscrit comme une voie médiane entre la novation du contrat et le cumul effectif des fonctions, témoigne de la vigueur de la technique de suspension qui est ici appliquée de plein droit et qui s'élève au rang de principe¹²⁶⁶. Là où le cumul des fonctions, cette « *bien curieuse situation* »¹²⁶⁷, implique l'effectivité du contrat de travail, la suspension se contente de la réalité du contrat : dès lors que le contrat de travail a préexisté au mandat social, le contrat se voit suspendu de plein droit¹²⁶⁸. Le jeu de la suspension permet d'assurer une garantie de réintégration qui serait, dans le cas contraire, subordonnée à la formulation d'une promesse unilatérale de contrat de travail qui devrait, en outre, respecter le principe de la révocation *ad nutum*¹²⁶⁹.

293. Éloignement potentiellement définitif. Cette conception d'une suspension « périphérique », car bien éloignée de la logique première (conserver le salarié), a été depuis complétée. Aujourd'hui l'idée que la suspension puisse précéder un éloignement définitif est tout à fait soutenable. Nous pourrions citer, à ce titre, les articles L. 3142-78, L. 3142-9 et L. 1222-12 qui prévoient, sous réserve de l'accord de l'employeur, expressément et

¹²⁶⁵ Cette cause de suspension n'est pas légale mais a été consacrée par jurisprudence (Soc. 12 déc. 1990 : *Dr. soc.* 1991, p. 463. – Soc. 21 juin 1994 : pourvoi n° 93-40.362, inédit ; *JCP E* 1995, 666. – Soc. 26 avril 2000 : pourvoi n° 97-44.241, Bull. V, n° 152 ; *JCP E* 2001, p. 472. – Soc. 21 oct. 2009, pourvoi n° 08-42.544, inédit).

¹²⁶⁶ A propos d'un « *principe de suspension de plein droit du contrat de travail* », v. D. CHATARD, Fasc. 2-14 : Cumul contrat de travail et mandat social : *Jcl Travail Traité 2014*, n° 91 ; S. FERRIES, note sous Soc. 26 avril 2000 : *JCP E* 2001, p. 472. A propos d'un principe général de suspension, v. T. YAMAGUCHI, La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté européenne : *LGDJ* 1963, p. 77.

¹²⁶⁷ S. FERRIES, note sous Soc. 26 avril 2000 : *JCP E* 2001, p. 472.

¹²⁶⁸ V. R. VATINET, Des hypothèses de non cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : *Rev. des soc.* 1999, p. 273 s., spéc. p. 274.

¹²⁶⁹ B. PETIT, Le sort du contrat de travail des directeurs régionaux : *Dr. soc.* 1991, p. 463 s., spéc. p. 466.

respectivement une période de suspension aux fins de créer ou de reprendre une entreprise, d'organiser un congé sabbatique ou de favoriser la mobilité externe du salarié. Le congé pour création ou reprise d'entreprise et le congé sabbatique sont issus de la même loi du 3 janvier 1984. Ils constituent un « droit »¹²⁷⁰ pour les salariés dès lors que leurs conditions d'application – et notamment l'ancienneté – sont remplies. Leur logique a séduit puisqu'elle se retrouve dans une nouvelle forme de congé, à savoir la mobilité externe sécurisée imaginée par les partenaires sociaux et concrétisée par la loi du 14 juin 2013¹²⁷¹. Elle permet au salarié d'une entreprise d'au moins 300 salariés, qui a reçu l'accord de son employeur, d'expérimenter un *autre* emploi dans une *autre* entreprise tout en étant assuré de retrouver, à son retour et de plein droit, son emploi précédent, si tant est qu'il le souhaite.

294. Idée commune : favoriser l'éloignement du salarié. Ces trois congés (non rémunérés) participent de la même idée : le mécanisme de suspension du contrat de travail n'est pas mobilisé pour maintenir le salarié dans l'entreprise à l'instar des causes « classiques » de suspension, mais, au contraire, pour en favoriser l'éloignement. Là où l'idée d'une rupture instantanée et définitive avec l'entreprise par le truchement d'une démission ou d'une rupture conventionnelle dissuaderait le salarié de toute velléité entrepreneuriale ou ambitieuse, la suspension assure la conservation de sa situation pour mieux lui permettre de se détacher de l'entreprise. Déjà, avant toute consécration législative, *« les partenaires sociaux vantaient la faculté ainsi ouverte au salarié de découvrir de nouveaux horizons sans prendre le risque de perdre l'emploi originel (...) Le procédé aurait*

¹²⁷⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, *Droit du travail : Dalloz 2020, 34^{ème} éd., p. 1138, n° 937*. Attention toutefois à l'importance de la taille de l'entreprise dans la mise en œuvre de ce dispositif. Il sera plus facile d'en bénéficier pour un salarié d'une entreprise de 200 salariés et plus puisque l'employeur peut seulement différer le départ en congé contre un refus franc opposé en raison de conséquences préjudiciables sur la production et la marche de l'entreprise dans les entreprises de moins de 200 salariés. L'importance de la mobilité volontaire sécurisée doit donc être relativisée étant rappelé qu'en France, selon l'INSEE, en décembre 2007, sur 2,9 millions d'entreprises, 93 % sont des microentreprises (moins de 10 salariés et chiffre d'affaires inférieur à 2 millions d'euros) et 0,1 % sont des entreprises de plus de 250 salariés.

¹²⁷¹ *Comp.* G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, *Droit du travail : Dalloz 2020, 34^{ème} éd., p. 1138-1139, n° 937*, pour lesquels cette mobilité s'analyse plus en un droit de réintégration qu'en un véritable congé.

pour vertu de lever un verrou psychologique chez certains salariés ne parvenant pas à franchir le pas d'une mobilité pourtant souhaitée »¹²⁷².

La systématisation des causes de suspension réalisée a mis en évidence deux grands types de causes : la perturbation et le congé du salarié. Ces deux types de cause vont permettre de mieux dégager les *finalités* de la suspension.

II. Systématisation des finalités de la suspension

295. Souvent, finalité varie. L'étude de ces causes génère un constat : la finalité de la suspension n'est pas uniforme. L'étude de la finalité de la suspension du travail est le plus souvent évincée au profit de ses causes¹²⁷³. En réalité, ce n'est pas tant que cette finalité n'est pas uniforme, c'est qu'elle ne l'est plus. Si l'on pouvait affirmer originellement que la suspension « évitait la résolution du contrat »¹²⁷⁴, il ne faut plus négliger les cas à l'occasion desquels la suspension *prépare la résolution du contrat*. Il nous est donc possible de reformuler l'affirmation originelle, en vue de l'actualiser : la suspension n'évite plus que la résolution à *court terme* du contrat. Une systématisation des finalités de la suspension est ainsi possible.

296. Évolution de la finalité de la suspension. Force est de relever, s'agissant du droit du travail, une évolution de la finalité de la suspension du contrat tout au long du XXème siècle. Initialement pensée comme simple technique servant à maintenir en vie le contrat, elle est successivement devenue un moyen de pression vis-à-vis de l'employeur puis de fidélisation du salarié¹²⁷⁵. A ces dimensions pourrait s'ajouter une nouvelle : la *finalité*

¹²⁷² S. TOURNAUX, Le chemin tortueux de la mobilité volontaire sécurisée : *Dr. soc.* 2013, p. 713 s., *spéc. p.* 714.

¹²⁷³ V. toutefois pour un essai, R. VATINET, F. GAUDU, *Traité des contrats, Les contrats du travail*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 306, n° 346 ; F. FAVENNEC-HERY, La suspension du contrat de travail : nouveaux horizons ?, in Mél. J.-P. Laborde : *Daloz 2015*, p. 641 s., *spéc. p.* 643.

¹²⁷⁴ A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée* : *LGDJ 2005*, p. 100, n° 111.

¹²⁷⁵ S'agissant de ces trois finalités, v. R. VATINET, F. GAUDU, *Traité des contrats, Les contrats du travail*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 306, n° 346.

gestionnaire, développée au XXI^{ème} siècle et dont les congés pour mobilité externe, formation ou création/reprise d'entreprise en sont les parangons. Les hypothèses de suspension qui poursuivent une finalité gestionnaire tendent à terme – c'est très paradoxal – à la rupture du contrat de travail¹²⁷⁶. L'acceptation traditionnelle de la suspension, celle qui établit un lien presque parfait entre suspension et reprise du travail¹²⁷⁷, doit être aménagée pour faire une place aux cas dans lesquels la suspension n'est plus uniquement *parenthèse* mais volontairement *tremplin*. Dans certains cas, la période de suspension fructueuse entraîne la rupture du contrat.

297. Tendence à assumer la période de suspension. Il existait, il y a de cela soixante ans, une « *tendance contemporaine très accentuée à nier la période de suspension* »¹²⁷⁸. Très souvent, la reprise des effets du contrat se dotait d'une rétroactivité qui pouvait avoir pour conséquence de faire « *oublier facilement la stagnation que la suspension a infligé à l'exécution du contrat* »¹²⁷⁹. La suspension n'avait alors pas de raison d'être « détachée » du contrat ; elle était tout entier absorbée par celui-ci. La technique était, en quelque sorte, dissimulée dans l'objet protégé. Ainsi, des temps de suspension générés par la maternité ou l'accident et la maladie professionnels assimilés à du temps de travail effectif et entrant, de ce fait, dans le calcul de l'ancienneté. Ainsi, du licenciement du salarié malade en raison d'une cause professionnelle motivée par son état de santé sanctionné par la nullité, ce qui

¹²⁷⁶ F. FAVENNEC-HERY, La suspension du contrat de travail : nouveaux horizons ?, in Mél. J.-P. Laborde : *Dalloz* 2015, p. 641 s., spéc. p. 643.

Il est vrai que le mouvement était déjà initié par la mise à pied conservatoire qui permet de suspendre le contrat de travail dans l'attente éventuelle d'une rupture (G. PICCA, A. SAURET, note sous Soc. 21 nov. 2000 : *LPA* 2001, n° 73, p. 4 s.).

¹²⁷⁷ T. YAMAGUCHI, La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne : *LGDJ* 1963, p. 116 : « *De l'essence même de la théorie de la suspension, qui vise à garantir la possibilité d'exécution du contrat dans l'avenir, il résulte cette conséquence nécessaire : dès que l'obstacle disparaît, l'exécution doit être reprise* ». Adde J. TREILLARD, De la suspension des contrats, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, études de droit privé*, dir. P. DURAND : *LGDJ* 1960, p. 59 s., spéc. p. 95 : « *la reprise des relations contractuelles constituent la contre-épreuve de la valeur de la suspension* ».

¹²⁷⁸ J. TREILLARD, De la suspension des contrats, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, études de droit privé*, dir. P. DURAND : *LGDJ* 1960, p. 59 s., spéc. p. 97.

¹²⁷⁹ J. TREILLARD, De la suspension des contrats, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, études de droit privé*, dir. P. DURAND : *LGDJ* 1960, p. 59 s., spéc. p. 97.

avait pour conséquence d'emporter l'effacement rétroactif du licenciement et avait pour effet de remettre les parties dans les liens du contrat. Cette tendance à nier la période de suspension et à faire comme si elle n'avait pas existé se retrouve d'ailleurs à l'issue de la suspension : à la disparition de l'élément qui justifie la suspension, le salarié est en principe réintégré dans son emploi ou un emploi similaire (sous réserve qu'il ait rempli son obligation d'adaptation).

Mais ces dispositifs ne peuvent plus taire la nouvelle tendance, la nouvelle finalité de la suspension en droit du travail : celle qui consiste, au contraire, à *assumer la période de suspension*. Elle tend à devenir un temps qui compte en lui-même et qui a des incidences sur le contenu du contrat. Déjà, les bouleversements qui pouvaient intervenir à l'occasion de la période de suspension du contrat du salarié malade étaient assumés et pris en compte pour adapter la relation de travail¹²⁸⁰. Également, il était admis que la suspension du contrat de travail à durée déterminée ne faisait pas obstacle à l'échéance du terme¹²⁸¹. Mais, dorénavant, c'est aussi un temps qui a des incidences sur l'existence du contrat. En effet, les périodes de suspension peuvent être décisives : celles générées par la création/reprise d'entreprise ou par la mobilité volontaire sécurisée sont autant de périodes qui, *si elles se révèlent fructueuses*, sont d'une importance capitale dans le devenir du contrat de travail¹²⁸². C'est pour cela qu'en droit du travail, la suspension du contrat ne peut plus se résumer à l'idée de pérennité

¹²⁸⁰ Le salarié déclaré inapte par le médecin du travail à la reprise de l'emploi qu'il occupait doit être reclassé par l'employeur dans un autre emploi approprié à ses nouvelles capacités (C. trav., art. L. 1226-10 et L. 1226-2).

¹²⁸¹ C. trav., art. L. 1243-6.

¹²⁸² Notamment s'agissant de la période de mobilité volontaire sécurisée. Le salarié va s'engager dans une relation contractuelle avec une entreprise tierce pendant la suspension de son contrat de travail conclu avec son employeur. Le contrat conclu avec l'entreprise tierce existe indéniablement et aura des conséquences si le salarié décide de poursuivre avec cette dernière en démissionnant de sa première entreprise. S'il s'agit dès l'origine d'un contrat à durée indéterminée, le salarié aura « pris de l'avance » sur sa relation contractuelle et aurait déjà comptabilisé une certaine ancienneté. S'il s'agit d'un contrat à durée déterminée poursuivi ensuite par un contrat à durée indéterminée à compter de la démission, le salarié conservera l'ancienneté qu'il avait acquise au terme du contrat à durée déterminée et la durée du contrat à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement (dans le respect de la finalité de l'essai précisée à l'art. L. 1221-20, v. Soc 13 juin 2012 n°11-15.283) prévue dans le nouveau contrat de travail (L. 1243-11).

contractuelle¹²⁸³. En droit du travail, la suspension n'est plus aujourd'hui « une péripétie qu'il faut oublier »¹²⁸⁴.

298. Se concentrer sur la qualité de salarié. Cette tendance à assumer les périodes de suspension révèle que la technique de suspension s'est concentrée sur la qualité de salarié. La doctrine avait déjà eu une intuition en la matière : la notion, même civiliste, de suspension du contrat de travail était liée, selon certains, au droit des personnes ou à la « personne du salarié »¹²⁸⁵. En réalité, le fait que la technique de la suspension du contrat de travail permette dorénavant de conserver un salarié éloigné, voire même d'organiser une gestion non-prévisionnelle de l'emploi, tout en continuant à le considérer, *pendant cette période*, salarié *en tant que tel* conduit à un glissement d'une logique de dissimulation à une logique d'acceptation qui semble ne pouvoir s'expliquer que par la notion mise en évidence précédemment : la qualité (de salarié). La suspension est envisagée *per se* et le temps qu'elle génère est accepté en ce que, détaché du contrat, il permet la « *transition* »¹²⁸⁶ de celui-ci. S'agissant de la mobilité volontaire sécurisée, la période de suspension du contrat ne peut être niée ; elle est même déterminante. Elle s'analyse en un véritable temps productif, et non plus un temps d'attente et stérile comme pourrait l'être la période de suspension découlant d'une mise en activité partielle de l'entreprise. Son déroulement aura d'ailleurs une influence directe sur le contrat de travail suspendu avec l'entreprise originelle : que le temps passé dans l'autre entreprise soit satisfaisant pour le salarié et le premier contrat sera rompu par la démission du salarié.

¹²⁸³ Pour une assimilation présentation, en 2005, de la suspension du contrat de travail comme vecteur de pérennité contractuelle, v. A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, La pérennité contractuelle : *LGDJ 2005*. L'auteur déplore d'ailleurs la durée du contrat ne soit pas toujours prorogée de la durée de la suspension et préconise, si cela est possible, l'instauration de clauses de prorogation d'une durée égale à la suspension (n° 116).

¹²⁸⁴ J.-F. ARTZ, La suspension du contrat à exécution successive : *D. 1979, chron. XV, p. 95 s., spéc. p. 102*.

¹²⁸⁵ M.-J. NICOLAS BRISSIER, La protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : *D. 1982, chron. XXIV, p. 147 s., spéc. p. 148 et p. 151* ; F. FAVENNEC-HERY, La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ? : *Dr. soc. 2007, p. 1105 s., spéc. p. 1106* ; F. GUIOMARD, La sécurisation des parcours professionnels, naissance d'une notion : *RDT 2013, p. 617 s.*

¹²⁸⁶ F. FAVENNEC-HERY, La suspension du contrat de travail : nouveaux horizons ?, in Mél. J.-P. Laborde : *Dalloz 2015, p. 641 s., p. 643*.

299. Systématisation des finalités de la suspension. Dès lors, il est possible de dresser une typologie originale des finalités de la suspension du contrat de travail. La technique de la suspension a été, à l'origine, profondément rattachée au contrat de travail. Directement, d'abord, avec le maintien en vie du contrat en cas de maladie ou d'activité partielle par exemple (première finalité – conservation du contrat, donc de *quelque chose*). Indirectement ensuite, en tant que moyen de pression sur une partie au contrat dont la grève représente l'illustration parfaite (deuxième finalité – amélioration du contrat, donc de *quelque chose*).

La technique de la suspension a été, par la suite, détachée du contrat. Frileusement d'abord en permettant de conserver un salarié éloigné de l'entreprise qui exercerait notamment des fonctions électives (troisième finalité – Fidélisation du salarié, donc de *quelqu'un*). Plus franchement après en organisant la gestion du personnel avec les congés pour création/reprise d'entreprise ou de mobilité externe (quatrième finalité – Propulsion du salarié, donc de *quelqu'un*). La systématisation des finalités de la suspension révèle un mouvement de balancier entre d'un côté une filiation avec le contrat (conservation/amélioration du contrat) et de l'autre une autonomisation envers celui-ci vers la personne du salarié (fidélisation/propulsion de la personne). N'est-ce pas la même dynamique que l'on retrouve au cœur de la qualité de salarié¹²⁸⁷ ?

Des enseignements ont été tirés de l'approche fonctionnelle. Tant les causes de la suspension que ses finalités ont été systématisées et, désormais, la notion de suspension apparaît plus claire : l'on comprend sa justification en droit positif¹²⁸⁸. Une approche ontologique devra désormais être menée, aidée par l'approche fonctionnelle qui vient d'être réalisée. Cela permettra, *in fine*, de prendre parti sur ce qu'est la suspension.

§2 : L'identification par l'approche ontologique

300. La suspension du contrat de travail est un mécanisme qui touche au fondamental, à l'essence même du contrat de travail. Depuis son « apparition » juridique, la doctrine n'a eu

¹²⁸⁷ V. *supra* n° 169-170.

¹²⁸⁸ M.-O. BARBAUD, La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle : *LGDJ 2014*, p. 13, n° 14.

de cesse, et n'a encore de cesse, de chercher sa nature juridique. Quelle est son ontologie ? Dans ce débat, plusieurs propositions ont été avancées ; elles peuvent d'ailleurs différer selon la branche du droit qui sert de base à l'identification ontologique (droit civil ou droit du travail notamment). En droit civil, la recherche de la nature de la suspension se réalise par comparaison avec d'autres mécanismes ou techniques déjà connues (I). L'approche fonctionnelle de la notion déjà réalisée contribuera, notamment, à repousser l'assimilation de la suspension à des techniques civilistes. En droit du travail, certains ont tenté de cerner la nature de la suspension par affirmation, par détermination propre à cette matière (II), ce qui sera l'occasion d'avancer notre théorie de la nature de la suspension.

I. L'ontologie par comparaison en droit civil

301. Est-il juste d'affirmer que la suspension du contrat de travail n'est qu'une forme rajeunie, modernisée, et donc adaptée, d'une notion civiliste classique¹²⁸⁹ ? Si la suspension entretient des liens avec une notion civiliste, il ne peut s'agir que de la résolution (A), de l'exception d'inexécution (B) ou de la force majeure (C). Pour autant, son assimilation à l'une ou l'autre de ces notions ne saurait résister à une analyse poussée¹²⁹⁰. Autrement dit, l'approche ontologique de la suspension par comparaison permettra de conclure au rejet d'une assimilation. Ce premier enseignement est capital puisque la conclusion inverse (l'assimilation), aurait nécessairement conduit à repousser l'appartenance du salarié à l'entreprise comme le fondement de la suspension du contrat en droit du travail.

A. La théorie de la suspension-résolution

302. La théorie de la suspension-résolution, défendue en premier lieu par LEBRET, consiste à rapprocher la suspension de la résolution et à voir dans la première une résolution partielle

¹²⁸⁹ G.-H. CAMERLYNCK, Préface à l'ouvrage de T. YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne : LGDJ 1963, p. I.*

¹²⁹⁰ Pour une démarche similaire, J.-M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail : Sirey 1980.*

du contrat. Ce rapprochement devra fermement être combattu, tant dans sa logique que dans ses effets. La suspension sera, *a contrario*, présentée comme l'antithèse de la résolution, ce qui pourra générer un raisonnement « en miroir ». Ainsi, la suspension ressortira éclairée d'une confrontation avec une figure aussi connue qu'est la résolution.

303. La résolution. La résolution est l'anéantissement du contrat¹²⁹¹ en raison de l'inexécution par une partie de ses obligations¹²⁹². L'importance qu'on lui accorde va de la simple technique juridique¹²⁹³ à la véritable institution de droit commun¹²⁹⁴. Initialement pensée comme une clause résolutoire tacite en vertu de l'ancien article 1184 du Code civil, la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations tend à remettre cette filiation en cause et à consacrer la pleine autonomie de la résolution judiciaire¹²⁹⁵. Le Code civil exigeait jusqu'à présent que la résolution soit demandée en justice. La jurisprudence avait pourtant admis l'hypothèse d'une résolution unilatérale en cas d'inexécution suffisamment grave¹²⁹⁶. Le nouvel article 1226 du Code civil consacre cette forme privée de résolution, qui est mise en œuvre « aux risques et périls » du créancier. L'idée qui entoure la résolution n'a toutefois pas varié : elle est l'incarnation du bon sens¹²⁹⁷, voire de l'équité¹²⁹⁸, en ce qu'elle permet à une partie d'éviter de subir un déséquilibre contractuel.

¹²⁹¹ Nous ne reprendrons pas la distinction traditionnellement enseignée entre la résolution du contrat à exécution instantanée et la résiliation du contrat à exécution successive. Controversée en doctrine (V. par ex. T. GENICON, La résolution du contrat pour inexécution : *LGDJ 2007*, p. 580 s., n° 814 s.), cette distinction semble avoir été abandonnée à l'occasion de la réforme du droit des obligations. V. not. T. GENICON, « Résolution » et « résiliation » dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : *JCP G 2015*, 960.

¹²⁹² C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, dir. C. LARROUMET : *Economica 2018*, 9^{ème} éd., p. 744, n° 702bis.

¹²⁹³ T. GENICON, La résolution du contrat pour inexécution : *LGDJ 2007*, p. 123, n° 167.

¹²⁹⁴ R. CASSIN, Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution : *RTD civ. 1945*, p. 159 s., spéc. p. 180.

¹²⁹⁵ V. C. civ., art. 1224 à 1230.

¹²⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998 : pourvoi n° 96-21.485, Bull. I, n° 300 ; *D. 1999*, p. 197, note C. JAMIN.

¹²⁹⁷ C. ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuel* : *PUAM 2006*, p. 139, n° 180.

¹²⁹⁸ R. CASSIN, Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution : *RTD civ. 1945*, p. 159 s., spéc. p. 180.

304. La suspension-résolution. LEBRET, dans un article pionnier, a rapproché la suspension de la résolution du contrat. Il a proposé d'éclairer la première à la lumière de la seconde en proposant de la suspension du contrat la définition suivante : « *une résolution temporaire se plaçant au cours de l'existence d'un contrat successif* »¹²⁹⁹. Le contrat rompu par la suspension était susceptible de reprendre, de « renaître » lorsque que l'événement qui avait causé la suspension s'évanouissait. Si l'obscurité de l'une (la suspension) pouvait effectivement être éclairée de l'assise de l'autre (la résolution), il n'en reste pas moins que ce rapprochement rencontre des obstacles. L'idée retenue par LEBRET était d'assouplir les règles de la résolution en vue de les adapter à des exigences nouvelles. Mais déjà, il avait décelé un obstacle, sinon dans la logique, du moins dans la mise en œuvre de la suspension (et donc de sa théorie).

305. La distinction entre suspension et résolution. La critique de la théorie de la suspension-résolution se réalise sur différents points. Déjà là où la résolution a besoin du sceau de la justice, la suspension opère généralement de plein droit¹³⁰⁰. La question de la part du juge dans la juridicité de la suspension ne pourra être éludée. Il en sera appelé à la distinction classique entre jugements déclaratifs et constitutifs de droits¹³⁰¹. Là où le jugement déclaratif se borne à reconnaître un droit qui lui est préexistant, le jugement constitutif est nécessaire à l'existence du droit (par exemple le divorce¹³⁰²). Si cette distinction classique n'est pas dépourvue de défauts¹³⁰³, nous partons du principe qu'il existe

¹²⁹⁹ J. LEBRET, Suspension et résolution des contrats : *Rev. crit. lég. juris.* 1924, p. 581 s., spéc. p. 594.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, p. 617. Sur le sceau de la justice, V. T. GENICON, qui rejette, s'agissant de la résolution, le fondement de la cause pour mieux la rattacher à la seule décision du juge. T. GENICON, La résolution du contrat pour inexécution : *LGDJ 2007*, p. 774, n° 1067 : « *l'interdépendance fonctionnelle des obligations, généralement nourrie de la cause, n'a aucune réalité. Il ne faut pas chercher ailleurs que dans la décision du juge ou du créancier l'explication de la résolution* ».

¹³⁰¹ L. MAZEAUD, De la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs de droits : *RTD civ.* 1929, p. 17 s. Pour L. MAZEAUD, cette division est expliquée par les deux éléments, directement hérités du droit romain, qui représentent son pouvoir : la *jurisdictio* et l'*imperium*. *Jurisdictio* pour l'action de trancher ; l'*imperium* pour le fait de créer. « *A la fois arbitre et chef, le magistrat romain pouvait dire et créer le droit* » (spéc. p. 18).

¹³⁰² J. HERON, Eléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit : *RRJ 1992-4*, p. 961 s., n° 5.

¹³⁰³ Le jugement, même déclaratif, crée à tout le moins un droit qui n'existait pas avant : *le droit à l'exécution forcée* qui permet de conférer à la reconnaissance du juge d'une situation juridique préexistante un véritable intérêt pour le demandeur à l'action (V. C. BLERY, L'efficacité substantielle des jugements civils : *LGDJ 2000*,

bien des jugements (déclaratifs) où, indéniablement, le juge construit sa sentence et en ordonne l'exécution mais ne crée pas pour autant un droit. Or, la suspension du contrat de travail naît d'un fait ou d'un acte juridique distinct du jugement¹³⁰⁴. Dans l'hypothèse d'une détention provisoire, qui n'est pas une cause de suspension instaurée par la loi, c'est « *le placement d'un salarié en détention provisoire [qui] entraîne la suspension du contrat de travail* »¹³⁰⁵ et non la décision du juge saisi de la question de la suspension du contrat de travail. Le jugement déclarant la suspension apparaît, en conséquence, comme un jugement déclaratif. A tout le moins *plutôt* déclaratif, pour reprendre une prudence contemporaine¹³⁰⁶. En effet, le fait générateur de l'arrêt de travail peut parfois nécessiter, outre le juge, l'intervention d'un tiers de confiance (un professionnel de la médecine¹³⁰⁷, la Direccte¹³⁰⁸). La différence de juridicité entre la suspension et la résolution, mise en lumière par LEBRET¹³⁰⁹ lui-même, conduit à pouvoir les distinguer : si la résolution est, généralement,

p. 99, n° 142). Par ailleurs, le rôle du juge est susceptible aussi de parasiter la distinction. En ce qu'il nécessite un cheminement, une recherche des fondements et des prises de position, le juge est par nature actif dans le procès. La déclarativité d'un jugement pourrait alors aisément s'effacer devant la pensée constructive du juge et il pourrait être tentant, à l'aune de cet enchevêtrement, de nier la distinction entre les jugements constitutifs et déclaratifs (soit que le jugement dit déclaratif absorbe le jugement dit constitutif, soit l'inverse) ou de la relativiser (Pour une présentation des détracteurs de cette distinction, v. S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil* : *Daloz 2002*, p. 336-337, n° 338). Toutefois, la construction (du juge) ne doit pas être confondue avec la création (du droit) et, partant, la constitution (de ce droit) (L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs de droits* : *RTD civ. 1929*, p. 17 s., spéc. p. 20). De même, l'exécution ne doit pas être confondue avec la situation juridique qui est l'assiette de cette exécution. Force est de reconnaître une différence de degrés (C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils* : *LGDJ 2000*, p. 100).

¹³⁰⁴ V. en ce sens, T. YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne* : *LGDJ 1963*, p. 84.

¹³⁰⁵ Soc. 21 nov. 2000 : pourvoi n° 98-41.788, Bull. V, n° 383.

¹³⁰⁶ V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution* : *LGDJ 2007*, p. 119, n° 163 ; S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil* : *Daloz 2002*, p. 337, n° 338. V. pour une position plus tranchée C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils* : *LGDJ 2000*, p. 104, n° 149.

¹³⁰⁷ M. BLATMAN, P.-Y. VERKINDT, S. BOURGEOT, *L'état de santé du salarié* : *Ed. Liaisons 2014*, 3^{ème} éd., p. 505.

¹³⁰⁸ C. trav., art. L. 5122-1.

¹³⁰⁹ J. LEBRET, *Suspension et résolution des contrats* : *Rev. crit. lég. juris. 1924*, p. 597 s., spéc. p. 617. Dans le prolongement de sa thèse, LEBRET s'était d'ailleurs prononcé en faveur d'une résolution de plein droit.

un nouvel état de droit créé par le jugement¹³¹⁰, la suspension est une situation juridique préexistante. Le juge prononce la résolution¹³¹¹, là où il ne peut que constater la suspension du contrat de travail. Dès lors, la résolution peut être appréhendée comme une simple technique juridique¹³¹² et la suspension définie comme une situation juridique. L'inexécution n'est jamais un évènement directement résolutoire¹³¹³. Elle est un évènement suspensif si tant est qu'elle soit juste. Contrairement à la résolution, la suspension n'est donc pas une « *mesure que l'on prend* »¹³¹⁴, mais un véritable état que l'on constate. Là où la résolution repose sur une « *appréciation subjective* »¹³¹⁵, la suspension peut se targuer d'éléments objectifs qui la déclenchent. Au-delà de cette première différence, qui conduit déjà à ne pas pouvoir assimiler la suspension à la résolution, d'autres existent.

306. La suspension, distincte de toute rupture du contrat. Suspension et inexécution sont toutes deux une réaction à l'inexécution du contrat. Mais au-delà de cette évidence, elles ne partagent ni logiques ni conditions de mise en œuvre. L'une est justement « *l'antithèse* »¹³¹⁶ de l'autre. C'est pour mieux contrer les effets irrémédiables de celle-ci que celle-là a été invoquée. C'est la « révolte du bon sens » que de préciser ce point : suspension n'est pas résolution. Elles procèdent en réalité de logiques antagonistes ; là où la suspension est une inexécution *couverte*, la résolution est une inexécution *sanctionnée*. Par ailleurs, dans leur mise en œuvre, elles divergent aussi : là où l'une a pour objet d'anéantir le contrat¹³¹⁷, l'autre a notamment pour but (au moins provisoire) de le préserver. L'approche fonctionnelle de la notion sert ici à écarter une assimilation ontologique. Il convient maintenant d'analyser l'assimilation trop souvent opérée entre la suspension et l'exception d'inexécution.

¹³¹⁰ T. GENICON, La résolution du contrat pour inexécution : *LGDJ 2007*, p. 122, n° 166.

¹³¹¹ T. GENICON, La résolution du contrat pour inexécution : *LGDJ 2007*, p. 121, n° 165.

¹³¹² T. GENICON, La résolution du contrat pour inexécution : *LGDJ 2007*, p. 188, n° 255.

¹³¹³ T. GENICON, La résolution du contrat pour inexécution : *LGDJ 2007*, p. 116, n° 158.

¹³¹⁴ T. GENICON, La résolution du contrat pour inexécution : *LGDJ 2007*, p. 117, n° 158.

¹³¹⁵ T. GENICON, La résolution du contrat pour inexécution : *LGDJ 2007*, p. 117, n° 159.

¹³¹⁶ G. COUTURIER, Droit du travail, Les relations individuelles de travail, t. 1 : *PUF 1993*, p. 337, n° 203.

¹³¹⁷ C. LARROUMET, S. BROS, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3, dir. C. LARROUMET : *Economica 2018*, 9^{ème} éd., p. 755, n° 711.

B. La théorie de la suspension-exception d'inexécution

307. L'analyse de LEBRET n'est pas stérile pour autant : elle sera approuvée dans son entreprise de distinction de la suspension d'avec l'exception d'inexécution. En effet, pour mieux rattacher la suspension à la résolution, il avait été contraint préalablement d'autonomiser celle-ci et la détacher du jeu de l'exception d'inexécution¹³¹⁸. Cette première entreprise sera suivie et confortée.

308. L'exception d'inexécution. L'*exceptio non adimpleti contractus*¹³¹⁹ est le droit qu'a chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter son obligation tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui était convenue. Le Code civil ayant tardé à la codifier, la jurisprudence l'avait consacrée¹³²⁰. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations vient finalement consacrer l'exception au nouvel article 1219 du Code civil : « *une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* »¹³²¹. L'exception d'inexécution est la

¹³¹⁸ J. LEBRET, Suspension et résolution des contrats : *Rev. crit. lég. juris.* 1924, p. 581 s., spéc. p. 589 à 594.

¹³¹⁹ Cette formule est discutée en doctrine. V. C. MALECKI L'exception d'inexécution : *LGDJ 1994*, n° 2, p. 2, qui lui préfère « *l'exception du syllagma non non exécuté* ». V. aussi J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, t. 2 : *PUF 2017*, 2^{ème} éd., p. 2245, n° 1110, qui évoque aussi l'exception de contrat non accompli. L'*exceptio non adimpleti contractus* n'est pas véritablement rattachée au droit romain. En effet, c'était seulement dans la vente que le vendeur pouvait s'abstenir de livrer la chose tant que le prix n'avait pas été payé ou que l'acheteur pouvait opposer l'exception de dol tant que la chose ne lui était pas remise. Il semble que ce mécanisme soit l'illustration du droit de rétention plus que de l'exception d'inexécution prise dans son acception contemporaine. Elle serait en réalité issue des travaux des post-glossateurs et not. du Code justinien (C. Just. 2, 3, 21, *in fine*) puis enrichie par le droit canonique dont l'adage *non servanti fidem non est fides servanta* imposait une certaine morale contractuelle. Tombée dans l'oubli par la suite, la théorie de l'exception *non adimpleti contractus* a été redécouverte au XX^{ème} siècle sous l'influence du B.G.B notamment (§ 320, 322). V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, t. 2 : *PUF 2017*, 2^{ème} éd., p. 2248, n° 1112.

¹³²⁰ Com. 19 déc. 1962 : Bull. n° 523. V. aussi Soc. 31 mai 1967 : « *celui qui ne désire pas obtenir la rupture du contrat peut se borner à se prévaloir de cette inexécution* ».

¹³²¹ Ordonnance n° 2016-131 : *JORF n°0035 du 11 février 2016*. La question du fondement qui divisait la doctrine est donc résolue. Certains en appelaient à la cause (C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, dir. C. LARROUMET : *Economica 2014*, 7^{ème} éd., p. 848, n° 696), à l'article 1184 (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, t. 2 : *PUF 2017*, 2^{ème} éd., p. 2245, n° 1110), voire à la

matérialisation juridique du « donnant-donnant ». Son jeu est à la fois conditionné et justifié par l'existence d'un rapport contractuel synallagmatique : la clef de son application réside donc dans l'existence d'obligations réciproques, nées en principe d'un même contrat mais pas seulement¹³²². Elle aura pour effet la suspension de l'obligation si une inexécution grave est constatée, sans que la Cour de cassation ne distingue entre les obligations principales et accessoires¹³²³, ou en fonction du degré de l'inexécution (les inexécutions complètes, imparfaites ou partielles peuvent conduire au jeu de l'exception d'inexécution)¹³²⁴. Elle doit également être invoquée de bonne foi¹³²⁵. La tentation d'assimiler la suspension à l'exception d'inexécution s'explique par l'effet suspensif que produit cette dernière lorsqu'elle est régulièrement invoquée : l'exécution de l'obligation est suspendue¹³²⁶. On est en présence d'un simple « *ajournement de l'exécution* »¹³²⁷, d'une « *paralysie momentanée* »¹³²⁸ ; le débiteur invoquant l'exception d'inexécution devra, dès la reprise de l'exécution, accomplir ses propres obligations telles qu'elles étaient prévues au contrat, sans pouvoir les renégocier¹³²⁹. L'exception d'inexécution est donc un moyen « purement

communauté d'origine des obligations réciproques (J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001, 3^{ème} éd.*, p. 424, n° 357).

¹³²² B. FAGES, *Droit des obligations : LGDJ 2020, 9^{ème} éd.*, p. 247, n° 289.

¹³²³ Il serait plus juste de parler d' « *obligation essentielle* » ; « *tout est donc affaire de circonstances, ce qui donne au mécanisme plus d'équité, mais aussi des incertitudes* » (P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations : Defrénois 2018, 10^{ème} éd.*, p. 496, n° 874).

¹³²⁴ L'exigence d'une gravité suffisante n'a pas pour conséquence d'instaurer un tri entre les différentes inexécutions et les obligations concernées : elle exige seulement une proportionnalité. « *Il faut que la défense soit proportionnée à l'attaque* » (J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution : LGDJ 1971, p. 207*). V. Civ. 1^{ère}, 18 juill. 1995 : pourvoi n° 93-16.338, Bull. I, n° 322.

¹³²⁵ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001, 3^{ème} éd.*, p. 438, n° 376.

¹³²⁶ C. civ., art. 1217.

¹³²⁷ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, les obligations : Dalloz 2019, 12^{ème} éd.*, 2013, p. 822, n° 761.

¹³²⁸ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale, Quasi-contrats : PUF 2016, p. 316, n° 177*.

¹³²⁹ Le caractère temporaire aurait pu être discuté dans l'hypothèse où chacune des deux parties campe sur ses positions. Il est vrai qu'en ce cas, la situation peut s'éterniser et le contrat rester en l'état si jamais il est dépourvu de condition résolutoire. Toutefois, il est fort à parier que le débiteur opposant l'exception

défensif »¹³³⁰ de « contrainte économique »¹³³¹. Sa finalité est l'exécution des obligations et donc la réalisation complète du contrat¹³³². Cette analyse restrictive de l'exception d'inexécution est contestée par une partie de la doctrine qui estime plus largement que l'exception poursuit un but secondaire subsidiaire avec la résolution du contrat¹³³³, lorsque la reprise des relations contractuelles est marquée par un échec.

309. La distinction entre suspension et exception d'inexécution. Il est certain que la suspension du contrat de travail et le jeu de l'exception d'inexécution partagent des points communs¹³³⁴, un « point de contact »¹³³⁵. Ne sont-elles pas toutes deux des conséquences de l'inexécution du contrat et des remèdes à un état de crise¹³³⁶ qui dispensent, l'une comme l'autre, de l'exécution par une partie de ses obligations ? Elles engendrent un état de suspension, un état de léthargie durant lequel les prévisions pourtant contractuellement prévues ne sont pas respectées. De sorte qu'on a pu voir dans la suspension du contrat une «

d'inexécution agisse alors en résolution judiciaire du contrat sur le fondement de l'ancien article 1184 du Code civil, ce qui prouve le caractère temporaire de la suspension.

¹³³⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations* : PUF 2017, 2^{ème} éd., p. 2246, n° 1110 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations* : *Defrénois* 2018, 10^{ème} éd., p. 495, n° 873. *Comp.* F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale, Quasi-contrats* : PUF 2016, p. 315, n° 176 : « l'exception d'inexécution n'est pas qu'un moyen de défense : elle est aussi une voie d'exécution de l'obligation, lato sensu ».

¹³³¹ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : LGDJ 2001, 3^{ème} éd., p. 424, n° 357.

¹³³² V. J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution* : LGDJ 1971, p. 207.

¹³³³ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : LGDJ 2001, 3^{ème} éd., p. 449, n° 393.

¹³³⁴ D'ailleurs, pour certains auteurs cependant, la suspension semble être apparue avec l'exception d'inexécution (R. VATINET, F. GAUDU, *Traité des contrats, Les contrats du travail*, dir. J. GHESTIN : LGDJ 2001, p. 304, n° 344).

¹³³⁵ C. MALECKI, *L'exception d'inexécution* : LGDJ 1999, p. 54, n° 57.

¹³³⁶ P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse Paris I, citée par J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : LGDJ 2001, 3^{ème} éd., p. 456, n° 400 : « sur le fond... rien ne sépare notablement ces deux techniques... elles sont toutes deux des remèdes relatifs au lien contractuel qui assurent la même fonction de préservation de celui-ci en cas d'inexécution temporaire, afin de permettre par la suite une exécution au moins partiellement satisfaisante du contrat et donc la réalisation de l'échange économique voulu par les cocontractants ».

application de l'exception non adimpleti contractus »¹³³⁷. La suspension a longtemps souffert de l'envahissement de l'exception d'inexécution¹³³⁸. L'apparente confusion ne saurait résister à une analyse poussée¹³³⁹, malgré des voix discordantes récentes¹³⁴⁰. Exception d'inexécution et suspension se distinguent notamment par leur finalité et leur régime.

310. La distinction entre suspension et exception d'inexécution : *différence de finalité*.

La distinction de finalité est la plus évidente¹³⁴¹. L'exception d'inexécution a un effet comminatoire qui n'est pas retrouvé dans la suspension du contrat de travail¹³⁴², comme l'a démontré l'approche fonctionnelle réalisée précédemment. En effet, l'exception est un moyen de contrainte qui a pour finalité l'exécution par incitation du contrat carencé. Pourtant, dans l'hypothèse d'une suspension du contrat de travail, le salarié ne peut pas, en principe, être poussé à reprendre l'exécution de son contrat puisque matériellement une telle exécution est impossible. *Quid* du salarié malade, du salarié gréviste dont les revendications n'auraient pas été satisfaites et qui souhaiterait persister dans son action, du salarié en plein effort entrepreneurial pendant son congé pour création d'entreprise ? L'employeur ne saurait exercer de pressions sur lui ou le mettre en demeure d'exécuter sa prestation de travail. Là où l'exception d'inexécution est un mécanisme incitatif, la suspension se distingue par sa neutralité. Elle n'a pas pour but la reprise le plus rapidement possible des relations

¹³³⁷ H. CAPITANT, A. COLIN, L. DE LA MORANDIERE, Cours élémentaire de droit civil français, t. 2 : *Dalloz 1953, 10^{ème} éd., n° 256*.

¹³³⁸ D. MARTIN, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 1981 : *D. 1982 p. 481*.

¹³³⁹ La majorité de la doctrine s'accorde aujourd'hui pour dissocier, avec justesse, les deux mécanismes (V. par ex. R. SARRAUTE, De la suspension dans l'exécution des contrats : *PUF 1929, p. 81* ; C. MALECKI, L'exception d'inexécution : *LGDJ 1999, p. 54, n° 57* ; A. MARTINON, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée : *Dalloz 2005, p. 99, n° 110* ; C. CHABAS, L'inexécution licite du contrat : *LGDJ 2002, p. 335, n° 344* ; C. LARROUMET, S. BROS, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3, dir. C. LARROUMET : *Economica 2018, 9^{ème} éd., p. 738, n° 688*).

¹³⁴⁰ V. par ex. C. GARREAU, La notion de suspension du contrat, in *Droit des contrats France, Belgique*, t. 1, dir. H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMANS, A. VERBEKE : *LGDJ 2005, p. 55 s.*, dont la définition de la suspension, qui repose sur l'exigibilité de l'obligation contractuelle inclut notamment l'exception d'inexécution.

¹³⁴¹ C. MALECKI, L'exception d'inexécution : *LGDJ 1999, p. 55, n° 57* ; A. MARTINON, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée : *Dalloz 2005, p. 100, n° 111*.

¹³⁴² C. CHABAS, L'inexécution licite du contrat : *LGDJ 2002, p. 330, n° 339*.

contractuelles. La volonté des parties cède devant la survenance d'un évènement non fautif qui s'impose au contrat de travail¹³⁴³.

311. La distinction entre suspension et exception d'inexécution : *différence de régime*.

Une différence de régime peut également être soulignée. Premièrement, la suspension se distingue par des effets irréversibles¹³⁴⁴, alors qu'à l'inverse, si la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est efficace, l'exécution reprendra au point où elle s'était arrêtée en raison de son caractère moratoire ou dilatoire. L'exception d'inexécution incarne le retard quand la suspension incarne l'oubli. En droit du travail, il n'est ainsi pas question d'imputer sur la durée de travail contractuellement prévue les heures d'absence du salarié, sauf à respecter le régime des heures supplémentaires dans la limite de la durée maximale de travail. La portion inexécutée du contrat le restera donc en cas de suspension. L'exception n'est en principe qu'un report, là où la suspension se rapproche de la dispense¹³⁴⁵. Deuxièmement, la suspension du contrat fait obstacle en principe à l'action en exécution forcée ou en

¹³⁴³ Une exception problématique peut être relevée en matière de grève. La grève peut avoir pour objet la simple application des engagements contractuels et ne se limite pas à l'amélioration des conditions de travail (A. BRUN Et H. GALLAND, *Droit du travail : Sirey 1978*, p. 921, n° III-184). Est ainsi licite la grève qui vise à protester contre le fait que, depuis plus de quatre ans, l'employeur ne paye pas à ses ouvriers le montant de leur salaire à l'échéance (Soc. 12 mars 1959 : *D. 1959*, p. 241. – Soc. 14 mars 1979 : *D. 1979*, IR, p. 423). Si bien que l'on ne sait trop où classer cette grève défensive. Est-elle simplement l'exception qui confirme la règle ou bien représente-t-elle une application de l'exception d'inexécution ? La question reste entière (V. pour des positions en faveur de l'exception d'inexécution, C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat : LGDJ 2002*, p. 335 n° 344 ; M. LATINA, Fasc. 171 : *Suspension du contrat : Jcl Contrats – Distribution 2016*, n° 50 s. ; G. AUZERO, *L'exception d'inexécution appliquée au contrat de travail : Hebdo édition sociale n°55 du 23 janvier 2003*, n° N5558AA4).

¹³⁴⁴ J.-F. ARTZ, *La suspension du contrat de travail à exécution successive : D. 1979*, *chron. XV*, p. 95 s., *spéc. p. 98*.

¹³⁴⁵ *Contra*. C. GARREAU, *La notion de suspension du contrat*, in *Droit des contrats France, Belgique*, t. 1, dir. H. COUSY, S. STIJS, B. TILLEMANS, A. VERBEKE : *LGDJ 2005*, p. 72 s., *spéc. p. 77* ; C. MALECKI, *L'exception d'inexécution : LGDJ 1999*, p. 55, n° 57. La question de la perte totale ou partielle des loyers en raison de défaut de jouissance, cette perte définitive devra intervenir par le biais d'une décision judiciaire, ce qui dépasse le champ de l'exception *stricto sensu* qui est une voie de justice privée. La phase judiciaire se distingue alors de la phase privée en ce qu'elle lui succède et a pour but d'en régler les conséquences. Quant à l'argument selon lequel le preneur aura subi, dans cette hypothèse, un inconfort qui ne pourra lui être rendu (C. MALECKI, *L'exception d'inexécution : LGDJ 1999*, p. 55, n° 57), il est inopérant : l'inconfort aura déjà été indemnisé par l'absence de versement d'une portion des loyers ; tel est le rôle de l'exécution par équivalence.

résolution, alors que l'*exceptio* n'interdit pas de telles actions. Un auteur compare donc la suspension du contrat à une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du Code de procédure civile¹³⁴⁶. Il est vrai que la suspension du contrat fait obstacle en principe au licenciement du salarié, et en tout état de cause au licenciement du salarié en raison de son absence en elle-même, même si l'intensité de cette interdiction évolue suivant la cause de la suspension en cause et même si le salarié reste apte à démissionner, à prendre acte de la rupture ou à consentir à une rupture conventionnelle¹³⁴⁷.

Ces différences de finalité et de régime justifient que l'exception d'inexécution et la suspension soient, en droit du travail, exclusives l'une de l'autre. La suspension se suffit à elle-même en ce qu'elle paralyse le contrat en son entier. Pour autant, l'exception d'inexécution n'a pas été chassée du droit du travail : elle trouve encore à s'appliquer en parallèle de la suspension, de manière résiduelle. Rien ne s'oppose, en droit du travail, à ce qu'on puisse y recourir¹³⁴⁸. Néanmoins leur assimilation doit être repoussée. Cette démarche d'exclusion, nécessaire à l'émergence d'un fondement propre à la suspension du contrat de travail, doit se poursuivre notamment au regard de la théorie de « la suspension-événement de force-majeure ».

C. La théorie de la suspension-événement de force majeure

312. La force majeure. L'ancien article 1148 du Code civil était la disposition qui régissait la force majeure en prévoyant que le débiteur empêché dans l'exécution d'une

¹³⁴⁶ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001, 3^{ème} éd., p. 457, n° 401.*

¹³⁴⁷ Soc. 30 sept. 2014 : pourvoi n° 13-16.297, Bull. V, n° 219.

¹³⁴⁸ Pour une application, v. Soc. 8 janvier 2003, inédit : pourvoi n° 00-46736 ; *note G. AUZERO, Hebdo édition sociale n°55 du 23 janvier 2003, n° N5558AA4*. Un salarié avait refusé d'exécuter sa prestation de travail en l'absence de planning de travail établi de concert entre lui et l'employeur ainsi que le prévoyait le contrat. L'exception d'inexécution subit également, en plus de la suspension, la concurrence de deux autres droits : le droit qu'a le salarié de mettre unilatéralement fin au contrat et le droit de l'employeur de licencier le salarié en présence d'une cause réelle et sérieuse. Toutefois le droit de retrait et les conflits collectifs restent, à notre sens, de fermes bastions de l'exception

obligation ne devait pas s'acquitter de dommages et intérêts. Aucune définition n'avait été donnée par le législateur. La notion juridique (définition et régime) de force majeure avait été en réalité façonnée par l'action conjuguée de la doctrine et du juge. La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations prolonge cette entreprise en « consacrant l'autonomie du concept de force majeure »¹³⁴⁹. L'article 1218 la définit comme « l'événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». Il vient également dessiner son régime « Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit ». La force majeure est l'évènement, irrésistible¹³⁵⁰, imprévisible¹³⁵¹ et extérieur¹³⁵², qui vient bouleverser l'exécution du contrat. Sa finalité n'est pas uniquement de libérer le débiteur de sa responsabilité ou de rompre le contrat de plein droit¹³⁵³ puisqu'il est dorénavant admis qu'un empêchement temporaire ne rompt pas le contrat de travail mais le suspend¹³⁵⁴. Cette finalité

¹³⁴⁹ N. DISSAUX, C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : *Dalloz* 2015, p. 123.

¹³⁵⁰ L'irrésistibilité est interprétée strictement par la jurisprudence et ne peut constituer en une exécution rendue plus onéreuse ou plus difficile. Civ. 4 août 1915 : *DP* 1916, I, 22. V. cependant Civ. 3^{ème}, 19 avril 1972 : Bull. civ. n° 247. Le chômage peut être un événement de force majeure qui empêche le paiement d'une dette. Pour une critique de cette décision, v. D. 1973. I. 205, note H. SOULEAU.

¹³⁵¹ Si son exigence n'a pas toujours était pleinement assurée (Civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002, pourvoi n° 99-21.203, Bull. I, n° 258), la Cour de cassation réunie en assemblée plénière a mis un terme à la querelle juridique existant entre ses chambres (Ass. Plén. 14 avr. 2006, pourvoi n° 02-11.168, Bull. AP, n° 5). *Comp.* C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, dir. C. Larroumet : *Economica* 2018, 9^{ème} éd., p. 772-773, n° 722.

¹³⁵² Le caractère extérieur de la force majeure est interprété largement, la jurisprudence admettant la force majeure dès l'instant ou l'évènement, dépourvu d'extériorité est indépendant de la volonté du débiteur Ainsi en est-il de la maladie (Ass. Plén. 14 avr. 2006, *préc.*). Si un doute a pu régner quant à son existence, la jurisprudence et la loi désormais avec l'article 1218 insistent sur la nécessité de sa caractérisation (Cass. Soc. 16 mai 2012 : pourvoi n° 10-17726, Bull. V, n° 151. – Civ. 3^{ème}, 15 oct. 2013 : pourvoi n° 12-23.126, inédit).

¹³⁵³ M.-A. GUERICOLAS, *La force majeure en droit du travail*, in *Etudes A. Brun* : *Paris, Librairie sociale et économique* 1974, p. 257 s., *spéc.* p. 261. V. égal. C. civ. art. 1218.

¹³⁵⁴ A. BOUSIGES, *L'évolution de la force majeure en droit du travail*, in *Ecrits en l'honneur du professeur Savatier* : *PUF* 1992, p. 98 ; P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure* : *LGDJ* 1992, p.

suspensive a acquis une certaine vigueur et mérite de « rivaliser » avec l'effet extinctif de la notion¹³⁵⁵, ce que le législateur a entériné¹³⁵⁶. La différence entre la force majeure libératoire et la force majeure suspensive réside, en réalité, dans le caractère provisoire de l'évènement perturbateur : l'inexécution ne doit pas être irrémédiable. Mais surtout, la suspension doit se révéler *utile*¹³⁵⁷. Admettre la suspension pour cause de force majeure reviendrait à se demander à quel moment la durée de la léthargie contractuelle devient insupportable¹³⁵⁸. Accorder la suspension en raison de la force majeure n'a véritablement d'intérêt que si la reprise est possible et que la satisfaction de la convention passée peut encore être atteinte, ce qui sera apprécié *in concreto*. La force majeure suspensive répond donc à l'utile et au raisonnable¹³⁵⁹. De ce fait, la force majeure est, d'une certaine façon, liée au *travail* car elle

207 s., n° 290 s. ; M.-A. GUERICOLAS, La force majeure en droit du travail, in Etudes A. Brun : Paris, Librairie sociale et économique 1974, p. 257 s., spéc. p. 272 s.

L'initiative de cette autre finalité de la force majeure est prétorienne. Déjà, en 1872, la chambre des Requetes pose les premiers jalons de la « *force majeure suspensive* » (Req. 13 févr. 1872 : *DP 1872, I, 187*). Pour l'expression, v. P.-H. ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure : *LGDJ 1992, p. 209, n° 292*). Il est jugé ensuite et de façon plus limpide que la force majeure ne peut pas servir d'excuse à l'inexécution d'une obligation si elle n'empêche pas définitivement le débiteur de s'en acquitter. En tirant de cette constatation les conséquences qui s'imposent, il s'ensuit que l'empêchement momentané entraîne la suspension de l'exécution de l'obligation (Civ. 15 févr. 1888 : *DP 1888, I, 203*. V. égal. Req. 12 déc. 1922 : *DP 1924, I, 186*).

¹³⁵⁵ P.-H. ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure : *LGDJ 1992, p. 208, n° 290*.

¹³⁵⁶ C. civ., art. 1218, al. 2.

¹³⁵⁷ P.-H. ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure : *LGDJ 1992, p. 215, n° 304* : « *Placer l'utilité comme critère du déclenchement de la suspension confirme et renforce le rôle de cette notion dans la théorie générale du contrat* » ... « *Aussi propose-t-on de rapporter le caractère temporaire de l'impossibilité à l'utilité que peut représenter le maintien du contrat. Ainsi, lorsqu'à la cessation de l'impossibilité, l'exécution de l'obligation présente encore une utilité, la suspension est admissible. En revanche, elle devient inopportune si elle diminue, par sa longueur, l'intérêt de l'exécution future* ». Sur l'utile, qui peut être avancé comme un principe fondamental du contrat, v. J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats : *D. 1982, chron. I, p. 1 s.*

¹³⁵⁸ P.-H. ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure : *LGDJ 1992, p. 218, n° 312*.

¹³⁵⁹ P.-H. ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure : *LGDJ 1992, p. 216 et 218, n° 307 et n° 312*, l'auteur repense la méthode comparative d'appréciation du caractère momentanée de l'impossibilité à l'aune du raisonnable et non plus du simple calcul consistant à rapporter la durée de l'empêchement à celle de la durée du contrat. Le raisonnable vient ici au secours de l'utile et plus globalement de l'économie générale de la théorie de la force majeure.

s'intéresse à la reprise potentielle et rapide de celui-ci. L'effet suspensif de la force majeure répond donc à l'utile là où la suspension du contrat de travail répond, on le verra, au juste. Cette nuance doit être prolongée et la distinction entre les deux institutions clairement affirmée.

313. La distinction entre force majeure et suspension. La force majeure est bien souvent présentée comme le point de départ de la notion de suspension¹³⁶⁰ et leur interdépendance est bien plus importante que celle que l'on a pu relever avec l'exception d'inexécution ; cela explique la difficulté (voire le refus) de les distinguer. Mais la force majeure gêne par son « étroitesse ». Toujours ce constat qui revient : telle quelle, la force majeure n'est pas apte à régir tous les cas de suspension du contrat de travail¹³⁶¹. *Quid* de la maternité face à la condition d'imprévisibilité ? *Quid* du congé pour création d'entreprise face à la condition d'irrésistibilité ? *Etc.* Dans toutes les causes de suspension du contrat de travail, et surtout les plus récentes, l'impossibilité d'exécution est franchement imputable au salarié. Aussi, la doctrine s'évertue à nuancer, à adapter, à élargir la force majeure pour finalement la dénaturer¹³⁶². Pour autant, il nous semble que le problème ne peut être nié : la suspension ne procède plus toujours d'une impossibilité matérielle. Le professeur YAMAGUCHI l'avait déjà

Le caractère raisonnable d'ailleurs a été consacré par le nouvel article 1218, lequel prévoit dorénavant que, pour être caractérisé de force majeure, l'empêchement « *ne pouvait être raisonnablement prévu* ».

¹³⁶⁰ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : LGDJ 2001, 3^{ème} éd., p. 454, n° 399.

¹³⁶¹ M.-A. GUERICOLAS, *La force majeure en droit du travail*, in *Etudes A. Brun : Paris, Librairie sociale et économique 1974*, p. 257 s., spéc. p. 273 et p. 280 : « *dans le domaine du contrat de travail, on peut estimer que la suspension, partie de la force majeure, a évolué de façon indépendante ; elle est invoquée non seulement dans des cas de véritable force majeure, mais aussi dans des situations qui n'ont qu'un rapport lointain, ou même aucun rapport, avec la force majeure* » ... « *L'application de la force majeure à cette situation semble, dans certains cas, une solution de fortune et de transition, utilisée dans l'attente de solutions autonomes* ». V. égal. A. BOUSIGES, *L'évolution de la force majeure en droit du travail*, in *Ecrits J. Savatier : PUF 1992*, p. 85 s., spéc. p. 109.

¹³⁶² Que penser de l'adjonction, à l'empêchement tangible inhérent à la force majeure, d'une « *impossibilité juridique* » (M. LATINA, Fasc. 171 : *Suspension du contrat : Jcl. Contrats – Distribution 2016*, n° 20 s.), d'une « *impossibilité morale* » ou « *de l'exercice d'un droit* » ? (T. YAMAGUCHI, *La Théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne : LGDJ 1963*, p. 73 et p. 75).

relevé, proposant de substituer le terme d'inexécution au terme d'impossibilité¹³⁶³. Il arguait en effet de ce que « *la nature de l'empêchement du travail dans de pareils cas déborde largement le cadre de l'impossibilité, défini par les règles du droit commun, l'interruption du travail provenant de l'initiative du travailleur* ». Peut-on véritablement dire de la grève qu'elle résulte d'une impossibilité matérielle d'exécution ? Bien au contraire, la qualification de grève est réservée aux mouvements volontaires, concertés et collectifs. Elle ne se confond précisément pas avec le chômage technique. La force majeure est l'empêchement insurmontable, tandis que la suspension est la simple inexécution, parfois surmontable, mais justifiée : une différence d'intensité existe donc entre elles deux.

Par ailleurs, la durée départage les deux notions et empêche leur assimilation. *Prima facie*, la question de la durée de la suspension semble pourtant être fédératrice. Le constat ne résiste pas à l'analyse : la force majeure suspensive doit être temporaire dans les faits et doit répondre à une courte durée, là où la suspension du contrat de travail se doit seulement d'être temporaire dans l'idée et de répondre à une durée déterminée ou déterminable. Comment imaginer que la force majeure permette le maintien du contrat à durée déterminée si le salarié est malade ou en congé maternité pour le temps du contrat à durée déterminée, étant entendu que la période de suspension ne fait pas obstacle à l'échéance du contrat à durée déterminée¹³⁶⁴ ?

La force majeure, situation pathologique, s'accompagne d'une volonté d'oublier cet état d'inexécution du contrat. En effet, n'est-il pas affirmé que la force majeure ne dure que le « *temps strictement requis pour effacer les effets de l'événement* »¹³⁶⁵ ? La suspension ne saurait embrasser cette logique. On l'a vu, il existe une tendance contemporaine à assumer la période de suspension ; la suspension, nous l'avons vu, va jusqu'à assurer la stabilité du parcours professionnel d'un salarié. La force majeure est un temps conservatoire¹³⁶⁶, là où la suspension peut ouvrir un temps dynamique qui ne saurait se satisfaire tout à fait d'un retour *ex ante*. La suspension n'est pas que conservation du contrat. Nous avons vu qu'elle

¹³⁶³ T. YAMAGUCHI, La Théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne : *LGDJ 1963*, p. 77.

¹³⁶⁴ V. par ex. C. trav., art. L. 1225-8 et L. 1226-19.

¹³⁶⁵ Civ. 3^{ème}, 22 févr. 2005 : pourvoi n° 05-12.032, Bull. III, n° 46 (nous soulignons).

¹³⁶⁶ « *L'effet suspensif de la force majeure ouvre une période conservatoire qu'il faut délimiter dans le temps* » (S. BEAUGENDRE sous Civ. 3^{ème}, 22 févr. 2005 : *D. 2006*. p. 2972).

était aussi amélioration du contrat, fidélisation du salarié et propulsion du salarié. C'est un temps à part entière¹³⁶⁷.

La recherche ontologique par comparaison en droit civil démontre donc l'impossible assimilation de la suspension du contrat de travail à des techniques issues de cette branche du droit. Avec l'aide de l'approche fonctionnelle, la recherche de la nature de la suspension se trouve dans une impasse si on tente de la rattacher coûte que coûte à la résolution, à l'exception d'inexécution ou encore à la force majeure. Ces dernières ne sont pas toujours faites pour régir le contrat de travail¹³⁶⁸, terreau naturel de la suspension. Cette démarche d'exclusion était nécessaire. Elle constituait un préalable à toute tentative d'identification du fondement de la suspension du contrat de travail : soit cette dernière n'était qu'une déclinaison d'une technique civiliste (et empruntait alors le fondement de celle-ci), soit la suspension possède son autonomie propre (et *son* fondement). Au regard du droit civil, la suspension peut donc être considérée comme une *situation juridique sui generis*. Il convient désormais de déterminer positivement la nature de la suspension, notamment au regard des techniques propres au droit du travail.

II. L'ontologie par détermination en droit du travail

314. La suspension, qui ne peut s'expliquer par des mécanismes civilistes, est un mécanisme possédant, en droit du travail, sa propre nature et son propre fondement. Elle se définit plus précisément comme une juste (A) inexécution (B).

A. Une inexécution

315. Diversité des propositions en droit du travail. La suspension du contrat de travail a été distinguée des notions civilistes voisines : elle est une situation juridique *sui generis*.

¹³⁶⁷ Rappr. P. LANGLOIS, Contre la suspension du contrat de travail : *D. 1992, chron. XXIX, p. 141 s.*

¹³⁶⁸ J. PELISSIER, Droit civil et contrat individuel de travail : *Dr. soc. 1988, p. 387 s.*

Différente des techniques connues du droit civil, peut-elle pour autant se rattacher à certains concepts développés en droit du travail ? La nature de la suspension serait-elle identique à des mécanismes déjà existant et éprouvés dans cette matière ? Là encore, cette étape est impérieuse parce qu'indispensable à l'émergence d'un fondement propre à la suspension du contrat de travail. Puisqu'aucune définition légale n'existe (à peine est-il précisé que la suspension du contrat de travail est une problématique qui ressort de la vie professionnelle du salarié¹³⁶⁹), la doctrine a toute latitude et légitimité pour définir cette technique. Chaque auteur y va de sa définition¹³⁷⁰ et les divergences ne sont pas tant lexicales que fondamentales. Ainsi, la suspension est volontiers assimilée à un *empêchement* temporaire d'exécution du contrat de travail¹³⁷¹. Certains auteurs retiennent des définitions plus larges, telle que le *refus* ou *l'abstention* fondé par la partie d'exécuter son travail ou de fournir du travail¹³⁷². Certaines, résolument optimistes, sont caractérisées par *l'interruption* momentanée qui précède la reprise du contrat¹³⁷³. D'autres, plus originales, consacrent l'inexigibilité temporaire de l'obligation¹³⁷⁴ ou la disparition momentanée du lien de subordination¹³⁷⁵.

316. Notions voisines. Il convient de vérifier que la suspension ne relève pas de mécanismes connus et éprouvés en droit du travail qui pourraient « l'absorber » et lui donner une nature, un régime et donc un *fondement* préexistant qui empêcherait que nous la dotions du nôtre. On a pu estimer que la suspension pouvait être assimilée à l'absence. Mais l'inexécution, consubstantielle à la suspension, n'est pas l'absence. Cela impliquerait sinon d'assimiler congés payés et autres « temps morts » dans l'exécution de la prestation de travail à la suspension du contrat. Or, ils ressortent justement de la bonne exécution du

¹³⁶⁹ C. trav., art. R. 5121-51.

¹³⁷⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Droit du travail : *Dalloz 2020*, 34^{ème} éd., p. 447-448, n° 350.

¹³⁷¹ G.-H. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, Le contrat de travail, t. 1, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1982*, 2^{ème} éd., p. 275, n° 240.

¹³⁷² J. PELISSIER, Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail, in Etudes A. Brun : *Paris, Librairie sociale et économique 1974*, p. 427 s., spéc. p. 428 ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Droit du travail : *Dalloz 2020*, 34^{ème} éd., p. 448, n° 350.

¹³⁷³ A. BRUN et H. GALLAND, Droit du travail : *Sirey 1958*, p. 602, n° II-203.

¹³⁷⁴ C. GARREAU, La notion de suspension du contrat, in Droit des contrats France, Belgique, T. 1, dir. H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMANN, A. VERBEKE : *LGDJ 2005*, p. 57.

¹³⁷⁵ J.-M. BERAUD, La suspension du contrat de travail : *Sirey 1980*, p. 87-88.

contrat de travail et non d'une inexécution. L'emploi du terme « congé » ne doit pas entraîner une confusion et rapprocher les congés exceptionnels entraînant la suspension du contrat de travail des temps de congés plus génériques tels que les congés payés. Les congés payés, voire les temps de repos hebdomadaire et quotidien¹³⁷⁶, sont fréquemment assimilés aux cas de suspension du contrat de travail¹³⁷⁷. Classiquement, l'explication avancée réside dans le fait que le salarié ne se présente pas à son travail. Une autre explication, recherchée dans l'altération du lien de subordination, défend le fait que les « *temps de repos constituent des manifestations du phénomène de la suspension du contrat de travail* » et autant de cas de « suspension périodiques », lesquelles impliquent également la pause de midi¹³⁷⁸ ! Quelle que soit l'explication retenue, elle conduit à reconnaître dans la suspension du contrat une modalité d'exécution du contrat de travail et cette reconnaissance n'est pas souhaitable. La suspension implique une *inexécution* des obligations contractuelles¹³⁷⁹. Or, la mise en œuvre des jours de congés payés et des temps de repos ressort justement de l'exécution du contrat¹³⁸⁰.

L'inexécution n'est pas plus l'empêchement. On sait déjà que cette terminologie, rattachée à la force majeure, implique un certain degré d'impériosité qui ne sied pas à la suspension. Elle doit, en effet, intégrer les suspensions-congés tout autant que la grève ou encore la mise à pied comme la systématisation des causes de suspension l'a démontré.

Enfin, l'inexécution n'est pas la simple interruption de travail. L'interruption implique la reprise. Or, restreindre la suspension à la seule interruption aurait pour conséquence de l'enfermer dans un cadre trop étiqué pour accepter certaines conséquences irrémédiables.

¹³⁷⁶ J.-E. RAY, Droit du travail, droit vivant : *WoltersKluwer 2015*, 23^{ème} éd., p. 191, n° 319 s. Les développements consacrés à la suspension n'apparaissent plus dans la dernière version de l'ouvrage du Professeur Ray (J.-E. RAY, Droit du travail, droit vivant : *Wolters Kluwer 2018*, 27^{ème} éd.).

¹³⁷⁷ P. WAQUET, Le temps de repos : *Dr. soc. 2000*, p. 288 s., spéc. p. 293 ; J. PELISSIER, Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail, in *Etudes A. Brun : Paris, Librairie sociale et économique 1974*, p. 427 s., spéc. p. 429 ; P. DURAND et A. VITU, Traité de droit du travail, t. 2 : *Dalloz 1947*, n° 228.

¹³⁷⁸ J.-M. BERAUD, La suspension du contrat de travail : *Sirey 1980*, p. 91-92.

¹³⁷⁹ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, Traité de droit civil, Les effets du contrat, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, 3^{ème} éd., p. 457, n° 401.

¹³⁸⁰ V. pour une position similaire, C. CHABAS, L'inexécution licite du contrat : *LGDJ 2002*, p. 336, n° 345 ; R. VATINET, F. GAUDU, Traité des contrats, Les contrats du travail, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 319, n° 361, qui relèvent le maintien de « l'emprise de l'employeur sur la force de travail ».

En effet, conceptualiser la suspension, c'est intégrer la potentielle rupture qui interviendrait ensuite du licenciement pour trouble au bon fonctionnement de l'entreprise dans le cas d'une maladie non professionnelle ou d'un placement en détention provisoire. Conceptualiser la suspension, c'est également accepter la nouvelle finalité « gestionnaire » de la suspension qui prépare la rupture du contrat avec les congés de création/reprise d'ancienneté ou de mobilité externe sécurisée.

317. La suspension : une inexécution. Faute de pouvoir rattacher la suspension à des techniques éprouvées en droit du travail, il nous semble donc que la définition de la suspension, la nature de la notion, est à rechercher dans *l'inexécution*. On a déjà pu définir la suspension comme « *l'inexécution des obligations contractuelles, temporaire et irréversible, plus ou moins étendue (...), qui laisse intact le lien contractuel* »¹³⁸¹. Sans prétendre rajouter une définition à celles, nombreuses, retenues par des auteurs particulièrement autorisés, il convient toutefois de préciser la nature de la suspension, au sens de notre étude, pour mieux vérifier son fondement juridique en droit du travail. L'inexécution est définie comme le non-accomplissement d'une obligation (nous rajouterons « et d'un groupe d'obligations ») total ou partiel résultant tant d'une omission que d'une initiative, une faute ou une cause étrangère¹³⁸². Comme nous avons pu le constater à l'occasion de la recherche de l'ontologie de la suspension par comparaison avec des techniques du droit civil, les causes de suspension sont trop éparses pour se satisfaire d'une réalité étriquée. Le dénominateur commun propre à toutes ces causes de suspension réside dans *l'inexécution du contrat*. L'effet essentiel de la suspension du contrat n'est-il pas présenté comme cet état « d'inexécution » qui toutefois ne rompt pas le lien contractuel¹³⁸³ ? Cependant, toute inexécution n'entraîne pas pour autant automatiquement suspension du contrat de travail. « *Tout fait (...) ne constitue pas une cause de suspension du contrat de travail. Ne constituent une telle cause que les faits ou évènements auxquels la loi, ou la*

¹³⁸¹ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001, 3^{ème} éd., p. 456, n° 400*. V. également L. FIN-LANGER, « Suspension du contrat de travail : règles générales » : *Rép. trav. Dalloz 2019, n° 23*, qui complète cette définition par l'idée de menace.

¹³⁸² G. CORNU, « Inexécution », in *Vocabulaire juridique : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 540*.

¹³⁸³ T. YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses application pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne : LGDJ 1963, p. 9 et p. 77*.

jurisprudence par interprétation de la loi, attache cet effet »¹³⁸⁴. Autrement dit, la nature de la suspension, son « ontologie » juridique est d'être une inexécution contractuelle à laquelle un adjectif doit être adjoind afin de verrouiller la mise en œuvre de la suspension du contrat travail et d'éviter que toute inexécution soit protégée par la suspension : cela contreviendrait à l'opération contractuelle.

B. Une juste inexécution

318. La nature de la suspension du contrat de travail est d'être une situation où une inexécution est constatée. Mais comme toute inexécution n'est pas, en droit positif, une cause de suspension du contrat de travail c'est qu'il y a quelque chose en plus ; c'est qu'il faut adjoindre un adjectif à l'inexécution. Selon nous, les causes de suspension du contrat de travail peuvent être rassemblées par l'idée d'une « juste inexécution ». À première vue, la référence à la notion de « juste » peut paraître déceptive tant elle est indéfinissable. Il faudra préciser ce que nous entendons par « juste », l'adjectif (1) avant d'approfondir la notion de « juste inexécution » qui est le résultat de l'adjonction (2).

1. *L'adjectif*

319. Le juste, indéfinissable ? Le juste est tour à tour - ou tout à la fois - légitimité, légalité, équité et raisonnable ; il reste, en somme, indéfinissable¹³⁸⁵. Le juste est souvent assimilé au droit : le droit, c'est ce qui est juste¹³⁸⁶. Mais qu'est-ce que le juste ? Nous ne pourrions répondre « le droit » à cette question sans confondre la fin et la définition¹³⁸⁷.

¹³⁸⁴ J.-Y. FROUIN, L'incarcération du salarié et la relation de travail : *RJS 1/01*, p. 3.

¹³⁸⁵ G. CORNU, « Juste », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 589 (sens 1 et 3) ; P. DEUMIER, Introduction générale au droit : *LGDJ 2019*, 5^{ème} éd., p. 40, n° 35.

¹³⁸⁶ Que l'on prenne pour modèle le droit positif ou le droit naturel, v. J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats : *APD 1981*, p. 35 s., spéc. p. 45.

¹³⁸⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, De l'injuste au juste, Actes du colloque organisé les 27 et 28 janvier 1995 : *Dalloz 1997*, avant-propos.

320. L'injuste. L'étude de l'injuste paraît donc une bonne manière de faire ressortir, par l'inverse, par la « négative » ce qu'est le juste. L'injuste apparaît déjà plus tangible ; il est vrai que, selon RICOEUR, « *c'est d'abord à l'injustice que nous sommes sensibles (...). Or, le sens de l'injustice n'est pas seulement plus poignant, mais plus perspicace que le sens de la justice ; car la justice est plus souvent ce qui manque et l'injustice ce qui règne* »¹³⁸⁸. Si la disposition contraire permet bien souvent d'éclairer la disposition étudiée, le juste est l'exemple par excellence¹³⁸⁹. *Il nous semble que l'homme injuste est notamment celui qui prend plus que son dû*¹³⁹⁰.

321. Le milieu. Mais comment déterminer la part à laquelle un homme a droit ? Comment matérialiser le « dû » ? Il est certain que la formulation des critères du juste, en ce qu'il établit pour tous l'égalité tout en visant à satisfaire la dignité de chacun, est une des questions juridiques les plus discutées¹³⁹¹. Sans développer plus avant la distinction aristotélicienne de la justice¹³⁹², il est possible de dire que le juste est en tout état de cause un *milieu*¹³⁹³. Par la

¹³⁸⁸ P. RICOEUR, « Le juste entre le bon et le légal », *Autour du politique : Seuil 1991*, p. 177.

¹³⁸⁹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. R. BODEÛS : *GF Flammarion, 2004*, p. 226, n° 2.3 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit : LGDJ 2019, 5^{ème} éd.*, p. 42, n° 37 ; P. MORVAN, *Le juste en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE : *Economica 2010*, p. 23 s., spéc. p. 25.

¹³⁹⁰ F. TERRE, *L'inutile et l'injuste*, in *Mél. J. Ghestin : LGDJ 2001*, p. 865 ; ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. R. BODEÛS : *GF Flammarion, 2004*, p. 253, n° 10.2, l'injuste est présenté comme étant, dans le partage, l'excessif ou le déficient (p. 228, n° 3.1.2). L'homme injuste est celui qui prend trop ou trop peu.

En conséquence, nous ferons nôtre la définition de la justice donnée par Ulpien : « *justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* » (ULPIEN : *Digeste Livre premier, titre premier, 10* : « *La justice est une volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui est dû* ». V. égal. P. MORVAN, *Le juste en droit du travail*, in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE : *Economica 2010*, p. 23 : « *il existe une hiérarchie de valeurs au sommet de laquelle culmine la justice : à chacun son dû* »).

¹³⁹¹ A. SANCHEZ DE LA TORRE, *Qu'en est-il de la réalité du droit ? : APD 1999*, p. 13 s., spéc. p. 20.

¹³⁹² ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. R. BODEÛS : *GF Flammarion, 2004*, p. 236 s. n° 7 et 8 à propos de la justice distributive et la justice corrective. Pour une présentation de la justice aristotélicienne dans le cadre d'une étude repensant les rapports d'obligation à l'aune du livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, v. F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations : Economica 2008*, spéc. p. 6 s., n° 5 s.

¹³⁹³ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. R. BODEÛS : *GF Flammarion, 2004*, p. 236 s., n° 7.1 et 7.4. Dans les deux cas le juste est un milieu (ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. R. BODEÛS : *GF Flammarion, 2004*, p. 236 s., n° 7.4 et 8.2.3). Le proportionnel est le milieu pour la justice distributive tandis que le milieu de la justice corrective est l'égal. V. aussi P. MORVAN, *Le juste en droit du travail*, in *Standards, principes et*

confrontation du juste et de l'injuste, le milieu émerge. Or, la suspension du contrat incarne en elle-même un milieu : ni abandon ni marche forcée. Elle a d'ailleurs pu être présentée comme ayant « *enfin le mérite de fournir une solution intermédiaire* »¹³⁹⁴. Mais comment se représenter le milieu ? Il semble possible de déterminer le milieu par la *confluence d'intérêts pluriels* ; le milieu est représenté par cette rencontre. La chose est dite à mots couverts s'agissant de la révocation des dirigeants sociaux qui doit obéir à un juste motif¹³⁹⁵. Il convient de la généraliser. Est juste ce qui concilie les intérêts¹³⁹⁶. Le juste est donc la balance entre les intérêts et cela est conforme à la fois à la phénoménologie et à l'office du droit.

322. Les intérêts en présence. Il reste à savoir quels sont les intérêts en présence dont la rencontre permettrait de déterminer la juste inexécution. L'intérêt de l'employeur, l'intérêt social le cas échéant, l'intérêt de la collectivité de travail, l'intérêt du salarié et l'intérêt de l'entreprise sont autant d'intérêts impliqués. Si l'indivision a été qualifiée d'espace de tension¹³⁹⁷ en raison de la « *dialectique de l'intérêt individuel et de l'intérêt commun* »¹³⁹⁸, que dire de l'entreprise ? Elle est le creuset des intérêts, un « *nœud d'intérêts* »¹³⁹⁹. Des intérêts individuels, déjà. L'intérêt du salarié - comme de l'employeur - est ce qui peut être raisonnablement considéré comme un avantage pour lui¹⁴⁰⁰. Mais l'entreprise est aussi un lieu qui fait la part belle aux intérêts « supra-individuels », tels que l'intérêt des actionnaires,

méthodes en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *Economica* 2010, p. 23 s., spéc. p. 24 ; M. VILLEY, Préface historique : *APD* 1981, p. 1 s., spéc. p. 10.

¹³⁹⁴ B. PETIT, Le sort du contrat de travail des directeurs régionaux : *Dr. soc.* 1991, p. 463 s.

¹³⁹⁵ R. BAILLOD, Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux : *RTD com.* 1983, p. 395 s., spéc. p. 399.

¹³⁹⁶ « *La justice doit alors convertir le contenu global du méson en des critères capables d'assurer le propre de chacun : mais en tenant compte des intérêts de tous et de la communauté dont tous font partie* » (A. SANCHEZ DE LA TORRE, Qu'en est-il de la réalité du droit ? : *APD* 1999, 13 s., spéc. p. 20). Le meson est le milieu, le médian, l'intermédiaire (V. E. ALLOA, Metaxu, figures de la médialité chez Aristote : *Rev. de métaphysique et de morale* 2009/02, n° 62, p. 247-262).

¹³⁹⁷ S. BECQUE-ICKOWICZ, Le droit de préemption de l'indivisaire : *JCP N* 2011, 1264.

¹³⁹⁸ P. CATALA, La réforme de l'indivision. Esprit de la réforme *in* Famille et patrimoine : *PUF* 2000, p. 124, n° 8.

¹³⁹⁹ Y. PAGNERRE, L'intérêt de l'entreprise en droit du travail, *in* Standards, principes et méthodes en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *Economica* 2010, p. 63 s., spéc. p. 67.

¹⁴⁰⁰ E. DOCKES, Valeurs de la démocratie : *Dalloz* 2005, p. 157 s., spéc. p. 159.

l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt social¹⁴⁰¹. S'ils partagent la caractéristique de dépasser le plan individuel, ils ne se confondent, en principe, pas pour autant. Le premier s'apparente à l'intérêt commun qui est fondé sur la recherche du plus petit dénominateur commun et repose sur le nombre, tandis que les autres, autonomisés, sont identifiés aux intérêts collectifs et reposent sur l'intensité¹⁴⁰², voire la permanence¹⁴⁰³. L'ensemble forme un plan à plusieurs dimensions ; là où l'intérêt social est d'un format supérieur à l'intérêt de l'employeur, il est, en revanche, en deçà de l'intérêt de l'entreprise¹⁴⁰⁴. En tant que manifestation d'un juste milieu, la technique de la suspension du contrat de travail est appelée à se situer au confluent de la pluralité des intérêts qui innervent l'entreprise et le droit du travail. Pour se dire juste, la suspension du contrat de travail doit prendre en compte certains des intérêts antagonistes que nous avons exposés.

¹⁴⁰¹ Pour une distinction entre ces intérêts, v. A. PIROVANO, La « boussole » de la société Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? : *D. 1997, p. 189 s.* ; D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés : *JCP E 1994, 404* ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, La définition de l'intérêt social : *RTD com. 2004, p. 35 s.* ; F. OST, Droit et intérêt, Entre droit et non-droit, t. 2 : l'intérêt : *Facultés universitaires Saint Louis 1990, p. 84-86* ; J. PAILLUSSEAU, La modernisation du droit des sociétés commerciales : *D. 1996, p. 287 s., spéc. p. 289*. Pour une présentation de l'entreprise comme « cadre d'ordonnement d'intérêt divergents », v. G. DUCHANGE, Le concept d'entreprise en droit du travail : *Planète sociale 2014, p. 21-134*.

¹⁴⁰² E. DOCKES, Valeurs de la démocratie : *Dalloz 2005, p. 157 s., spéc. p. 164*. Et l'auteur d'illustrer son propos : « *L'intérêt collectif n'est pas, en effet, simplement l'intérêt de la majorité, ou l'intérêt du plus grand nombre. Si pour construire une route, on choisit de raser un village plutôt que de le contourner, cela sera peut-être dans l'intérêt du plus grand nombre, dès lors que les utilisateurs de la route sont plus nombreux que les habitants du village et que cela réduit un tant soit peu leur temps de trajet. Cependant le sacrifice demandé aux habitants du village pourra apparaître trop important comparativement à ce gain, limité, des utilisateurs de la route. Il faut donc peser les intérêts individuels en présence non seulement en nombre mais aussi en intensité* ».

¹⁴⁰³ J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, t. 1 : *PUF 2017, 2^{ème} éd., p. 720, n° 367*.

¹⁴⁰⁴ B. TEYSSIE, L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail : *D. 2004, p. 1680*.

2. Le résultat de l'adjonction

323. Causes classiques. Le tout, l'adjonction du juste à l'inexécution, permet d'emprunter la forme d'un standard dont l'indétermination assure la souplesse et la potentialité¹⁴⁰⁵. La *juste inexécution* est en effet apte à rassembler *toutes* les causes éparses de suspension.

Ce recours au juste n'est que trop évident s'agissant des premières causes, classiques, de suspension. La grève n'est-elle pas l'exercice d'un droit constitutionnel ? L'arrêt de travail pour cause de maladie n'est-il pas par essence juste en ce qu'il a vocation à préserver l'intégrité physique du salarié ? RIVERO et SAVATIER estimaient dès 1970 que les causes de suspension du contrat de travail correspondaient à des hypothèses où il existe un « *juste motif d'inexécution* »¹⁴⁰⁶ provisoire de l'obligation de procurer ou de fournir du travail. L'existence de ces trois causes de suspension caractérise un « milieu », « un juste », assez évident entre des intérêts confluents et souvent opposés.

324. Nouvelles causes. L'analyse des « nouvelles » causes de suspension confirme cette idée de juste motif. Le « juste » est moins tangible mais finalement tout aussi présent dans ces causes plus contemporaines que l'on a regroupé sous la bannière de « congés ». Les principaux congés qui ont pour conséquence de générer un temps de suspension du contrat de travail résultent de la volonté du salarié. Celui-ci souhaite se détacher de l'entreprise afin de privilégier des projets personnels ou professionnels particuliers. Il est vrai qu'ils ne concernent pas l'entreprise (et non pour elle que peu d'intérêt), mais c'est le propre de la suspension que de mettre en balance les divers intérêts ; sans déshabiller saint Pierre pour habiller saint Paul, elle donne au salarié sans flouer l'entreprise. Ne dit-on pas que « *la suspension protège le lien contractuel, mais également la vie extra-professionnelle du salarié. Souvent présentée comme un mécanisme justifié par l'intérêt du salarié, la suspension prend en compte aussi l'intérêt de l'entreprise* »¹⁴⁰⁷ ?

¹⁴⁰⁵ P. LOKIEC, La décision et le droit privé : *D. 2008*, p. 2293 s., spéc. p. 2297-2298. V. égal. B. TEYSSIE (dir.), Standards, principes et méthodes en droit du travail : *Economica 2010*, p. 1 : « le standard est une référence, celle qui délimite le champ du souhaitable et de l'admissible ».

¹⁴⁰⁶ J. RIVERO et J. SAVATIER, Droit du travail : *PUF 1970*, p. 471.

¹⁴⁰⁷ L. FIN-LANGER, « Suspension du contrat de travail : règles générales » : *Rép. trav. Dalloz 2019*, n° 6.

325. Illustrations. Deux causes, deux hypothèses de suspension du contrat de travail révèlent particulièrement que cette technique contractuelle est à la confluence des intérêts en présence (et par là un juste milieu induisant une juste inexécution du contrat travail).

Le congé maternité, premièrement. Ce congé est en effet un cas typique de juste inexécution du contrat de travail et d'un compromis des intérêts de tous. La durée du congé est ainsi à la confluence des intérêts du nouveau-né, de la mère, de l'entreprise et de la société (une durée trop courte de suspension du contrat de travail irait contre toute politique de natalité ; une durée trop longue de suspension du contrat de travail découragerait éventuellement l'embauche des femmes en âge de procréer).

La détention provisoire, deuxièmement. Si la chambre sociale avait pu initialement juger que la détention du salarié constituait une impossibilité d'exécuter le contrat de travail à la durée imprévisible, elle a ensuite admis que le placement du salarié en détention provisoire entraîne bien une suspension du contrat¹⁴⁰⁸. Plusieurs intérêts entrent ici en confrontation : celui de l'employeur, celui du salarié et celui de la société dont la Justice repose notamment sur le principe de présomption d'innocence. Là encore, la reconnaissance d'une telle cause de suspension du contrat de travail se révèle équilibrée, ce qui explique qu'elle ne pourrait être transposée au cas de l'emprisonnement (définitif) puisque l'argumentation de la Cour de cassation repose sur la présomption d'innocence¹⁴⁰⁹. L'idée d'une juste inexécution est, dans cette hypothèse, plus que jamais perceptible : « *sous toutes les latitudes, le juge juste a en charge de veiller sur la présomption d'innocence* »¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁸ Soc. 21 nov. 2000 : pourvoi n° 98-41.788, Bull. V, n° 383.

¹⁴⁰⁹ La présomption d'innocence est une garantie procédurale en vertu de laquelle toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Sur la notion de présomption d'innocence, tout à la fois principe directeur, principe constitutionnel, droit fondamental, directement inspirée de Beccaria, v. article préliminaire du Code de procédure pénale - l'article 9-1 du C. civ. ; C. LAZERGUES, La présomption d'innocence, *in* Libertés et droits fondamentaux : *Dalloz 2008*, p. 496 s., n° 665 s. ; J. PRADEL, La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs, *in* Mél. J.-H. Robert : *LexisNexis 2012*, p. 605. Pour une position en faveur de la distinction entre détention provisoire et exécution d'une décision de justice (v. L. FLAMENT, Actes répréhensibles du salarié, poursuites pénales et relation de travail : *JCP S 2007*, 1198).

¹⁴¹⁰ C. VIGOUROUX, Présomption d'innocence, *in* Mél. J.-P. Costa : *Dalloz 2011*, p. 657 s., spéc. p. 664 (nous soulignons).

Le contrat originaire est donc mis entre parenthèses pour servir les conditions de travail, la santé du salarié, la famille, la société, l'entreprise tierce... autant de motifs légitimes qui justifient que le contrat de travail « *vive au ralenti* »¹⁴¹¹. Les causes éparses de suspension ont pour dénominateur commun cette idée de juste, de légitime qui a motivé leur consécration ; la suspension ne pourrait prospérer sur la base d'un motif *futile* ou *fautif*. De manière générale, les causes de suspension consacrées en droit du travail révèlent l'importance de certaines valeurs et préoccupations fondamentales de la société : la rupture du contrat d'un salarié malade ne pourrait-elle pas être considérée comme une atteinte à sa dignité ? L'absence de protection d'un salarié placé en détention provisoire ne violerait-elle la présomption d'innocence ? L'absence de protection d'une salariée enceinte n'exposerait-elle pas sa santé et par ricochet n'atteindrait-elle toute politique de natalité ? Faut-il insister sur le caractère nécessaire du droit de grève, véritable progrès social, dans toute société démocratique ? Même les finalités gestionnaires contemporaines de la suspension du contrat révèlent une préoccupation majeure de la société et de l'État : la vitalité et la fluidité du marché économique (par la création d'entreprise, la formation à de nouvelles compétences...), bref la protection de la liberté d'entreprendre. C'est donc une myriade de droit et libertés fondamentales qui s'offrent à nous. Toutes ces causes de suspension sont justes à bien plus qu'un seul niveau d'intérêt. Elles transcendent un antagonisme contractuel primaire pour révéler aussi des intérêts externes à l'entreprise : ceux de la société et de l'État. Le juste donc... N'est-ce pas ainsi, en partie, qu'a été expliquée la force obligatoire du contrat¹⁴¹² ?

326. Conclusion de section. Dans la recherche de *ce que fonde* l'appartenance du salarié à l'entreprise, notre route s'est dirigée vers la suspension du contrat de travail. Néanmoins, la correcte démonstration du fondement de cette situation juridique imposait nécessairement d'identifier ce qu'est la suspension, tant elle fait l'objet de débats. Une approche en deux temps a été retenue. D'abord fonctionnelle, ce qui nous a permis de systématiser les *causes* de la suspension (la perturbation ou les congés) puis ses finalités disparates (notamment à cause de l'émergence d'une finalité gestionnaire dans certaines hypothèses de suspension du contrat de travail). L'approche fonctionnelle a facilité ensuite l'approche ontologique

¹⁴¹¹ D. CORRIGNAN-CARSIN, La protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : *D. 1981, chron. XXXVI, p. 255 s., spéc. p. 256.*

¹⁴¹² J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats : *APD 1981, p. 35 s.*

recherchant la nature de la suspension. Par comparaison, l'assimilation de la suspension à trois techniques du droit civil a été rejetée : la suspension n'est ni une résolution, ni une exception d'inexécution, ni une expression de la force majeure. Raisonnant non plus à partir du droit civil mais à compter du droit du travail, il est apparu que la suspension du contrat de travail était une *juste inexécution*. A présent que sa nature juridique a été identifiée, il reste encore à vérifier que le fondement de la suspension est bien l'appartenance du salarié à l'entreprise.

Section 2 : La vérification du fondement de la suspension

327. La suspension du contrat, et du contrat de travail en particulier, est une juste inexécution. « Le fondement étant « ce qui donne à quelque chose son existence ou sa raison d'être »¹⁴¹³, la vérification et la démonstration que celui de la suspension est bien l'appartenance du salarié à l'entreprise est une nécessité. Cette vérification s'opérera en deux temps. D'abord, le fondement proposé par certains travaillistes, à savoir la force obligatoire, sera exclu (§1). Ce n'est qu'ensuite que l'appartenance du salarié à l'entreprise sera appréhendée, en cas de juste inexécution, comme le véritable fondement de la suspension du contrat de travail (§2).

§1 : Le rejet du fondement de la force obligatoire

328. L'ombre du contrat. Il vient d'être mis en avant que les diverses causes de suspension ont pour dénominateur commun, l'idée de juste, de légitime qui a motivé leur consécration. Une inexécution juste ; voilà ce que sont les hypothèses de suspension du contrat de travail. À la fois la nature de la suspension (une inexécution) et son caractère (juste) renvoient *au contrat*. La première parce qu'il s'agit d'une inexécution d'une

¹⁴¹³ A. LALANDE, « Fondement », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* : PUF, 3^{ème} éd., 2013, p. 364.

obligation ou d'un groupe d'obligations créées par le contrat. La seconde parce que l'un des éléments consubstantiels au contrat est *sa force obligatoire*¹⁴¹⁴ et que, précisément, le fondement de cette règle repose en partie sur l'idée de juste¹⁴¹⁵. Le Professeur GHESTIN a ainsi défendu comme fondement de la force obligatoire du contrat, qui justifie que les parties soient tenues de réaliser ce qui a été prévu et ce pour quoi ils se sont engagés, le juste et l'utile. Sur le juste, nous ne reviendrons pas. Sur l'utile, il n'est pas sans intérêt de rappeler que ce même auteur réserve une place prépondérante à « l'utilité publique » comme fondement conjoint du contrat (au détriment de « l'utilité particulière »¹⁴¹⁶). Derrière l'utilité publique il faut entendre « l'intérêt général »¹⁴¹⁷. On voit bien ici à quel point même la référence à l'utile est proche de notre conception du juste comme confluence d'intérêts pluriels surplombée par des préoccupations fondamentales qui se traduisent en droits et libertés éponymes.

329. La suspension et la force obligatoire. Tout semble ainsi conduire au contrat et à sa force obligatoire. Est-ce à dire donc que la force obligatoire du contrat de travail a un quelconque lien, est susceptible de fonder sa suspension ? À première vue, cette proposition apparaît pour le moins paradoxale. La suspension du contrat semble être une violation de ce que les parties avaient envisagé, à savoir une exécution « normale » du contrat. Pourtant, à y regarder de plus près, le rapprochement est loin d'être saugrenu. Précisément, la suspension n'est pas la rupture du contrat. Elle permet, dans un temps plus ou moins long, pour des finalités certes variables, la pérennité du lien contractuel alors que la prestation de travail n'est plus exécutée par le salarié. En suspendant le contrat, c'est souvent, qu'un espoir de son exécution normale, de sa modification conjointe ou la préparation commune de sa rupture (mais pas toujours certaine !) est attendu. Mais dans ces hypothèses, aucune violation de la force obligatoire du contrat n'est constatée. Que l'on retienne une définition utilitariste

¹⁴¹⁴ H. REGIS-JUILLET, La force obligatoire du contrat. Réflexion sur l'intérêt au contrat, dir. B. TEYSSIE : *thèse dactyl. Paris II 2015*, p. 6, n° 7.

¹⁴¹⁵ J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats : *APD 1981*, p. 35 s. ; F. CHENEDE, De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4 : *Dalloz 2012*, p. 155 s., spéc. p. 168 s.

¹⁴¹⁶ J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats : *APD 1981*, p. 35 s., spéc. p. 42.

¹⁴¹⁷ J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats : *APD 1981*, p. 35 s., spéc. p. 43.

de la force obligatoire (l'intérêt au contrat)¹⁴¹⁸ ou celle voyant dans la force obligatoire « un contenant », « un cadre général » au sein duquel des effets de droit sont attendus¹⁴¹⁹ n'y change rien. La suspension du contrat de travail ne porte pas atteinte à l'intérêt au contrat, certaines de ses obligations sont simplement mises en sommeil. L'intérêt au contrat n'a pas définitivement disparu. La suspension du contrat de travail ne porte pas plus atteinte à la force obligatoire entendue comme le cadre général, le contenant « à l'intérieur duquel vont (généralement mais pas nécessairement) s'inscrire des rapports d'obligation »¹⁴²⁰ puisque ce « cadre » ne disparaît pas !

330. La force obligatoire, fondement de la suspension ? Mieux, la force obligatoire pourrait être érigée en fondement de la suspension du contrat de travail selon certains¹⁴²¹. Selon le Professeur YAMAGUCHI « *tombé dans l'impossibilité d'exécuter, le débiteur, en invoquant la suspension du contrat, ne nie pas son obligation, il ne prétend pas s'en dégager complètement ; il explique simplement les raisons de la non-exécution et demande sa libération temporaire pour pouvoir mieux exécuter à l'avenir en tenant compte du caractère provisoire de l'empêchement* ». Et ce même auteur de conclure : « *au fond, c'est encore respecter le contrat que d'invoquer sa suspension* »¹⁴²². D'ailleurs si, comme nous l'avons vu, la jurisprudence n'a pas vraiment consacré un fondement civiliste, se contentant le plus souvent d'appliquer les textes travaillistes ou bien les dispositions des conventions collectives qui mettent en place une suspension, plusieurs arrêts déclarant la suspension du contrat de travail ont été rendus au visa de l'ancien article 1134, que cet article soit appareillé

¹⁴¹⁸ H. REGIS-JUILLET, La force obligatoire du contrat. Réflexion sur l'intérêt au contrat, dir. B. TEYSSIE : *thèse dactyl. Paris II 2015*.

¹⁴¹⁹ P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel : *RTD civ. 1999, p. 771 s., spéc. p. 774*.

¹⁴²⁰ P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel : *RTD civ. 1999, p. 771 s., spéc. p. 774*. Si l'on pouvait encore douter de l'idée que la suspension du contrat ne porte pas atteinte, en soi, à la force obligatoire du contrat il suffira de constater que celle-ci continue toujours de produire des effets même pendant la période de suspension ! Toutes les obligations contractuelles, implicites ou explicites, ne sont pas « mise en sommeil ».

¹⁴²¹ J. TREILLARD, De la suspension des contrats, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel, études de droit privé, dir. P. DURAND : *LGDJ 1960, p. 59 s., spéc. p. 71*.

¹⁴²² T. YAMAGUCHI, La Théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne : *LGDJ 1963, p. 83*.

avec des dispositions travaillistes¹⁴²³ ou bien qu'il soit seul à fonder la décision rendue¹⁴²⁴. La suspension n'est-elle pas un « *mécanisme d'adaptation du contrat au service de sa force obligatoire qui fait échec à sa résolution* »¹⁴²⁵ ? *A minima*, il est ainsi possible d'avancer que le fondement de la suspension *est lié au contrat* : soit que l'on adopte la thèse de la force obligatoire comme fondement de la suspension soit que l'on constate, suite à l'identification de la notion de suspension, qu'elle constitue une inexécution juste et qu'elle a donc nécessairement un rapport avec le contrat. Nous penchons plutôt pour la seconde hypothèse : sans être le fondement, ce qui « donne » à la suspension « son existence ou sa raison d'être »¹⁴²⁶, cette dernière a nécessairement à voir avec le contrat. D'ailleurs, les auteurs fondant la suspension sur la force obligatoire insistent sur l'hypothèse d'un « retour à l'exécution » après la mise en sommeil¹⁴²⁷. Or l'approche fonctionnelle de la notion de suspension a mis en évidence que certaines causes de suspension préparaient... le départ du salarié. Dès lors, il semble pour le moins téméraire de fonder la suspension sur la force obligatoire. Nous rejetons donc formellement ce fondement. Cela ne remet pas pour autant en cause le lien mis en évidence entre la suspension et le contrat. Comment ? Par l'appartenance du salarié à l'entreprise, qui se caractérise par la détention de la qualité de salarié... générée par le contrat de travail !

¹⁴²³ Soc., 28 janv. 2003, pourvoi n° 00-46.745, inédit.

¹⁴²⁴ Soc. 26 janv. 2011, pourvoi n° 09-43.193, Bull. V, n° 32. – Soc. 21 mars 2012, pourvoi n° 10-15.553, Bull. V, n° 103.

¹⁴²⁵ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001, 3^{ème} éd., p. 453, n° 398*

Pour un raisonnement similaire s'agissant de l'effet suspensif de la force majeure, v. P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure* : *LGDJ 1992, p. 210, n° 293*.

¹⁴²⁶ A. LALANDE, « Fondement », *in Vocabulaire technique et critique de la philosophie* : *PUF 2013, 3^{ème} éd., p. 364*.

¹⁴²⁷ V. not T. YAMAGUCHI, *La Théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne* : *LGDJ 1963, p. 83*.

§2 : Le fondement de l'appartenance du salarié à l'entreprise

331. Nous avons défini l'appartenance du salarié à l'entreprise comme le rattachement du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié. Cette dernière, la qualité, est générée par le contrat de travail. Nous avons également souligné la dissociation entre l'appartenance du salarié à l'entreprise et le travail. Les situations de suspension du contrat de travail correspondent parfaitement à notre conception de l'appartenance du salarié à l'entreprise. Les règles de droit applicables au salarié dont le contrat est suspendu mettent en évidence l'influence de la détention de la qualité de salarié, parce qu'elles ne s'expliquent pas par le travail qu'il fournit : même si le salarié n'exécute pas son travail, il continue dans l'entreprise de *compter en tant que tel*. La démonstration que l'appartenance du salarié à l'entreprise fonde les situations de suspension sera réalisée (I) ; nous nous interrogerons ensuite sur son exportation à d'autres branches du droit privé (II).

I. La démonstration du fondement

332. Puisque la suspension du contrat de travail ne s'explique ni par les techniques civilistes ni par des notions voisines, c'est donc qu'elle a une nature et un fondement qui lui sont donc propres. Ce fondement est, selon nous, l'appartenance du salarié à l'entreprise. Sans aller jusqu'à doter l'entreprise d'une fonction sociale ou entériner une quelconque « propriété de l'emploi » (que nous nions toutes deux), nous affirmons que l'appartenance à l'entreprise est ce qui fonde le bénéfice de la suspension du contrat dans les hypothèses légales ou jurisprudentielles¹⁴²⁸. Si l'on reprend les éléments dégagés précédemment au cours de cette étude, force est de constater que le travail est bien dépassé en ce que la fourniture de travail, par principe défaillante, est sans incidence sur le rattachement à

¹⁴²⁸ G. RIPERT, Les forces créatrices du droit : 1955, réédition L.G.D.J., Coll. Reprint, 2^{ème} éd., 1994, n° 137, p. 305 : « l'ouvrier adhère à l'entreprise comme l'actionnaire à la société. Il acquiert un droit qui ne peut plus lui être enlevé tant qu'il joue son rôle de travailleur et qui doit être compensé par une indemnité s'il est perdu sans sa faute. Il a donc une véritable propriété de son emploi. On ne peut plus dire qu'il est hors de l'entreprise. Il fait partie de l'entreprise ; il est fonctionnaire de l'entreprise ».

l'entreprise (A). C'est en vertu de la qualité de salarié, dont la détention fonde l'appartenance à l'entreprise, que le salarié continuera de compter en tant que tel (B).

A. Le dépassement de la fourniture de la prestation de travail

333. L'absence d'exécution du travail. Le salarié, par la conclusion du contrat de travail s'engage à la réalisation une obligation de faire : un fait positif qu'il promet d'accomplir¹⁴²⁹. Dans l'hypothèse d'une suspension du contrat de travail, cette prestation n'est justement plus fournie : l'on fait face à une inexécution juste de la prestation. Le fait que l'exécution du travail soit « mise en sommeil » est présenté comme le principal caractère marquant de la suspension du contrat¹⁴³⁰. Le travail n'est matériellement plus exécuté, *il n'est plus dû*. Le salarié n'a en principe, pas d'obligation de rester « en contact » avec le monde de l'entreprise, que ce soit avec ses collègues, les clients éventuels de l'entreprise dont il avait la charge ou encore ses supérieurs. A propos d'une salariée se trouvant en arrêt maladie, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu préciser que le salarié n'est pas tenu de poursuivre une collaboration avec l'employeur durant la suspension de l'exécution du contrat de travail¹⁴³¹. Libre à lui de le faire toutefois¹⁴³². Un employeur ne pourra donc pas imposer à ce salarié de se rendre dans l'entreprise pour venir y travailler pendant la suspension de son contrat de travail. Mais le développement des nouvelles technologies dans le cadre de la relation de travail invite à reformuler cette évidence¹⁴³³. Il serait plus exact de souligner que l'employeur

¹⁴²⁹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, Droit civil, Les obligations : *Dalloz 2019, 12^{ème} éd.*, p. 388, n° 346.

¹⁴³⁰ T. YAMAGUCHI, La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne : *LGDJ 1963, p. 1 et p. 7*.

¹⁴³¹ Soc. 15 juin 1999 : pourvoi n° 96-44772, Bull. V, n° 279 ; *Dr. soc. 1999, p. 843, obs. A. MAZEAUD*. – Soc. 18 mars 2003 : pourvoi n° 01-41.343, inédit.

¹⁴³² A. MAZEAUD, note sous Soc. 15 juin 1999 : *Dr. soc. 1999, p. 843*.

¹⁴³³ J.-E. RAY, Droit du travail, droit vivant : *Wolters Kluwer 2015, 23^{ème} éd.*, p. 189, n° 315 : « *Le salarié n'est donc plus tenu de poursuivre une collaboration avec l'employeur. Mais ce qui hier était impossible pour le mineur ou le métallo (la loi de la pesanteur lui interdisait d'emporter à son domicile une petite tonne de*

n'est pas fondé à exiger du salarié qu'il accomplisse les prestations prévues au contrat¹⁴³⁴, même s'il est d'aventure matériellement possible qu'il le fasse sans devoir se rendre dans l'entreprise. Si par extraordinaire un tel ordre est formulé, le salarié est fondé à refuser : il ne commet aucun acte d'insubordination susceptible de justifier une sanction disciplinaire. Dans certains cas, l'ordre de l'employeur sera même constitutif d'une infraction pénale¹⁴³⁵.

L'indifférence quant à la fourniture du travail fourni par le salarié pour l'application de divers effets juridiques s'illustre notamment dans les périodes de suspension générant de l'ancienneté¹⁴³⁶, voire dans les périodes de suspension assimilées à un temps de travail effectif¹⁴³⁷, et dans le calcul de l'indemnité de fin de contrat de l'article L. 1243-8 qui est calculée sur la base du temps initialement prévue et non pas sur le temps effectivement travaillé par le salarié¹⁴³⁸.

334. Subsistance du contrat de travail. Malgré l'absence d'exécution du travail, le contrat de travail existe toujours : aucune résiliation de plein droit ne peut intervenir et le mécanisme de suspension limite justement la faculté qu'a l'employeur de rompre le contrat de travail. C'est l'appartenance à l'entreprise qui fonde le bénéfice de la suspension du contrat dans les hypothèses légales ou jurisprudentielles ; parce que l'inexécution est juste et en vertu de la position, de la place générée par le contrat, le salarié comme l'employeur peuvent bénéficier de la suspension du contrat. Si le bénéfice est particulièrement visible pour le salarié, qui verra le contrat maintenu et qui percevra même dans certains cas une

charbon ou une porte de voiture à terminer) ne pose aucun problème pour le travailleur du savoir équipé d'un ordinateur 4G ».

¹⁴³⁴ R. MARIE, Fasc. 28-10 : Suspension du contrat. – Régime de droit commun : *Jcl Travail Traité 2017*, n° 92 ; CA Versailles 28 juin 1994 : *RJS 11/94*, n° 1259, p. 757.

¹⁴³⁵ L. FIN-LANGER, « Suspension du contrat de travail : règles générales » : *Rép. trav. Dalloz 2019*, n° 63.

¹⁴³⁶ Si le principe est l'absence de prise en compte des périodes de suspension dans le calcul de l'ancienneté, de nombreuses atténuations sont prévues par le Code du travail : art. L. 1226-7 ; L. 3142-21 ; L. 1225-24 ; L. 1225-42 ; L. 3142-12, etc. Pour une présentation de ces nombreuses exceptions, v. R. MARIE, Fasc. 28-10 : Suspension du contrat. – Régime de droit commun : *Jcl Travail Traité 2017*, n° 84.

¹⁴³⁷ Si le principe est que les périodes de suspension ne comptent pas comme du temps de travail effectif, de nombreuses atténuations sont prévues par le Code du travail : art. L. 3142-2 ; L. 3142-68 ; L. 2145-10, etc. Pour une présentation des congés ou absences assimilées à du temps de travail effectif, v. R. MARIE, Fasc. 28-10 : Suspension du contrat. – Régime de droit commun : *Jcl Travail Traité, 2017*, n° 89.

¹⁴³⁸ Soc. 9 oct. 1990 : pourvoi n° 88-19.804, Bull. V, n° 419.

relative rémunération¹⁴³⁹, il l'est également pour l'employeur qui pourra ne pas perdre (tout de suite) le salarié qu'il avait choisi dans le cadre de sa liberté d'entreprendre. Il maximise ses chances de conserver le salarié. Puisque la suspension du contrat de travail n'est pas qu'un dispositif au bénéfice exclusif du salarié, ce dernier n'a pas, en principe, la main mise sur la suspension et ne peut l'actionner ou la rétracter à sa guise. Il ne peut par exemple invoquer aucun droit à être réemployé avant l'expiration du congé sabbatique¹⁴⁴⁰. Puisque le salarié fait partie de l'entreprise, qu'il détient la qualité de salarié¹⁴⁴¹, un report dans la rupture du contrat de travail en cas de juste inexécution pourra être acquis et consacré par le juge ou le législateur. De la situation juridique à laquelle donne naissance le contrat¹⁴⁴² et de la place objective plus précisément que la qualité juridique offre au salarié naît la suspension du contrat de travail.

335. Réconciliation des analyses institutionnelle et contractuelle. La suspension du contrat de travail est bien souvent présentée, au moins en partie, comme un mécanisme institutionnel, qui trouve son fondement dans l'intégration du salarié à la collectivité de travail¹⁴⁴³, par opposition à une analyse contractuelle. Le fondement de l'appartenance à l'entreprise, tel qu'on l'a conceptualisé comme la détention de la qualité de salarié, générée par le contrat, réconcilie ici les deux analyses : institutionnelle et contractuelle puisque dans le même temps c'est certes le contrat qui génère l'appartenance du salarié à l'entreprise mais la qualité, qui est une position, une place cristallisée, permet ensuite de le dépasser pour générer des effets qui rompent avec la rigidité synallagmatique du contrat de travail.

La pertinence et la véracité de l'appartenance du salarié à l'entreprise comme fondement de la suspension se vérifie par ailleurs à propos d'autres règles de droit concernant cette

¹⁴³⁹ V. R. MARIE, Fasc. 28-10 : Suspension du contrat. – Régime de droit commun : *Jcl Travail Traité*, 2017, n° 97 s.

¹⁴⁴⁰ C. trav., art. L. 3142-31.

¹⁴⁴¹ Laquelle ne disparaît d'ailleurs pas pendant la suspension du contrat de travail, pour un ex. v. M. PLANIOL, G. RIPERT, A. ROUAST, R. SAVATIER, J. LEPARGNEUR, *Traité pratique de droit civil français, Contrats civils*, t. 11 : *LGDJ 1932*, p. 113 : « il semble bien au contraire qu'il garde cette qualité si le contrat de travail est simplement suspendu dans son exécution ».

¹⁴⁴² R. VATINET, F. GAUDU, *Traité des contrats, Les contrats du travail*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 304, n° 343.

¹⁴⁴³ R. MARIE, Fasc. 28-10 : Suspension du contrat. – Régime de droit commun : *Jcl Travail Traité*, 2017, n° 91.

situation de « mise en sommeil » ; le salarié continue de bénéficier de droits et de se trouver débiteur de certaines obligations malgré la suspension, en raison de la détention de la qualité de salarié. Le salarié continue de *compter en tant que tel* malgré l'absence de prestation fournie.

B. Compter en tant que tel

336. On sait que l'appartenance à l'entreprise est ce qui fonde le bénéfice de la suspension dans les hypothèses légales ou jurisprudentielles. La continuité de droits et d'obligations le démontre, *de lege lata* (1). On pourra d'ailleurs s'interroger, de *lege ferenda*, sur le développement de la suspension du contrat de travail (2)

1. *De lege lata : la continuité de droits et d'obligations*

337. L'impossibilité d'exiger du salarié l'accomplissement de sa prestation en cas de suspension du contrat, sans possibilité de le sanctionner car l'inexécution est juste, démontre et vérifie que le fondement de cette situation juridique est bien l'appartenance du salarié à l'entreprise. Durant cette période de « mise en sommeil » de l'obligation de fournir une prestation, l'on aurait pu imaginer que certains droits dont il bénéficie soient également mis dans le même état. Mais le maintien de la qualité de salarié pendant la période de suspension du contrat de travail fait qu'il continue de *compter en tant que tel, en tant que salarié* et donc il peut bénéficier de certains droits (a). Mais parce que la qualité est une place cristallisée, qui vaut en elle-même, elle entraîne également le maintien de certaines obligations du salarié (b).

a. *Le bénéfice de droits*

338. « *Le salarié demeure partie intégrante du personnel de l'entreprise* »¹⁴⁴⁴. Il compte donc encore *en tant que tel*. Plus précisément, le maintien de sa qualité de salarié va justifier qu'il continue de bénéficier de certains droits. Par exemple, le salarié conservera son véhicule de fonction pendant la période de suspension du contrat de travail¹⁴⁴⁵. Il conservera également son logement, accessoire de son contrat de travail, attribué à titre gratuit pour l'exercice de ses fonctions, en ce qu'il représente son cadre de vie¹⁴⁴⁶. De façon moins anecdotique, outre la possibilité qu'il a encore de voter et d'être élu dans l'entreprise¹⁴⁴⁷, le salarié dont le contrat est suspendu bénéficiera d'autres droits en raison de sa qualité de salarié.

339. **L'essai.** La période d'essai perturbée par la suspension du contrat de travail est également suspendue et doit être prolongée d'autant, sauf à ce que la rupture intervienne entre-temps¹⁴⁴⁸. En effet, ce n'est pas un délai préfix. Il serait d'ailleurs regrettable qu'elle le soit en raison de sa finalité, définie à l'article L. 1221-20, qui permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié. Avant même de s'assurer que le salarié soit placé dans des conditions normales d'emploi¹⁴⁴⁹, il convient de s'assurer que le salarié travaille effectivement. L'essai est présenté comme une prise de contact réciproque qui nécessite du temps et un travail effectif¹⁴⁵⁰. Cette configuration fait donc défaut en cas de suspension du contrat de travail puisque la prestation de travail n'est plus assurée et cette absence justifie la prolongation de la « *phase expérimentale* »¹⁴⁵¹. Le salarié bénéficie de cette prolongation

¹⁴⁴⁴ L. DAUXERRE, Synthèse – Suspensions du contrat de travail : *Jcl Travail traité 2020*, n° 25.

¹⁴⁴⁵ Soc. 24 mars 2010 : pourvoi n° 08-43.996, Bull. V, n° 71.

¹⁴⁴⁶ Soc. 26 janv. 2011 : pourvoi n° 09-43.193, Bull. V, n° 32.

¹⁴⁴⁷ V. *infra* n° 438.

¹⁴⁴⁸ Soc. 24 avr. 2013 : pourvoi n° 12-11.825, Bull. V, n° 110.

¹⁴⁴⁹ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Droit du travail : *Dalloz 2020*, 34^{ème} éd., p. 294, n° 232.

¹⁴⁵⁰ A. LARRIBET, La suspension du contrat de travail pendant la période d'essai : *Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, oct. 1993, p. 5.

¹⁴⁵¹ S. TOURNEAUX, L'essai en droit privé, Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé : *LGDJ 2011*, p. 2, n° 2.

parce qu'il détient *déjà* la qualité de salarié ; la période d'essai est indifférente à cette détention.

340. Le harcèlement moral. Le harcèlement étant constitué par la répétition d'agissements ayant pour objet ou pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail¹⁴⁵², on aurait pu considérer qu'un salarié dont le contrat est suspendu et qui n'exécute plus son travail ne puisse se prévaloir d'une telle dégradation puisque de conditions de travail il n'y a plus vraiment en période de suspension du contrat de travail. La chambre sociale de la Cour de cassation semble adopter cependant une vision large de la situation de harcèlement moral qui permettrait de caractériser un harcèlement moral même si le salarié n'est plus en poste dans l'entreprise du fait d'un congé, en l'espèce de fin de carrière¹⁴⁵³.

341. Le transfert légal du contrat suspendu. Par ailleurs, le contrat suspendu est ainsi assimilé à un « contrat en cours » au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail¹⁴⁵⁴. En cas de transfert de l'entreprise, le contrat suspendu sera cédé puisque existant au jour de la prise d'effet de la restructuration¹⁴⁵⁵. A charge pour le repreneur de respecter le régime de la suspension applicable¹⁴⁵⁶. Cette règle est remarquable ; elle met en valeur la *crystallisation juridique* que réalise la détention de la qualité de salarié. Une fois attribuée, par l'existence du contrat de travail, celle-ci ne disparaît pas tant que le contrat n'est pas rompu ; elle ne disparaît même pas lorsqu'une partie au contrat change ! Le salarié compte donc réellement, grâce à la qualité qu'il détient, *en tant que tel*, peu important que la personne de l'employeur évolue.

¹⁴⁵² C. trav., art. L. 1152-1.

¹⁴⁵³ Soc. 26 juin 2019 : pourvoi n° 17-28.328, Bull. V, à paraître. Pour la chambre sociale, les dispositions relatives au harcèlement moral sont applicables dès lors que le contrat de travail n'est pas rompu.

¹⁴⁵⁴ Mais pas au sens des articles L. 622-13 et L. 641-11-1 du Code de commerce en cas de procédure collective.

¹⁴⁵⁵ F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, Droit du travail : *LGDJ 2020*, 7^{ème} éd., p. 275, n° 304.

¹⁴⁵⁶ Soc. 27 mai 2009 : pourvoi n° 08-42.555, Bull. V, n° 136 ; *JCP S 2009*, 1357, note P. MORVAN, divers congés prévus dans le cadre d'un PSE dispensaient les salariés d'exécuter leur travail – voire les autorisaient à exercer une activité chez un autre employeur – dans l'attente d'un licenciement ou d'un projet de reconversion. Le repreneur de la société ayant demandé sans succès aux salariés de réintégrer l'entreprise transférée, il a procédé à leurs licenciements pour faute grave. Il a été jugé que non seulement la suspension des contrats de travail ne faisait pas obstacle au transfert des contrats de travail, mais surtout que le repreneur était tenu de maintenir les conventions individuelles précédemment négociées.

b. Le maintien d'obligations

342. Distinction. Bénéficiant de certains droits par la seule détention de la qualité de salarié, celui-ci continue également d'être débiteur d'obligations. Les obligations qui restent en vigueur sont appelées par la doctrine obligations secondaires¹⁴⁵⁷, accessoires¹⁴⁵⁸, continues¹⁴⁵⁹, ou encore d'entretien¹⁴⁶⁰. Il faut bien ici distinguer les obligations qui incombent toujours au salarié en raison de leur inclusion dans le champ contractuel (par exemple l'obligation de non-concurrence) de celles qui tiennent, par essence, à la qualité de salarié. L'obligation de loyauté est une illustration que le maintien du contrat, et donc de la qualité de salarié rattachant celui-ci à l'entreprise, continue d'imposer certains comportements au salarié. S'il *compte en tant que tel*, cela ne peut être toujours à son bénéfice.

343. Obligation de loyauté. Une grande partie des obligations dont il reste débiteur dérivent de l'obligation de loyauté. Durant la suspension du contrat, l'obligation de loyauté subsiste et le salarié n'est pas dispensé de communiquer à l'employeur d'éventuelles informations qui seraient détenues par lui et qui seraient nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise¹⁴⁶¹. Dans la même veine, le salarié doit restituer le matériel utile au bon fonctionnement de l'entreprise¹⁴⁶². L'appartenance du salarié à l'entreprise, par la détention de la qualité de salarié, produit un effet juridique à la charge du salarié. Puisqu'il compte toujours, *en tant que tel*, comme salarié de l'entreprise, il ne doit pas, par son action comme son inaction, porter préjudice à la bonne marche de l'entreprise. C'est ainsi que le salarié reste tenu par une obligation de confidentialité et de discrétion. Il est également

¹⁴⁵⁷ T. YAMAGUCHI, La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne : *LGDJ 1963*, p. 106 ; R. MARIE, Fasc. 28-10 : Suspension du contrat. – Régime de droit commun : *Jcl Travail Traité 2017*, n° 114 s.

¹⁴⁵⁸ L. FIN-LANGER, « Suspension du contrat de travail : règles générales » : *Rép. trav. Dalloz 2019*, n° 73.

¹⁴⁵⁹ J.-M. BERAUD, La suspension du contrat de travail : *Sirey 1980*, p. 130.

¹⁴⁶⁰ J. TREILLARD, De la suspension des contrats, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel, études de droit privé, dir. P. DURAND : *LGDJ 1960*, p. 59 s., spéc. p. 83.

¹⁴⁶¹ Soc. 18 mars 2003 : pourvoi n° 01-41.343, inédit.

¹⁴⁶² Soc. 6 févr. 2001 : pourvoi n° 98-46.345, Bull. V, n° 43.

débiteur d'une obligation de « non-concurrence » pendant la durée de son contrat (qui se distingue à la fois de l'obligation post-contractuelle du même nom et de clause d'exclusivité) ; cette obligation est également maintenue pendant la suspension¹⁴⁶³. Elle reste « *d'ailleurs de même nature et de même intensité, qu'elle soit sollicitée en cours d'exécution ou lors de la suspension du contrat de travail* »¹⁴⁶⁴.

344. Compter en tant que tel. Le salarié ne travaille plus mais appartient toujours à l'entreprise. Dans la droite ligne de ce que nous avons dégagé en première partie, cette appartenance lui génère des droits et des devoirs ; mieux, elle lui confère une *place particulière*, qui n'est ni tout à fait celle du salarié qui travaille effectivement mais pas non plus celle de l'ancien salarié dont le contrat est rompu. En vertu de la qualité de salarié, qui se caractérise notamment par ses caractères abstrait et unitaire¹⁴⁶⁵, le salarié dont le contrat est suspendu comptera en tant que tel. Puisque la qualité est une manière d'être, le salarié dont le contrat est suspendu ne cesse pas d'être en cessant de faire. C'est ce qui explique qu'« *on n'appartient ou qu'on n'appartient pas* »¹⁴⁶⁶.

2. *De lege ferenda : le développement de la suspension du contrat de travail*

345. Il a été vu que la suspension du contrat de travail connaissait un certain essor et qu'une quatrième finalité, la finalité gestionnaire visant à propulser le salarié, se rajoutait aux finalités déjà dégagées par la doctrine¹⁴⁶⁷. Il nous semble pour autant possible de développer encore la suspension du contrat de travail. Vu la défiance que l'on peut nourrir vis-à-vis du travail et l'impossible mesure de la valeur travail dans l'entreprise, un tel développement, qui rompt certes avec la dimension directement échangiste du contrat de

¹⁴⁶³ Soc. 27 nov. 1991 : pourvoi n° 88-43.161, Bull. V, n° 537.

¹⁴⁶⁴ R. MARIE, Fasc. 28-10 : Suspension du contrat. – Régime de droit commun : *Jcl Travail Traité 2017*, n° 117.

¹⁴⁶⁵ V. *supra* n° 203.

¹⁴⁶⁶ D. BOULMIER, Intéressement des salariés : analyse de 62 accords signés dans le Loiret en 1992 : *SSL 1995*, suppl. n° 729.

¹⁴⁶⁷ S'agissant des trois premières finalités, v. R. VATINET, F. GAUDU, *Traité des contrats, Les contrats du travail*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, p. 306, n° 346. Sur la quatrième finalité de la suspension, que nous rajoutons, V. *supra* n° 296.

travail¹⁴⁶⁸, apparaît légitime. Le développement de la suspension du contrat de travail pourrait passer par l'extension, sinon des temps de suspension assimilés à du temps de travail effectif, des temps générateurs d'ancienneté. En effet la suspension du contrat de travail ne génère pas automatiquement de l'ancienneté, seuls certains cas revêtent un tel effet. On pourrait également envisager un développement des cas de suspension à finalité gestionnaire maintenant qu'il est acquis en droit du travail que la suspension n'est plus une péripétie à oublier mais un temps devant être assumé. Puisque toutes les causes de suspension du contrat de travail reconnues en droit positif traduisent une juste inexécution de ce contrat, toutes les situations qui incarneraient également une juste inexécution du contrat de travail pourraient être reconnues comme cause positive de suspension du contrat de travail. L'on pourrait également envisager une réduction, voire une suppression, des cas de suspension conditionnés à une certaine ancienneté, comme ce qui est actuellement prévu, par exemple, pour le congé parental d'éducation¹⁴⁶⁹. Ce développement pourrait enfin passer par l'institution d'un référent des salariés suspendus au sein du comité social et économique, surtout s'agissant des suspensions en raison des troisièmes et quatrième finalité, afin, et toujours dans une politique de prise en compte de la période de suspension, de mieux anticiper un éventuel retour du salarié ou une rupture du contrat.

Les différentes règles juridiques, propres à la suspension du contrat de travail car fondées sur l'appartenance du salarié à l'entreprise peuvent-elles, par ailleurs, s'exporter dans d'autres branches du droit privé ?

II. L'exportation du fondement ?

346. Exportation. Le mécanisme de suspension rayonne en droit privé, notamment en droit des assurances et en droit de la consommation qui n'y sont pas insensibles. En droit des assurances, si jamais l'assuré ne s'acquitte pas du paiement des primes d'assurance dont il est débiteur, une procédure spécifique, prévue par l'article L. 113-3 du Code des

¹⁴⁶⁸ Le contrat de travail a été présenté comme une commutation volontaire, v. F. CHENEDE, Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations : *Economica* 2008, p. 158 s., n° 176 s.

¹⁴⁶⁹ C. trav., art. L. 1225-47.

assurances, génère après un temps de maintien exceptionnel de la garantie, un temps de suspension d'une durée de dix jours, que l'on a pu qualifier de « *temps d'espérance* »¹⁴⁷⁰. Durant ce temps, généré automatiquement et qui empêche l'assureur de résilier immédiatement la police ou d'en poursuivre l'exécution en justice, la garantie est automatiquement suspendue. Le juge évoque expressément la « *suspension du contrat* »¹⁴⁷¹. En droit de la consommation, les articles L. 311-32 - relatif au crédit à la consommation - et L. 312-19 - relatif au crédit immobilier - du Code de la consommation permettent au juge, sous certaines conditions et en cas de litige, de suspendre « *l'exécution du contrat de prêt* ». Cette expression est également devenue, sous la plume du juge, la « *suspension du contrat* »¹⁴⁷². Ces dispositions sont fréquemment présentées, par la doctrine, comme l'illustration du rayonnement du mécanisme de suspension en droit privé¹⁴⁷³.

¹⁴⁷⁰ B. BEIGNIER, Droit des assurances : *LGDJ 2015*, p. 490, n° 470.

¹⁴⁷¹ Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2004, pourvoi n° 01-13.906, inédit. – Civ. 1^{ère}, 10 déc. 2002, pourvoi n° 99-20.719, inédit. le rapprochement avec l'exception d'inexécution dans les écrits doctrinaux est fréquent, dans l'esprit (A. BESSON, La suspension dans le contrat d'assurance, in Etudes H. Capitant : *Duchemin 1977*, not. p. 82 et 89 ; note sous Trib. civ. de la Seine 12 mars 1936 : *D. P. 1937* 2. 49) comme dans la lettre (J. TREILLARD, De la suspension des contrats in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Etudes de droit privé, dir. P. DURAND : *LGDJ 1960*, p. 59 s., spéc. p. 78 ; C. MALECKI, L'exception d'inexécution : *LGDJ 1999*, p. 436 s., n° 495 s.). Il est vrai toutefois que l'assimilation de ce dispositif au mécanisme autonome de suspension du contrat reste controversée, voire rejetée (D. MARTIN, note sous Civ. 24 févr. 1981 : *D. 1982*, p. 481).

¹⁴⁷² Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2014 : pourvoi n° 13-24.384, inédit ; *CCC 2015*, comm. 103, note G. RAYMOND ; *rev. Construction, urbanisme 2015*, comm. 44, note C. CIZAIRE.

¹⁴⁷³ A. MARTINON, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée : *Dalloz 2005*, p. 101, n° 112 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, Traité de droit civil, Les effets du contrat, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*, 3^{ème} éd., p. 462, n° 405.

Dans la mesure où il ne s'agit que d'une simple faculté pour le juge, on ne peut véritablement parler de droit de suspension du contrat et, partant, l'assimilation de ces phénomènes au mécanisme de suspension peut être discuté. Il est certain que, dans les cas avérés de suspension tels qu'on les a étudiés en droit du travail, l'intervention du juge peut être déterminante puisque le juge peut rajouter aux cas prévus par la loi des cas prétoriens (C'est le cas de la détention provisoire par exemple). Mais le juge ne fait que reconnaître – et non créer – une situation déjà établie. Ainsi, c'est le placement d'un salarié en détention provisoire qui est le fait générateur de la suspension et non la décision du juge travailliste le reconnaissant (Soc. 21 nov. 2000 : pourvoi n° 98-41.788, Bull. V, n° 383). Le juge ne prononce pas la suspension, il *se prononce sur la demande des parties portant sur la suspension du contrat de travail*. Si une décision du juge devait être créatrice, c'est plutôt,

Pourrait-on trouver une similitude quant au fondement de ces causes de suspension en droit de la consommation et en droit des assurances ? Le modèle de l'appartenance du salarié à l'entreprise rayonnerait-il au-delà des frontières de cette branche du droit ? Nous l'avons dit, c'est la détention de la qualité de salarié, générée par le contrat, qui opère le rattachement de ce dernier à l'entreprise. *De facto*, il n'existe pas, en droit de la consommation et en droit des assurances un « écran » comparable à l'entreprise entre les contractants. Pour autant, les règles précitées organisant une cause de suspension des contrats ne peuvent s'expliquer entièrement par le contenu du contrat. Elles sont impératives en ce que c'est la qualité d'assuré ou de consommateur, née de la conclusion des contrats d'assurance et de consommation, qui justifie leur application. De ce point de vue, la suspension s'explique donc dans ces deux branches du droit privé par la détention d'une qualité, indisponible à l'emprise des volontés¹⁴⁷⁴, comme en droit du travail. Ces qualités sont « objectivement déterminées »¹⁴⁷⁵ comme celle de salarié.

347. Apparition d'un mécanisme général ? Ces apparitions de la suspension du contrat en droit des assurances et en droit de la consommation, outre son utilisation en droit du travail, son terreau naturel, préfigurent-elle la possibilité d'un mécanisme général ? L'arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 24 février 1981¹⁴⁷⁶ est traditionnellement présenté comme sa consécration¹⁴⁷⁷. La doctrine a pu faire le départ entre

et sur un autre plan, l'ordonnance du juge des libertés et de la détention décidant du placement en détention du salarié qui devrait être mobilisée.

¹⁴⁷⁴ V. en droit de la consommation, Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2016 : pourvoi n° 14-28.034, inédit. – Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2015 : pourvoi n° 14-20.760 et n° 14-21.873, Bull. I, n° 538. En droit des assurances, une fois la qualification de contrat d'assurance acquise (sur laquelle V. J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance : LGDJ 2014, 2^{ème} éd., p. 36 s., n° 69 s.*), l'article L. 111-2 du Code des assurances organise l'impérativité d'un nombre considérable de ses règles.

¹⁴⁷⁵ V. en droit de la consommation, H. BARBIER, L'indisponibilité de la qualité de consommateur ou de professionnel des parties à un contrat : *RTD civ. 2016, p. 354*. En droit des assurances, des auteurs font explicitement référence à la « qualité d'assuré » (J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance : LGDJ 2014, 2^{ème} éd., p. 1082, n° 2154*).

¹⁴⁷⁶ « *En cas d'impossibilité momentanée d'exécution, le débiteur n'est pas libéré, cette exécution étant seulement suspendue jusqu'au moment où l'impossibilité vient à céder* » (Civ. 1^{ère}, 24 févr. 1981 : Bull. I, n° 65). V. également Soc. 5 mai 2004, pourvoi n° 02-41.871, inédit.

¹⁴⁷⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, t. 2 : *PUF 2017, 2^{ème} éd., p. 2248, n° 1113*. V. égal. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*,

le principe de l'obligation et l'exigibilité de celle-ci, qui serait seule atteinte par la suspension. Cette distinction expliquerait la « *totale restauration après que la suspension ait épuisé son effet d'éclipse* »¹⁴⁷⁸. Mais pour autant, cet arrêt reste rattaché à la force majeure suspensive¹⁴⁷⁹ bien plus qu'à un phénomène autonome de suspension du contrat. Pourtant, pour le Professeur MESTRE, c'est ainsi un mécanisme de « théorie générale » des obligations qui a vu le jour¹⁴⁸⁰. Il est permis de douter de l'inclusion de la suspension du contrat dans la théorie générale des obligations. Le terme même de théorie générale pose problème : « *les juristes sont en général incapables de définir ce qu'ils entendent par-là* »¹⁴⁸¹. Si la définition classique consiste à assimiler la théorie générale au droit commun et à en faire l'ensemble des règles communes à tous les contrats¹⁴⁸², une définition plus méfiante est venue nuancer cette assimilation et démystifier la théorie générale en la rapprochant d'une « *activité doctrinale de connaissance du [droit] et le produit de cette activité* »¹⁴⁸³. Dès lors que la théorie générale n'est plus qu'une position sur le droit et non du droit positif, elle est susceptible d'accueillir une pluralité de situations – trop peut-être pour constituer une notion parfaitement fonctionnelle – puisque, ce que la théorie générale regagne en sincérité, elle le perd en finesse. Son utilité est également modifiée : d'instrument d'anticipation et de

3^{ème} éd., p. 453, n° 398, qui évoque une « *technique générale du droit contractuel* » sans se rattacher à cet arrêt précisément mais en tirant un enseignement général des nombreux travaux de la doctrine. Comp. A. MARTINON, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée : *Dalloz 2005*, p. 99, n° 110 : « *la suspension du contrat ne serait pas un mécanisme autonome du droit commun des contrats mais un dispositif propre à certains contrat* ».

¹⁴⁷⁸ D. MARTIN, note sous Civ. 24 févr. 1981 : *D. 1982*, p. 481.

¹⁴⁷⁹ C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, dir. C. LARROUMET : *Economica 2018*, 9^{ème} éd., p. 781, n° 726.

¹⁴⁸⁰ J. MESTRE, Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat, in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque I. D. A. 1993 : *PUAM 1993*, p. 97.

¹⁴⁸¹ J. HAUSER, Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? : *RLDC 2011*, p. 69.

¹⁴⁸² G. CORNU, « Général », in *Vocabulaire juridique* : *PUF 2020*, 13^{ème} éd., p. 487, sens 1 ; P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, les contrats spéciaux* : *Ed. Cujas 1996*, p. 14, n° 1.

¹⁴⁸³ E. SAVAUX, La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ? : *LGDJ 1997*, p. 345, n° 531. Au terme d'une analyse, partagée par N. BALAT dans sa thèse consacrée au droit commun (Essai sur le droit commun : *LGDJ 2016*, p. 36-37, n° 52), l'auteur en vient à distinguer (not. p. 23-154) le droit positif et la théorie générale pour mieux la rapprocher d'une reconstitution subjective du droit commun du contrat propre à chaque auteur. Comp. S. PIMONT, Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemples en droit du contrat : *RTD civ. 2009*, p. 417 s.

prévisibilité qui permet de pallier l'absence de réponse directe fournie par la norme¹⁴⁸⁴, elle deviendrait recherche du « meilleur droit »¹⁴⁸⁵. Et, même en adoptant de la théorie générale une conception axée sur la neutralité, en ce qu'elle serait une « modélisation » neutre permettant d'appliquer un statut juridique¹⁴⁸⁶, la doctrine réfléchit encore sur la suspension du contrat de travail. Comment espérer qu'elle atteigne un statut de neutralité dans ces conditions ? Certains y voient ainsi un simple mécanisme relatif du droit des contrats¹⁴⁸⁷. À l'aune de la constatation de son existence en droit du travail, en droit des assurances et en droit de la consommation, au regard du rôle de la notion de qualité qui se dégage de ces trois matières, il nous est possible de formuler une autre hypothèse. La suspension du contrat pourrait rejoindre un « droit commun spécial des contrats »¹⁴⁸⁸ où la notion de qualité dépasse le simple contenu du lien contractuel. Ce « droit commun spécial des contrats », qui évite dans son appellation les troubles suscités par l'emploi du terme « théorie »¹⁴⁸⁹, serait un corps de règles applicables à différents contrats spéciaux (sans se confondre avec le droit commun des obligations)¹⁴⁹⁰. Les contrats concernés dans lesquels s'appliquerait la suspension du contrat s'identifieraient par une combinaison de critères : le caractère

¹⁴⁸⁴ J. HAUSER, Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? : *RLDC 2011*, p. 70 et 72.

¹⁴⁸⁵ J.-L. AUBERT, Préface à *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?* : *LGDJ 1997*.

¹⁴⁸⁶ D'après le professeur HAUSER, la théorie générale est un « scénario que les spécialistes du droit des obligations connaissent bien et qui conduit à abandonner le jugement de valeur pour appliquer un statut juridique en modélisant la situation génératrice de façon neutre » (J. HAUSER, *Vers une théorie générale du droit familial ?* : *D. 1991, chron. XII*, p. 56).

¹⁴⁸⁷ A propos du mécanisme général, v. L. FIN-LANGER, « Suspension du contrat de travail : règles générales » : *Rép. trav. Dalloz 2019, n° 1* ; A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat à durée indéterminée* : *Dalloz 2005, p. 99, n° 110* : « la suspension est aujourd'hui une technique du droit des contrats utile au maintien du lien ».

¹⁴⁸⁸ P. PUIG, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Mél. J. Foyer : Economica 2008*, p. 825 s.

¹⁴⁸⁹ E. SAVAUX, La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. *Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux* : *LPA 2012, n° 238*, p. 4 s.

¹⁴⁹⁰ L'émergence de règles répondant à la logique d'un « droit commun spécial des contrats » est d'ailleurs peut-être déjà en route avec la consécration, dans le droit des obligations aux articles 1165 et 1352-8 du Code civil, du contrat de prestation de services (V. G. LARDEUX, *Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du Code civil* : *D. 2016, p. 1659 s.* ; P. PUIG, *Le contrat d'entreprise*, in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, dir. L. ANDREU, M. MIGNOT : *Institut Varenne 2017, p. 115 s.*).

indisponible et objectif de la qualité qu'il génère, la visée protectrice du corps de règles qui s'appliquent au contrat, etc.

348. Conclusion de section. La suspension du contrat de travail, situation juridique *sui generis*, a, par rapport aux autres mécanismes de droit civil, un fondement qui lui est propre. Certains auteurs travaillistes ont cru voir ce fondement dans la force obligatoire du contrat. Il est vrai que la suspension a à voir avec le contrat. Mais puisque la force obligatoire insiste sur un retour à l'exécution, elle ne peut être ce qui fonde la suspension du contrat de travail qui se caractérise notamment par une finalité gestionnaire pouvant justement organiser le départ du salarié, à terme, de l'entreprise. Ce qui fonde la suspension du contrat de travail doit, toujours dans le giron du contrat, être recherché ailleurs : dans l'appartenance du salarié à l'entreprise, conceptualisée par la détention de la qualité de salarié. L'appartenance du salarié à l'entreprise est dès lors ce qui fonde le bénéfice de la suspension dans les hypothèses légales ou jurisprudentielles. En vertu de la qualité de salarié, place, position cristallisée qui se caractérise notamment par ses caractères abstrait et unitaire, le salarié dont le contrat est suspendu comptera en tant que tel. C'est parce qu'il est pris *en tant que salarié* qu'il sera par exemple débiteur de certaines obligations nonobstant la suspension de son contrat de travail. La question de la diffusion de ce fondement en dehors du droit du travail et son exportation en droit des assurances et de la consommation peut même se poser.

349. Conclusion de chapitre. L'analyse des cas les plus emblématiques de suspension du contrat de travail montre une évolution de la finalité de ce mécanisme : anciennement pensé uniquement pour conserver le salarié pendant l'apparition d'une perturbation, il permet dorénavant et également d'organiser à terme le départ du salarié. La suspension du contrat de travail, situation juridique *sui generis*, ne se rapporte à aucun mécanisme existant de droit civil. Elle n'est ni résolution temporaire, ni force majeure, ni exception d'inexécution. Il fallait exclure toute assimilation à ces trois techniques civilistes sous peine de ne pouvoir dégager un fondement propre à la suspension du contrat de travail. Ce fondement est en lien avec le contrat de travail, mais il n'est pas sa force obligatoire. Ce qui fonde la suspension du contrat de travail réside dans l'appartenance du salarié à l'entreprise, conceptualisée par la détention de la qualité de salarié générée par le contrat de travail. L'appartenance du salarié à l'entreprise est dès lors, selon nous, ce qui fonde le bénéfice de la suspension dans les hypothèses légales ou jurisprudentielles. En vertu de la qualité de salarié (de sa place cristallisée dans l'entreprise) qui se caractérise notamment par ses caractères abstrait et

unitaire, le salarié *comptera en tant que tel*, même pendant la suspension de son contrat de travail. En raison de sa qualité même, son contrat de travail pourra, en cas de juste inexécution seulement, être suspendu. C'est *en tant que salarié* qu'il restera astreint à certaines obligations et bénéficiera de certains droits. En cas de juste inexécution, l'appartenance du salarié à l'entreprise fonde la suspension du contrat de travail, c'est-à-dire que la seule qualité de salarié est suffisante à générer cet effet, indépendamment (c'est la nature même de la suspension) de l'exécution du travail. Outre ce premier effet juridique, impératif, un second, facultatif, est également fondé par la détention de la qualité même de salarié.

Chapitre 2 : La rémunération

Escompter

350. Notion de rémunération. Le droit du travail tourne autour de la notion de salaire « *comme les planètes tournent autour du soleil* »¹⁴⁹¹. Le salaire est entendu comme ce qui est strictement versé au travailleur en échange de sa prestation de travail (subordonnée)¹⁴⁹². Le terme de rémunération est, lui, plus générique et vise à désigner, pour le travailleur salarié, tout ce que ce dernier perçoit en contrepartie non seulement du travail mais aussi de sa disponibilité. En somme, « *tout avantage accordé en vue de lui permettre de satisfaire à ses besoins* »¹⁴⁹³. Si le travailliste raisonnait à l'origine par référence à la notion de salaire¹⁴⁹⁴, la disparition de cette notion, au profit du recours à la rémunération, est annoncée¹⁴⁹⁵. C'est cette dernière expression, de rémunération, que nous retiendrons dans le cadre de la présente étude. La notion de rémunération doit même, à notre sens, englober les récompenses générées par l'épargne salariale, même si ce type d'avantage n'est pas soumis au régime juridique des salaires¹⁴⁹⁶. Il n'en reste pas moins qu'elle en suit les grands principes¹⁴⁹⁷ et

¹⁴⁹¹ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, La notion de rémunération du salarié. Passé, présent et devenir, in De la rémunération salariale à la rémunération non salariale, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2017*, p. 35.

¹⁴⁹² G. CORNU, « Salaire », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 934.

¹⁴⁹³ G. CORNU, « Rémunération », in *Vocabulaire juridique* : PUF 2020, 13^{ème} éd., p. 885.

¹⁴⁹⁴ G. LYON-CAEN, *Traité de droit du travail, Le salaire*, t. 2, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1981*, 2^{ème} éd., p. 5, n° 5.

¹⁴⁹⁵ F. LARONZE, Préface à l'ouvrage collectif *De la rémunération salariale à la rémunération non salariale*, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2017*, p. 7 s., spéc. p. 8.

¹⁴⁹⁶ Sur la différence des régimes de la rémunération salariale et non salariale (ainsi qu'un certain rapprochement de ceux-ci), v. S. BENHAMOU, F. LARONZE, A la recherche d'une cohérence juridique et économique : le cas de l'épargne salariale, in *De la rémunération salariale à la rémunération non salariale*, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2017*, p. 13 s.

¹⁴⁹⁷ V. pour une réduction proportionnelle de l'intéressement en raison des temps de grève, P. WAQUET, La prime d'intéressement peut-elle être réduite pour fait de grève ? : *Dr. soc. 1991*, p. 952 s.

qu'elle ressort fondamentalement du mécanisme rémunérateur¹⁴⁹⁸, qui reste, nonobstant les années, le suivant : « *toutes les allocations stipulées au profit de l'ouvrier en exécution du contrat de travail lorsqu'elles ne sont pas le remboursement de dépenses mises à sa charge, ont le caractère de rémunération et comme telles participent au salaire* »¹⁴⁹⁹.

351. Dynamique de la rémunération. La complexification¹⁵⁰⁰ des pratiques de rémunération a fait de celle-ci un véritable « Everest »¹⁵⁰¹ juridique. Si la source de la rémunération est unique, en ce qu'elle réside dans le contrat de travail, son régime juridique répond, lui, tant du droit du travail, que du droit de la sécurité sociale en passant par le droit des sociétés et le droit fiscal... Quant aux modalités de rémunération, elles sont, sinon infinies, du moins multiples. On assiste, en effet, à une « *démultiplication de ce qui se paie* »¹⁵⁰². Le salaire de base n'est plus aujourd'hui la seule composante de la rémunération du salarié, loin s'en faut. Existe aujourd'hui pléthore de primes, aux intitulés divers, récompensant aussi bien l'exécution du contrat de travail, que les conditions particulières de travail, que le lieu de travail, que la situation de l'entreprise ou des événements liés à la situation personnelle du salarié. Elles n'ont de limites que l'inventivité de l'employeur ou des partenaires sociaux. Certaines sont spécifiques à certains métiers, à l'instar des primes de feu versées aux sapeurs-pompiers professionnels¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁸ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*, p. 180-181, n° 183.

¹⁴⁹⁹ Soc. 11 mars 1948 : Bull. V, n° 494 : *JCP 1948*, 101.

¹⁵⁰⁰ S. BENHAMOU, F. LARONZE, A la recherche d'une cohérence juridique et économique : le cas de l'épargne salariale, in *De la rémunération salariale à la rémunération non salariale*, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2017*, p. 13 s., spéc. p. 17 : « *depuis une vingtaine d'années, les entreprises diversifient et complexifient de plus en plus leurs pratiques de rémunération. Elles combinent désormais des compléments de rémunération individualisée (primes de rendement/de performance et/ou au mérite) et des compléments de rémunération collective de performance incluant les dispositifs d'épargne salariale* ».

¹⁵⁰¹ C. NEAU-LEDUC, Préface à l'ouvrage collectif, *Les dualités de la rémunération*, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2018*, p. 9.

¹⁵⁰² G. COUTURIER, De quoi le salaire est-il la contrepartie ? : *Dr. soc. 2011*, p. 10 s., spéc. p. 17.

¹⁵⁰³ Soc. 6 mars 2003 : pourvoi n° 01-20.939, inédit.

Au débat classique qui agite les travaillistes et qui consiste à s'interroger sur la subsistance ou non de la rémunération comme critère du contrat de travail¹⁵⁰⁴, s'ajoute un débat plus confidentiel mais non moins important : la problématique de la diversification de la rémunération et de ses causes¹⁵⁰⁵.

352. Contrepartie de la rémunération. Le choix qui a été fait, dans la présente étude, de retenir le terme de rémunération n'est pas guidé par une simple considération de précision mais surtout parce que le passage même de la notion de salaire à celle de rémunération illustre le mouvement que nous souhaitons retracer et expliquer. Il s'agit d'un terme notionnel. Le glissement de la notion de salaire vers celle de rémunération « *répond à un phénomène bien réel, à savoir l'essor de formes de rémunération qui ne sont pas la cause du travail du salarié* »¹⁵⁰⁶. C'est l'antienne de l'appartenance à l'entreprise qui se retrouve ici, à savoir que des manifestations juridiques qui ne s'expliquent pas par le travail fourni révèlent la qualité de salarié. En effet, certains éléments de rémunération distincts du salaire proprement dit récompensent, non l'exécution du travail, mais la seule qualité de salarié. Par sa qualité même de salarié, en raison seulement de celle-ci, le salarié pourra *escompter* une rémunération additionnelle, qu'importe la valeur de son travail. Si cette rémunération additionnelle n'est pas systématique, elle se développe toutefois considérablement.

L'essor des formes de rémunération qui sont la contrepartie de la qualité de salarié (**Section 2**) s'inscrit dans un contexte préalable lui étant particulièrement favorable : celui du déclin de la rémunération – contrepartie du travail (**Section 1**).

¹⁵⁰⁴ C. RADE, La possibilité d'une île : *Dr. soc.* 2009, p. 930 s. ; B. GENIAUT, Le contrat de travail et la réalité : *RDT* 2013, p. 90 s. ; D. GARDES, La rémunération : un critère de qualification du contrat de travail ?, in Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : *Bruylant* 2018, p. 91 s., qui propose de s'attacher à tout élément permettant de révéler la nature économique du travail plutôt que l'existence d'une rémunération *stricto sensu*.

¹⁵⁰⁵ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM* 2000, qui distingue la contrepartie générée par la prestation de travail, le poste de travail et l'appartenance à l'entreprise.

¹⁵⁰⁶ P. LOKIEC, Droit du travail : *PUF* 2019, p. 346, n° 342.

Section 1 : Déclin de la rémunération-contrepartie du travail

353. La corrélation traditionnellement instituée entre travail et rémunération, directement héritée d'une vision synallagmatique et échangiste du contrat de travail, (§1) subit une nette atténuation qui prépare la voie à un fondement autre que la rémunération-contrepartie du travail (§2).

§1 Le principe de la corrélation entre travail et rémunération

354. Le contrat de travail relève des commutations volontaires¹⁵⁰⁷. Il répond à une logique synallagmatique en vertu de laquelle la rémunération récompense le travail réalisé (**I**). Cette logique synallagmatique du « donnant-donnant » est mise en œuvre par la réduction ou l'augmentation de la rémunération qui se fait en fonction du travail réalisé (**II**).

I. La logique synallagmatique : la récompense du travail réalisé

355. Source de la rémunération. Le salaire trouve sa source dans le contrat de travail¹⁵⁰⁸. En effet, la créance de salaire implique l'existence d'une relation de travail subordonnée¹⁵⁰⁹. Cela n'empêche pas que sa fixation soit ensuite encadrée par la loi, notamment par les dispositions relatives au salaire minimum, et par les avantages résultant soit de l'entreprise,

¹⁵⁰⁷ F. CHENEDE, Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations : *Economica* 2008, p. 158 s., n° 176 s.

¹⁵⁰⁸ D. PALLANTZA, La créance de salaire : *L'Harmattan* 2014, spéc. p. 41 s., n° 28 s.

¹⁵⁰⁹ Soc. 10 oct. 1979 : Bull. V, n° 704.

soit (et surtout) de la négociation collective¹⁵¹⁰. « *Le droit du salaire est devenu aujourd'hui plus conventionnel que réglementaire ou contractuel* »¹⁵¹¹. Cela n'en modifie pas le fait que l'acte juridique d'attribution du droit subjectif reste la conclusion d'un contrat de travail entre l'employeur et le salarié : il est le passage obligé pour que le salaire puisse naître.

356. Cause de la rémunération. La seule présence d'un contrat de travail ne fonde pas, en principe et selon l'analyse synallagmatique traditionnelle directement héritée du Code civil¹⁵¹², un droit à rémunération : faut-il encore exécuter la prestation de travail. L'exécution de son obligation contractuelle par le salarié appelle la rémunération. « *La créance de salaire s'inscrit dans une relation contractuelle de travail de caractère synallagmatique : la rémunération est versée en contrepartie du travail fourni* »¹⁵¹³. Cette relation directe qui existe entre le salaire et la fourniture du travail a été abondamment mise en exergue tant par la jurisprudence¹⁵¹⁴ que par la doctrine¹⁵¹⁵. Le lien entre la rémunération et le travail est un des plus juridique qui soit : c'est un lien de cause à objet. « *La prestation de travail est la cause juridique du salaire, dont elle justifie le versement et dont elle définit aussi la mesure* »¹⁵¹⁶.

Si la cause de l'obligation a disparu du droit des obligations au profit de la notion de contrepartie convenue¹⁵¹⁷, depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ses fonctions

¹⁵¹⁰ Soc. 20 oct. 1998 : pourvoi n° 95-44.290, Bull. V, n° 435 : « *la rémunération, contrepartie du travail salarié, résulte, d'une part du Smic et, d'autre part, des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur* ».

¹⁵¹¹ D. PALLANTZA, *La créance de salaire : L'Harmattan 2014*, p. 78, n° 79.

¹⁵¹² D. PALLANTZA, *La créance de salaire : L'Harmattan 2014*, p. 133, n° 170.

¹⁵¹³ G. PIGNARRE, *Le régime juridique de la créance de salaire : Dr. soc. 1997*, p. 589 s.

¹⁵¹⁴ « En raison du caractère synallagmatique du contrat de travail tout salaire est la contrepartie de la prestation de travail » (Soc. 11 janv. 1962 : *JCP 1962, II, 12564*).

¹⁵¹⁵ V. not. D. HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire : PUAM 2000*, p. 41 s., n° 20 s.

¹⁵¹⁶ G. LYON-CAEN, *Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel*, in *Études J. Hamel : Dalloz, 1961*, p. 133 s., spéc. p. 134.

¹⁵¹⁷ C. civ., art. 1169.

demeurent, de telle sorte que la doctrine s'autorise à affirmer que la rémunération demeure la cause profonde de l'obligation de la prestation de travail¹⁵¹⁸.

II. La mise en œuvre de la logique synallagmatique

357. Cette interdépendance entre le travail et le salaire se manifeste positivement comme négativement. Négativement, elle justifie une réduction de la rémunération en cas de défaut de fourniture du travail (A). Positivement, elle justifie une augmentation de la rémunération en cas de fourniture supplémentaire de travail (B). Contrepartie directe du travail fourni, le montant de la rémunération doit en effet suivre le mouvement du travail et en épouser les augmentations comme les diminutions.

A. Réduction de rémunération

358. L'absence de travail effectué : une atteinte à la fonction de la rémunération. En l'absence de travail effectué par le salarié, c'est la « fonction »¹⁵¹⁹ de la rémunération qui est atteinte. Dès lors, l'employeur qui démontre que le salarié a refusé d'exécuter son travail ou ne s'est pas tenu à sa disposition est fondé à ne pas verser le salaire¹⁵²⁰. Le principe est résumé en 1981 par la chambre sociale de la Cour de cassation : « *le salaire n'est dû qu'en contrepartie du travail fourni* »¹⁵²¹. Il est évident que l'employeur qui ne fournit pas de

¹⁵¹⁸ S. HENNION, Les dualités de la rémunération. Influences et perspectives pluridisciplinaires. Propos conclusif, in Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : Bruylant 2018, p. 287 s., spéc. p. 288.

¹⁵¹⁹ F. LARONZE, La rémunération, instrument de performance sociale, in Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : Bruylant 2018, p. 209 s., spéc. p. 210 : « *la fonction de la rémunération est de constituer la contrepartie du travail effectué par le salarié* ».

¹⁵²⁰ Soc. 23 oct. 2013 : pourvoi n° 12-14.237, Bull. V, n° 248.

¹⁵²¹ Soc. 25 juin 1981 : pourvoi n° 79-42.240, Bull. V, n° 604. V. déjà pour cette logique synallagmatique Soc. 11 janv. 1962 : JCP 1962, 12564. V. ensuite pour une application, Soc. 10 juin 2008 : pourvoi n° 06-46.000, Bull. V, n° 130. – Cass. soc., 28 nov. 2018 : pourvoi n° 17-15.379, Bull. V, à paraître.

travail à son salarié se tenant à sa disposition doit tout de même lui verser son salaire¹⁵²² : c'est, en effet, à lui de lui fournir du travail et non au salarié de rechercher ce dernier¹⁵²³. Il ne saurait être reproché au salarié une inexécution contractuelle provenant de l'employeur.

359. Proportionnalité de la réduction. La logique synallagmatique, qui est l'application canonique du principe de connexité des obligations¹⁵²⁴, trouve à s'appliquer jusque dans le calcul de la retenue de salaire : cette dernière doit correspondre au plus près à l'absence de fourniture de travail. Cette stricte proportionnalité joue alors soit comme une sanction, soit comme une protection. Cette proportionnalité est une « sanction naturelle »¹⁵²⁵, en cas d'absence du salarié pour cause de maladie, sous réserve de prise en charge par le dispositif d'assurance maladie et d'éventuelles stipulations conventionnelles, ou pour participation à un mouvement de grève. Cette proportionnalité-sanction explique également que la rémunération du travailleur à temps partiel, pensée par rapport à celle du salarié à temps plein, soit réduite.

Mais cette stricte proportionnalité joue également comme une protection naturelle : la réduction ne peut excéder la durée de l'absence de fourniture du travail. Par exemple, et contrairement aux règles applicables dans la fonction publique d'Etat, la retenue applicable à la rémunération du salarié gréviste doit prendre en compte la durée exacte de l'arrêt de travail : si le salarié a fait grève 45 minutes, la diminution de salaire ne peut être équivalente à une heure. Cette proportionnalité-protection explique également, pour les salariés dont le temps de travail est décompté à la journée ou à la demi-journée, que la chambre sociale impose à l'employeur de déterminer un salaire horaire à partir duquel une retenue strictement

¹⁵²² Soc., 10 nov. 2009, n° 08-40.088, Bull. V, n° 254.

¹⁵²³ L'absence de fourniture de travail ou l'insuffisance de fourniture de travail est un manquement contractuel tel qu'il justifie de la part du salarié la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail (Soc. 9 juin 2015 : pourvoi n° 13-26.834, inédit). Seul le salarié porté est, dans le cadre du portage salarial, tenu de rechercher de lui-même du travail (C. trav., art. L. 1254-2, III).

¹⁵²⁴ Non servandi fidem, non est fidem servanda.

¹⁵²⁵ B. TEYSSIE, La réduction du salaire : *Dr. soc.* 1984, p. 695 s., spéc. p. 696.

proportionnelle pourra être calculée¹⁵²⁶, et dans l'absence de prise en compte, pour calculer la retenue de salaire, des temps éventuels d'arrêt et de remise en marche des machines¹⁵²⁷.

B. Augmentation de la rémunération

360. Dualité de majoration. Le salaire de base du salarié peut être majoré en raison soit d'un travail supplémentaire, soit d'un travail particulièrement efficace.

361. Rémunération liée au surplus de travail fourni par le salarié. Dans le prolongement de la logique synallagmatique impliquant que « tout travail mérite salaire », travailler plus permet de gagner plus. C'est le cas du dépassement par le salarié de la durée légale prévue à l'article L. 3121-27. Hors dispositif particulier d'heures d'équivalence, de modulation du temps de travail ou de convention de forfait, les heures de travail que le salarié serait amenées à effectuer sont qualifiées d'heures supplémentaires et doivent être payées en sus du salaire de base par l'employeur. Ces dispositions restent d'ordre public, même avec le nouvel agencement du droit du travail reposant depuis plusieurs années sur le triptyque ordre public/champ de la négociation collective/dispositions supplétives. En principe, seules les heures supplémentaires accomplies avec l'accord de l'employeur peuvent donner lieu à rémunération, car elles doivent correspondre à un travail demandé¹⁵²⁸. Il en va de même pour le salarié à temps partiel : s'il excède la durée de travail prévue, il a le droit au paiement des heures effectuées au-delà, qualifiées d'heures complémentaires.

362. Rémunération liée à la productivité du salarié. Dans le prolongement de la logique synallagmatique impliquant que « tout travail mérite salaire », travailler mieux permet de gagner plus. C'est le cas des récompenses prévues dans les accords collectifs, dans le contrat de travail ou par engagement unilatéral de l'employeur qui ont pour but de verser au salarié une rémunération (le plus souvent complémentaire) en cas de bonne exécution de son travail.

¹⁵²⁶ Soc. 13 nov. 2008 : pourvoi n° 06-44.608, Bull. V, n° 211 ; *RDT 2009*, p. 117, obs. M. GREVY.

¹⁵²⁷ Soc. 6 juin 1989 : pourvoi n° 86-40.349, Bull. V, n° 426.

¹⁵²⁸ Par exception, le défaut d'autorisation de l'employeur ne fait pas *de plano* échec au paiement des heures effectuées lorsque celles-ci sont imposées par la charge de travail ou l'urgence de la tâche à effectuer (Soc. 14 nov. 2018 : pourvoi n° 17-16.959, Bull. V, à paraître).

Les figures les plus connues de ces récompenses sont les commissions et les primes, particulièrement nombreuses, liées à la productivité du salarié. Ces modes de rémunération renforcent encore la corrélation entre travail et salaire : le salarié n'est plus payé uniquement en raison de son temps de travail mais de l'accomplissement satisfaisant de son travail.

363. Rémunération liée à la productivité du salarié : les commissions. Les commissions constituent une rémunération fixée par un pourcentage, déterminée sur un élément variable qui représente l'apport du salarié à l'entreprise. Elles peuvent constituer l'accessoire d'un salaire fixe ou l'ensemble de la rémunération. Elles sont le mode de rémunération traditionnel des VRP, mais elles peuvent également constituer tout ou partie de la rémunération des commerciaux¹⁵²⁹.

364. Rémunération liée à la productivité du salarié : les primes. Le droit de la rémunération s'est enrichi, outre les commissions, de nombreuses primes dont la diversité n'a de limite que l'inventivité des employeurs ou des partenaires sociaux. Une partie des primes est directement liée au travail individuel du salarié et a pour but de le récompenser de ses résultats. Valides en leur principe, ces primes doivent cependant respecter les grands principes du droit de la rémunération, à savoir qu'elles ne peuvent être discriminatoires, qu'elles ne peuvent porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié, qu'elles doivent respecter le principe d'égalité de traitement et qu'elles ne peuvent constituer une sanction pécuniaire prohibée¹⁵³⁰. Si des résultats chiffrés sont prévus, notamment dans une

¹⁵²⁹ G. VACHET, Fasc. 25-10 : Salaire – Notion : *JCI Travail Traité 2020*, n° 72.

¹⁵³⁰ Puisqu'on relève aujourd'hui une tendance à l'inflation des primes et puisqu'il existe aujourd'hui une prime pour tout (de ponctualité, de feu, de froid... et même de Saint-Eloi !), il revient au juge de vérifier que les primes nées de l'inventivité de son ou de ses créateurs répondent bien, dans leur mise en œuvre, à ces principes. Par ex. pour une sanction d'une prime dite de « non-accident » supprimée pour des conducteurs de bus reconnus responsables au moins pour moitié d'un accident, sur le fondement du principe d'interdiction des sanctions pécuniaires, v. Soc. 3 mars 2015 : pourvoi n° 13-23.857, inédit. La prime aurait été jugée licite si jamais elle avait été objective en récompensant l'ensemble des conducteurs pour le faible nombre d'accidents, sans se référer aux comportements individuels (assiette collective), ou en récompensant le conducteur pour son absence d'accident quel qu'il soit, et donc en supprimant la prime même si le salarié n'avait aucune responsabilité dans l'accident (assiette individuelle).

prime d'objectifs, ils doivent être définis et connus du salarié¹⁵³¹, objectifs et ne pas dépendre de la seule volonté de l'employeur¹⁵³² et raisonnables et compatibles avec le marché¹⁵³³.

Les types de primes liées à la productivité du salarié les plus récurrents sont les primes de productivité et d'objectifs. Ces dernières visent à récompenser le fait pour le salarié d'avoir effectué un travail donné dans un temps préalablement fixé ou d'avoir atteint les objectifs préalablement fixés. Une variante de ces primes peut constituer en l'attribution d'avantages en espèces récompensant au moment du départ de l'entreprise à la fois l'assiduité et la qualité du travail accompli (en l'espèce appelés compte points)¹⁵³⁴. En fonction du secteur d'activité dans lequel travaille le salarié, la Cour de cassation peut se montrer particulièrement vigilante dans le contrôle *a posteriori* qu'elle fait des diverses primes. Ainsi, s'agissant de primes d'efficacité dans le domaine du transport et de la livraison, la chambre sociale a jugé illicite une « prime d'efficacité et d'activité » appliquée à des coursiers en fonction de nombre de courses effectuées¹⁵³⁵. Outre le fait que cette prime était de nature à compromettre la sécurité du salarié, elle a jugé qu'elle était prohibée par l'article 14 de l'annexe 1 de la convention collective nationale des transports routiers. Il est vrai que cet article prévoit que « *dans un but de sécurité, les contrats de travail ne pourront contenir de clause de rémunération (...) tel que l'octroi de primes ou de majorations de salaire en fonction des distances parcourues et/ou du volume de marchandises transportées* ». Est-ce à dire que les primes de ce genre, poussant le salarié à l'efficacité, ne sont susceptibles de se voir reconnaître illicites que dans les contentieux dans lesquels la convention collective nationale des transports routiers est applicable ? Un arrêt plus récent¹⁵³⁶, qui retient ce caractère illicite au visa de l'article 14 de l'annexe 1 convention collective et de l'article L. 4121-1, laisse entrevoir le fait que les primes incitant à la productivité seront dorénavant examinées à l'aune du respect de la santé et de la sécurité des travailleurs¹⁵³⁷. Le mouvement

¹⁵³¹ Soc. 24 sept. 2008 : pourvoi n° 07-40.717, inédit.

¹⁵³² Soc. 27 févr. 2001 : pourvoi n° 99-40.219, Bull. V, n° 60.

¹⁵³³ Soc. 13 janv. 2009 : pourvoi n° 06-46.208, Bull. V, n° 12.

¹⁵³⁴ Soc. 14 déc. 1988 : pourvoi n° 86-10.310, inédit.

¹⁵³⁵ Soc. 13 juin 2007 : pourvoi n° 04-44.551, inédit. – Soc. 20 juin 2007 : pourvoi n° 03-47.587, inédit.

¹⁵³⁶ Soc. 15 oct. 2014 : pourvoi n° 12-29.235, Bull. V, n° 242.

¹⁵³⁷ L. JOLY, Autonomie du salarié et performance économique, *in* Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2018*, p. 245 s., spéc. p. 252.

d'amplification et d'inflation des primes en tout genre pourrait alors se voir, dans certains secteurs et s'agissant des primes incitant directement ou indirectement à la performance, stoppé si d'aventure l'incitation réalisée par la prime se révélait dangereuse pour le salarié.

365. Logique de protection. Cette logique synallagmatique, propre à l'économie du contrat de travail qui attribue les risques au pouvoir¹⁵³⁸, protège aussi bien qu'elle oblige le salarié. En effet, ce dernier n'est obligé qu'à *l'exécution de son obligation*, aussi la « valeur de son travail » en dehors de l'entreprise, donc sur le marché, est indifférente et ne doit pas affecter en principe le salaire. Ce n'est d'ailleurs pas tant la « valeur de son travail » – dont on sait qu'elle est insaisissable dans l'entreprise donc en dehors¹⁵³⁹ – que la valeur de ce que produit l'entreprise dans laquelle il travaille qui est visée. Que cette valeur augmente ? Le salarié ne gagnera pas plus. Que cette valeur diminue ? Le salarié ne gagnera pas moins. En principe fixe, forfaitaire et mensuel, le salaire possède une intangibilité qui ne cède que devant la modification conjointe ou la disparition du contrat de travail, soit que le montant du salaire soit renégocié par avenant, soit que l'obligation de payer le salaire disparaisse en cas de rupture du contrat de travail. Le salaire est donc bien éloigné d'un « juste prix » développé dans la philosophie thomiste et aristotélicienne¹⁵⁴⁰.

Cette logique synallagmatique qui caractérise traditionnellement le contrat de travail trouve cependant à s'atténuer dans plusieurs hypothèses.

§2 : L'atténuation de la logique synallagmatique

366. Sans encore aborder la rémunération-contrepartie de l'appartenance à l'entreprise, la logique synallagmatique, dont on a vu qu'elle gouverne le contrat de travail, subit une relative atténuation. Il peut arriver que le salarié soit récompensé alors même qu'il ne réalise effectivement aucun travail (**I**). Il peut également arriver, plus fréquemment, qu'un même

¹⁵³⁸ T. PASQUIER, L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel : *LGDJ 2010*.

¹⁵³⁹ V. *supra* n° 134 s.

¹⁵⁴⁰ Sauf lorsqu'il s'agit de la rémunération complémentaire à laquelle l'inventeur peut prétendre sous conditions. V. *infra* n° 370.

travail soit récompensé deux fois (**II**). Ces deux constats créent une brèche dans la stricte symétrie qui préside à la logique synallagmatique ; l'analyse de cette « fente » est nécessaire puisqu'elle révèle qu'une autre contrepartie à la rémunération est possible, et même cohérente, comme nous le verrons après.

I. La récompense d'un travail non réalisé

367. La prise en compte de temps non productifs. La relation logique entre le travail et la rémunération a été mise à mal par la métamorphose de la notion de temps de travail effectif et par une certaine évolution du temps de travail au travail au temps¹⁵⁴¹. Ainsi, par la voie de l'assimilation, certains temps pourtant non productifs dans les faits sont renvoyés à du temps de travail effectif et entraînent le versement du salaire au même titre que si le salarié avait travaillé. Cette évolution, bien connue de la doctrine¹⁵⁴², conduit à rémunérer certains temps et à les considérer comme du travail effectif alors même que le salarié est dans les lieux de l'entreprise mais n'y exécute pas formellement son travail ou qu'il y est tout bonnement absent. C'est le cas des formations se déroulant pendant les horaires de travail¹⁵⁴³ ou se déroulant en tout ou partie en dehors de ceux-ci¹⁵⁴⁴ ; de certaines pauses et temps de repas au cours desquels les salariés n'interrompent pas complètement leur activité professionnelle¹⁵⁴⁵ ; d'interventions réalisées au cours des astreintes¹⁵⁴⁶ ; des heures de délégation dans le cadre du crédit d'heures¹⁵⁴⁷ ; du suivi individuel de l'état de santé du

¹⁵⁴¹ Sur les deux conceptions du temps de travail effectif (logique productiviste vs logique du travail au temps dans laquelle le salarié se tient à disposition de l'employeur), v. A. JOHANSSON, La détermination du temps de travail effectif : *LGDJ 2006*. La logique du travail au temps domine aujourd'hui le droit du travail mais l'auteur n'écarter pas le « risque » d'un retour à la logique productiviste.

¹⁵⁴² V. sur ce point D. PALLANTZA, *La créance de salaire : L'Harmattan 2014*, p. 51 s., spéc. n° 42 s.

¹⁵⁴³ C. trav., art. L. 6321-2 ; C. trav., art. L. 6321-6.

¹⁵⁴⁴ C. trav., art. L. 6321-2.

¹⁵⁴⁵ C. trav., art. L. 3121-2.

¹⁵⁴⁶ C. trav., art. L. 3121-9, al. 2.

¹⁵⁴⁷ Pour le CSE par ex., v. C. trav., art. L. 2315-10.

travailleur¹⁵⁴⁸. Le temps de travail effectif n'est donc plus nécessairement aujourd'hui synonyme de temps de travail productif.

II. La double récompense du travail réalisé

368. Moins évidente que la récompense du travail non réalisé est la double récompense du travail réalisé. Il existe selon nous un « travail juridiquement évalué » : il s'agit de toutes les hypothèses dans lesquelles le salarié produit son travail habituel, c'est-à-dire qu'il fournit sa prestation et qu'il est rémunéré pour cela, mais le droit va lui accorder une valeur supplémentaire et cela sans que le salarié travaille plus ou travaille différemment, c'est-à-dire dans de nouvelles fonctions ou dans une nouvelle qualification professionnelle. Dans ces cas-là, qui ne s'expliquent ni par un travail particulièrement bien fait, souvent récompensé par des primes de productivité ou de rendement, ni par la situation personnelle du salarié, souvent récompensé en cas de déménagement, de mariage ou d'arrivée d'un enfant, le salarié va être rémunéré en plus, du seul fait de son travail... déjà rémunéré par le versement du salaire de base. Pour le dire autrement, le droit va, *ex nihilo*, revaloriser le travail du salarié. La stricte logique synallagmatique créant un lien parallèle entre la fourniture du travail et la rémunération est mise à mal : le même travail pourra être récompensé deux fois. Il en va ainsi de divers mécanismes.

369. Invention de mission par le salarié : la rémunération supplémentaire. Lorsque le salarié, dans le cadre soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, réalise une invention, une rémunération supplémentaire lui est due¹⁵⁴⁹. Cette rémunération est obligatoire et ni l'employeur ni les partenaires sociaux ne sauraient poser de conditions supplémentaires à la réalisation de l'invention pour limiter le droit à

¹⁵⁴⁸ C. trav., art. R. 4624-39.

¹⁵⁴⁹ Art L. 611-7, 1° CPI.

rémunération comme par exemple « l'intérêt exceptionnel » que l'invention peut revêtir pour l'entreprise¹⁵⁵⁰.

370. Inventions hors mission par le salarié : le juste prix. L'invention faite par un salarié soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle oblige l'employeur, en échange, à lui verser un « juste prix »¹⁵⁵¹. Ce juste prix doit être calculé tant en fonction des apports initiaux de l'employeur et du salarié que de l'utilité industrielle et commerciale de l'invention.

Que ce soit pour la rémunération supplémentaire ou pour le juste prix dû au titre d'inventions de mission ou hors mission, aux quantums assez similaires en pratique¹⁵⁵², le salarié percevra une récompense, alors même *qu'il n'aura pas travaillé plus*. Son travail, déjà rémunéré au titre du salaire de base, en ce qu'il aura été inventif en plus d'être effectif, entraînera une récompense supplémentaire s'ajoutant à sa rémunération classique.

371. Majoration des heures supplémentaires. Les heures supplémentaires (sauf remplacement partiel ou total par un repos compensateur) comme complémentaires ouvrent droit, à une majoration salariale¹⁵⁵³ que la négociation collective ne peut supprimer, simplement diminuer jusqu'à 10%¹⁵⁵⁴. Entre la 35^{ème} et la 36^{ème} heure, s'agissant des heures supplémentaires mais la logique est la même pour les heures complémentaires dépassant la durée prévue, le salarié n'a changé ni de fonctions, ni de catégorie professionnelle, ni de classification. Il n'est pas devenu plus efficace, plus diligent ou plus productif du seul fait de ce franchissement. Pourtant, le Droit va estimer que l'heure nouvellement accomplie vaut plus cher que les précédentes ressortant de la durée légale de travail. Si l'on envisage non

¹⁵⁵⁰ Com. 22 févr. 2005 : pourvoi n° 03-11.027, Bull. IV, n° 35. – Com. 12 févr. 2013 : pourvoi n° 12-12.898, inédit. La notion d'intérêt de l'invention pour l'entreprise ne peut servir qu'à fixer le quantum de la rémunération, qui n'est pas envisagé dans la loi, par le juge. V. L. FLAMENT, Rémunération des inventions de salariés : l'épreuve du temps : *JCP S 2014, 1055*, qui propose notamment de retenir, pour évaluer l'intérêt de l'invention pour l'entreprise et par préférence à l'impact sur le chiffre d'affaires, la profitabilité globale de l'application de celle-ci.

¹⁵⁵¹ Art. L. 611-7, 2° CPI.

¹⁵⁵² L. FLAMENT, Rémunération des inventions de salariés : l'épreuve du temps : *JCP S 2014, 1055*.

¹⁵⁵³ C. trav., art. L. 3121-28 ; C. trav., art. L. 3123-8.

¹⁵⁵⁴ C. trav., art. L. 3121-33 ; C. trav., art. L. 3123-21.

plus l'opération globale dans laquelle s'inscrit l'heure supplémentaire qui permet effectivement au salarié de « travailler plus pour gagner plus » mais la valeur en elle-même de l'heure supplémentaire, il en ressort qu'en travaillant autant, en produisant le même effort, le salarié percevra plus. En somme, « *l'heure de travail ne vaut pas le même prix, selon qu'elle est effectuée à tel ou tel moment* »¹⁵⁵⁵.

372. Récompense se déclenchant à un « instant T » de la relation de travail. Il arrive qu'un accord ou qu'un engagement prévoit que le salarié soit récompensé à un moment de sa relation, sans pourtant qu'il n'évolue dans ses fonctions et sans que sa situation personnelle (déménagement, arrivée d'un enfant...) ne change. Il s'agit essentiellement des primes d'ancienneté et des majorations de salaire pour ancienneté¹⁵⁵⁶ qui visent à rémunérer la fidélité à l'entreprise et la perpétuation du contrat de travail du salarié qui décide de rester dans l'entreprise. Elles sont versées dans les conditions prévues par l'accord collectif ou l'engagement et résultent le plus souvent d'un pourcentage appliqué soit sur le salaire minimum du plus bas coefficient, soit sur le salaire minimum de l'emploi, soit parfois même sur le salaire réel. Même si elles restent éminemment liées au travail fourni en ce qu'elles se réduisent le plus souvent en proportion des absences non rémunérées¹⁵⁵⁷ et en ce qu'elles sont modulées (sauf à être forfaitaires) en fonction de l'horaire de travail, il n'en reste pas moins qu'à un « instant T » de la relation de travail, le travail que fournit le salarié vaudra plus cher alors même que le salarié ne travaillera ni plus ni différemment. Sauf peut-être à estimer que ce genre de prime rémunère en réalité « *l'accroissement des compétences du salarié du fait de l'expérience cumulée* »¹⁵⁵⁸, ce qui est douteux puisque son versement n'est pas conditionné à la production des entretiens annuels ou de tout document d'évaluation attestant des compétences réelles du salarié et puisque les périodes de suspension du contrat

¹⁵⁵⁵ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*, p. 77, n° 58.

¹⁵⁵⁶ Sur leur distinction et le fait que l'une s'ajoute au salaire de base et l'autre s'y rajoute, v. Soc. 10 juin 2003 : pourvoi n° 01-40.985, Bull. V, n° 192.

¹⁵⁵⁷ Soc. 13 févr. 1985 : pourvoi n° 82-41.899, Bull. V, n° 109.

¹⁵⁵⁸ Le salaire : *Liais. soc. Les Thématiques 2019*, p. 14, n° 13.

de travail, et donc d'absence du salarié, sont souvent assimilées à une période de travail effectif pour la détermination des droits liés à l'ancienneté¹⁵⁵⁹.

373. Conclusion de section. Le principe de corrélation entre la rémunération et la fourniture de la prestation de travail, qui est toujours de droit positif et qui reste le principe directeur de la rémunérateur, se trouve atténué, dans l'hypothèse où le travail non réalisé est tout de même récompensé et où un même travail est récompensé deux fois. Ces mécanismes particuliers de récompense signent un *déclin* de la rémunération-contrepartie du travail par les atténuations qu'ils apportent à sa logique synallagmatique. Ce déclin permet de mieux accueillir une nouvelle approche de la rémunération : la rémunération-contrepartie de la qualité de salarié qui est, elle, en plein essor.

Section 2 : Essor de la rémunération-contrepartie de la qualité de salarié

374. Il a été vu précédemment que certains avantages accordés aux salariés sont assimilés au salaire, simplement parce qu'ils sont obtenus à « l'occasion du travail ». De ce constat, on doit « *considérer que désormais le salaire n'est plus la contrepartie stricte de la prestation de travail mais la contrepartie de l'appartenance à l'entreprise* »¹⁵⁶⁰. Une nouvelle approche de la rémunération, qui n'a pas vocation à remplacer la rémunération-contrepartie de l'exécution du travail mais à la compléter, émerge alors : en raison de son appartenance à l'entreprise, le salarié pourra espérer, en cas de bons résultats collectifs et indépendamment de la valeur de son travail individuel, une rémunération additionnelle. Par sa qualité même de salarié, en raison seulement de celle-ci, le salarié pourra *escompter* cette rémunération. Les expressions des formes de rémunération collective indifférente à la valeur du travail fourni par celui-ci seront envisagées (§1) avant qu'une justification par la qualité de salarié ne soit apportée (§2).

¹⁵⁵⁹ C. trav., art. L. 1225-24 ; C. trav., art. L. 3142-37 ; C. trav., art. L. 3142-21 ; C. trav., art. L. 3142-68 ; C. trav., art. L. 1225-65 ; C. trav., art. L. 1225-54 ; C. trav., art. L. 1226-7.

¹⁵⁶⁰ D. PALLANTZA, La créance de salaire : *L'Harmattan 2014, spéc. p. 22., n° 8.*

§1 Les expressions de la rémunération collective, indifférente à la valeur du travail fourni par le salarié

375. L'épargne salariale est devenue un « élément incontournable »¹⁵⁶¹ dans les systèmes de rémunération. L'intéressement (**I**) comme la participation (**II**) sont des dispositifs de récompense financière à l'attention des salariés et distincts de la rémunération entendue *strico sensu*¹⁵⁶². Ils ont pour caractères communs d'être aléatoires dans leur versement, collectifs dans leur calcul et universels dans leur mise en œuvre. Ces deux formes de rémunérations collectives et universelles sont indifférentes à la valeur du travail fourni : le salarié est ici envisagé comme « une partie prenante »¹⁵⁶³ de l'entreprise et non plus comme un intervenant extérieur qui fournirait le *facio*.

I. L'intéressement

376. L'intéressement peut résulter d'une clause ou d'un accord collectif. Produit d'une clause, il renvoie à une rémunération variable déterminée en fonction du progrès financier de l'entreprise (**A**). Produit d'un accord, il est en ce cas facultatif et non substituable au salaire (**B**).

¹⁵⁶¹ S. BENHAMOU, F. LARONZE, A la recherche d'une cohérence juridique et économique : le cas de l'épargne salariale, in De la rémunération salariale à la rémunération non salariale, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2017*, p. 13 s., spéc. p. 15.

¹⁵⁶² Même si des points de contact avec le salaire existe puisque, par exemple, les sommes dues au titre de ces deux dispositifs sont garanties par l'AGS.

¹⁵⁶³ F. FAVENNEC-HERY, P.-Y. VERKINDT, Droit du travail : *LGDJ 2016*, 5^{ème} éd., p. 593, n° 834.

A. Intéressement par voie de clause

377. Clauses de variabilité du salaire. Il est possible pour l'employeur de stipuler une clause dans le contrat de travail qui prévoit par avance la modification du salaire en fonction de critères collectifs relatifs au progrès de l'entreprise, par référence au résultat net, au chiffre d'affaires, à un volume de prestations réalisées etc. Une telle stipulation, souvent dénommée clause de variabilité du salaire, se distingue de la clause d'objectif qui peut également être insérée dans le contrat de travail car cette dernière se réfère exclusivement à des objectifs personnels que doit atteindre le salarié. Mais puisque que de telles clauses ne peuvent faire porter le risque d'entreprise sur le salarié¹⁵⁶⁴, elles ne pourraient concerner la totalité de la rémunération. Cette limitation liée à l'impossibilité du transfert du risque d'entreprise sur le salarié aurait pu, si elle avait été interprétée strictement, emporter la prohibition de toute clause de variabilité du salaire. En effet, « *qu'est-ce qu'une clause du contrat qui lie une partie de la rémunération à l'évolution du chiffre d'affaires de l'entreprise ou à la réalisation d'objectifs, sinon une clause qui emporte le transfert de risque*¹⁵⁶⁵ » ? Tel n'a pas été le choix de la Cour de cassation qui a seulement souhaité s'opposer, dans son arrêt « Saucier » de 2002¹⁵⁶⁶, au transfert de risques déraisonnable, excessif¹⁵⁶⁷.

B. Intéressement par voie d'accord

378. Dispositif d'intéressement. L'intéressement par voie d'accord, calculé sur une rémunération collective (résultats financiers de l'entreprise, pourcentage de la valeur ajoutée annuelle...), est facultatif et non substituable au salaire. Instauré par voie d'accord, sauf en

¹⁵⁶⁴ Soc. 2 juill. 2002 : pourvoi n° 00-13.111, Bull. V, n° 229.

¹⁵⁶⁵ V. WAUQUIER, La validité des clauses de variation de la rémunération : *D.* 2003, p. 391 s.

¹⁵⁶⁶ Soc. 2 juill. 2002, *préc.*

¹⁵⁶⁷ S. MRAOUAHI, La rémunération, vecteur de responsabilisation du salarié, *in* Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2018*, p. 193 s., *spec. p.* 199.

cas d'application du régime d'autorité, il a pour objet d'associer les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise¹⁵⁶⁸. Il peut concerner toute entreprise qui a satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel, à charge pour elle d'instituer le dispositif d'intéressement par voie d'accord¹⁵⁶⁹. Il est donc possible pour une entreprise à salarié unique de conclure un accord d'intéressement, si ce salarié n'a pas également la qualité de président, de directeur général, de gérant ou de membre du directoire¹⁵⁷⁰, si la formule de calcul est indépendante de la performance individuelle du salarié et qu'elle ne varie pas en cas d'augmentation des effectifs¹⁵⁷¹. L'intéressement répond à un principe de répartition collective et universelle (1) pouvant être nuancé (2).

1. Le principe d'une répartition collective et universelle

379. Universalité. Outre son caractère collectif, le seul principe gouvernant véritablement la répartition de l'intéressement est celui de l'universalité : la répartition doit concerner tout le personnel. Avant la loi n° 94-640 du 25 juillet 1994, la répartition de l'intéressement pouvait, sous certaines conditions, varier selon l'indice hiérarchique ou la catégorie professionnelle du salarié. Une entreprise pouvait donc tout à fait décider de distribuer un intéressement plus important à des salariés ressortant d'une catégorie à l'activité très rentable pour l'entreprise, notamment des cadres, de telle sorte que le critère d'appartenance à l'entreprise n'était que très imparfaitement mobilisé¹⁵⁷². Désormais, les accords ne peuvent plus distinguer entre l'indice hiérarchique ou la catégorie professionnelle. Tout est fait pour permettre, en principe, la distribution d'une rémunération à tous les salariés. Ce mode de rémunération n'a que faire, en théorie, des segments de l'entreprise et des divisions internes à celle-ci. Ainsi, un accord d'intéressement ne saurait valablement écarter du bénéfice de

¹⁵⁶⁸ C. trav., art. L. 3312-1.

¹⁵⁶⁹ C. trav., art. L. 3312-2 ; C. trav., art. L. 3312-5.

¹⁵⁷⁰ C. trav., art. L. 3312-3 al. 2.

¹⁵⁷¹ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*, p. 184, n° 187.

¹⁵⁷² Certains juges du fond déclaraient ce mode de répartition illicite car en contradiction avec la logique collective de l'intéressement et le critère d'appartenance à l'entreprise (v. par ex. CA Paris 5 oct. 1994 : *RJS 1995*, n° 280).

l'intéressement une catégorie de salariés¹⁵⁷³. Tous doivent bénéficier d'une fraction de la masse d'intéressement. On touche ici, selon le mot de Monsieur BOULMIER, à une « équité d'appartenance ». « *Seules deux hypothèses sont à considérer, le salarié appartient ou n'appartient pas à l'entreprise. Nous appellerons le seul fait d'appartenir à l'entreprise « équité d'appartenance ». Puisqu'il y a équité d'appartenance la masse globale d'intéressement, fruit de cette globalité d'appartenance, doit être répartie de façon strictement égalitaire* »¹⁵⁷⁴.

380. Caractère collectif. Il est quelque peu tautologique de rappeler que l'intéressement repose sur un caractère collectif puisque la formule de calcul de la masse d'intéressement est par nature collective. Qu'importe l'effort du salarié pris individuellement : il n'est pas directement générateur de la prime d'intéressement. Le salarié qui connaîtrait une « baisse de régime » ne sera pas pénalisé par la distribution d'une prime minorée : l'intéressement ne regarde pas la valeur individuelle du travail produit par le salarié¹⁵⁷⁵. La limite à ce raisonnement direct est, bien entendu, qu'en l'absence d'effort collectif, aucune prime ne sera, à la fin de la période, distribuée.

Mais la précision de ce que l'intéressement repose sur un caractère collectif n'est pas inutile au regard de certaines pratiques, condamnées par la jurisprudence, qui s'étaient développées et qui essayaient de recréer un lien entre la prime d'intéressement et le *facio*, le faire individuel du salarié, directement productif. Les signataires de l'accord ne sauraient réduire le montant individuel ensuite redistribué au salarié au motif que celui-ci n'aurait pas cherché à fournir une activité plus rentable. Il n'est pas possible, directement du moins, de recréer

¹⁵⁷³ Soc. 23 nov. 1999 : pourvoi n° 97-42.979, Bull. V, n° 454 ; *Dr. soc.* 2000, p. 216, obs. C. RADE .

¹⁵⁷⁴ D. BOULMIER, Intéressement des salariés : analyse de 62 accords signés dans le Loiret en 1992 : *SSL 1995*, suppl. n° 729).

¹⁵⁷⁵ On a pu souligner le fait que le salaire contemporain reflète beaucoup moins la valeur qualitative ou quantitative du travail fourni par le salarié (D. PALLANTZA, La créance de salaire : *L'Harmattan 2014*, p. 22, n° 8).

un lien entre la rémunération et le travail en conditionnant la rémunération à des objectifs personnels¹⁵⁷⁶ ou au mérite individuel¹⁵⁷⁷.

381. Uniformité ? Universalité n'implique pas nécessairement uniformité. La répartition universelle *peut* se doubler d'une répartition également uniforme. Dans ce cas, l'enveloppe est divisée entre tous les bénéficiaires, sans tenir compte du salaire ou du temps de présence. Ainsi, un salarié à temps partiel recevra le même montant qu'un salarié à temps plein ; un salarié embauché en cours d'année percevra la même somme qu'un salarié présent depuis le début de celle-ci. Dans les faits, ce type de répartition est très rarement retenu par les partenaires sociaux. Il n'est en effet qu'une faculté, et non une obligation, et peut être remplacé par une répartition affinée qui sera fonction du salaire, de la présence ou de tous ces critères à la fois.

L'intéressement est donc une rémunération collective et universelle, pouvant être uniforme. Cette définition peut être remise en question par certaines règles particulières de répartition.

2. La possibilité d'une répartition particulière

382. Remises en cause de l' « équité d'appartenance ». Cette « équité d'appartenance », qui suppose la mise en œuvre d'une pure universalité et d'un droit à intéressement pour tous, peut en pratique être remise en cause par trois modalités particulières de répartition de l'intéressement. Une première modalité permet, si elle est adoptée de distribuer, au sein d'une même entreprise, un intéressement différent. Une deuxième modalité, qui organise également une répartition inégale entre salariés, permet de calculer la prime versées en raison des données individuelles (salaire ou présence du salarié). Une troisième écarte franchement du droit à intéressement certains salariés.

383. Remise en cause de l' « équité d'appartenance » : *périmètre de l'unité de travail.* Les modalités de calcul de l'intéressement pouvant varier selon les établissements et les

¹⁵⁷⁶ Soc. 13 avr. 1995 : pourvoi n° 93-15.295, Bull. V, n° 138. – Soc. 9 mai 1996 : pourvoi n° 93-21.888, Bull. V, n° 182.

¹⁵⁷⁷ Soc. 23 mai 1996 : pourvoi n° 94-15.177, Bull. V, n° 200.

unités de travail¹⁵⁷⁸, la distribution de l'intéressement pourra être inégale au sein, pourtant, de la même entreprise. Autant la notion d'établissement est connue et définie, autant celle d'unité de travail est originale. Selon l'administration, l'unité de travail, de fait, renvoie à différentes structures qui sont fonction de l'activité exercée par l'entreprise pendant la durée de l'accord. Il peut s'agir d'un bureau, d'un service, d'un atelier, d'une unité de production ou encore d'un magasin. Ces structures doivent présenter un caractère de stabilité suffisant afin qu'elles soient compatibles avec les périodes de calcul retenues dans l'accord¹⁵⁷⁹. Elles ne peuvent être constituées ni d'un salarié unique (cela constituerait un intéressement personnalisé, à rebours du caractère collectif de l'intéressement) ni d'une catégorie professionnelle¹⁵⁸⁰ : l'unité de travail ne peut être qu'objectivement définie.

384. Remise en cause de l' « équité d'appartenance » : proportionnalité de la prime au salaire ou à la présence. La répartition de l'intéressement entre les bénéficiaires ne répond pas exclusivement à une règle d'uniformité ; elle peut également être, selon l'option choisie dans l'accord, proportionnelle à la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ou proportionnelle aux salaires (à noter que l'accord peut retenir ces trois options¹⁵⁸¹).

S'agissant de la répartition proportionnelle au salaire, la clef de répartition peut renvoyer à une assiette composée soit du salaire effectivement versé, soit du salaire de référence (correspondant à la rémunération habituelle du salarié). Même si la définition du salaire peut éventuellement intégrer un plancher ou un plafond destiné à atténuer la hiérarchie des rémunérations¹⁵⁸², cette modalité de répartition revient à tisser de nouveau un lien entre le travail et le salaire et « reproduire le schéma de la rémunération¹⁵⁸³ » à l'intérieur d'un dispositif, l'intéressement, pourtant pensé justement pour être une rémunération collective.

¹⁵⁷⁸ C. trav., art. L. 3314-1.

¹⁵⁷⁹ Guide de l'épargne salariale, 2014 : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/guide_es-juin2014_maj-10-juillet2014.pdf.

¹⁵⁸⁰ Soc. 20 juin 2006 : pourvoi n° 04-4.932, Bull. V, n° 219.

¹⁵⁸¹ C. trav., art. L. 3314-5. Ils doivent alors prévoir des sous-masses d'intéressement.

¹⁵⁸² Circ. intermin., 14 sept. 2005 : *JORF 1^{er} nov.*

¹⁵⁸³ D. BOULMIER, Accord d'intéressement et requalification des primes : *SSL 1998*, n° 887.

S'agissant de la répartition proportionnelle à la présence, la durée de présence doit s'entendre comme les périodes de travail effectif ou assimilées comme tel. La réduction de la rémunération distribuée doit alors être proportionnelle à la durée des absences. Si l'abattement ne répond pas à cette stricte proportionnalité, la prime d'intéressement est alors déqualifiée en prime d'assiduité¹⁵⁸⁴, ce qui entraîne la perte du régime social fiscal avantageux de l'intéressement. Là encore, c'est le schéma de la rémunération qui revient par la petite porte, l'instauration d'une répartition proportionnelle à la présence recréant un lien entre récompense et travail effectif et commuant la prime d'intéressement en rémunération rétribuant le travail¹⁵⁸⁵. Chassez le synallagma...

385. Remises en cause de l' « équité d'appartenance » : condition d'ancienneté. Une condition d'ancienneté, qui ne peut être supérieure à trois mois, peut être exigée pour prétendre à la prime d'intéressement¹⁵⁸⁶. Si une telle adjonction est retenue, l'appartenance du salarié à l'entreprise ne suffit plus à déclencher, en cas de résultats collectifs satisfaisants, le versement d'une rémunération additionnelle. L'ancienneté, qui a été réduite de six à trois mois par la loi n° 2001-152 du 19 février 2001, fait ici blocage à l'essence de l'appartenance qui « suffit » en soi à produire des effets. Le salarié qui a conclu un contrat de travail, et qui appartient dès lors directement, immédiatement et abstraitement à l'entreprise, devra toutefois attendre de remplir la condition d'ancienneté pour pouvoir bénéficier de l'intéressement.

En conséquence, si le principe reste celui d'une rémunération-contrepartie de l'appartenance à l'entreprise, il est possible de revenir sur cette répartition universelle par l'adoption de règles particulières de distribution de l'intéressement. Ces possibilités particulières dont se saisissent le plus souvent les partenaires sociaux marquent un retour de la logique synallagmatique au sein même de la rémunération collective qu'est l'intéressement et dévitalisent la qualité de salarié. La logique d'une rémunération accordée uniquement en raison de l'appartenance à l'entreprise en ressort écornée, diminuée alors qu'elle préside pourtant à l'esprit même de l'existence de ce type de rémunération. La référence au travail

¹⁵⁸⁴ Soc. 18 juin 1998 : pourvoi n° 96-18.605, inédit.

¹⁵⁸⁵ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*, p. 182, n° 185.

¹⁵⁸⁶ C. trav., art. L. 3342-1.

et à la productivité individuelle qui s'oppose directement à l'appartenance du salarié à l'entreprise prouve ici sa vitalité.

II. La participation aux résultats de l'entreprise

386. Dispositif de participation. La participation, qui est également une rémunération aléatoire et collective, a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation¹⁵⁸⁷. Contrairement à l'intéressement, la participation est une rémunération collective obligatoire (dans les entreprises employant habituellement cinquante salariés et plus)¹⁵⁸⁸, ce qui n'empêche pas qu'un dispositif de participation puisse être mis en place de façon volontaire dans l'entreprise, soit par accord, soit, en cas d'échec des négociations, par décision unilatérale de l'employeur. On retrouve en matière de participation aux résultats de l'entreprise les grandes lignes directrices de l'intéressement, et notamment le principe d'une répartition individuelle et collective de la participation.

387. Le principe d'une répartition universelle et collective de la participation. La répartition de la participation distribuable se fait par le truchement d'une réserve spéciale de participation dont le calcul est, contrairement à l'intéressement, déterminé par la loi, même si l'accord de participation peut écarter la formule légale au profit d'une autre formule de calcul au moins aussi avantageuse pour les salariés. La répartition de la réserve bénéficie, là encore, à tous les salariés, même suspendus¹⁵⁸⁹, même expatriés¹⁵⁹⁰, même détachés dans une autre entreprise¹⁵⁹¹. Tous les salariés de l'entreprise où un accord de participation a été

¹⁵⁸⁷ C. trav., art. L. 3322-1.

¹⁵⁸⁸ C. trav., art. L. 3322-2.

¹⁵⁸⁹ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*, p. 199, n° 204.

¹⁵⁹⁰ Soc. 29 oct. 2002 : pourvoi n° 00-14.787, Bull. V, n° 324.

¹⁵⁹¹ Soc. 6 juin 2018 : pourvoi n° 17-14.372, Bull. V, à paraître.

conclu doivent pouvoir bénéficier de la répartition des résultats de l'entreprise¹⁵⁹². Également, et à l'instar de l'intéressement, le bénéfice du droit à intéressement ne peut être conditionné à la présence du salarié dans l'entreprise à un moment donné. La chambre sociale de la Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt rendu le 30 janvier 2019 : « *mais attendu qu'il résulte de l'article L. 3342-1 du code du travail que, sous réserve d'une condition d'ancienneté qui ne peut excéder trois mois, tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords de participation bénéficient de leurs dispositions, de sorte que les titulaires d'un congé de reclassement, qui demeurent salariés de l'entreprise jusqu'à l'issue de ce congé en application de l'article L. 1233-72 du code du travail, bénéficient de la participation* »¹⁵⁹³. A l'instar de la logique guidant l'intéressement, l'accord de participation ne peut ni valablement écarter du bénéfice de la répartition de la réserve spéciale de participation une catégorie de salariés ni récompenser le travail individuel du salarié. On a fort justement écrit, à propos de ces solutions jurisprudentielles respectant le caractère collectif de l'intéressement, que la Cour de cassation « *faisait triompher le critère de l'appartenance à l'entreprise sur celui du travail réellement fourni* »¹⁵⁹⁴.

Là encore, la logique collective et universelle de cette forme de rémunération peut être remise en question par certaines règles particulières de répartition.

388. Atteintes au principe d'une répartition universelle et collective de la participation. Outre la condition d'ancienneté de trois mois pouvant, ici encore, être exigée, la répartition de la réserve spéciale de participation entre les salariés peut renvoyer à la situation particulière du salarié (donc individuelle) : elle est même par principe calculée proportionnellement au salaire perçu par le salarié (dans la limite de certains plafonds). Toutefois, l'accord de participation peut décider que cette répartition entre les salariés soit uniforme ou proportionnelle à la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹² Pour une illustration, v. Soc. 22 mai 2001 : pourvoi n° 99-12.902, Bull. V, n° 179.

¹⁵⁹³ Soc. 30 janvier 2019 : pourvoi n° 17-27.240, inédit.

¹⁵⁹⁴ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*, p. 199, n° 205. Même si la chambre sociale peut préférer employer l'expression « *appartenance au personnel d'une société ayant conclu un accord de participation* » (Soc. 22 mai 2001, *préc.*).

¹⁵⁹⁵ C. trav., art. L. 3324-5.

On retrouve ici le risque du retour d'une logique synallagmatique entre travail et rémunération.

Sur leur principe en tout cas (sans que l'on s'attache trop ensuite à leurs modalités de distribution), c'est à très juste titre qu'il a été soutenu que ces formes de rémunération collective se détachent de toute référence au travail fourni¹⁵⁹⁶. En effet, quand bien même les partenaires sociaux exigeraient, par voie de convention, une ancienneté minimale et/ou un versement proportionnel au salaire, l'appartenance du salarié à l'entreprise constitue dans le discours doctrinal le socle absolu, la condition incontournable de cette forme de rémunération. Cette dernière n'en est que diminuée, en présence de ces additions, dans sa portée. Ces thèses, qui sont à proprement parler les seules s'intéressant véritablement à la notion d'appartenance à l'entreprise, ont su convaincre et convainquent aujourd'hui encore. Il nous faut à présent prolonger ce raisonnement à l'aune de notre définition de l'appartenance du salarié à l'entreprise (établie sur la détention de la qualité de salarié). Selon nous, puisque l'appartenance à l'entreprise fonde ces rémunérations collectives, c'est en raison de la qualité même de salarié, de cette seule qualité, que le salarié *escomptera* un supplément rémunérateur, nonobstant la valeur de son travail.

§2 La justification de la rémunération collective par l'appartenance du salarié à l'entreprise

389. L'intéressement et la participation aux résultats de l'entreprise forment tous les deux les deux figures les plus connues de la rémunération-contrepartie de l'appartenance à l'entreprise. Madame HENNEBELLE a parfaitement démontré que « *l'appartenance d'un salarié à une entreprise liée par un accord d'intéressement [le même constat est fait pour l'accord de participation] entraîne ipso facto l'application de cet intéressement à son égard* »¹⁵⁹⁷. Cette démonstration a été reçue par la doctrine et il est communément admis

¹⁵⁹⁶ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000* ; R. MABILEAU, L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise : *thèse dactyl. Paris II 2004*.

¹⁵⁹⁷ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*, p. 185, n° 189.

aujourd'hui que la notion de rémunération englobe « *toutes les sommes liées à l'appartenance à une entreprise par l'entremise du contrat de travail* »¹⁵⁹⁸. Pour distribuer l'intéressement et la participation, il n'y a pas besoin de se référer au *facio* : la passivité que porte en elle l'appartenance juridique, « simple » détention d'une qualité juridique, est suffisante. Ni le bénéfice de l'intéressement ni le bénéfice à la participation aux résultats de l'entreprise ne peuvent être conditionnés à la présence du salarié dans l'entreprise à un moment donné. On retrouve ici l'essence de l'appartenance juridique, son autosuffisance : elle produit des effets d'elle-même. « *Critère fondateur de l'intéressement et de la participation, le lien d'appartenance régit tout à la fois leurs domaines d'application, leurs modes de calcul et de répartition* »¹⁵⁹⁹. Est-ce à dire comme on a pu le soutenir que le Droit, en dépassant la rémunération-contrepartie du travail et en adoptant une rémunération-contrepartie de l'appartenance à l'entreprise, a « *abandonné une approche causaliste de la rémunération* »¹⁶⁰⁰ ? Il n'en est rien. Avec les dispositifs d'intéressement et de participation aux résultats de l'entreprise, c'est la qualité de salarié que l'on récompense. La justification de l'existence de ces formes de rémunération réside dans cette qualité. Celle-ci est la cause, au sens de contrepartie, de ces engagements rémunérateurs. Le salarié escomptera alors une rémunération en raison de sa qualité même (I). Cet effet de l'appartenance à l'entreprise, découlant de la qualité même de salarié, doit être, selon nous, encouragé (II).

I. Escompter en raison de la qualité de salarié : de lege lata

390. La relativisation du lien entre travail ou l'activité et la perception d'une rémunération ou d'une allocation est une idée à la mode, surtout en dehors de l'entreprise : elle renvoie à

¹⁵⁹⁸ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, La notion de rémunération du salarié. Passé, présent et devenir, in De la rémunération salariale à la rémunération non salariale, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2017*, p. 35 s., spéc. p. 45. V. égal. G. VACHET, L'appartenance à l'entreprise, in *Les contentieux de l'appartenance : L'Harmattan 2006*, p. 49 s., spéc. p. 55 s.

¹⁵⁹⁹ D. HENNEBELLE, Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*, p. 204, n° 211.

¹⁶⁰⁰ P.-H. ANTONMATTEI, La qualification de salaire : *Dr. soc. 1997*, p. 571 s., spéc. p. 574.

l'idée de revenu universel¹⁶⁰¹, une idée ancienne mais revenue « *dans l'air du temps* »¹⁶⁰². Le mécanisme d'une rétribution universelle est bien souvent assimilé au versement d'un revenu sans cause, sans contrepartie¹⁶⁰³. En réalité, dans le revenu universel comme dans la rémunération « de l'entreprise » (l'intéressement et la participation aux résultats) une contrepartie existe bel et bien. Elle réside, pour ces deux rétributions qui sont en principe distribuées universellement dans le périmètre concerné, dans une qualité juridique de la personne, rémunérée en tant que telle. S'agissant de la rémunération de l'entreprise, cette dernière récompense non d'autres causes, extérieures à la qualité de salarié (A), mais bien cette qualité (B).

A. Le rejet d'autres causes

391. Il est évident que la rémunération née de l'intéressement et de la participation aux résultats tend à une meilleure et à une plus juste rétribution des individus composant l'entreprise. C'est la philosophie de l'association capital-travail poursuivie par le gaullisme lors de la mise en place des premières formes de la participation financière des salariés post-guerre. Mais que revêt précisément cette justice salariale ? En quoi est-il juste de rétribuer la qualité de salarié, qui se distingue, par rapport au travail, au *facio*, par sa passivité et sa juridicité ? A quoi cette rétribution correspond-t-elle véritablement ? Rechercher la justification de la rémunération née de l'intéressement et de la participation aux résultats

¹⁶⁰¹ Le revenu universel se définit en effet comme « *une rémunération en espèces et/ou en nature, déconnectée de l'activité ou du capital et versée sans justification autre que l'appartenance à la communauté politique* » (nous soulignons) (C. MAGORD et J. ICARD, *Le revenu universel, une alternative au contrat de travail ? : Dr. ouv. 2019, p. 605 s., spéc. p. 606*).

¹⁶⁰² J.-P. LABORDE, *Le revenu universel, un objet complexe : Dr. soc. 2017, p. 287 s.*

¹⁶⁰³ Pour le revenu universel, v. J.-P. LABORDE, *Le revenu universel, un objet complexe : Dr. soc. 2017, p. 287 s.* ; G. BARGAIN, *Le revenu socialisé : quand le travail ne paie plus, in Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : Bruylant 2018, p. 121.*

emprunte à notre sens le même chemin que la recherche de la justification du revenu universel¹⁶⁰⁴.

392. La rémunération d'un travail « invisible » ? Certains économistes, qui ont été amenés à réfléchir aux fondements du revenu universel, retiennent pour justification à celui-ci la prise en compte d'une activité de l'individu créatrice de valeur mais non reconnue comme telle par la société et conséquemment non payée. L'individu pourrait prétendre à une rémunération fondée sur sa seule appartenance à la société en raison de sa « contribution sociale productive »¹⁶⁰⁵ : les individus produiraient toujours de la valeur, même si celle-ci n'est pas reconnue par le marché du travail¹⁶⁰⁶, et il conviendrait alors de les rémunérer pour cela. Il est difficile de voir à quoi ce travail « invisible » pourrait, dans l'entreprise, renvoyer, correspondre. Le fait est que le droit du travail essaye *déjà de saisir ce travail « invisible »*, en se détachant de la rémunération du seul travail productif et en ayant construit la notion de temps de travail effectif. Cette notion permet justement de récompenser un travail non réalisé, au même titre que s'il l'avait été. C'est, comme on l'a vu, le cas des heures de délégation, de certains temps de pause, de déplacement et de formation¹⁶⁰⁷... voire même des temps où le salarié se tient simplement à la disposition de son employeur.

393. La rémunération de la qualité de personne humaine ? Pour entrer dans notre démonstration et pour constituer un des effets juridiques de l'appartenance du salarié à l'entreprise, encore faut-il que la rémunération visée trouve bien sa cause dans la qualité *de salarié* (et non dans une autre qualité juridique). Il n'est pas vain, à propos de la rémunération de l'entreprise, de se poser cette question. En effet, la distribution pour tous d'une rémunération universelle et collective pourrait trouver une justification dans une qualité juridique supérieure à celle de salarié : celle de personne humaine. La rémunération serait alors perçue en contrepartie du seul fait d'exister. Le revenu universel serait ainsi attribué,

¹⁶⁰⁴ P. GILLIG, De quoi une allocation universelle est-elle la rémunération, *in* Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : Bruylant 2018, p. 133 s.

¹⁶⁰⁵ J.-M. MONNIER, C. VERCELLONE, Fondements et faisabilité du revenu social garanti : *Multitudes* 2006/4, p. 73 s., spéc. n° 10.

¹⁶⁰⁶ P. GILLIG, De quoi une allocation universelle est-elle la rémunération, *in* Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : Bruylant 2018, p. 133 s., spéc. p. 136.

¹⁶⁰⁷ V. *supra* n° 367 s.

lui, « parce qu'on existe et non pour exister »¹⁶⁰⁸. La société aurait alors pour mission d'aider tous ses membres à vivre dignement, au nom de l'humanité. C'est déjà, dans une moindre mesure, la logique qui préside à l'allocation de certains minimas sociaux.

Cette justification ne saurait se retrouver dans l'entreprise et expliquer la distribution née de l'intéressement et de la participation aux résultats. S'il est juste que la qualité de personne humaine soit prise en compte par le droit du travail et que certains schèmes soient repensés¹⁶⁰⁹, il est toutefois impossible de faire de l'entreprise une « société dans la société ». Cette dernière n'a pas à remplir une fonction sociale visant à se substituer ou à compléter la mission de l'État social. L'entreprise n'a pas à assurer la dignité de la personne en rémunérant la qualité de salarié, elle doit simplement respecter cette dignité. Aller au-delà dénaturerait la fonction première de l'entreprise, qui est la réalisation d'une activité économique, et discriminerait plus encore les individus coupés de l'emploi, dans un système où la protection sociale est déjà traditionnellement financée par « péréquation du salaire »¹⁶¹⁰. En réalité, la dignité de la personne est déjà assurée par la médiation du droit du travail qui a permis, par une régulation collective, de conférer aux travailleurs une dignité en les arrachant au règne exclusif du marché¹⁶¹¹.

En tout état de cause, du fait de leur absence de systématisme et d'impérativité, l'intéressement et la participation aux résultats ne peuvent rémunérer l'existence même de la personne. Si la performance de l'entreprise est insuffisante à la constitution d'une masse salariale (masse d'intéressement ou réserve de participation), aucune distribution ne sera réalisée.

¹⁶⁰⁸ J. MEADE, cité par P. GILLIG, De quoi une allocation universelle est-elle la rémunération, in *Les dualités de la rémunération*, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2018*, p. 133 s., spéc. p. 142.

¹⁶⁰⁹ Sur l'idée d'attacher des droits sociaux au travailleur, non pas en raison du caractère subordonné ou indépendant de sa prestation, mais en raison de sa qualité de personne humaine, v. not. A. SUPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi. Les voies d'une vraie réforme du droit du travail* : *Flammarion 2016*, 2^{ème} éd. ; M. KELLER, *Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur* : *Dr. ouv. 2015*, p. 557 s. ; T. PASQUIER, *Sens et limites de la qualification du contrat de travail, de l'arrêt Formacad aux travailleurs ubérisés* : *RDT 2017*, p. 95 s.

¹⁶¹⁰ B. FRIOT, *Le régime de la contrepartie dans la logique salariale* : *Rev. fr. aff. soc. 1996*, p. 65.

¹⁶¹¹ R. CASTEL, *Travail et utilité au monde*, in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT : *LGDJ 1998*, p. 15 s., spéc. p. 18.

394. Un investissement ? Certains auteurs en sciences sociales ont cru déceler dans le revenu universel une façon de créer un sentiment d'obligation chez le bénéficiaire en vertu duquel le récipiendaire pétri de bonne volonté sera amené à donner à son tour et à rendre ce qui lui a été donné¹⁶¹². Il s'agit alors d'un prix à payer par la collectivité pour garantir en son sein la paix sociale, l'harmonie et le « vivre-ensemble ».

Il sera laissé aux sciences gestionnaires la recherche d'un éventuel investissement dans la qualité de salarié qui permettrait, en développant le sentiment d'appartenance, d'obtenir une meilleure motivation du personnel et, par-là, une meilleure productivité¹⁶¹³ ainsi qu'une meilleure fidélisation et, par-là, un *turn over* moins important permettant à l'employeur d'éviter les frais de formation du nouveau personnel en conservant un personnel opérationnel. Le juriste ne pourra, lui, que constater que l'entreprise, qui n'est pas une entité fermée contrairement à la société¹⁶¹⁴, ne doit pas chercher à composer avec les salariés difficiles ou qui refuseraient le « travailler-ensemble ». Cette dernière notion, à dire vrai, n'a aucune consistance et aucun fondement juridiques : il n'est pas possible de décliner, en droit, un quelconque « vivre-ensemble » dans l'entreprise. Le droit disciplinaire existe justement pour permettre l'éviction du salarié qui ne travaillerait pas ou qui ne respecterait pas l'organisation du travail telle que valablement décidée par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. Le fondement de l'intéressement et de la participation ne saurait se confondre avec celui-ci (encore en construction) du revenu universel. Les différences de situation et de dimension justifient cette séparation. Un fondement autonome à ces deux formes de rémunération réside dans l'appartenance à l'entreprise et plus précisément dans la

¹⁶¹² A. CAILLE, cité par P. GILLIG, De quoi une allocation universelle est-elle la rémunération, in *Les dualités de la rémunération*, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2018*, p. 133 s., spéc. p. 137. Cela n'est pas sans rappeler la théorie du don/contre-don de Marcel Mauss.

¹⁶¹³ En effet, plusieurs chercheurs en sciences sociales ont démontré que le personnel motivé et impliqué dans la vie de l'entreprise gagnait en efficacité et contribuait ainsi à la rentabilité de la structure. Ainsi MASLOW, dans sa théorie psychologique des besoins (« *A theory of Human Motivation* »), a notamment identifié le besoin d'appartenance : sa satisfaction permettrait, entre autres satisfactions, d'influer sur la motivation de la personne.

¹⁶¹⁴ Au sens où il est en principe impossible d'exclure du cercle une personne. V. C. civ., art. 25 qui interdit la déchéance de nationalité à l'égard d'un français qui n'aurait pas d'autre nationalité.

détention d'une *qualité même* de salarié, laquelle se déploie dans le périmètre spécifique de l'entreprise.

B. La récompense de la qualité de salarié

395. Justification intrinsèque par la qualité de salarié. Qu'il ne soit pas douté de l'approche causaliste de la rémunération¹⁶¹⁵. Déjà en 1972, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation jugeait qu'au regard du droit de la sécurité sociale était une rémunération « *toute somme allouée aux travailleurs, même à titre bénévole, dans la mesure où ce versement est effectué en raison de la seule qualité de salarié des intéressés* »¹⁶¹⁶. C'est la détention de la qualité de salarié qui « cause », qui justifie qu'une prime d'intéressement ou de participation puisse être distribuée aux salariés d'une entreprise. Cela explique les solutions jurisprudentielles précédemment développées en vertu desquelles il importe peu que le contrat de travail soit suspendu, que le salarié exerce son activité dans une entreprise tierce dans le cadre d'une mise à disposition, que le salarié soit absent de l'entreprise car en délai-congé non exécuté ou en congé de reclassement... Seule compte la qualité, générée par le contrat de travail¹⁶¹⁷, du salarié qui lui confère une place, une position cristallisée qui est par là indifférente à sa présence ou l'exécution de son travail. On a trop souvent rapproché les formes collectives de rémunération que sont l'intéressement et la participation du lien

¹⁶¹⁵ Pour un tel doute, v. P.-H. ANTONMATTEI, La qualification de salaire : *Dr. soc.* 1997, p. 571 s., spéc. p. 574.

¹⁶¹⁶ Ass. Plén. 28 janvier 1972 : pourvoi n° 70-13.261, Bull. AP, n° 1.

¹⁶¹⁷ L'origine de la qualité, que l'on a vu générée par le contrat de travail, doit faire relativiser le caractère « institutionnel » des primes d'intéressement et de participation. Pour des auteurs qui présentent les primes d'intéressement et de participation comme une rémunération institutionnelle, v. not. R. MABILEAU, L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise : *thèse dactyl. Paris II 2004* ; S. MRAOUAHI, La rémunération, vecteur de responsabilisation du salarié, *in* Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2018*, p. 193 s., spéc. p. 200.

d'emploi¹⁶¹⁸, sûrement en raison de l'article L. 3221-3 qui définit la rémunération par rapport à l'emploi. Mais c'est oublier que l'emploi ne définit que la situation juridique qui unit le salarié et l'employeur *dans la durée*¹⁶¹⁹, alors que les formes de rémunération collective ne sont pas tenues de prévoir une condition d'ancienneté¹⁶²⁰. Bien plus que l'emploi, c'est la qualité de salarié qui est ici récompensée. Il existe donc deux formes de rémunération supportées par deux justifications : une première forme de rémunération est causée par la réalisation de l'activité du salarié (l'exécution de la prestation de travail). Il s'agit de la conception classique, celle évoquée directement à l'esprit lorsque l'on parle de rémunération. Mais il existe également une seconde forme de rémunération, moins évidente mais tout autant légitime, fondée sur la seule qualité de salarié qui en est la cause solitaire¹⁶²¹.

396. Justification extrinsèque de la qualité de salarié. En plus de l'existence d'une cause intrinsèque au versement de ces deux formes de rémunération, il existe, selon nous, une cause extrinsèque (c'est-à-dire une justification extérieure au discours du Droit, correspondant à une réalité ; pour le salaire elle réside dans le *facio*, cause intrinsèque, et la production afférente de richesse, cause extrinsèque). L'identification de cette cause extrinsèque ne relève du sceau de l'évidence : la détention de la qualité de salarié suffit en elle-même à justifier le versement d'une rémunération complémentaire. La cause extrinsèque n'est toutefois pas une « fleur » que ferait l'entreprise aux salariés. Elle ne soulève pas le risque de développement de figures telles que le « free rider »¹⁶²² et ou le « surfeur à Malibu »¹⁶²³, en vertu desquelles l'individu qui percevrait une rémunération

¹⁶¹⁸ J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail* : PUF 1970, p. 609 ; P.-H. ANTONMATTEI, La qualification de salaire : *Dr. soc.* 1997, p. 571 s., spéc. p. 574 ; G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, *Droit du travail* : *Dalloz* 2020, 34^{ème} éd. p. 1180 s., n° 973 ; D. PALLANTZA, La créance de salaire : *L'Harmattan* 2014, p. 371, n° 490.

¹⁶¹⁹ F. GAUDU, Les notions d'emploi en droit : *Dr. soc.* 1996, p. 569 s. ; R. VATINET, F. GAUDU, *Traité des contrats, Les contrats du travail*, dir. J. GHESTIN : *LGDJ* 2001, p. 304, n° 343.

¹⁶²⁰ Ce d'autant plus que la condition d'ancienneté est plafonnée à trois mois.

¹⁶²¹ V. pour une classification similaire des créances alimentaires en deux catégories, l'une rattachée à la qualité d'homme et l'autre à l'activité de l'homme, J. PELISSIER, *Les obligations alimentaires* : *LGDJ* 1960.

¹⁶²² M. OLSON, *Logique de l'action collective* : *Ed. de l'université de Bruxelles* 2018, p. 8. Le « free rider » (passager clandestin) y est défini comme un individu égoïste qui profite du bien collectif sans investir pour le produire.

¹⁶²³ Selon la formule de J. RAWLS, citée par P. GILLIG, De quoi une allocation universelle est-elle la rémunération, in *Les dualités de la rémunération*, coord. F. LARONZE : *Bruylant* 2018, p. 133 s., spéc. p. 136.

inconditionnelle serait tenté de ne pas ou de ne plus produire de richesse et se laisser porter. Il n'en est rien. Il existe bel et bien une justification extrinsèque à la rémunération de la qualité de salarié : l'impossible calcul de la réelle part productive de la personne. Il a déjà été démontré que la valeur travail est impossible à isoler et à mesurer dans l'entreprise plurale. En raison de cette impossibilité, la rémunération issue de l'intéressement et de la participation aux résultats n'est alors, d'un point de vue de la cause extrinsèque, qu'une façon de corriger des éventuels écarts de rémunération individuelle qui ne trouve aucune explication dans les causes intrinsèques et extrinsèques du salaire (conception classique de la rémunération). La juste rétribution des salariés par le versement de l'intéressement et de la participation repose à la fois sur la détention de la qualité de salarié et sur une logique de correction.

II. Escompter en raison de la qualité de salarié : de lege lata

397. La distribution d'une rémunération née de l'intéressement ou de la participation aux résultats et fondée sur l'appartenance à l'entreprise, définie comme la détention de la qualité de salarié, doit être encouragée. Elle pourrait l'être de deux manières, sans que l'on touche au caractère de l'aléa en vertu duquel le salarié ne peut qu'*escompter* les primes.

398. Proposition : suppression de la condition d'ancienneté. Il a été vu précédemment que l'accord d'intéressement ou de participation pouvait prévoir une condition d'ancienneté plafonnée à trois mois. La tendance à l'atténuation de cette condition, déjà matérialisée par la diminution de moitié de cette condition par la loi n° 2001-152 du 19 février 2001, pourrait être prolongée et la suppression d'icelle envisagée, afin de permettre en tout état de cause le versement des primes d'intéressement et de participation en raison de la seule qualité de salarié.

399. Proposition : développement d'une répartition uniforme. Il a été vu précédemment que l'accord d'intéressement ou de participation pouvait prévoir une répartition uniforme ou proportionnelle (ou mixant les deux logiques) des primes, et que la répartition proportionnelle était de principe s'agissant de la participation aux résultats. Outre une

suppression de cette règle de principe pour la participation, il pourrait être proposé aux partenaires sociaux d'aller vers une répartition uniforme afin de valoriser la qualité de salarié.

400. Conclusion de section. Dans deux cas (principalement), le salarié pourra percevoir une rémunération sans que cela se justifie par la valeur de son travail. Il s'agit des primes distribuées en raison de l'intéressement et de la participation aux résultats de l'entreprise. Ces rémunérations répondent à une logique collective et universelle : qu'importe l'effort du salarié, si la formule de calcul du résultat ou de la performance de l'entreprise est positive, le salarié pourra escompter un supplément rémunérateur. Le fondement de ce supplément réside dans l'appartenance du salarié à l'entreprise, et plus précisément, telle que nous l'avons conceptualisée, dans la détention de la qualité de salarié. Pour établir ce fondement, la présente étude prend appui sur différents travaux doctrinaux ayant dégagé l'existence d'une « rémunération-contrepartie de l'appartenance à l'entreprise » avant d'achever de le relier à la qualité de salarié. La qualité de salarié est ici érigée en véritable valeur justificative intrinsèque comme extrinsèque de la récompense. En raison de sa *qualité même* de salarié, le salarié *escomptera* une rémunération.

401. Conclusion de chapitre. En droit du travail, le salaire est en principe la contrepartie du travail. Le contrat de travail répond en effet à une logique synallagmatique qui été abondamment soulignée tant par la jurisprudence que par la doctrine. C'est d'ailleurs ce qui justifie que le salarié qui travaille plus ou mieux voit sa rémunération augmenter et que le salarié qui travaille moins ou pas voit sa rémunération se réduire. Mais la « rémunération-contrepartie du travail » tend en elle-même à décliner : il n'est plus rare de voir aujourd'hui un travail non réalisé récompensé et un même travail récompensé deux fois. La voie était préparée pour l'accueil et la réception d'une seconde forme de rémunération : une « rémunération-contrepartie de l'appartenance du salarié à l'entreprise ». Ce constat ne résulte pas de notre étude : il a été précédemment établi par des travaux ayant brillamment démontré que l'intéressement et la participation aux résultats de l'entreprise étaient des dispositifs de rémunération ayant l'appartenance à l'entreprise pour fondement. Il est certain que l'intéressement et la rémunération représentent tous deux une rémunération collective et universelle qui est indifférente à la valeur du travail fourni par le salarié. Contrairement à la suspension du contrat de travail, premier effet juridique envisagé, le salarié peut très bien exécuter matériellement son obligation. Mais la prime qui lui sera distribuée sera en principe pensée par référence à la performance ou au résultat collectif de l'entreprise, et non en

référence à son travail à lui, à son *facio*, la limite étant, bien entendu, que si aucun d'entre eux ne fournit d'effort, aucune prime ne sera à la fin distribuée : il ne s'agit ici que d'*escompter*. Ces primes sont, en réalité, la récompense de la *qualité même* de salarié, de la seule qualité de salarié. Celle-ci est érigée en valeur et justifie en tant que telle une récompense.

402. Conclusion de titre. La qualité de salarié, parce qu'elle a une valeur autonome et qu'elle se caractérise par un caractère abstrait, possède notamment une dimension autosuffisante. La seule détention de cette qualité, indépendamment du travail fourni, va générer à l'égard du salarié pris individuellement des effets juridiques. Ces effets, au nombre de deux, la suspension du contrat de travail et la perception d'une rémunération additionnelle, s'expliquent par la *qualité même* de salarié, par sa seule qualité. C'est en raison de sa qualité de salarié, c'est-à-dire d'une place, d'une position cristallisée, que le travailleur de l'entreprise bénéficiera de la suspension de son contrat de travail. Il s'agit d'un effet impératif. Même si le salarié n'exécute pas son travail et qu'il est absent de l'entreprise, en cas de juste inexécution (et de juste inexécution seulement) une situation juridique *sui generis* trouvera à s'appliquer : la suspension du contrat de travail. Le salarié *comptera alors toujours comme tel*, la suspension se caractérisant par le maintien de certains droits et obligations à son égard. C'est aussi en raison de sa *qualité même* de salarié, donc toujours de sa place, de sa position cristallisée, qu'un second effet juridique, facultatif cette fois, peut trouver à se déclencher. En raison de sa qualité juridique, le salarié *escomptera* une rémunération. Il escomptera seulement car cette rémunération, à savoir la prime d'intéressement ou de participation aux résultats de l'entreprise, ne sera pas due dans tous les cas. En effet, les dispositifs d'intéressement et de participation sont aléatoires et ne sont versés que si la performance ou les résultats de l'entreprise sont satisfaisants. Mais s'il s'avère que c'est le cas, peu importe alors la valeur de son facio par le salarié : sa qualité justifie en soi la rémunération. *Compter comme tel et escompter* : voici ce que fonde à l'égard du salarié pris individuellement l'appartenance du salarié à l'entreprise, en raison de la détention de la qualité même de salarié. D'autres effets juridiques peuvent également être relevés, à l'égard des salariés pris collectivement cette fois, en raison de leur *même qualité*.

Titre 2 : En raison de la même qualité

403. La qualité de salarié, dont la détention fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise, possède une dimension commune : la détention de cette qualité par une pluralité de salariés, indépendamment de l'exécution de la prestation caractéristique du contrat de travail, génère, collectivement, des effets juridiques. Ces effets s'expliquent par *la même qualité, partagée par les salariés*. A l'instar de la nationalité qui « *est aussi une co-nationalité* »¹⁶²⁴, une « *co-appartenance* »¹⁶²⁵ voit le jour. Les salariés d'une même entreprise se font alors face abstraitement en tant que salariés, sans que leurs *facio* s'opposent. La notion de qualité juridique, ici de salarié, renvoie à une reconnaissance juridique générique, qui n'a de sens que dans une entreprise plurale, c'est-à-dire une entreprise constituée d'au moins deux salariés¹⁶²⁶, étant entendu que plus l'entreprise sera composée de nombreux salariés, plus les effets juridiques de la qualité commune pourront efficacement se déployer. De la qualité de salarié partagée par tous dans l'entreprise, deux effets peuvent être (en certaines hypothèses) soulignés, effets qui ne s'expliquent pas par l'exécution du travail fourni par le salarié.

404. Le premier effet est un celui d'une *égalité* entre salariés. S'il n'existe pas de principe général d'égalité entre salariés d'une même entreprise, le droit positif reconnaît que l'appartenance du salarié à l'entreprise puisse garantir en matière d'élections professionnelles et de travail à temps partiel une *égalité par tête*. Puisqu'il partage avec les

¹⁶²⁴ O. BEAUD, Les étrangers exclus du droit de vote. Une telle exclusion est-elle nécessairement anti-démocratique ?, in Mél. H. Portelli : *Dalloz 2018*, p. 223 s., spéc. p. 234.

¹⁶²⁵ Ibid.

¹⁶²⁶ N. CATALA, Traité de droit du travail, L'entreprise, t. 4, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1980*, p. 67, n° 69, estime qu'une entreprise est toujours constituée de plusieurs salariés. À l'inverse, le Professeur Teyssié estime qu'une entreprise peut être composée d'un seul salarié (B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020*, 12^{ème} éd., p. 1009, n° 2150). En tout état de cause, « *la pluralité commence à deux* » (A. BUGADA, Justice du XXI^{ème} siècle : l'action de groupe en matière de discrimination dans les relations de travail : *Procédures 2017*, étude n° 6, spéc. n° 6).

autres la même qualité de salarié, le salarié *comptera alors pour un*, nonobstant l'exécution de son travail et la valeur de celui-ci par nature individuelles (**Chapitre 1**).

405. Le second effet est un effet de solidarité entre salariés. L'entreprise est naturellement rétive à toute solidarité spontanée. Mais l'interdépendance des salariés, qui évoluent ensemble dans l'entreprise sous la même qualité, mène à une solidarité objective, en dehors de toute manifestation de volonté individuelle du salarié. Puisqu'il partage avec les autres la même qualité, le salarié pourra résiduellement *compter sur l'autre* (**Chapitre 2**). Il pourra *compter sur l'autre* dans les entreprises ordinaires pour éviter la rupture de son contrat de travail, sans que cet évitement du licenciement ne s'explique par son fait individuel, et encore moins son travail. C'est la présence des autres salariés qui diluera le risque de rupture de son propre contrat de travail. Le salarié pourra également *compter sur l'autre* dans les sociétés coopératives de production. Cette solidarité ne sera alors plus cantonnée à l'évitement du licenciement, ce type de société générant spécifiquement une solidarité générale, sociétaire.

Chapitre 1 : L'égalité entre salariés

Compter pour un

406. Egalité et appartenance. L'égalité est une notion tiraillée entre l'individu et le groupe¹⁶²⁷. De cette simple constatation, nous pressentons déjà les rapports ténus que l'égalité peut entretenir avec la qualité juridique, et donc avec l'appartenance puisque la présente étude appréhende l'appartenance du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié. L'égalité peut avoir tantôt pour conséquence d'individualiser les sujets et d'effacer les appartenances, tantôt de les accentuer¹⁶²⁸. La question de l'égalité dans l'appartenance à l'entreprise ne pouvait donc être ignorée et la présente étude ne pouvait faire l'économie de la question suivante : le seul fait, pour plusieurs personnes, d'être membres d'une même entreprise crée-t-il, autour de ces personnes, un *cercle d'égalité* ? La qualité juridique, dont on a vu qu'elle générait des effets à l'égard du salarié pris individuellement, a-t-elle également une conséquence normative entre salariés d'une même entreprise sur le terrain de l'égalité ?

407. Égalité entre salariés et appartenance à l'entreprise. Une possibilité ? Il n'existe pas dans l'entreprise de principe général d'égalité entre salariés. Pour autant, une telle égalité (qui ne serait pas uniquement une égalité de traitement de salariés placés dans une situation identique, sauf à considérer que la même qualité de salarié caractérise une telle situation) pourrait-elle s'y développer en certaines occasions ? En soi, rien ne semble y faire obstacle. La raison d'être de l'égalité est de se développer dans une entité préexistante, dans un cercle

¹⁶²⁷ D. FENOUILLET, *Egalité, discriminations, état civil : dynamique et incertitudes*, in *Communautés, discriminations et identité*, Huitièmes journées René Savatier, 26 et 27 octobre 2007, Université de Poitiers : *LGDJ 2009*, p. 87 s., *spéc. p. 143*.

¹⁶²⁸ D. FENOUILLET, *Egalité, discriminations, état civil : dynamique et incertitudes*, in *Communautés, discriminations et identité*, Huitièmes journées René Savatier, 26 et 27 octobre 2007, Université de Poitiers : *LGDJ 2009*, p. 87 s., *spéc. p. 143*.

préalable¹⁶²⁹, au risque sinon de dériver vers l'égalitarisme. Or, si l'égalitarisme est supportable au plan spirituel¹⁶³⁰, il ne peut être poursuivi par le Droit qui a pour charge, justement, d'organiser différents régimes juridiques. Tout groupe de personnes n'est pas et ne peut être constitutif d'un cercle d'égalité. Cela serait, dans les faits, difficilement tenable puisque « *les individus appartiennent à des groupes différents au gré du quotidien* »¹⁶³¹. Il est impossible d'imposer à chaque groupe une égalité contraignante du seul fait de son existence. Avant de voir quels dispositifs spécifiques particuliers peuvent mener dans l'entreprise à une égalité sur le fondement de l'appartenance du salarié à l'entreprise, la possibilité d'une égalité entre salariés d'une même entreprise, *via* la détention d'une même qualité, sera explicitée (**Section préliminaire**).

408. Egalité entre salariés et appartenance à l'entreprise. *Votations professionnelles.*

L'appartenance à l'entreprise est expressément mobilisée par la jurisprudence dans le contentieux des votations professionnelles : elle est érigée en véritable condition (certes dépendante d'autres) pour que le salarié puisse accéder au scrutin. Si l'on envisage la condition d'appartenance isolément des autres conditions (âge, ancienneté, capacité), force est de reconnaître qu'elle permet à chaque salarié en raison de sa qualité, indépendamment de la fourniture de son travail (i.e. le salarié dont le contrat de travail est suspendu peut voter), d'accéder à l'électorat et l'éligibilité, donc d'entrer dans le scrutin. Chaque salarié *compte pour un* ; les salariés sont, détention d'une même qualité oblige, reconnus d'égale valeur. Mais l'égalité entre salariés, dans le contentieux des votations professionnelles, ne s'épuise pas à la seule entrée dans le scrutin. L'égalité par tête, compter pour un, c'est aussi et surtout avoir ensuite *le même poids dans le scrutin*. A ce stade, et puisqu'il n'est plus exigé par la jurisprudence que le salarié appartienne à l'entreprise, il est moins sûr qu'il soit de droit positif que le salarié compte pour un et que la voix de chaque salarié vaille la même chose

¹⁶²⁹ Sur la nécessité de faire partie d'un même cercle pour pouvoir prétendre à l'égalité, v. A. FABRE, L'égalité en droit privé, *in* Egalité et droit social, dir. J.-F. AKANDJI-KOMBE, collab. L. PECAUT-RIVOLIER ET Y. STRUILLON : *éd. IRJS 2014*, p. 87 s., *spéc. p. 89 s.*

¹⁶³⁰ L. DUMONT, Essais sur l'individualisme : *Seuil 1983*, p. 104 (à propos des chrétiens) « *Leur qualité de chrétiens fait de tous les hommes des égaux* ».

¹⁶³¹ P. MAZIERE, Le principe d'égalité en droit privé : *PUAM 2003*, p. 170, n° 252. Le même auteur relève par ailleurs que les groupes de personnes sont caractérisés par la fugacité et la fragilité.

que celle des autres. Il est toutefois possible, selon nous, par référence au droit des élections politiques, de dégager une telle règle (**Section 1**).

409. Egalité entre salariés et appartenance à l'entreprise. Travail à temps partiel. Il est également possible, avec moins de certitude, car la jurisprudence ne le dit pas expressément, de tirer de la même qualité de salarié une égalité entre salarié à temps plein et à temps partiel. Cette égalité existe d'ailleurs déjà, dans certains cas, en droit positif (**Section 2**).

Section préliminaire : De la possibilité d'une égalité générale dans l'entreprise

410. Même si la notion d'égalité (**§1**) heurte de front l'ordonnancement de l'entreprise, il est possible d'envisager (nous sommes ici hors du droit positif) qu'une égalité générale se diffuse dans l'entreprise en raison de la détention d'une même qualité de salarié. En effet, la qualité juridique de salarié possède une vitalité suffisante pour instaurer, entre salariés, une égalité par tête. Ainsi appréhendé par sa seule qualité juridique, le salarié compte pour un (**§2**).

§1 La notion d'égalité

411. Notion protéiforme. Dans quelle mesure les salariés appartenant à une même entreprise sont égaux dans et en dehors de l'urne ? Cette question, simple en apparence, est en réalité rendue complexe par la notion même d'égalité. Cette dernière, outre qu'elle est évolutive dans le temps¹⁶³², est protéiforme ; il est particulièrement malaisé de lui attribuer un seul sens, une seule méthode et une seule dimension.

¹⁶³² Autre temps, autre égalité... Sur ce point, v. D. BERTHAU, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats : LGDJ 1999, p. 8, n° 14 : « Reconnaître que l'égalité est essentiellement issue d'un jugement subjectif

412. Notion protéiforme. *Le sens de l'égalité.* A l'origine envisagée comme une égalité devant la loi, l'égalité a pu évoluer ensuite en une égalité par le droit, « *c'est-à-dire protégée par le système juridique dans les relations interindividuelles* »¹⁶³³. Bien qu'abondamment étudiée, elle n'en reste pas moins traversée de logiques contraires. On ne sait trop si sa promotion passe par l'abolition ou la négation des différences ou, au contraire, par l'appréhension et la correction de celles-ci. L'égalité doit-elle neutraliser ou, au contraire, souligner ? C'est, en germe, deux sens de l'égalité qui se font face : l'égalité abstraite et l'égalité concrète¹⁶³⁴. Selon la situation, le système juridique en promeut une plus que l'autre. Le travail de nuit des femmes (ou plutôt son interdiction¹⁶³⁵) a été, en en droit du travail, assez révélateur de la tension existante entre l'égalité abstraite et l'égalité concrète¹⁶³⁶.

revient aussi à admettre son caractère évolutif. Ce qui paraît égal à une certaine époque ne le sera peut-être plus à une autre. Le point d'égalité porte donc en germe les raisons de sa perpétuelle évolution ».

¹⁶³³ D. FENOUILLET, Égalité, discriminations, état civil : dynamique et incertitudes, in Communautés, discriminations et identité, Huitièmes journées René Savatier, 26 et 27 octobre 2007, Université de Poitiers : LGDJ 2009, p. 87 s., spéc. p. 96.

¹⁶³⁴ Sur cette distinction, v. G. CORNU, Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français, in Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 14, années 1961-1962 : Dalloz 1965, p. 86 s. ; D. FENOUILLET, Égalité, discriminations, état civil : dynamique et incertitudes, in Communautés, discriminations et identité, Huitièmes journées René Savatier, 26 et 27 octobre 2007, Université de Poitiers : LGDJ 2009, p. 87 s. V. égal. A. SUPIOT, Critique du droit du travail : PUF 2015, 3^{ème} éd., p. 223, qui plaide spécifiquement pour un équilibre dans leur maniement.

¹⁶³⁵ S'agissant essentiellement du travail industriel : L. 2 nov. 1892 : JORF 2 et 3 nov. 1892, p. 5313-5316 ; C. trav., anc. art. L. 213-1.

¹⁶³⁶ Fallait-il corriger une disparité de situation entre les hommes et les femmes en interdisant à celles-ci de travailler de nuit, ce qui avait été le choix de notre législateur, ou bien s'abstenir d'établir de distinction et les laisser, à l'instar des hommes, exécuter leur travail en dehors des heures de jour ? On sait que la Cour de justice des Communautés européennes a notamment condamné la France en faisant, en quelque sorte, sienne la conception abstraite de l'égalité. V. à ce sujet CJCE 13 mars 1997, aff. C-197/96 : Rec. p. 1489 ; RJS 4/97, n° 493. Sur des arrêts précédents qui laissaient augurer cette position, CJCE 25 juill. 1991, Stoeckel, aff. C-345/89 : Rec. p. 4287 ; D. 1991, p. 443, note J.-G. HUGLO ; Dr. soc. 1992, p. 174, obs. A. MOREAU. – CJCE 2 août 1993, Lévy, aff. C-158/91 : Rec. p. 4287 ; D. 1993, p. 577, note J.-C. PETTITI. Dans une affaire similaire, l'Italie avait pu avancer deux justifications à cette interdiction : les risques spécifiques d'agression sexuelle la nuit et les responsabilités familiales qui requièrent du travailleur, le plus souvent la femme, sa présence à son domicile la nuit. Cette conception de l'égalité n'aurait fait, en réalité, que maintenir les femmes dans la sphère domestique alors qu'elles ne peuvent être tenues ni responsables des violences dirigées contre leur sexe ni pour

413. Notion protéiforme. La méthode de l'égalité. Le discours juridique ne pourrait déclarer poursuivre l'égalité sans arrêter une méthode qui permette de l'atteindre ; l'objectif d'égalité serait alors simplement proclamatif. Une nouvelle opposition se donne également à voir s'agissant de cette méthode. C'est une évidence que de le souligner mais l'égalité peut tout aussi bien résider dans l'attribution de droits identiques que dans l'attribution de droits modulés en fonction d'une autre donnée. L'égalité peut très bien mener à une distribution effectuée de façon distincte et à parts variables. A l'égalité par tête¹⁶³⁷ s'oppose en effet l'égalité en proportion¹⁶³⁸. Dans le premier cas (l'égalité par tête), le discours juridique tient compte du fait d'*être en commun* ; dans le deuxième cas (l'égalité en proportion), il tient compte du fait de *faire différemment*. La préférence du Droit semble aller, de manière générale, à l'égalité en proportion. C'est que l'égalité par tête (encore dite à parts égales), qui permet à chacun de *compter pour un* indépendamment de ses conditions, de ses mérites et de ses efforts, vient heurter de front le principe de justice distributive. Mais cette forme

responsables familiaux naturels. L'égalité concrète doit donc être maniée avec précaution pour ne pas conduire à une individualisation et une fragmentation préjudiciables. Il n'est pas inutile de rappeler la spirale de l'égalité telle qu'envisagée par Tocqueville : « *Quand l'inégalité est la loi commune d'une société, les plus fortes inégalités ne frappent point l'œil ; quand tout est à peu près de niveau, les moindres le blessent. C'est pour cela que le désir de l'égalité devient toujours plus insatiable à mesure que l'égalité est plus grande* » (A. TOCQUEVILLE, De la démocratie en Amérique : Flammarion 1981, t. 2, p. 174). Mais le désir de correction et de compensation inhérent à l'égalité concrète reste en lui-même louable. En réalité, ce n'est pas tant l'application d'une compensation ou d'une correction par le droit qui est la plus critiquable, c'est la phase qui lui est antérieure et nécessaire : celle de la reconnaissance préalable d'une situation inégale (incitant donc à la correction et la compensation). Notre droit a pu identifier, à un moment donné, comme telles des situations dont le caractère inégal nous échappe totalement aujourd'hui. Ça a été le cas de l'incapacité, justifiée par une prétendue infériorité mentale, de la femme mariée. Ça a été le cas, plus récent, de la distinction d'âge au mariage, justifiée par une prétendue précocité naturelle, abolie par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006.

¹⁶³⁷ C'est en vertu de cette égalité que l'autorité parentale est, par exemple, exercée en commun par le père et la mère (C. civ., art. 372, al. 1^{er}).

¹⁶³⁸ C'est en vertu de cette égalité que les droits de chaque associé dans le capital social sont, par exemple, proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci (C. civ., art. 1843-2, al. 1^{er}).

Sur la distinction entre égalité par tête et égalité par proportion, v. A. FABRE, L'égalité en droit privé, in *Egalité et droit social*, dir. J.-F. AKANDJI-KOMBE, collab. L. PECAUT-RIVOLIER et Y. STRULLOU : *éd. IRJS 2014*, p. 87 s., *spéc. p. 94 s.*

d'égalité heurte également le « *critère de l'utilité* »¹⁶³⁹ : on ne distribue pas en fonction de la participation ou de la contribution « réelle » de chacun mais de manière forfaitaire. Et puisque l'égalité par tête permet des attributions identiques à des personnes qui ne sont pas nécessairement placées dans des situations identiques, on ne peut même pas dire qu'elle s'éloigne de la justice distributive pour promouvoir la justice commutative. En somme, l'égalité par tête dérange.

414. Notion protéiforme. La signification de l'égalité. L'égalité comporte enfin deux significations, d'ailleurs complémentaires. Prise dans le sens de valeur unique¹⁶⁴⁰, l'égalité implique non seulement une égalité d'accès (*tout individu*) mais également une égalité de portée (*chaque individu*). Appliqué à notre sujet, cette distinction est particulièrement intéressante. En effet, s'agissant des élections professionnelles, il n'est pas suffisant, pour explorer une égalité par tête, de vérifier que les salariés appartenant à l'entreprise sont, dans cette seule acception, égaux face au scrutin ; encore faut-il rechercher qu'ils sont la même influence, la même valeur dans le scrutin. L'appartenance à l'entreprise ne peut dessiner un *cercle d'égalité* qu'à la condition d'assurer aux salariés égale entrée et égale portée. Les deux significations (égalité *devant* le suffrage et égalité *dans* le suffrage) devront, en conséquence, être vérifiées. La question sous-jacente est bien de savoir si chaque salarié appartenant à l'entreprise *compte pour un* à toute étape du scrutin. Cette question est rendue particulièrement malaisée par l'ordonnancement même de l'entreprise qui n'est pas un groupement naturellement égalitaire.

¹⁶³⁹ A propos de relations entre différents propriétaires d'une copropriété, v. Civ. 3^{ème}, 9 mai 2019 : pourvoi n° 18-17.334, Bull. III, à paraître : « *est contraire au critère d'utilité une répartition par parts égales des charges d'ascenseur entre des lots situés à des étages différents* ».

¹⁶⁴⁰ Sur cette question, mais au niveau de l'être humain, v. E. DOCKES, Valeurs de la démocratie : *Dalloz 2005*, p. 31 s, spéc. p. 38.

§2 La vitalité de la qualité juridique face à l'ordonnement de l'entreprise

415. Ordonnement de l'entreprise. Il a été rapidement entrevu le fait que l'égalité par tête dérange en Droit et qu'elle contrarie la justice distributive comme commutative. Mais il est à craindre qu'elle embarrasse *plus encore* dans l'entreprise, qui n'est pas un groupement naturellement égalitaire. Les salariés qui la composent n'ont, en effet, pas l'essence des sociétaires, des actionnaires, ou des associés dont les rapports peuvent être mis en perspective, être comparés et rapprochés par le truchement de la part sociale ou de l'action qui formalisent toutes deux la valeur (pouvant de ce fait être identique) des membres dans le groupement. Il est d'ailleurs symptomatique que le travailliste justement appelé à explorer cette égalité par tête, en vertu de laquelle chaque membre d'un groupement compte pour un, n'envisage pas la situation des salariés d'une même entreprise¹⁶⁴¹. Cette absence est cependant inévitable, cohérente. En effet, pour le juriste, l'égalité dans l'entreprise renvoie essentiellement, voire exclusivement, à l'égalité de rémunération et à l'égalité dans les conditions de travail¹⁶⁴² qui trouvent seulement à s'appliquer quand deux salariés sont dans une situation identique (dont nous savons qu'elle est difficile à caractériser)¹⁶⁴³. L'idée d'une *égalité plus générale dans l'entreprise*, en vertu de laquelle chaque salarié, quelle que soit la nature de son contrat de travail, de sa durée de travail, de sa classification professionnelle etc., aurait une valeur identique aux autres, heurte en effet *l'ordonnement même de l'entreprise*.

S'agissant de cet ordonnement, si l'éclatement de l'entreprise (un manque externe d'unité) est souvent évoqué¹⁶⁴⁴, c'est le manque interne d'unité de celle-ci, sa segmentation, qui nous intéressera ici. L'entreprise, en raison de l'activité qu'elle poursuit et qui impose la participation de différentes personnes, à différents niveaux et sous différentes formes, se

¹⁶⁴¹ A. FABRE, L'égalité en droit privé, in *Égalité et droit social*, dir. J.-F. AKANDJI-KOMBE, collab. L. PECAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLOU : éd. IRJS 2014, p. 87 s., spéc. p. 94-95.

¹⁶⁴² P. JESTAZ, Le principe d'égalité des personnes en droit privé, in *La personne humaine, sujet de droit*. Quatrièmes journées René Savatier. Poitiers 25 et 26 mars 1993 : PUF 1995, p. 159 s., spéc. p. 165-166.

¹⁶⁴³ V. supra n° 135.

¹⁶⁴⁴ J. DE MAILLARD, P. MANDROYAN, J.-P. PLATTIER, T. PRIESTLEY, L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes d'« extériorisation de l'emploi » : *Dr. soc.* 1979, p. 323 s.

caractérise le plus souvent par une collectivité de travail disparate, qui n'est pas sans évoquer la mosaïque¹⁶⁴⁵. « *Dans le monde de l'entreprise, l'inégalité est partout* »¹⁶⁴⁶ affirme Monsieur WAQUET. La formule n'est pas exagérée tant l'entreprise est divisée entre différentes catégories professionnelles, entre différents contrats, voire entre différentes figures de salariés en cas de mise à disposition de personnel et entre différents statuts collectifs lorsqu'il existe dans l'entreprise un centre autonome d'activité¹⁶⁴⁷... *L'histoire du salarié dans l'entreprise est avant tout une histoire individuelle*¹⁶⁴⁸. Le salarié entre en effet dans l'entreprise par l'embauche individuelle et en sort en principe par l'extinction individuelle de son contrat de travail ; il est en conséquence peu réaliste que ces histoires individuelles puissent être, même à l'intérieur d'un périmètre identique, l'entreprise, semblables. Un auteur a d'ailleurs souligné, dans le cadre de l'application du principe « à travail égal, salaire égal », la difficulté où l'on était de délimiter, entre plusieurs salariés, la notion de travail de valeur égale¹⁶⁴⁹. Dès lors, toute égalité par tête semble condamnée au sein de l'entreprise. Et pourtant, l'appartenance à l'entreprise, telle qu'appréhendée dans la présente étude par la détention de la qualité de salarié, est justement capable de saisir le salarié de manière unitaire, sans renvoyer à son *facio*.

416. Égalité de valeur par la même qualité. Toute la vitalité, au plan collectif, de la qualité juridique réside dans son caractère générique. Ainsi, la qualité juridique première, celle de personne humaine¹⁶⁵⁰, fonde une égalité juridique originelle. La commune appartenance à l'humanité entraîne une appréhension unitaire du genre humain et, par-là, une égalité entre êtres humains qui ont dès lors le droit à la même dignité et à la même

¹⁶⁴⁵ V. supra n° 103.

¹⁶⁴⁶ P. WAQUET, Le principe d'égalité en droit du travail : *Dr. soc.* 2003, p. 276 s.

¹⁶⁴⁷ Soc., 6 déc. 1995 : pourvoi n° 92-41.230, Bull. V, n° 333 ; B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020, 12^{ème} éd.*, p. 1023, n° 2185.

¹⁶⁴⁸ Sur cette histoire individuelle, v. *infra* n° 523.

¹⁶⁴⁹ D. PALLANTZA, La créance de salaire : *L'Harmattan 2014*, p. 63, n° 60.

¹⁶⁵⁰ A. SUPIOT, Critique du droit du travail : *PUF 2015, 3^{ème} éd.*, p. 222 : « *La notion de sujet de droit implique la participation de chaque individu à la même qualité humaine et donc une idée d'égalité dans cette participation* ». V. égal. E. DOCKES, Valeurs de la démocratie : *Dalloz 2005*, p. 31 s, spéc. p. 35 : « *L'égalité est l'affirmation d'une valeur unique, essentielle accordée à la qualité d'être humain* ».

sauvegarde¹⁶⁵¹. C'est une remarque éminemment logique, rationnelle et raisonnable. Mais qu'en est-il de la qualité de salarié ? L'*égalité par qualité* peut-elle se déployer à un niveau inférieur à cette qualité première de personne humaine ? Nous soutenons que la qualité ne s'épuise pas dans le genre humain ; il nous semble que sa dimension égalitaire peut prospérer au sein de chaque cercle légitimement tracé. Selon le professeur FABRE, le cercle d'égalité peut très bien résulter d'une même qualité juridique¹⁶⁵². Dès lors, et puisque la présente étude appréhende l'appartenance du salarié à l'entreprise comme la détention de la qualité de salarié, l'appartenance des salariés à une même entreprise porte en elle une égalité de valeur. En raison d'une *même qualité*, reconnue à l'égard de tous les salariés de l'entreprise et partagée par tous, les salariés peuvent être considérés comme équivalents. Cela ne veut pas dire qu'ils sont interchangeables ou que l'on doit gommer toute égalité concrète en droit du travail (i.e. l'obligation d'emploi de certains travailleurs considérés comme éloignés du marché de l'emploi¹⁶⁵³) ; cela induit seulement que la qualité de salarié dote tous les salariés d'une place, d'une position identique et que l'on peut, en se référant à cette seule position, les tenir, dans certains cas, tous d'égale valeur. Dans certains cas seulement car il n'est pas suggéré de raisonner, au sein de l'entreprise, qu'en référence à cette seule qualité ; ce renversement de paradigme organiserait un nivellement aussi dommageable que dangereux. *Il est seulement question, certaines fois, de contrebalancer, dans l'entreprise, la constante référence au travail (que l'on a d'ailleurs appris à relativiser¹⁶⁵⁴) par la référence à la qualité juridique de salarié.* La présente étude, dans ce chapitre comme d'ailleurs dans les autres, propose « seulement » de corriger cette référence permanente au travail ; elle ne poursuit pas un objectif de renversement de la logique existante.

C'est d'ailleurs ce que le droit positif organise dans les élections professionnelles. *En posant plus ou moins expressément l'appartenance à l'entreprise comme condition d'électorat et d'éligibilité*, la jurisprudence permet au salarié électeur et candidat de compter pour un (ou

¹⁶⁵¹ C. ATIAS, Philosophie du droit : PUF 2016, 4^{ème} éd., p. 275, n° 63.

¹⁶⁵² A. FABRE, L'égalité en droit privé, in *Egalité et droit social*, dir. J.-F. AKANDJI-KOMBE, collab. L. PECAUT-RIVOLIER et Y. STRULLOU : éd. IRJS 2014, p. 87 s., spéc. p. 91 (si le cercle d'égalité est tracé par la loi). Selon l'auteur, cette technique est surtout utilisée en droit des sociétés, en droit de la famille et en droit communautaire. Elle ne l'est peu, sinon pas, en droit du travail.

¹⁶⁵³ C. trav., art. L. 5212-13.

¹⁶⁵⁴ V. *supra* n° 90.

en tout cas d’y tendre) (**Section 1**). *De façon plus ponctuelle et non expresse*, le législateur, en posant un principe d’égalité des droits entre salarié à temps partiel et à temps plein, permet au salarié à temps partiel de compter, dans certains cas résiduels, également pour un (**Section 2**).

Section 1 : Compter pour un dans l’urne

417. Égalité devant et dans le scrutin. L’égalité devant le scrutin ne pose en réalité que peu problème, même si la question du référendum reste quelque peu incertaine. En effet, *sous le seul critère de l’appartenance à l’entreprise expressément mobilisé par la jurisprudence*, c’est-à-dire si on l’envisage isolément des autres conditions, l’accès au scrutin est égal pour tous les salariés. Aucun suffrage de classe n’existe dans l’entreprise (**§1**). L’égalité dans le scrutin est, quant à elle, déjà plus controversée s’agissant cette fois de l’élection elle-même. L’appartenance à l’entreprise n’est, en effet, pas exigée, à ce niveau par le droit. Si rien n’empêche de front, en l’état du droit du travail, le développement de rapports inégaux entre les salariés, il semble que l’on puisse tirer du droit des élections politiques le principe d’égalité des voix en droit du travail (**§2**).

§1 : Égalité devant le scrutin

418. Votations professionnelles. Le droit français a fait le choix de l’élection pour la désignation des représentants des salariés. Il a par la suite admis une nouvelle forme de participation des travailleurs à travers le référendum d’entreprise. Ces deux modes de participation constituent ensemble des *votations professionnelles* et délimitent ainsi le champ électoral qui permet de répondre à la question suivante : à quoi a-t-on accès ? (**I**). La mise en œuvre de la participation à ces votations implique nécessairement la délimitation d’un corps électoral, dont l’appartenance à l’entreprise est la condition première, qui permet de répondre à la question suivante : qui a accès ? (**II**).

I. Le champ électoral

419. Le choix de l'expression « votations professionnelles ». Au vu des transformations qu'a subi le droit du travail ces dernières années, il n'est plus exact de parler d' « élections professionnelles ». C'est à la fois trop puisqu'aux deux élections classiques (mais certes simultanées) qui se tenaient depuis plus d'un demi-siècle dans l'entreprise (quand le seuil de référence était atteint) se substitue maintenant une élection unique qui pourra d'ailleurs servir de base à certaines désignations qui interviendraient ensuite. Et c'est à la fois trop peu puisque le référendum¹⁶⁵⁵ progresse fortement en droit du travail et vient, sinon rivaliser, du moins accompagner l'élection. Ces deux modes de participation des salariés – élection et référendum – semblent *a priori* s'opposer : l'une a pour raison d'être la représentation et promeut le médiateur ; l'autre a pour raison d'être l'intervention et promeut l'immédiat. Cette opposition doit, en réalité, être dépassée. Ces deux modes ont vocation à être réunis sous la

¹⁶⁵⁵ Sur le terme même de référendum – que nous retenons par préférence à d'autres – v. F. PETIT, La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise : *Dr. soc.* 2017, p. 156 s., spéc. p. 157. L'auteur explique la méfiance, en droit du travail, à l'égard du terme référendum par le risque d'exclusion du syndicalisme. Cette méfiance est tangible : le terme référendum ne figure en tant que tel qu'à l'article L. 3132-25-3 du Code du travail ; d'autres expressions ont pu être retenues par le législateur, notamment celle de « consultation » (C. trav. art. L. 2232-12) ou de « ratification » (C. trav. art. L. 3312-5). Il nous semble toutefois que le terme référendum est le plus juste, peu important que le projet soumis à la votation soit patronal ou syndical. L'emploi d'un terme unique permet de regagner en unité sans distinguer entre les parties à l'initiative du texte soumis à la votation. La référence au référendum politique est en tout état de cause bienvenue : dès lors que le principe est le même, il n'est pas souhaitable que le droit du travail retienne un terme original et distingue là où il n'y a pas nécessairement lieu de distinguer.

Quant au risque d'exclusion du syndicalisme, il doit être relativisé. Les relations entre ce mode de participation directe des salariés et le pouvoir syndical sont en l'état plus complémentaires que concurrentes. Le référendum est certaines fois nécessaire à la validité d'une convention ou d'un accord collectif déjà négocié par un ou des salariés ayant reçu mandat d'une organisation syndicale représentative au niveau de la branche ou à défaut au niveau national et interprofessionnel (C. trav. art. L. 2232-23-1 al. 5 ; L. 2232-24 al. 3). Le référendum peut même, dans le cas où une ou plusieurs organisations syndicales signataires ayant recueilli au moins 30 % des suffrages n'atteindrait pas la condition majoritaire, « sauver » la convention ou l'accord ainsi négocié (C. trav. art. L. 2232-12 al. 2). *Adde* S. SCHWEITZER, Le référendum d'entreprise démode-t-il le syndicalisme ? : *Dr. soc.* 2018, p. 410 s.

même expression de *votations professionnelles*¹⁶⁵⁶. Si leurs vertus sont différentes (représentation pour l'une et décision pour l'autre), la technique est similaire puisqu'ils reposent tous deux sur l'*electio*, c'est-à-dire le choix¹⁶⁵⁷.

420. Votations directes. Les votations professionnelles qui requièrent qu'un choix soit demandé aux salariés de l'entreprise sont l'élection des membres de la délégation du personnel du comité social et économique (A) et la consultation des salariés prenant la forme d'un référendum (B).

A. L'élection des membres de la délégation du personnel du comité social et économique

421. Champ de l'étude. Par élection professionnelle¹⁶⁵⁸, la présente étude entend les élections directes des représentants du personnel, à savoir l'ancienne élection des représentants du personnel au comité d'entreprise et l'ancienne élection des délégués du personnel et l'actuelle élection des représentants du personnel au comité social et économique d'entreprise ou d'établissement, voire interentreprises si l'accord collectif interentreprises prévu à l'article L. 2313-9, 2° du Code du travail a fait le choix de l'élection.

¹⁶⁵⁶ Sur le choix de ce terme générique, *comp.* V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel : PUF 2016*, p. 165 s., n° 205 s. qui rattachent la votation au référendum uniquement.

¹⁶⁵⁷ Sur l'étymologie d'*electio*, v. B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel : Dalloz 2011*, p. 3 s., n° 1 s. L'élection porte sur le choix d'une ou plusieurs personnes et le référendum sur le choix d'une décision par la réponse à une question. C'est d'autant plus vrai en matière professionnelle puisque l'élection n'étant pas un mode de dévolution du pouvoir contrairement à la matière politique, sa distinction et son opposition d'avec le référendum est moins prégnante.

C'est, dans les deux cas, un pouvoir de suffrage caractérisé par une opération d'assentiment (M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel : Sirey 1929, rééd. Dalloz 2015*, p. 544-545).

¹⁶⁵⁸ S'agissant de la distinction entre élections professionnelles et élections sociales (expression notamment employée par G. VEDEL, *Démocratie politique, démocratie économique, démocratie sociale : Dr. soc. 1947*, p. 41 s., *spéc. p.* 45), la première se limite aux élections de l'entreprise, de l'établissement ou du groupe, à l'exclusion des élections autres, telles que prud'homales. V. égal. P.-Y. VERKINDT, *Les élections professionnelles dans l'entreprise : Dr. soc. 2009*, p. 648 s.

Les membres des autres institutions représentatives du personnel, à savoir les comités centraux d'entreprise, les anciens comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) et les représentants au conseil d'administration ou de surveillance qui sont élus au suffrage indirect ne seront pas inclus dans le champ matériel de l'étude. La raison est que l'analyse, qui n'a pas vocation à étudier exhaustivement toutes les institutions représentatives du personnel mais à isoler le critère d'appartenance à l'entreprise dans le processus de l'élection, porte uniquement *sur les élections résultant du suffrage direct*¹⁶⁵⁹.

422. Mouvements inverses. L'élection professionnelle a connu deux mouvements, *a priori* inverses, d'augmentation puis de réduction. Le premier mouvement, historique, est celui d'un essor du vote (1). Le second mouvement, de droit positif cette fois, est celui d'une réduction, dans l'entreprise, des occasions de voter (2). Quoiqu'inverses, ces mouvements ne traduisent pas le déclin de l'élection professionnelle.

*1. L'essor du vote*¹⁶⁶⁰

423. Systématisation du vote dans l'entreprise. Le vote, dont le terrain naturel est la société politique et la collectivité nationale, n'est pas lié dans l'imaginaire collectif à l'entreprise, bien que l'entreprise comme groupement est un espace dans lequel le vote a toute raison d'être¹⁶⁶¹. Le suffrage, faute de systématisation, était soit instauré

¹⁶⁵⁹ Si l'on s'intéresse à l'égalité devant le scrutin, il faut bien qu'il y ait un scrutin où participent directement les salariés dont l'appartenance est exigée.

¹⁶⁶⁰ Titre inspiré de l'ouvrage collectif *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, dir. A. LYON-CAEN et O. LECLERC : *Dalloz 2011*.

¹⁶⁶¹ Il est possible de définir le vote comme l'expression conjointe de plusieurs volontés sollicitées afin de désigner (au sens large) quelqu'un. La notion de groupe n'a alors qu'une importance relative : on peut être en présence de plusieurs personnes sans être en présence d'un groupe. Mais le lien entre vote et groupe est perceptible dès lors que l'on s'intéresse à la démarche, empreinte de distance, et non plus au seul objectif du vote. Le vote aboutit, en effet, à une détermination commune tout en n'exigeant pas un rapprochement caractérisé des votants. Ainsi qu'on a pu l'écrire, « *chaque membre du groupe, de la collectivité, conjugue sa volonté avec celles d'autres, tout en restant à distance des autres* » (A. LYON-CAEN, *Vote et relations professionnelles*, in *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, dir. A. LYON-CAEN et O. LECLERC : *Dalloz 2011*, p. 4).

volontairement par l'employeur (certaines fois justifié par un paternalisme social), soit limité dans le temps ou limité à certains secteurs professionnels¹⁶⁶². L'élection systématique des représentants par la communauté des salariés ne s'est imposée, en France, qu'en 1938 par un décret-loi conférant aux délégués ouvriers un caractère légal et obligatoire dans tous les

Sur l'universalité des types de collectivités qui pratiquent le vote, v. P. PERRINEAU, Les usages contemporains du vote : *Pouvoirs 2007*, n° 120, p. 29 s., spéc. p. 30. Il rapporté l'existence d'une véritable « *civilisation du vote* ». Précisons toutefois qu'élection et représentation ne sont pas synonymes : l'on ne vote pas toujours pour désigner des représentants tout comme l'on ne désigne pas nécessairement des représentants par le vote.

¹⁶⁶² Différentes raisons et différents contextes ont conduit, entre 1862 et 1936, aux élections de délégués ouvriers. Deux constats peuvent être posés à la lecture du panorama historique dressé par Dominique ANDOLFATTO. Le premier constat est que les raisons de ces élections sont différentes : certaines sont culturelles (c'est le cas des élections de délégués ouvriers chargés temporairement de visiter les Expositions universelles), d'autres sont hygiénistes (c'est le cas des élections de délégués ouvriers chargés de façon permanente de veiller à la sécurité des exploitations de houilles) et d'autres enfin sont économiques et ont pour but de garantir la production en temps de guerre (c'est le cas des élections de délégués d'atelier dans les usines de guerre). Le second constat est que ces élections, certes disparates et mises en place de façon empirique, ont toutes pour dénominateur commun leur caractère ponctuel. Elles sont soit circonscrites dans le temps (c'est le cas des délégués d'atelier en temps de guerre ou des délégués dépêchés aux expositions universelles), soit circonscrites à certains domaines (c'est le cas des délégués ouvriers à la sécurité). Nulle place n'était alors faite, dans notre ordre juridique, à la présence de délégués permanents dans toute entreprise dépassant un seuil déterminé de salariés. Un contexte particulier ou une activité particulière devait, au contraire, présider cette instauration. Il faut dire aussi que les différents acteurs juridiques (essentiellement députés ou syndicats) pouvaient se méfier de la technique de l'élection et ont pu lui préférer le concours public pour les premiers et la désignation pour les seconds. Le caractère ponctuel de ces différentes élections ne doit toutefois pas occulter le fait qu'elles pavent la voie à la systématisation de l'élection des délégués du personnel, de telle sorte que la reconnaissance de 1936 n'est pas une révolution mais représente une conquête graduelle de l'élection professionnelle (sur ces questions, v. D. ANDOLFATTO, *L'univers des élections professionnelles. Travail et société au crible des urnes : Ed. Ouvrières 1992*, p. 37 à 98).

établissements de plus de 10 salariés¹⁶⁶³. A l'issue de la période vichyssoise, le principe a été rétabli et même prolongé du comité d'entreprise en 1945 et 1946¹⁶⁶⁴.

424. Absence de remise en cause du vote dans l'entreprise. La doctrine contemporaine s'interroge sur une possible remise en cause des élections professionnelles¹⁶⁶⁵. S'il est vrai qu'une élection voisine, celle des conseillers prud'hommes, a pu disparaître en 2016, il ne peut s'agir d'un désaveu du principe de l'élection dans la mesure où la désignation qui remplace cette élection est déterminée en fonction des suffrages et des adhésions obtenus, au niveau départemental dans le cadre de la mesure de l'audience syndicale et patronale¹⁶⁶⁶. Le lien avec l'élection devient indirect mais est maintenu.

Au sujet de l'élection proprement dite des membres du comité social et économique, deux éléments relativement récents vont, au contraire, dans le sens d'une pérennisation du principe de l'élection. *D'une part*, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie et réforme du temps de travail a fait de l'audience le critère central de la représentativité syndicale et a ainsi conféré, plus que jamais, à l'élection toute son

¹⁶⁶³ Un décret-loi du 12 novembre 1938 (*JORF 13 nov. 1938, p. 12867*) a rendu obligatoire l'élection de délégués du personnel dans les entreprises de plus de dix salariés (sans que les entreprises ne soient nécessairement soumises à une convention collective comme c'était le cas en 1936). Cette élection, souhaitée par le patronat était combattue par les syndicats qui lui préféraient un système de désignation par l'organisation syndicale. Cette systématisation a été abandonnée au commencement de la deuxième guerre mondiale au profit d'une désignation de délégués dans les entreprises de plus de cent salariés.

¹⁶⁶⁴ Ord. n° 45-280 du 22 février 1945 : *JORF 23 févr. 1945, p. 954* ; Loi n° 46-730 du 16 avril 1946 fixant le statut des délégués du personnel dans les entreprises : *JORF 17 avril 1946, p. 3224*.

¹⁶⁶⁵ L. PECAUT-RIVOLIER, Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de « démocratie sociale » : *CSB 2017, n° 302, p. 39 s.* ; L'élection, conférence tenue dans le cadre du cycle de conférences organisé par le laboratoire de droit social de l'université Paris II, 15 mars 2018, à paraître.

¹⁶⁶⁶ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ; Ord. n° 2016-388 du 31 mars 2016 : *JORF 1^{er} avril*. Sur ce point, v. F. REBSAMEN, Discussion devant l'Assemblée Nationale, XIV^{ème} législature, 20 nov. 2014, 3^{ème} séance : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2014-2015/20150067.asp> : « J'entends dire que la suppression de l'élection porterait atteinte à la démocratie, quand elle ne la supprimerait pas. Il est pourtant difficile de parler de suppression d'élection à propos d'une désignation assise sur le vote exprimé de plus de 5,4 millions de salariés, dans le cadre de la mesure de l'audience ! »

importance. Elle dote en effet cette dernière d'un double intérêt¹⁶⁶⁷ et d'une double fonction, à la fois mode de représentation et calcul de représentativité, de telle sorte que l'on peut parler, à compter de 2008, de *l'élection-représentation* et de *l'élection-représentativité*¹⁶⁶⁸. *D'autre part*, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 instituant le comité économique et social n'est pas revenue sur ce mode privilégié¹⁶⁶⁹ de détermination des représentants dans l'entreprise. En conséquence, le vote façonne, plus que jamais, les relations collectives de travail.

2. La réduction des occasions de voter

425. Droit antérieur au 1^{er} janvier 2018 : les délégués du personnel et le comité d'entreprise : dualité d'élections. Hors hypothèse de délégation unique du personnel pouvant être mise en place dans les entreprises de moins de 300 salariés¹⁶⁷⁰, deux élections professionnelles se tenaient classiquement dans l'entreprise : celles des délégués du

¹⁶⁶⁷ J.-M. BERAUD, Comprendre le mode de scrutin dans les élections professionnelles : *RJS 2016*, p. 649. Ce double intérêt justifie d'ailleurs que le mode de calcul des sièges ne soit pas identique à celui de la représentativité.

¹⁶⁶⁸ Seule cette première intéresse la présente étude.

¹⁶⁶⁹ Privilégié mais pas exclusif : le vote des salariés n'est pas le seul mode de détermination des représentants. Il doit composer avec la désignation – notamment des représentants syndicaux entendus au sens large ou de certains représentants du personnel dans des instances qui dépassent l'entreprise telles que le comité de groupe – et avec l'élection indirecte (basée sur un collège restreint) dont sont notamment issus les représentants au comité social et économique central. C'est, s'agissant de la représentation, le compromis réalisé par le droit positif, compromis d'autant plus réalisé de façon « harmonieuse » (L. PECAUT-RIVOLIER, Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de « démocratie sociale » : *CSB 2017*, n° 302, p. 39 s.) que les élus sont dans leur majorité issus des listes syndicales.

¹⁶⁷⁰ Dans les entreprises de moins de trois cents salariés, l'employeur pouvait décider que les délégués du personnel constituent la délégation du personnel au comité d'entreprise et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail : C. trav. art. L. 2326-1 abrogé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

personnel (seuil de onze salariés)¹⁶⁷¹ et des membres élus du comité d'entreprise (seuil de cinquante salariés)¹⁶⁷².

426. Droit postérieur au 1^{er} janvier 2018 : le comité social et économique ou le conseil d'entreprise : *élection unique supprimant le « millefeuille des IRP »*¹⁶⁷³. Les deux élections directes susvisées ont été supprimées par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 et remplacées par une élection unique, celle du comité social et économique. Ce regroupement, qui n'est pas à proprement parler une révolution puisqu'il s'inscrit dans la lignée de la délégation unique du personnel, rompt avec toutefois avec le caractère subsidiaire de celle-ci : l'ordonnance fait de l'ancienne exception la nouvelle règle¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁷¹ C. trav., anc. art. L. 2312-1.

¹⁶⁷² C. trav., anc. art. L. 2322-1 ; C. trav., anc. art. L. 2327-1.

S'agissant de la condition initiale d'effectif de cinquante salariés, la question s'était posée de savoir, dans le silence du Code, si elle devait également être respectée pour la mise en place du comité d'établissement. Il est certain que le Code du travail a modelé le régime du comité d'établissement sur celui du comité d'entreprise. Toutefois, le Code du travail ne renvoie au comité d'entreprise que pour le fonctionnement et la composition du comité d'établissement. Il reste relativement muet sur les conditions de mise en place de ce dernier. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 15 mai 1991, a jugé que l'autorité administrative, sollicitée pour pallier l'absence d'accord, ne peut se fonder uniquement sur l'effectif inférieur à 50 salariés pour méconnaître l'existence d'un établissement distinct. (CE 15 mai 1991, n° 84840, *Société Rivoire et Carret*). Un auteur a fort justement proposé, en réponse à cette position et dans le respect de la pratique et de la position doctrinale majoritaires, d'établir une distinction entre la reconnaissance de l'existence d'un établissement distinct (possible en deçà de cinquante salariés) et l'obligation de mettre en place un comité d'établissement (impossible en deçà de cinquante salariés), v. J. SAVATIER, Reconnaissance et perte de la qualité d'établissement distinct au regard du droit des comités d'entreprise : *Dr. soc.* 1992, p. 39 s. Une telle dissociation n'est, bien entendu, admissible, que parce qu'il est possible de rattacher cet établissement à un comité d'établissement déjà existant ou de le regrouper avec un ou plusieurs établissements de façon à mettre en place un comité d'établissement commun, et ce afin de respecter le droit des salariés à la désignation de leurs représentants. Il convient de rappeler toutefois que le Conseil d'État n'a pas consacré cette distinction intellectuelle (CE 19 oct. 1992 : *req. n° 92630*).

¹⁶⁷³ F. FAVENNEC-HERY, Une question qui fâche : le mille-feuille des IRP : *Dr. soc.* 2013, p. 250 s.

¹⁶⁷⁴ F. FAVENNEC-HERY, Ordonnances Macron : un changement de système ? : *SSL 2017*, n° 1782, p. 4.

Les partenaires sociaux recouvrent toutefois pouvoir et initiative pour organiser l'évolution du comité social et économique en conseil d'entreprise. Cette institution spécifique, véritable organe de négociation d'inspiration allemande (F. FAVENNEC-HERY, Ordonnances Macron : un changement de système ? : *SSL 2017*, n° 1782, p. 3), mais d'inspiration seulement (v. P. REMY, Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil

De cette fusion des institutions résulte la réduction des occasions de voter. Une seule élection doit désormais être organisée dans l'entreprise qui franchit le seuil de onze salariés, et non plus deux comme ce qui se faisait alors dans les entreprises de plus de cinquante salariés n'ayant pas mis en place de délégation unique du personnel. Si le comité social et économique « de base », c'est-à-dire comportant une délégation élue, peut-être « complété », c'est uniquement par la technique de la désignation¹⁶⁷⁵.

427. Élection des membres du conseil d'entreprise ? Une question aurait pu se poser : celle de savoir si les salariés pouvaient être appelés à élire un conseil d'entreprise. Il semble qu'il faille répondre par la négative. S'il n'est pas expressément interdit de constituer directement un conseil d'entreprise sans avoir préalablement mis en place un comité social et économique, tant l'agencement des dispositions du Code du travail que l'absence de règles relatives à l'élection du conseil d'entreprise induisent une chronologie¹⁶⁷⁶. Il est donc probable que les salariés ne pourront élire un conseil d'entreprise : une élection devra d'abord être organisée dans le but d'instituer un comité social et économique et ce n'est qu'ensuite qu'un acte postérieur pourra le faire évoluer en conseil d'entreprise. Les anciens membres du comité économique et social seront alors incorporés au conseil d'entreprise, sauf stipulation contraire, dans la délégation chargée de négocier les contrats collectifs¹⁶⁷⁷.

d'établissement allemand ? : *Dr. soc. 2017, p. 1050 s.*, qui relativise la comparaison, l'ordonnance n° 2017-1386 ne consacrant ni la cogestion ni véritablement la codécision allemande), qui se substitue alors au comité social et économique¹⁶⁷⁴ est la véritable innovation de cette réforme – en théorie tout du moins (il est permis de s'interroger sur le succès du conseil d'entreprise. Puisqu'il soustrait aux délégués syndicaux leur pouvoir de négocier des contrats collectifs au profit de la délégation négociant au nom du conseil, reste à savoir si ceux-ci vont accepter de signer au niveau de la branche ou de l'entreprise l'accord constituant cette institution. Cette signature pourrait être subordonnée en pratique à l'inclusion des représentations syndicales dans la délégation négociant au nom du conseil ou à l'augmentation des thèmes requérant l'avis conforme du conseil).

¹⁶⁷⁵ Le comité social et économique peut en effet être augmenté de représentants de proximité (C. trav., art. L. 2313-7), de membres du comité social et économique ou désignés par lui, et de différentes commissions (Sur ce système de commission qui se retrouvait déjà dans l'ancien régime du comité d'entreprise, v. G. BORENFREUND, *La fusion des institutions représentatives du personnel : RDT 2017, p. 608 s., spéc. p. 617*). Les membres de ces commissions (pour celles-ci, v. C. trav., art. L. 2315-36 s.) sont pour l'essentiel issus du comité social et économique et désigné par ce comité.

¹⁶⁷⁶ B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives : LexisNexis 2020, 12^{ème} éd., p. 500, n° 1060*.

¹⁶⁷⁷ Pour cette dernière, l'article L. 2321-7 du Code du travail prévoit que la composition de la délégation peut être modifiée par l'accord instituant le conseil d'entreprise. Il serait très certainement utile de réduire la

Là encore, c'est l'élection tenue pour la mise en place du comité social et économique qui légitime ensuite, en cascade, les actes postérieurs.

Le principe même de l'élection n'est donc pas mis à mal par la réforme du 22 septembre 2017. L'élection et la désignation, ces deux modes d'investiture qui ont toujours coexisté et se sont quelques fois fait concurrence, ont trouvé, s'agissant de la représentation élue du personnel, leur équilibre.

B. Le référendum

428. Expansion du référendum dans l'entreprise. Avant que le référendum, ce procédé par lequel une collectivité de travail est appelée à exprimer par une votation populaire sa volonté à l'égard d'une mesure¹⁶⁷⁸, ne se développe et se généralise dans l'entreprise, l'expression directe des salariés était embryonnaire et exercée collectivement à travers des groupes d'expression, notamment des cercles de qualité négociés ou mis en place volontairement par l'employeur.

délégation et de n'inclure qu'une partie des membres du conseil afin de mener plus efficacement les négociations. Il n'est pas exclu, par ailleurs, que cette liberté de composition encourage les représentants syndicaux à subordonner la signature de l'accord instituant le conseil à l'intégration d'un, voire de la totalité des représentants syndicaux, dans cette délégation (B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives : LexisNexis 2020, 12^{ème} éd., p. 506, n° 1079*).

¹⁶⁷⁸ J. GRIMALDI D'ESDRA, *Nature et régime juridiques du référendum en droit social : Dr. soc. 1994, p. 397 s., spéc. p. 398*. L'auteur se reporte d'ailleurs à une définition classique du référendum. Cela n'est pas sans rappeler le référendum tel que le droit constitutionnel l'entend à l'article 3 de la Constitution de 1958, ce qui pourrait d'ailleurs faire craindre que l'accusation traditionnelle portée contre le référendum politique se retrouve en droit du travail. B. DAUGERON rappelle, dans sa thèse, l'accusation « *traditionnelle et infamante* » portée contre le référendum en matière politique : le fait qu'il puisse glisser d'une question portant sur un texte à l'appréciation de l'œuvre d'un homme (B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel : Dalloz 2011, p. 14 s., n° 6*). Le référendum, relatif à la réforme du Sénat et à la régionalisation, tenu le 27 avril 1969 en est un bon exemple. Relevons, en droit du travail cette fois, que les salariés d'Air France ont rejeté à 55,44 % le 4 mai 2018 le projet d'accord salarial soumis au vote ce qui a entraîné la démission du PDG d'Air France-KLM qui avait conditionné son maintien à l'approbation du projet (LSQ : *Wolters Kluwer 2018, n° 17567, p. 4*).

Dorénavant, la part reconnue au référendum, va croissant tant en raison de la multiplication des hypothèses légales¹⁶⁷⁹ que de la généralisation de ce mode de participation. Le

¹⁶⁷⁹ L'ensemble peut créer une sensation d'« éparpillement » (F. PETIT, *Le référendum en entreprise comme voie de secours* : *Dr. soc.* 2016, p. 903 s., spéc. p. 905), accentuée par la diversité des régimes, ce qui peine à faire du référendum professionnel une véritable notion juridique. A la recherche d'un dénominateur commun parmi les différents cas à référendum, la doctrine s'accorde toutefois sur une chose : « *le recours au référendum n'est pas une technique alternative à la négociation collective ; par nature, il lui est subsidiaire* » (F. PETIT, *Le référendum en entreprise comme voie de secours* : *Dr. soc.* 2016, p. 903 s., spéc. p. 905). Rappelons que le Conseil constitutionnel a validé le référendum d'approbation dans les petites entreprises, précisant pour l'occasion l'articulation entre le principe de participation des travailleurs et la défense des droits et intérêts des travailleurs mise en œuvre par les organisations syndicales : Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761, DC : *JORF* 31 mars 2018, texte n° 2).

référendum, que l'on tient pour légitime¹⁶⁸⁰, s'est donc extrait de l'état de « *disgrâce* »¹⁶⁸¹ dans lequel il était encore en 2011.

¹⁶⁸⁰ Les salariés votent... mais sans élire. Il s'agit d'une technique directe – ou semi-directe quand elle vient en complément de la technique plus classique de négociation collective par le délégué *ad hoc*. Elle est appelée à tempérer le système représentatif – et non à s'y substituer (une opposition au référendum subsiste toutefois et une partie de la doctrine le tient pour un acte qui n'est pas nécessairement démocratique. V. par ex. H. ROUSSILLON, Contre le référendum ! : *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 184 s. ; B. GAURIAU, Le référendum, un préalable nécessaire ? : *Dr. soc.* 1998, p. 338 s. ; G. BELIER, Le référendum : halte au feu ! : *SSL 2016*, n° 1712, p. 6 s.). Le référendum peut, de prime abord, apparaître difficilement conciliable avec la technique de représentation. La science politique oppose classiquement représentation et référendum, cette première ayant pour objet d'établir des intermédiaires que certains penseurs politiques, au premier rang desquels Sieyès, présentaient comme plus capables et compétents et excluaient qu'une voix concurrente leur dispute l'expression nationale, fût-elle celle de ceux qui avaient institué les représentants (Sur ce point, v. L. JAUME, Autour de Hobbes : représentation et fiction : *Droits* 1995, p. 96. – On a fort justement écrit que « *la représentation, c'est la division du travail dans sa forme politique* » : C. CLAVREUL, Sieyès et la genèse de la représentation moderne : *Droits* 1987, p. 50). Il nous semble en réalité que le référendum, politique comme professionnel, n'entre pas en contradiction avec le système représentatif. Mieux ! Il représente, à notre sens, un « *complément nécessaire* » qu'une institution représentative du personnel existe, ou non, dans l'entreprise (L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, t. 2 : *Fontemoing 1923*, 2^{ème} éd., p. 504. Sur la légitimité d'une correction du régime représentatif par une dose de suffrage direct, v. M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel : *Sirey 1929*, rééd. Dalloz 2015, p. 550). *S'il existe une institution représentative du personnel*, il est juste d'encourager les mécanismes, au premier rang desquels le référendum, qui garantissent, comme en matière politique, l'harmonie entre les volontés des représentés et des représentants (DUGUIT soutenait la thèse de la conformité des volontés, v. L. DUGUIT, L'Etat, t. 2 : *Fontemoing 1903*, spéc. p. 231). Cette thèse a été critiquée notamment par CARRE DE MALBERG qui estimait quant à lui que c'était au contraire au peuple de faire sienne par avance les volontés de ses représentants (R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la Théorie générale de l'Etat, t. 2 : *Sirey 1920*, rééd. Dalloz 2004, spéc. p. 337) et par ESMEIN qui affirmait que les représentants du peuple décident librement et arbitrairement au nom du peuple (A. ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel français et comparé : *Sirey 1921*, 7^{ème} éd., p. 402). *S'il n'existe aucune institution représentative du personnel*, le référendum est le seul moyen pour la collectivité de salariés de faire entendre sa voix. Le référendum a pour lui, dans une telle hypothèse, sa facilité d'invocation et sa légitimité immédiate. Le recours au référendum doit donc être approuvé que ce soit de façon consultative dans toutes les entreprises ou de façon normative dans les entreprises dépourvues de délégués *ad hoc* par voie d'action et dans les entreprises qui en sont pourvues par voie de régularisation.

¹⁶⁸¹ L. DAUXERRE, L'articulation du référendum avec les normes du droit du travail, in L'articulation des normes en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *Economica* 2011, p. 177 s., spéc. p. 180, n° 289 et p. 196, n° 327.

429. Cas à référendum dans l'entreprise. La participation du référendum à la création de la norme sociale, hier encore résiduelle, régit aujourd'hui diverses possibilités. Il permet bien souvent de finaliser une négociation menée, en l'absence de délégués syndicaux ou de conseil d'entreprise, par des salariés mandatés ou membres de la délégation du personnel du comité économique et social¹⁶⁸². Il permet aussi dans les très petites entreprises, non plus simplement de finaliser, mais de pallier l'absence même de négociation par l'approbation « brute » d'un projet présenté par l'employeur dans une logique non de protection de la partie faible *via* la négociation de dispositifs conventionnels mais d'autodétermination de leurs conditions de travail par les salariés¹⁶⁸³. Mais surtout, il a été généralisé au « sauvetage » de l'accord collectif qui ne respecte pas la condition majoritaire exigée par les textes mais qui a été précédemment signé par l'employeur et par des organisations syndicales représentant au moins 30 % des suffrages¹⁶⁸⁴. Cette ouverture remarquable, qui permet à l'intérieur d'une entreprise dotée d'un comité d'entreprise d'organiser un véritable référendum normatif, n'est pas circonscrite à un domaine particulier (par exemple à la participation et l'intéressement ou la mise en place d'horaires individualisés) ou à un partenaire social particulier (par exemple le salarié mandaté ou le représentant élu). Ainsi généralisé, le référendum a vocation à intervenir pour tout accord d'entreprise ou d'établissement qui ne remplirait pas la condition majoritaire exigée dans toute entreprise pourvue d'un ou plusieurs délégués syndicaux. Dans un tel cas, et si tant est qu'un seuil « cliquet » de 30 % est atteint, les organisations signataires recueillant plus de 30 % ou l'employeur peuvent exiger la tenue d'un référendum que l'employeur se chargera d'organiser¹⁶⁸⁵. L'accord éventuellement né

¹⁶⁸² C. trav., art L. 2232-23-1 s. ; C. trav., art L. 2232-24 s. ; C. trav., art L. 2232-26 s.

¹⁶⁸³ C. trav., art. L. 2232-21 s. ; C. trav., art. L. 2232-23.

¹⁶⁸⁴ C. trav., art. L. 2232-12 modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. Cette condition majoritaire est elle-même une innovation apportée par la loi et venant remplacer la condition de principe 30 % et l'absence d'opposition de la part d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés. Cette généralisation de l'accord d'entreprise majoritaire était largement préconisée : v. not. la prop. n° 43 du rapport remis par J.-D. COMBEXELLE (*La négociation collective, le travail et l'emploi*, 2015) et la prop. n° 5 du rapport de l'Institut Montaigne (*Sauver le dialogue social*, 2015)

¹⁶⁸⁵ C. trav., art. L. 2232-12. Dans son ancienne rédaction, cette disposition prévoyait que seules les organisations syndicales représentatives signataires pouvaient demander la tenue d'un référendum. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 fait également de l'employeur un initiateur de ce référendum. L'employeur peut désormais, l'employeur peut demander, un mois après la signature de l'accord,

du référendum va alors s'imposer dans l'entreprise comme n'importe quel accord collectif de même niveau. Le référendum n'est donc plus seulement toléré dans certains cas exceptionnels ; il n'est donc plus seulement cantonné, pour les autres, à être un outil de communication ; il se voit doté d'une réelle portée juridique. Hier « *peu pratiqué* »¹⁶⁸⁶, il s'impose aujourd'hui comme une véritable « *voie de secours* »¹⁶⁸⁷, un « *mécanisme de sauvetage* »¹⁶⁸⁸ à destination de l'accord collectif précédemment signé par l'employeur et par des organisations syndicales représentant au moins 30 % des suffrages.

A présent que les scrutins particuliers inclus dans le champ de cette étude ont été déterminées¹⁶⁸⁹, reste à savoir *qui y a accès ?*

l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations. Une difficulté semble toutefois subsister, en l'absence de toute précision légale, dans le cas où les organisations syndicales refusent de signer le protocole spécifique mis en œuvre par l'employeur à l'initiative du référendum.

¹⁶⁸⁶ L. DAUXERRE, L'articulation du référendum avec les normes du droit du travail, *in* L'articulation des normes en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *Economica* 2011, p. 177 s., spéc. p. 180, n° 289.

¹⁶⁸⁷ F. PETIT, Le référendum en entreprise comme voie de secours : *Dr. soc.* 2016, p. 903 s., spéc. p. 905. Ce référendum est voué à être de plus en plus employé en droit du travail. Déjà parce que l'article L. 2232-12 le généralise et ensuite parce que la nouvelle condition majoritaire qui justifie sa généralisation est, en pratique, contraignante. En effet, selon le même auteur « *ce seuil [de 50 %] est si élevé qu'on doute qu'il servira souvent... On peine à reconnaître en France les entreprises où les syndicats représentatifs cumulant plus de 50 % des voix exprimées seront prêts à s'unir pour donner naissance à un texte avant-gardiste* » (*Ibid.*, p. 904).

¹⁶⁸⁸ S. BEAL, Le référendum : une solution pragmatique, pas une panacée ! : *SSL* 2016, n° 1716, p. 5. L'auteur relève d'ailleurs qu'il y avait eu un précédent à ce mécanisme de sauvetage des accords collectifs « généralistes » entre 2004 et 2008 (C. trav., anc. art. L. 132-2-2 III, al. 4).

¹⁶⁸⁹ Premièrement, l'élection des membres du comité économique et social ; deuxièmement, la consultation des salariés nécessaire à la régularisation d'un accord d'entreprise ou d'établissement imparfait ; troisièmement, l'approbation par les salariés d'un accord d'entreprise ou d'établissement préalablement négocié par un salarié (élu ou non, c'est selon) mandaté. Ces trois scrutins seront traités en fonction du mode de détermination qu'ils engagent : l'élection ou le référendum. Il convient de préciser, à ce stade, d'une part que seule la situation des salariés exécutant leur contrat de travail de façon typique sera abordée dans le présent chapitre, la situation des salariés mis à disposition ayant été développée *supra* et d'autre part que les salariés travaillant à temps partiel simultanément dans plusieurs entreprises ne sont éligibles, quant à eux, que dans l'une de ces entreprises, qu'ils choisissent.

II. Le corps électoral

430. Expression « corps électoral ». Toute la question est de savoir qui peut participer aux votations professionnelles ci-dessus précisées. Le corps électoral est défini de façon générique comme les personnes qui bénéficient de l'électorat lors d'un scrutin. *Prima facie*, il semble audacieux, sinon abusif, de parler de corps électoral à l'intérieur de l'entreprise¹⁶⁹⁰. Il est vrai que les caractères unitaire et indivisible du corps électoral dénotent dans l'entreprise qui est un espace de représentation d'intérêts divers. Cependant, l'expression, qui a déjà été employée¹⁶⁹¹, reste pertinente au regard de la définition rapportée ci-dessus. Mieux, l'on retrouve dans certains aspects du référendum l'idée de « mouvement » et de « vie » consubstantielle au corps électoral¹⁶⁹².

S'agissant de l'élection des membres du comité économique et social, l'appartenance à l'entreprise doit être appréhendée sous la forme d'une *hypothèse logique*, c'est-à-dire qu'on ne s'arrête pas au fait qu'elle n'est pas mobilisable en pratique de façon autonome et qu'elle ne suffit pas à elle seule à fonder l'électorat ou l'éligibilité du salarié (A). S'agissant du référendum, l'appartenance à l'entreprise n'a pas à être isolée intellectuellement et ne représente pas une abstraction logique puisqu'elle existe à l'état concret, même si un doute

¹⁶⁹⁰ Sur cette réticence, v. not. P.-Y. VERKINDT, Les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc.* 2009, p. 648 s., spéc. p. 651, note n° 27 ; F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives du travail : *LGDJ 2000*, p. 37, n° 30 ; F. PETIT, L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc.* 2000, p. 603 s. : « L'électorat salarié se trouve en effet réparti, dans chaque entreprise, en catégories hiérarchiques. L'attribution du suffrage s'appuie ainsi sur des intérêts distincts et des différences catégorielles qui demandent à être représentées. Il s'ensuit un éclatement de l'électorat, donnant naissance à une pluralité de corps électoraux. ».

¹⁶⁹¹ G. VEDEL, Comparaison du régime juridique des élections sociales et du régime juridique des élections politiques : *Rev. fr. de sciences pol.* 1953, p. 231 s. ; H. MASSE-DESSEN, Le corps électoral : *Dr. ouv.* 1986, p. 199 s.

¹⁶⁹² Sur cette idée, v. P. PERRINEAU, D. REYNIE (dir.), « Corps électoral », in *Dictionnaire du vote* : PUF 2001. Sur les aspects du référendum, v. par ex. C. trav., L. 2232-22 qui prévoit que l'accord ratifié dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à onze salariés peut être dénoncé par les deux tiers du personnel. Cette dénonciation, qui peut potentiellement être effectuée par des salariés qui n'ont pas participé à la ratification, a pu interpeller certains auteurs (F. CANUT, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux : *Dr. soc.* 2017, p. 1033 s., spéc. p. 1038).

relatif à la consultation des salariés nécessaire à la régularisation d'un accord d'entreprise ou d'établissement imparfait pourrait subsister (**B**).

A. Le corps électoral de l'élection du comité social et économique conditionné de façon fondamentale à l'appartenance à l'entreprise

431. Le législateur a notamment posé comme condition à l'électorat et l'éligibilité le fait d'être « salarié » (1). Cette condition est devenue, sous la plume du juge, l'« appartenance à l'entreprise » (2).

1. Être salarié : l'exigence légale

432. Quatre conditions légales. Les articles L. 2314-18 et L. 2314-19 du code du travail, relatifs à la composition du comité social et économique sont la reprise, à l'identique, des anciens articles régissant l'électorat et l'éligibilité du comité d'entreprise. Ces articles disposent, dans une rédaction qui n'est pas sans rappeler l'article L2 du Code électoral, que « *sont électeurs les salariés des deux sexes âgés de seize ans révolus, travaillant depuis trois mois au moins dans l'entreprise et n'ayant fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques* ». Et plus loin : « *sont éligibles les électeurs âgés de dix-huit ans révolus, et travaillant dans l'entreprise depuis un an au moins, à l'exception [de certains proches de l'employeur]* ». Le Code du travail exige, par la conjonction de plusieurs conditions, une proximité entre le travailleur considéré et l'entreprise pour que celui-ci puisse élire ou se faire élire (proximité que nous relativisons par la suite). Âge, ancienneté¹⁶⁹³ et capacité sont, en conséquence, les conditions apparentes qui se dégagent de la lecture des articles L. 2314-18 et L. 2324-19.

¹⁶⁹³ L'ancienneté a été définie préalablement comme une unité de mesure qui représente le nombre d'années passées dans l'exercice d'une fonction (et, en vertu de notre droit du travail, dans la même entreprise en principe). Son périmètre ne concorde pas nécessairement avec celui des élections : même si les élections ont lieu au sein d'un établissement, l'ancienneté doit tenir compte du travail effectué dans un autre établissement

A ces conditions apparentes s'ajoute la « *condition fondamentale* »¹⁶⁹⁴, la seule qui intéresse la présente étude, à savoir être « salarié » selon la lettre du Code. Elle n'est pas suffisante à elle seule pour accorder l'électorat et l'éligibilité mais elle n'en reste pas moins, à notre sens et à l'instar de l'importance qu'à la nationalité dans les élections politiques, la condition la plus logique¹⁶⁹⁵, au sens particulièrement fort¹⁶⁹⁶. Il est ici particulièrement remarquable de constater que l'appartenance à l'entreprise est la considération de base, fondamentale et surtout commune à tous, sur laquelle viennent s'ajouter d'autres paramètres, certains naturels (l'âge), d'autres artificiellement créés par le droit (l'ancienneté, la capacité).

433. « Être salarié » ; « être électeur ». S'agissant de l'électorat, le Code du travail prévoit que sont électeurs les « *salariés* ». Cette condition, d'ordre public¹⁶⁹⁷, n'est pas surprenante ; elle s'inscrit dans l'histoire des élections professionnelles qui requéraient déjà en 1899 la « *qualité de salarié* »¹⁶⁹⁸. S'agissant de l'éligibilité, ne peuvent être candidats que

de l'entreprise dans le cas par exemple d'un salarié qui serait muté (Soc. 6 janv. 1977 : pourvoi n° 76-60.216, Bull. n° 5). L'emploi du mot « travail » par le législateur aux articles L. 2314-18 et L. 2314-19 ne doit pas induire en erreur : il s'agit d'une véritable condition d'ancienneté qui est ici exigée (M.-L. MORIN, L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, *Le guide des élections professionnelles 2016-2017 : Dalloz 2016*, p. 768, n° 331.51). Ainsi, la salariée qui partirait en congé maternité dès l'embauche serait réputée remplir cette condition d'ancienneté. Le mécanisme légal, conventionnel, jurisprudentiel en vertu duquel une situation d'inactivité est assimilée à une période de travail effectif produit ici ses pleins effets. Cette condition, à laquelle il est éventuellement possible de déroger (C. trav., art. L. 2314-25), est une condition originale et spécifique au droit électoral professionnel : on ne trouve pas d'équivalent en droit électoral politique.

¹⁶⁹⁴ M.-L. MORIN, L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, *Le guide des élections professionnelles 2016-2017 : Dalloz 2016*, p. 761, n° 331.11.

¹⁶⁹⁵ Remarque relative à la nationalité, A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel : Economica 2017*, 7^{ème} éd., p. 309.

¹⁶⁹⁶ Remarque relative à la nationalité, F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel : LGDJ 2020*, 41^{ème} éd., p. 513, n° 519.

¹⁶⁹⁷ Soc. 24 juin 1998 : pourvoi n° 97-60.077, Bull. V, n° 341 : « *Attendu que seuls les salariés de l'entreprise sont électeurs et éligibles ; qu'un accord collectif ne peut déroger à cette règle qui est d'ordre public absolu* ».

¹⁶⁹⁸ D. ANDOLFATTO, *L'univers des élections professionnelles. Travail et société au crible des urnes : Ed. Ouvrières 1992*, p. 59. A noter toutefois que pour les élections des délégués de la sécurité instaurées en 1890, les ouvriers qui avaient quitté l'exploitation minière depuis moins de trois ans pouvaient être élus (P.-J. HESSE, *Les délégués de la sécurité des ouvriers mineurs dans quelques mines de l'Ouest (1890-1940) : Ann. de Bretagne et des pays de l'Ouest 1997*, vol. 104, n° 3, p. 215 s.).

les « *électeurs* » selon la lettre du Code¹⁶⁹⁹. Par cette construction enchâssée, c'est la situation du salarié inscrit sur la liste électorale qui est ici convoquée¹⁷⁰⁰. De telle sorte que l'éligibilité renvoie à l'électorat qui renvoie au contrat de travail.

2. *Appartenir à l'entreprise : l'exigence jurisprudentielle*

434. Les sciences humaines, notamment la sociologie électorale, voient dans le vote la marque de l'appartenance au groupe¹⁷⁰¹. La science juridique s'intéresse, elle, au lien inverse : l'appartenance est exigée par le droit positif pour pouvoir voter¹⁷⁰². Même si la doctrine s'est prononcée très tôt sur le fait que « *c'est l'appartenance à l'entreprise comme salarié qui commande l'électorat* »¹⁷⁰³, c'est la jurisprudence qui a expressément transcrit, dès 1971, cette exigence légale – être salarié – par « appartenir à l'entreprise » (a). La jurisprudence a donc modélisé la condition originelle, celle d'être salarié, à partir d'une dimension d'appartenance : « faire partie de ». Puisque nous appréhendons l'appartenance du salarié à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié, c'est en raison de cette qualité que les salariés seront appelés à voter ou à être élus, indépendamment de la fourniture de leur travail. Cette qualité étant partagée, les salariés ont un égal accès au scrutin : chacun compte pour un (b).

¹⁶⁹⁹ Cette logique « à tiroir » est conforme à ce qui existe en droit constitutionnel. En effet, le caractère indissociable de l'éligibilité et du droit de vote est reconnu par le Conseil constitutionnel (Cons. constit., 18 nov. 1982, n° 82-146, DC : *JORF 19 janv. 1982, p. 3475*).

¹⁷⁰⁰ Soc. 20 mars 1990 : pourvoi n° 89-61.448, inédit : « *une non inscription sur la liste électorale prive le salarié concerné de la qualité d'électeur qui est l'une des conditions de l'éligibilité* ».

¹⁷⁰¹ P. ROSANVALLON, évoque ainsi le « suffrage-appartenance » (P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen : Gallimard 1992, p. 297 s., spéc. p. 338*).

¹⁷⁰² P. PERRINEAU, *Les usages contemporains du vote : Pouvoirs 2007, n° 120, p. 29, spéc. p. 31*.

¹⁷⁰³ G. VEDEL, *Comparaison du régime juridique des élections sociales et du régime juridique des élections politiques : Rev. fr. de sciences pol. 1953, n° 2, p. 232*.

a. L'appartenance à l'entreprise, mention obligatoire de la liste électorale

435. Exigence expresse. La chambre sociale demande expressément à ce que l'appartenance à l'entreprise figure sur la liste électorale¹⁷⁰⁴ : « *les seules mentions qui doivent figurer obligatoirement sur la liste électorale des salariés travaillant dans l'entreprise sont : l'âge, l'appartenance à l'entreprise et l'ancienneté dans celle-ci qui déterminent la qualité d'électeur et permettent le contrôle de la régularité de la liste électorale* »¹⁷⁰⁵. Cela donne lieu à quelques originalités de procédure : le juge des élections professionnelles, compétent pour apprécier la réalité de l'appartenance des salariés à l'entreprise¹⁷⁰⁶, empiète, en cas de contestation, sur les prérogatives du conseil de prud'hommes, juge de la réalité du contrat de travail.

436. Distinction entre appartenance et ancienneté. La chambre sociale de la Cour de cassation distingue ici, à raison selon nous, la mention relative à l'appartenance à l'entreprise de celle relative à l'ancienneté. Cette nette distinction entre appartenance et ancienneté, que la présente étude avait déjà affirmée¹⁷⁰⁷, se trouve donc ici confirmée. C'est donc très

¹⁷⁰⁴ La liste électorale est une obligation qui échoit à l'employeur, et ce parce que c'est à lui de mettre en œuvre les élections, sous peine de délit d'entrave. Il doit la publier quatre jours au moins avant les élections, ce qui permet aux syndicats d'exercer leur contrôle et, le cas échéant, leur droit de contestation (C. trav., art. R. 2314-28).

¹⁷⁰⁵ Soc. 20 mars 2002 : pourvoi n° 00-60.176, Bull. V, n° 97 (nous soulignons). – Soc. 26 mars 2003 : pourvoi n° 02-60.372, inédit.

¹⁷⁰⁶ Soc. 2 déc. 1971 : pourvoi n° 71-60235, Bull. n° 709.

D'ailleurs, sur les quatre conditions de l'électorat, c'est celle de l'appartenance du salarié à l'entreprise qui a suscité le contentieux le plus important (F. PETIT, « Représentants du personnel » : *Rép. trav. Dalloz 2015, n° 141*).

¹⁷⁰⁷ V. *supra* n° 204. Contrairement à l'ancienneté qui est une notion évoluant dans le temps, l'appartenance juridique est, quant à elle un état instantané qui n'est ni la traduction ni le fruit d'une construction. Comme Monsieur BOULMIER a justement pu l'énoncer : « *on n'appartient ou on n'appartient pas* » (D. BOULMIER, Intéressement des salariés : analyse de 62 accords signés dans le Loiret en 1992 : *SSL 1995, suppl. n° 729*).

justement que Monsieur POULAIN a pu affirmer « *l'appartenance est rattachement là où l'ancienneté est « permanence de [ce rattachement] »*¹⁷⁰⁸.

Il nous semble juste que la condition d'appartenance soit complétée par d'autres conditions, tout comme la nationalité ne suffit pas à conditionner, en droit électoral politique, l'électorat et l'éligibilité. Mais il est tout aussi juste qu'elle soit et reste la *condition fondamentale*. Pour cela, elle ne doit pas être masquée par l'ancienneté. Même si l'on sait que le droit des élections est caractérisé par une exclusion, à différents niveaux, d'individus et à une déperdition d'électeurs potentiels¹⁷⁰⁹ l'ancienneté ne doit pas apparaître comme un élément réducteur.

437. « Hypothèse logique ». S'agissant de l'élection de la délégation élue du comité social et économique, il est impossible de raisonner sur l'appartenance du salarié à l'entreprise sans recourir à ce que nous appelons une « *hypothèse logique* », c'est-à-dire qu'il ne faut pas s'arrêter pas au fait que l'appartenance n'est pas mobilisable de façon autonome, puisqu'elle est toujours accolée à d'autres conditions (âge, ancienneté, capacité), et qu'elle ne suffit donc pas à elle seule à fonder l'électorat ou l'éligibilité¹⁷¹⁰. Il convient alors de l'isoler intellectuellement des autres conditions afin de pouvoir l'analyser et arriver à déterminer ce qu'elle fonde en tant que tel, comme si elle était seule exigée par le législateur, en somme. Ce n'est qu'en recourant à une « hypothèse logique » et en faisant abstraction des autres conditions que l'on saisira pleinement l'*effet égalitaire* de l'appartenance du salarié à l'entreprise.

¹⁷⁰⁸ G. POULAIN, Le travail intermittent par conclusion de contrats à durée déterminée : *Dr. soc.* 1989, p. 300 s.

¹⁷⁰⁹ Il y a déperdition au moment où un individu remplit la condition fondamentale, l'appartenance juridique, mais se voit ensuite exclu de l'électorat ou de l'éligibilité car ne répondant pas aux conditions autres, en étant inéligible ou en n'étant pas inscrit sur les listes électorales.

¹⁷¹⁰ *Rappr.* M. WALINE, L'individualisme et le Droit : *Domat-Monchrestien 1949, rééd. Dalloz 2007, p. 95, n° 42*, pour WALINE l'état de nature est le plus souvent, pour celui qui l'utilise, une hypothèse logique : peu importe qu'il ait existé et quand. Dès lors nous reprenons ici l'idée de « l'hypothèse logique » en ce que nous détachons, nous isolons intellectuellement l'appartenance du salarié à l'entreprise alors que le Droit exige non seulement cette qualité mais aussi d'autres conditions pour l'accès au scrutin. Nous ne nions pas l'existence des autres conditions mais afin de dégager l'effet propre de l'appartenance, force est d'isoler par une « hypothèse logique » cet élément (car, cet élément est quoi qu'il arrive indispensable à la fois au raisonnement et en droit positif).

b. Compter pour un, devant le scrutin, par la détention de la qualité de salarié

438. L'indifférence à l'égard du travail. Bien entendu, le salarié de l'entreprise qui exécute sa prestation de travail peut voter et être élu représentant du personnel¹⁷¹¹ ; son appartenance à l'entreprise n'est pas équivoque. S'agissant du salarié qui ne travaille pas effectivement, il n'en reste pas moins, en principe, électeur et éligible.

Ainsi, la suspension du contrat de travail d'un salarié ne fait pas obstacle en elle-même à l'élection et l'éligibilité du salarié. C'est ainsi qu'une salariée en congé parental d'éducation est électrice dans l'entreprise¹⁷¹² ou que plusieurs salariés dont les contrats sont suspendus sont éligibles, « *leur contrat de travail n'ét[ant] que suspendu* »¹⁷¹³. Même dans le cas d'une relation triangulaire de travail, la suspension du contrat n'a pas d'incidence sur l'éligibilité du salarié dans son entreprise d'origine¹⁷¹⁴. Le fait de ne pas fournir de travail n'empêche donc pas le salarié d'exercer son droit de vote et de candidature. L'argument de la brièveté de l'absence de fourniture du travail ne saurait être recevable : un salarié en congé pour cause de maladie n'en reste pas moins éligible même si son contrat est suspendu depuis plus de 18 mois¹⁷¹⁵, une salariée en congé parental d'éducation, dont on a déjà rappelé qu'elle pouvait

¹⁷¹¹ Réserve faite du lien entre un salarié et l'entreprise d'accueil en cas de relation triangulaire de travail, qui sera abordé en seconde partie.

¹⁷¹² Soc. 8 avril 1992 : pourvoi n° 90-60.531, Bull. V, n° 264.

¹⁷¹³ Soc. 15 mai 1991 : pourvoi n° 90-60.483, Bull. V, n° 240 (nous soulignons). Le Professeur BERAUD avait déjà pu écrire, en 1980, que « *la suspension du contrat de travail reste normalement sans effet sur les droits du salarié lorsqu'il s'agit de la mise en place des institutions représentatives du personnel. Continuant d'appartenir à l'entreprise pendant la suspension de son contrat, le travailleur demeure électeur et éligible aux fonctions de membre du comité d'entreprise ou de délégué du personnel. La jurisprudence semble bien fixée dans ce sens et la solution est identique, que la suspension provienne de la maladie, du chômage partiel, du congé formation, du préavis non travaillé, de la mise à pied préventive ou de la participation à une campagne électorale* » (J.-M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail : Sirey 1980, p. 183*).

¹⁷¹⁴ Soc. 26 sept. 2002 : pourvoi n° 01-60.708, Bull. V, n° 286.

¹⁷¹⁵ Soc. 1^{er} déc. 1993 : pourvoi n° 92-60.278, Bull. V, n° 300.

être électrice, peut être absente jusqu'à six ans¹⁷¹⁶. De même, le salarié peut être autorisé par son employeur à ne pas exécuter son travail, soit qu'il soit dispensé de l'exécution de son préavis dans l'hypothèse d'une rupture du contrat de travail, soit qu'il soit dispensé d'activité dans l'hypothèse d'une retraite imminente. Dans ces deux cas, il n'y a pas à proprement parler de suspension du contrat de travail. Pourtant, la jurisprudence a jugé que le salarié reste électeur¹⁷¹⁷ et éligible¹⁷¹⁸. Enfin, un salarié doit être inscrit sur les listes électorales et participer aux élections professionnelles même *s'il est empêché de travailler par l'employeur*¹⁷¹⁹. Au terme d'une « affaire à rebondissements »¹⁷²⁰ la Chambre mixte avait finalement approuvé cette solution, jugeant que le salarié « demeure électeur et éligible en dépit de la non-fourniture d'une prestation de travail »¹⁷²¹.

439. La référence à la qualité de salarié : de lege lata. L'appartenance du salarié à l'entreprise est un rattachement à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié. C'est en raison de la *même qualité* de salarié, partagée par tous les travailleurs de l'entreprise que l'électorat et l'éligibilité (dans le cadre d'une hypothèse logique) seront invités au scrutin et pourront être éligibles. C'est ainsi que tous les salariés sont électeurs, que leur contrat soit à durée déterminée, indéterminée, à temps partiel¹⁷²² ou à temps complet. Le caractère *générique* de la qualité se déploie ici pleinement : les salariés ont tous la même place, la même position cristallisée dans l'entreprise. Devant l'urne et qu'importe leur fourniture de

¹⁷¹⁶ C. trav. art., L. 1225-48 ; Soc. 8 avril 1992, *préc.*

¹⁷¹⁷ Civ. 2^{ème}, 25 févr. 1966 : Bull. civ., n° 273. – Soc. 10 mai 1978 : pourvoi n° 78-60.049, Bull. n° 347 (dispense de préavis).

¹⁷¹⁸ Soc. 10 oct. 2002 : pourvoi n° 01-60.723, inédit (dispense d'activité).

¹⁷¹⁹ Mixte 25 oct. 1968 : pourvoi n° 66-60.055, Bull. ch. Mixte, n° 1 ; JCP 1971, 2422, note J.-M. VERDIER ; Dr. soc. 1969, p. 176, obs. J. SAVATIER ; GADT, Dalloz 2008, 4^{ème} éd., p. 701 s., n° 153.

¹⁷²⁰ J. SAVATIER, obs. sous Mixte 25 oct. 1968 : *Dr. soc. 1969, p. 176.*

¹⁷²¹ B. TEYSSIE, act. Droit et gestion : *JCP 1983, CI, n° 4 p. 396.*

¹⁷²² La règle selon laquelle que le salarié à temps partiel vote, pour l'élection des membres de la délégation du comité social et économique, dans toutes les entreprises nominales auxquelles il est lié par contrat de travail, ne s'applique pas pour la mesure de l'audience des organisations syndicales concernant les entreprises de moins de onze salariés, l'article R. 2122-9 obligeant le salarié travaillant à temps partiel dans plusieurs entreprises à s'inscrire sur la liste électorale de la région dans laquelle est située l'entreprise au sein de laquelle il exerce son activité principale. Il est heureux que cette règle qui va à rebours du mécanisme de la qualité de salarié soit cantonnée à l'élection intervenant dans les entreprises de moins de onze salariés.

travail ou la valeur de leur travail, ils *comptent pour un*. Puisque la qualité de salarié procède du contrat de travail (mais ne se confond pas avec lui), « *dès lors que le lien contractuel subsiste, malgré l'absence de travail fourni, le salarié doit en règle générale continuer à être inscrit sur la liste électorale* »¹⁷²³.

440. La référence à la qualité de salarié : *de lege ferenda*. Si l'on raisonne par analogie, force est de constater qu'en droit électoral politique, nonobstant certaines propositions doctrinales¹⁷²⁴, la nationalité est pleinement visible. S'agissant des élections professionnelles, on ne relève pas la même visibilité de l'appartenance du salarié à l'entreprise, entendue comme la détention de la qualité de salarié, et l'on ne saurait trop inciter à renforcer cette condition, notamment par la réduction de la condition d'ancienneté.

Si pour l'élection de la délégation élue du comité social et économique, l'appartenance du salarié à l'entreprise a été isolée des trois autres conditions légales et a été envisagée comme une « hypothèse logique », elle retrouve cependant sa complète autonomie dans le référendum.

B. Le corps électoral du référendum conditionné exclusivement à l'appartenance à l'entreprise

441. Dans le cadre du recours au référendum se pose également la question de l'électorat. Cette votation ne bénéficie pas, sur ce sujet, de dispositions aussi précises que celles précitées s'agissant de l'élection. S'il peut lui arriver d'emprunter lesdites dispositions lorsque le référendum est un simple référendum de ratification d'un accord signé des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections (2), l'essentiel des cas à référendums, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil

¹⁷²³ B. BOSSU, Fasc. 13-15 : Elections professionnelles – Organisation : *Jcl Travail Traité 2018*, n° 65. Une réserve est toutefois aussitôt formulée par l'auteur : « *Les absences de fin de carrière (dispense d'activité, préretraite, congé de fin de carrière) semblent toutefois en revanche ne permettre le maintien de l'électorat qu'à la condition que la rémunération soit maintenue, en partie au moins, à la charge de l'entreprise* » (ibid.).

¹⁷²⁴ A. DIONISI-PEYRUSSE, Essai sur une nouvelle conception de la nationalité : *DeFrénois Lextenso 2008*.

d'entreprise, est cependant gouverné par des règles propres qui reposent uniquement sur l'appartenance à l'entreprise¹⁷²⁵ telle que définie dans la présente étude (I). Il n'est donc, en principe, plus question ici d'« hypothèse logique ». Contrairement à l'élection de la délégation du personnel au comité social et économique où l'appartenance à l'entreprise est la condition fondamentale mais insuffisante, cette appartenance fonde à elle seule l'électorat en matière de référendum.

1. Principe : compter pour un par la détention de la qualité de salarié

442. Consultation dans les petites entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise et d'élus de la délégation du personnel du comité social et économique. En vertu des articles L. 2232-21 et suivants, les salariés des entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise et dont l'effectif est inférieur à onze salariés, comme celles dont l'effectif se situe entre onze et vingt salariés et qui ont recours à la faculté prévue par l'article L. 2232-23, sont amenés à pouvoir s'exprimer sur le projet d'accord rédigé par l'employeur. Dans la mesure où le projet d'accord doit être communiqué à chaque salarié, il est indiscutable que toutes les personnes liées à l'entreprise par contrat de travail composent le corps électoral¹⁷²⁶. Les conditions « apparentes » exigées en temps normal lors des élections¹⁷²⁷, et notamment l'ancienneté, ne trouveraient donc pas à s'appliquer. Cette hypothèse est, pour notre étude, remarquable. Elle nous fait quitter le cadre de l'hypothèse logique pour exister concrètement, sans effort d'intellectualisation. L'appartenance du salarié à l'entreprise, rattachement à l'entreprise par la détention de la qualité, peut ici se déployer pleinement et de façon autonome dès lors que participent au scrutins les salariés liés à l'entreprise par contrat de travail, qui génère cette même qualité.

¹⁷²⁵ Ainsi que, ponctuellement, le respect des principes généraux du droit électoral.

¹⁷²⁶ Dans ce sens, v. B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives : LexisNexis 2020, 12^{ème} éd.*, p. 908, n° 1925. *Comp.* V. COHEN-DONSIMONI, *Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif : Dr. soc.* 2018, p. 422 s., *spéc. p.* 424, qui se rapporte à l'effectif. Sur la distinction entre lien contractuel et comptabilisation dans les effectifs, v. *supra* n° 169.

¹⁷²⁷ V. *supra*, n° 432.

En raison de la *même qualité* qu'ils partagent, ils possèdent la même place, la même position et se présentent devant le scrutin à égalité.

443. Approbation dans les entreprises d'au moins onze salariés dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise. En dehors des entreprises dont l'effectif se situe entre onze et vingt salariés et qui ont recours à la faculté prévue par l'article L. 2232-23, les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à onze salariés peuvent soumettre l'accord conclu avec un salarié légitime à négocier ¹⁷²⁸ à l'approbation des autres salariés. Cette fois-ci, le référendum doit se dérouler dans le respect des principes généraux du droit électoral. Cette seule circonstance (le respect des principes précités) apparaît toutefois insuffisante, à notre sens, pour entraîner l'application des règles d'électorat spécifiques aux élections. Tous les salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail sont donc, là encore, amenés à voter dès lors qu'ils jouissent de leurs droits civiques et sans qu'une condition d'ancienneté trouve à s'appliquer¹⁷²⁹. A l'instar de l'hypothèse susvisée, les salariés qui possèdent la même place, la même position en raison de la détention de la *même qualité* de salarié se présentent devant le scrutin à égalité.

2. Exception : le renvoi à la notion d'électeur au sens des dispositions gouvernant l'élection

444. Ratification des accords dans les entreprises pourvues d'un ou plusieurs délégués syndicaux. La question de savoir qui participe à la ratification des accords dans les entreprises pourvues d'un ou plusieurs délégués syndicaux semble, de prime abord, soulever peu de problèmes. Naturellement, à l'instar des référendums politiques, nationaux ou locaux, nous sommes tentés de répondre que tous les salariés inscrits sur les listes dans le périmètre considéré (entreprise ou établissement principalement) peuvent voter, sans que l'on soit tenu de rechercher s'ils sont *effectivement concernés* par la règle de droit qui

¹⁷²⁸ Au sens des articles L. 2232-23-1 (mandat d'une organisation syndicale), L. 2232-24 (double mandat syndical et électif) et L. 2232-26 (mandat d'une organisation syndicale en l'absence de négociation soit que les membres élus ne souhaitent négocier soit qu'un procès-verbal de carence ait été dressé).

¹⁷²⁹ Dans ce sens, v. B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020, 12ème éd.*, p. 913, n° 1941 ; p. 918, n° 1955 ; p. 926, n° 1976.

pourrait être instaurée par l'accord. Rappelons que dans son acception traditionnelle, le corps électoral du référendum est constitué de tous les salariés inscrits, sur le modèle des élections professionnelles¹⁷³⁰. Dès lors, par le jeu du renvoi aux élections professionnelles, il serait on ne peut plus logique d'affirmer que, pour être consulté par la voie référendaire, le salarié doit – en sus des autres conditions liées à l'âge, l'exercice des droits civiques et l'ancienneté – appartenir à l'entreprise et que ce n'est qu'en théorie que les salariés seraient à égalité devant le scrutin en raison de la même qualité qu'ils partagent.

Mais il était possible de se demander, jusqu'à ce qu'une réponse y soit apportée, si cette reprise « mécanique » des règles relatives aux élections professionnelles était justifiée. « *Voilà une question apparemment facile qui, pourtant, ne manque pas de poser de sérieuses difficultés* »¹⁷³¹. Tous les salariés peuvent-ils se prononcer sur un accord, quand bien même ce dernier ne s'appliquerait pas (au moins au moment où le référendum est organisé) *rationae materiae* à eux ? Un doute était né d'une ancienne disposition.

445. Ratification des accords dans les entreprises pourvues d'un ou plusieurs délégués syndicaux : naissance d'une incertitude. Dans une entreprise pourvue d'un ou plusieurs délégués syndicaux, il est prévu que le corps électoral légitime à se prononcer sur un accord collectif signé par l'employeur et par des organisations syndicales ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés est composé des « *salariés des établissements couverts*

¹⁷³⁰ J. GRIMALDI D'ESDRA, Nature et régime juridiques du référendum en droit social : *Dr. soc.* 1994, p. 397 s., spéc. p. 409. V. égal. F. PETIT, Le référendum en entreprise comme voie de secours : *Dr. soc.* 2016, p. 903 s. : « *La consultation [...] appelle l'application des règles de droit commun en matière d'électorat : Sont électeurs les salariés des deux sexes âgés de seize ans révolus, ayant travaillé trois mois au moins dans l'entreprise et n'ayant fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques* » (réflexion particulière sur le référendum prévu à l'article L. 2232-12 du Code du travail).

¹⁷³¹ J. BARTHELEMY, Le référendum en droit social : *Dr. soc.* 1993, p. 89 s. Et l'auteur de prendre l'exemple du référendum prévu par le Code de la sécurité sociale (CSS, art. L. 911-1) en matière de protection sociale complémentaire. Une ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise doit, en effet, être organisée dans l'entreprise. L'auteur estime que le choix du terme « intéressés » est directement lié aux droits aux prestations et, qu'en conséquence, le référendum n'est ni ouvert *de plano* à tous les salariés de l'entreprise, ni fermé *de plano* aux personnes qui ne sont pas liées à celle-ci par un contrat de travail. Nous laisserons de côté ce cas particulier de référendum. Toujours est-il que cette question peut se poser pour chaque cas de référendum.

par l'accord et électeurs au sens des articles [régissant l'élection professionnelle] »¹⁷³². De cette rédaction naît une relative incertitude. Il a pu être avancé par certains auteurs et certains plaideurs que seuls les *salariés couverts par l'accord* devaient se prononcer sur l'accord imparfait et non *l'ensemble des salariés du périmètre*. Il est vrai que l'ancien article D. 2232-2 prévoyait que « *le protocole conclu avec les organisations syndicales détermine la liste des salariés couverts par l'accord* ». Cette incohérence entre les deux dispositions, certes d'inégale valeur juridique, créait une relative incertitude sur le périmètre de la consultation et sur la composition du corps électoral. Certains tribunaux d'instance, refusant d'interroger la Cour de cassation *via* la procédure pour avis, ont été amenés à se prononcer sur cette question¹⁷³³.

446. Ratification des accords dans les entreprises pourvues d'un ou plusieurs délégués syndicaux : conception extensive du corps électoral retenue. Ces premières décisions ont retenu une conception extensive du corps électoral fondée, implicitement, sur l'appartenance à l'entreprise. Pour le juge, puisque l'établissement (ou l'entreprise) couvert par l'accord constitue le périmètre de la consultation, le corps électoral ne peut se restreindre aux seuls salariés intéressés par cet accord. Cette conception du corps électoral doit être triplement approuvée. Premièrement, la limitation de la consultation aux seuls salariés couverts par l'accord pourrait avoir des effets délétères pour la collectivité de travail¹⁷³⁴. Au-delà, c'est l'intérêt collectif qui est préservé par cette conception du corps électoral¹⁷³⁵.

¹⁷³² C. trav., art. L. 2232-12.

¹⁷³³ TI Chartres, 9 mars 2017 : rôle n° 11-17000066. – TI Puteaux, 2 juin 2017 : rôle n° 12-17000127. *Contra*. F. PETIT, Les conditions d'organisation du référendum dans l'entreprise : *Dr. soc.* 2018, p. 417 s., *spéc.* p. 419 : « *Il est exclu que des salariés non couverts par l'accord soumis à l'approbation puissent se prononcer dans le cadre de la consultation* ».

¹⁷³⁴ N. MOIZARD, Le périmètre des salariés consultés sur les accords minoritaires : les salariés « couverts » ou seulement ceux « concernés » par l'accord ? : *SSL* 2017, n° 1786, p. 10.

¹⁷³⁵ On considère classiquement que l'intérêt collectif – qui ne se confond pas avec la somme des intérêts individuels des salariés – émerge (uniquement) de la négociation collective (sur ce point, v. C. GAIRE-SIMONNEAU, Les mutations du droit contemporains des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail : *LGDJ* 2016, *spéc.* p. 285, n° 351 et p. 354 s., n° 425 ; G. AUZERO, La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire : *Dr. soc.* 2018, p. 154 s., *spéc.* p. 158). Il est certain qu'il est particulièrement aisé pour des représentants d'arriver à respecter la dialectique de l'intérêt collectif, qui repose sur une tension entre légitimité et désintéressement, et à consentir à des mesures équilibrées

Deuxièmement, cette conception s'explique par la volonté de créer une adéquation entre le périmètre de mesure de la représentativité primordiale pour la validité de l'accord et celui de l'approbation primordiale pour la régularisation de l'accord¹⁷³⁶. Il est pertinent d'encourager le parallélisme à l'intérieur de la collectivité des salariés en permettant à l'ensemble qui a élu hier les représentants du personnel de se prononcer demain sur l'accord négocié. Troisièmement, admettre une telle conception du corps électoral, c'est faire jouer la qualité de salarié qui se caractérise par son caractère *générique*. Si l'on raisonne en fonction de la place, de la position qu'incarne la qualité de salarié (comme nous y invite notre définition de l'appartenance à l'entreprise appréhendée comme un rattachement à l'entreprise par la qualité de salarié), la notion de « *salariés couverts par l'accord* » n'a pas de sens. Le travailleur de l'entreprise est salarié au même titre que les autres et tous partagent la même place, la *même qualité*. Rien n'aurait d'ailleurs garanti que le salarié « non couvert par l'accord » au jour du scrutin ne le soit pas le lendemain en raison d'un changement imposé de ses conditions de travail ou d'une modification acceptée de son contrat de travail¹⁷³⁷. L'exclusion de certains salariés du corps électoral privilégie une analyse bien trop proximale et se fonde sur l'intérêt individuel au lieu d'envisager la qualité juridique.

Cette incohérence entre les dispositions légales et réglementaires n'a toutefois plus lieu d'être depuis la décision du Conseil d'État du 7 décembre 2017¹⁷³⁸ qui a conduit à la suppression de l'alinéa (de la disposition réglementaire) litigieux. Les premières décisions

qui peuvent à l'occasion froisser les intérêts des salariés qui composent l'entreprise. Mais cela ne veut pas dire que cette dialectique n'existe dans le référendum. Puisqu'il est essentiel, pour que cet intérêt soit dégagé d'arriver à dépasser l'horizon personnel de chaque salarié, la conception d'un corps électoral étendu, fondé sur l'appartenance à l'entreprise, permet de faire participer des salariés qui, au jour du scrutin, ne sont pas concernés par l'accord et qui ne le seront d'ailleurs peut-être jamais.

¹⁷³⁶ Selon le jugement (préc.), « il ne peut être soutenu que la communauté des salariés dont l'expression a permis de déterminer les organisations syndicales représentatives pouvant négocier et conclure des accords collectifs soit différente de celle devant être consultée ».

¹⁷³⁷ Rappelons que les accords catégoriels sont bien évidemment exclus du raisonnement, la consultation des salariés étant, dans un tel cas, organisée à l'échelle de la catégorie, v. C. trav., art. L. 2232-13. Ainsi, de l'affaire portée devant le tribunal d'instance de Puteaux (déc.) qui concernait une répartition de la durée du travail : cette répartition peut être amenée à changer, à condition que la connexité des tâches soit bien respectée, puisqu'en la matière le principe est celui du pouvoir de l'employeur sur les horaires

¹⁷³⁸ CE 7 déc. 2017 : n° 406760, 408221 et 408226.

de justice évoquées *supra* se verront donc confirmées. Il est, en conséquence, possible de conclure à l'adéquation, dans cette hypothèse, du corps électoral du référendum et de l'élection professionnelle¹⁷³⁹ pour lesquels le salarié doit – en sus des autres conditions liées à l'âge, l'exercice des droits civiques et l'ancienneté – appartenir à l'entreprise. Cependant, cette circonstance ne génère qu'une égalité imparfaite. Que sert à l'individu d'être autorisé à se prononcer si ensuite sa voix est minorée, déconsidérée ? L'égalité entre salariés dans le contentieux des votations professionnelles ne s'épuise pas à la seule entrée dans le scrutin, à l'égalité *devant le scrutin* : l'égalité par tête, compter pour un, c'est aussi, et surtout, avoir ensuite le même poids *dans le scrutin*. C'est la logique du fameux principe de droit électoral « un homme, une voix » dont on doit se demander s'il trouve une traduction dans l'entreprise.

§2 : Égalité dans le scrutin

447. Distinction de l'égalité devant le scrutin et dans le scrutin. La deuxième signification de l'égalité, *l'égalité dans le scrutin*, et non plus *devant le scrutin*, doit à présent être envisagée. L'analyse n'est pas superfétatoire, l'Histoire ayant déjà dissocié le geste de voter de la valeur ensuite accordée au vote. Si le vote, pris en tant que geste, a le mérite d'être simple à comptabiliser puisqu'il résulte d'un face-à-face entre une personne et l'urne et qu'il n'y a pas de demi-mesure dans la comptabilisation, il n'en va pas de même de la valeur ensuite accordée au vote. Il est en effet tout à fait possible de la moduler. C'est l'hypothèse historique du vote plural en France¹⁷⁴⁰ ou encore des « university seats » au

¹⁷³⁹ V. déjà J. GRIMALDI D'ESDRA, Nature et régime juridiques du référendum en droit social : *Dr. soc.* 1994, p. 397 s., spéc. p. 409. V. égal. F. PETIT, Le référendum en entreprise comme voie de secours : *Dr. soc.* 2016, p. 903 s. : « La consultation [...] appelle l'application des règles de droit commun en matière d'électorat : Sont électeurs les salariés des deux sexes âgés de seize ans révolus, ayant travaillé trois mois au moins dans l'entreprise et n'ayant fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques » (réflexion particulière sur le référendum prévu à l'article L. 2232-12 du Code du travail).

Pour l'égalité de portée, c'est-à-dire dans le scrutin, v. *infra* n° 447 s.

¹⁷⁴⁰ Le vote plural permettait à un propriétaire de disposer de plusieurs voix s'il possédait en divers lieux des biens dont chacun lui conférait un droit de représentation. Cela donnait une « densité qualitative » à son bulletin

Royaume-Uni¹⁷⁴¹. Le vote peut, indépendamment de la nature universelle du suffrage, être découpé, recomposé, valorisé en fonction de la politique électorale désirée. Même si cette modulation de la valeur du vote en fonction de politiques électorales fait figure de cas d'école dans nos sociétés démocratiques, il n'en reste pas moins que des nécessités techniques – comme un découpage territorial ou un découpage catégoriel – peuvent également venir bouleverser, de façon plus accidentelle et médiate, la valeur attribuée à chaque vote.

448. *Contrairement à l'égalité devant le scrutin, ni le juge ni le législateur ne font référence, pour l'égalité dans le scrutin, à l'appartenance à l'entreprise.* Rien n'instaure alors une équivalence de qualité, une égalité en raison de la *même qualité* ; l'égalité entre les salariés-électeurs n'est, à ce stade, plus garantie (**I**). Cette égalité pourrait être rétablie par l'érection du droit électoral politique comme droit de référence : cela entraînerait la transposition du principe « un homme, une voix » à l'entreprise et consacrerait justement l'équivalence de qualité (**II**).

I. Absence de garantie d'égalité entre salariés

449. Exclusion du référendum du champ de l'étude. A titre liminaire, précisons que le référendum, en raison de son essence individualiste¹⁷⁴², n'est pas problématique dans ce cadre : la question du poids de chaque salarié ne s'y pose pas car dans le référendum, les suffrages comptent de façon égale et dès lors que le salarié est appelé à se prononcer chaque salarié-électeur vaut pour un. En effet, si le silence des textes n'empêche pas que le scrutin soit structuré en collèges, les résultats du référendum seront en tout état de cause globalisés au niveau de l'entreprise¹⁷⁴³. *Ergo*, la valeur unitaire et égalitaire attribuée à chaque voix ne

de vote (P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France : Gallimard 1992, éd. nrf, spéc. p. 389*). A ne pas confondre avec le vote plural du salarié mis à disposition.

¹⁷⁴¹ Les « university seats » (supprimés en 1948) donnaient un double vote aux diplômés des universités les plus prestigieuses (J. CAGE, *Le prix de la démocratie : Fayard 2018, p. 433*).

¹⁷⁴² O. THOLOZAN, *Tradition holiste du droit social et référendum d'entreprise : Dr. soc. 2018, p. 405 s.*

¹⁷⁴³ F. PETIT, *Les conditions d'organisation du référendum dans l'entreprise : Dr. soc. 2018, p. 417 s., spéc. p. 419.*

peut pas, dans une hypothèse démocratique, être modulée. La pratique du *référendum* n'impose pas un découpage intermédiaire entre le vote et le résultat.

Il en va, en revanche, différemment de *l'élection professionnelle*. Le présent développement, relatif à l'égalité dans le scrutin, ne vaut donc que pour l'élection de la délégation du personnel au comité économique et social puisque le problème ne se pose pas pour le référendum. La question de la valeur dévolue à la voix de chaque salarié se pose dès lors que l'élection est organisée en fonction de collèges électoraux. S'agissant de la répartition des sièges au sein des collèges électoraux, ni l'égalité entre électeurs (A) ni l'égalité entre candidats (B) n'est garantie.

A. Égalité entre salariés-électeurs

450. Absence de principe général du droit électoral. L'égalité entre les salariés, pris en tant qu'électeurs, se résume essentiellement à la question suivante : les choix exprimés par chaque salarié au moment de l'élection ont-ils le même poids ? La chambre sociale de la Cour de cassation, qui a le pouvoir de consacrer des principes généraux¹⁷⁴⁴, n'a pas reconnu de principe d'égalité entre les électeurs. A première vue, l'abstention semble justifiée : comment reconnaître un principe d'égalité entre électeurs répartis non seulement au quotidien dans diverses catégories professionnelles mais également, et surtout, en collèges électoraux¹⁷⁴⁵ au moment du scrutin ? Pour le Professeur PETIT, il ne peut il y avoir une stricte égalité entre électeurs puisque ceux-ci ne sont pas interchangeables d'un collège à l'autre¹⁷⁴⁶. Cette absence d'interchangeabilité est vraie, sauf à revenir sur l'existence des collèges, ce qui ne serait guère souhaitable puisque la division entre collèges se justifie par des motifs légitimes évitant la surreprésentation d'une catégorie professionnelle. Mais

¹⁷⁴⁴ Sur la notion de principe général du droit électoral, v. F. PETIT, L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc.* 2000, p. 603 s.

¹⁷⁴⁵ Sur la répartition des salariés par collèges électoraux, v. C. trav., art. L. 2314-11.

¹⁷⁴⁶ F. PETIT, L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc.* 2000, p. 603 s. ; F. PETIT, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : *D.* 2005, p. 1815 s., spéc. 1817.

l'interchangeabilité des personnes, même par le biais de l'égalité, est-elle de toute façon un véritable risque compte tenu de la singularité des êtres humains¹⁷⁴⁷ ? Ce qui peut être assuré, en revanche, et qui permettrait de respecter l'égalité de valeur, c'est *l'équivalence entre les salariés*. Cette équivalence ne remet pas en cause l'existence des collèges électoraux, elle contribuerait même au respect d'une répartition proportionnelle des sièges entre collèges (suivant l'importance numérique de chaque collège), ce qui conduirait à ce que le vote exprimé par chacun se rapproche du principe « un homme, une voix ».

La présence de collèges électoraux n'empêche donc pas que l'on réfléchisse sur l'égalité entre salariés-électeurs. La réflexion doit simplement se tenir à l'intérieur de chaque collège puis envisager les situations de chaque collège au niveau « macro » de l'entreprise.

$$\left(\frac{\text{nombre de salariés par collèges}}{\text{nombre total de salariés dans l'entreprise}} \right) \times \text{nombre total de sièges}$$

Il découle de cette méthode que la répartition des salariés dans les collèges électoraux peut révéler une atteinte à l'égalité par tête . En effet, rien ne garantit, en l'état du droit positif, que les collèges se voient toujours attribuer un nombre de sièges correspondant à leur importance numérique. Certains fondements juridiques (2) semblent toutefois à même de combler l'absence de règle juridique (1).

1. Absence de règle juridique assurant la répartition proportionnelle des sièges au sein des collèges

451. Répartition des salariés en collèges électoraux. Les articles L. 2314-11 et suivants du Code du travail prévoient que les salariés-électeurs sont répartis en collèges électoraux distincts. Le but poursuivi est d'assurer la représentation de toutes les catégories professionnelles de salariés et essentiellement celle des catégories minoritaires. Ce classement s'opère en principe entre deux collèges : celui des ouvriers et employés d'un côté

¹⁷⁴⁷ Sur cette question, mais au niveau de l'être humain, v. E. DOCKES, Valeurs de la démocratie : *Dalloz* 2005, p. 31 s, spéc. p. 38.

et celui des ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés de l'autre¹⁷⁴⁸. Ce classement est impératif et donne lieu à autant de listes électorales qu'il y a de collèges. Les salariés ne peuvent en aucun cas naviguer librement d'un collège à l'autre : la réalité des fonctions qu'ils exercent réellement détermine le collège à l'intérieur duquel ils doivent évoluer. Ce système de collèges agit, en quelque sorte, comme un « *cloisonnement* »¹⁷⁴⁹. Pour autant, les collèges ne portent pas atteinte, en eux-mêmes, à l'égalité entre les électeurs. Ce n'est pas parce que les salariés sont répartis dans différents groupes et qu'ils votent de façon séparée – à l'occasion toutefois du même scrutin – que les voix auront nécessairement des valeurs différentes. Tout dépend en réalité de la répartition subséquente des sièges au sein des collèges.

452. Répartition des sièges au sein des collèges électoraux. Le classement par collège n'est un obstacle à l'égalité de valeur que si le poids de chaque salarié diffère en raison d'une répartition déséquilibrée des sièges entre les différents collèges. Dans un tel cas, le salarié électeur dans un collège qui aurait moins de sièges que le second accueillant autant ou même plus de salariés verrait *in fine* sa voix diluée par le nombre faussé, déséquilibré de sièges dévolus à son collège. Son vote aurait alors abstraitement moins de poids que celui d'un autre salarié de l'entreprise ou de l'établissement appartenant au second collège. Il découle de ce qui précède que *seule une répartition proportionnelle basée sur l'importance numérique de chaque collège est de nature à respecter l'égalité entre salariés-électeurs*. Cette répartition n'est pourtant pas véritablement garantie en droit positif. Si elle est clairement affirmée pour les instances supranationales de représentation (a), elle n'existe qu'en pointillé pour les comités sociaux et économiques internes (b).

¹⁷⁴⁸ Certaines situations, à la marge, permettent de constituer un collège unique ou, à l'inverse, un troisième collège. V. C. trav., art. L. 2314-11.

¹⁷⁴⁹ F. PETIT, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : *D. 2005, p. 1815 s., spéc. 1817*.

a. Comité d'entreprise européen, comité de société européenne et comité de la société coopérative européenne

453. Répartition proportionnelle. Précisons à titre liminaire que la mise en place du comité d'entreprise européen, du comité de société européenne et du comité de la société coopérative européenne peut conduire à la tenue d'élections directes par les salariés des représentants au groupe spécial de négociation compétent pour négocier un accord, dans l'hypothèse où les organisations syndicales ne sont pas présentes dans les périmètres français de référence. S'agissant de la composition de ce groupe spécial de négociation, le Code du travail prévoit, au sein de ce groupe, une répartition des sièges entre collèges électoraux proportionnelle à l'importance numérique de chaque collège¹⁷⁵⁰. C'est d'ailleurs ces règles que l'on retrouve ensuite en cas d'échec des négociations pour la mise en place d'une instance légale de représentation du personnel¹⁷⁵¹. S'agissant des instances de représentation du personnel mises en place en cas de succès de la négociation par la voie conventionnelle le souci de la prise en compte d'une représentation équilibrée des travailleurs, bien que moins prégnante, reste bien présente¹⁷⁵².

b. Comité social et économique

454. Incertitude quant à la répartition proportionnelle en droit positif. S'agissant de l'institution représentative du personnel de référence, le comité social et économique, le Code du travail ne fixe *aucun critère* pour la répartition des sièges, contrairement au comité de groupe pour lequel est prévue une répartition proportionnelle à l'importance numérique

¹⁷⁵⁰ C. trav., art. L. 2352-5 al. 3 (comité d'entreprise européen) ; C. trav., art. L. 2352-5 al. 3 (comité de la société européenne) ; C. trav., art. L. 2362-3 (comité de la société coopérative européenne).

¹⁷⁵¹ C. trav., art. L. 2344-2 al. 1^{er} (comité d'entreprise européen) ; C. trav., art. L. 2353-8 (comité de la société européenne) ; C. trav., art. L. 2363-4 (comité de la société coopérative européenne).

¹⁷⁵² Dir. n° 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 6, § 2, b (comité d'entreprise européen).

de chaque collège¹⁷⁵³. Le législateur se contente, en réalité, de renvoyer à l'accord collectif spécial qu'est le protocole d'accord préélectoral¹⁷⁵⁴. En dehors de toute hypothèse de collège unique, dans les établissements ou les entreprises n'élisant qu'un membre de la délégation du personnel¹⁷⁵⁵ ou dans les établissements ou les entreprises dans lesquels un protocole d'accord préélectoral a arrêté un collège unique, les partenaires sociaux doivent prévoir la répartition des sièges. Ces derniers ont-ils alors *pleine liberté* ? Pourraient-ils prévoir, dans le respect du volume légal des heures de délégation, de ne doter un collège d'aucun siège, d'attribuer au collège constitué du plus petit nombre de salariés l'essentiel des sièges ou d'attribuer plus de sièges à un collège que l'importance de celui-ci le justifie ? Il a pu être affirmé en doctrine que, sauf circonstances particulières, la répartition doit se faire proportionnellement aux effectifs de chaque collège¹⁷⁵⁶. C'était, du reste, la position du juge administratif lorsqu'il était encore compétent en cas de contestation de la décision de l'autorité administrative¹⁷⁵⁷ ou encore celle de l'administration¹⁷⁵⁸ relative à ce sujet. Cette répartition proportionnelle est vertueuse en ce qu'elle seule permet de se rapprocher d'une égalité par tête, découlant logiquement du partage de la *même qualité* de salarié. Toutefois, le droit positif ne consacre pas réellement cette répartition proportionnelle.

Il faut distinguer la répartition décidée par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ou par le chef d'entreprise de celle décidée par voie conventionnelle.

455. Décision de la Direccte ou du chef d'entreprise. En cas d'échec de la négociation (soit qu'aucun syndicat n'y ait pris part, soit que la négociation conduite avec au moins un syndicat représentatif dans l'entreprise ait échoué), il semble bien, sur la base de la

¹⁷⁵³ C. trav., art. L. 2333-4.

¹⁷⁵⁴ C. trav., art. L. 2314-13 al. 1. Lorsqu'aucune organisation syndicale représentative dans l'entreprise n'a pris part à la négociation, l'employeur répartit le personnel et les sièges entre les différents collèges électoraux (C. trav., art. L. 2314-14).

¹⁷⁵⁵ C. trav., art. L. 2314-11 al. 4.

¹⁷⁵⁶ M.-L. MORIN, L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, Le guide des élections professionnelles 2016-2017 : *Dalloz 2016*, p. 700, n° 322.27.

¹⁷⁵⁷ V. par ex. CE 29 juin 1983 : n° 37591.

¹⁷⁵⁸ Circ. DRT 93-12, 17 mars 1993, fiche 6.

jurisprudence précitée, que le critère de la proportionnalité des effectifs doit être respecté, hors circonstances particulières¹⁷⁵⁹.

456. Accord préélectoral. En cas de répartition décidée par accord, il en va tout autrement. Une *grande liberté* est laissée aux partenaires sociaux. Cette liberté connaît deux bornes, outre l'hypothèse d'élections organisées dans une entreprise de travail temporaire¹⁷⁶⁰, *d'une part*, le siège réservé par la loi aux ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques mais assimilés dans les entreprises d'au moins cinq cent un salariés¹⁷⁶¹ et, *d'autre part*, le respect de l'ordre public et notamment des principes généraux du droit électoral, ce qui a conduit la jurisprudence à imposer l'attribution d'au moins un siège à chaque collègue¹⁷⁶². Ces deux éléments doivent être respectés par les partenaires sociaux. La double condition de majorité à laquelle le protocole électoral doit répondre pour être valable n'empêche donc pas tout contrôle de la part du juge judiciaire. Mais la position adoptée par la chambre sociale quant à la répartition des sièges entre les collèges *entre ces deux bornes* n'en reste pas moins extrêmement permissive. Le plancher d'un siège ne permet pas toujours de garantir une répartition proportionnelle des sièges et l'égalité des électeurs. C'est, à notre sens, plus qu'un siège qui devrait être assuré à chaque collègue ; *hors circonstances particulières, l'équivalence entre salariés dans la représentation devrait être, sinon parfaitement, mieux assurée par une répartition proportionnelle à l'importance numérique de chaque collègue de façon à préserver l'égalité de valeur entre tous les salariés sur la base de leur appartenance à la même entreprise et de la détention de la même qualité*

¹⁷⁵⁹ V. pour un raisonnement plus nuancé B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : LexisNexis 2020, 12ème éd., p. 201, n° 391 : « Les effectifs réunis par collègue constituent, pour la répartition des sièges, un élément important d'appréciation ».

Adde Soc. 6 juin 2018 : pourvoi n° 17.27.175, Bull. V, à paraître : « Il appartient à la Direccte, pour fixer la répartition des sièges au sein des collèges électoraux, d'appliquer un critère de proportionnalité entre l'effectif de chaque collègue et le nombre de sièges à pourvoir, tout en prenant en compte les circonstances particulières notamment liées à la composition du corps électoral de l'entreprise et au nombre de collègues ». Cette solution vaudra probablement à l'égard du chef d'entreprise.

¹⁷⁶⁰ C. trav., art. L. 2314-16 (répartition équitable entre personnel permanent et temporaire).

¹⁷⁶¹ C. trav., art. L. 2314-11 al. 2.

¹⁷⁶² Soc. 9 nov. 2011 : pourvoi n° 10-25.766, Bull. V, n° 254 ; Dr. soc. 2012, p. 200, obs. F. PETIT. – Soc. 4 juill. 2012 : pourvoi n° 11-60.229, Bull. V, n° 214.

*de salarié*¹⁷⁶³. A cause du nombre de sièges total attribué à la délégation élue du comité social et économique dépendant du calcul des effectifs (articles L. 1111-2 et s.), la répartition proportionnelle ne pourra, de toute façon, jamais être atteinte parfaitement : le l'égalité par tête parfaite ne trouve sa pure traduction que dans le suffrage direct qui ne concerne qu'un seul siège ou une seule approbation (ex. l'élection du président de la République ; le référendum). Mais des efforts pourraient être réalisés afin de se *rapprocher* d'une répartition équilibrée et ainsi mieux respecter la logique d'une *même qualité* de salarié et son effet égalitaire. N'en déplaise au « vent de liberté » qui souffle en matière de représentation collective depuis plusieurs années¹⁷⁶⁴, il semble et souhaitable et justifié qu'un principe – quel qu'il soit – soit reconnu par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁷⁶⁵. Ce serait tirer pleine conséquence de l'appartenance juridique à l'entreprise et de la détention de la *même qualité* de salarié.

Un exemple issu d'un protocole d'accord préélectoral effectivement signé démontre que l'absence d'exigence en droit positif d'une proportionnalité entre le nombre de salariés dans un collège et le nombre de sièges attribués *in fine* à ce collège peut conduire à diminuer substantielle la valeur du vote, le poids de la voix de certains salariés (qui relèveraient du collège désavantagé).

¹⁷⁶³ Fort heureusement, les partenaires sociaux répartissent, pour une très large majorité, les sièges proportionnellement à l'importance numérique de chaque collège.

¹⁷⁶⁴ Y. PAGNERRE, E. JEANSEN, La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme : *RDT 2018*, p. 358 s., *spéc. p. 365*.

¹⁷⁶⁵ Sauf en cas de circonstances particulières. Sur ce point et sur l'opportunité d'admettre, dans un souci de pragmatisme, un tempérament à la règle de répartition proportionnelle des sièges, v. J.-Y. KERBOUR'CH, *Quelle clé de répartition des sièges au sein des collèges électoraux ? : JCP S 2018*, 1348.

**Protocole d'accord préélectoral
Société Verrerie Aurys conclu le 9 décembre 2019**

$$\left(\frac{107 \text{ (collège 1)}}{146 \text{ (nombre total)}} \right) \times 7 \text{ (total de sièges)} = 5,11$$

$$\left(\frac{39 \text{ (collège 2)}}{146 \text{ (nombre total)}} \right) \times 7 \text{ (total de sièges)} = 1,82$$

La représentation proportionnelle arrondie aurait dû conduire à l'attribution de 5 sièges sur 7 pour le collège n° 1 et de 2 sièges sur 7 pour le collège n° 2. Or, le protocole d'accord préélectoral attribue 6 sièges au collège n° 1 et ... 1 siège uniquement au collège n° 2. Cet accord collectif spécial diminue ainsi de 12% le poids du collège n° 2 dans la représentation globale du personnel. La voix des salariés ayant voté au sein de ce collège n° 2 vaut donc moins que celles de ceux ayant voté dans le collège n° 1.

456 bis. L'expression ultime de notre raisonnement, à savoir une proportionnalité entre le nombre de salariés par collège et le nombre de sièges dévolus à ce collège, pour assurer l'égalité par tête, est que, pour que chaque salarié compte réellement pour un (en raison du partage d'une *même qualité*), il conviendrait ne plus se référer à l'abstraction issue des articles L. 1111-2 et s. (détermination des effectifs selon des règles spéciales) pour déterminer le nombre de sièges total. Il faudrait pour se rapprocher au mieux d'une égalité par tête, tout en conservant la logique des collèges, se référer au nombre réel de salariés-votants dans l'entreprise pour déterminer le nombre de sièges total qui sera distribué. En effet, dans certaines hypothèses le nombre de sièges distribués, dégagés, sur la base des articles L 1111-2 et s. est inférieur au nombre réel de votants-salariés, ce qui contribue encore à s'éloigner d'une réelle égalité par tête. Enfin, l'augmentation du nombre de sièges dans l'entreprise contribuerait aussi à assurer une meilleure égalité : plus le nombre de sièges total est bas, moins l'égalité sera assurée.

2. Fondements juridiques pouvant assurer la répartition proportionnelle des sièges au sein des collèges

457. Dualité de fondements. Deux fondements juridiques pourraient être invoqués par le juge afin d'assurer la répartition proportionnelle des sièges au sein des collèges lors des

élections professionnelles : le principe travailliste dit de participation et le principe démocratique dit « un homme, une voix »¹⁷⁶⁶.

458. Principe travailliste de participation. Le principe de participation, issu du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, prévoit que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »¹⁷⁶⁷. Ce principe impose notamment la représentation des salariés dans l'entreprise¹⁷⁶⁸. Dès lors, son champ d'application ne fait pas obstacle à une potentielle mobilisation par le juge dans le but de consacrer l'égalité entre salariés-électeurs. Ce principe a d'ailleurs déjà permis d'empêcher le rassemblement au sein d'un collège de salariés uniquement non-éligibles¹⁷⁶⁹. Il en ressort qu'au nom du principe de participation, chaque collège doit nécessairement comporter *un ou plusieurs* salariés éligibles ou électeurs. Le juge se contente de cette règle générale et s'abstient de renvoyer à une répartition plus précise (par exemple... proportionnelle à l'importance numérique du collège). Il semblerait alors que, si le principe de participation permet bien d'assurer une représentation minimale, il ne peut fonder une représentation proportionnelle et, partant, l'égalité entre les salariés. Cette crainte est renforcée par le fait que le plancher d'un siège imposé par la jurisprudence a pour objectif d'empêcher l'exclusion d'une catégorie de personnel « *de toute participation aux élections des représentants du personnel* »¹⁷⁷⁰. Une lecture *a contrario* de ces arrêts

¹⁷⁶⁶ Un troisième fondement pourrait résulter de la consécration du principe d'égalité entre salariés-électeurs par le juge, en tant que principe général du droit électoral. Mais le principe d'égalité reconnu dans un tel cadre est surtout mobilisé pour assurer aux salariés les mêmes moyens. La consécration d'un principe d'égalité entre salariés-candidats n'empêche d'ailleurs pas la question de la répartition des sièges de se poser, v. *infra*, n° 460 s.

¹⁷⁶⁷ L'expression « tout travailleur » renvoie également ici à une qualité juridique. Toutes les personnes ayant cette qualité sont ainsi titulaires de ce droit. Le caractère essentiellement (exclusivement ?) collectif traditionnellement reconnu au droit de participation pourrait ainsi être nuancé.

¹⁷⁶⁸ V. par ex. Cons. constit., 26 juill. 2013, n° 2013-33, QPC : *JORF* 28 juill. 2013, p. 12663. Il revient au législateur de fixer les modalités selon lesquelles la représentation des travailleurs est assurée. Sur les expressions par le Conseil constitutionnel du principe de participation, v. I. ODOUL-ASOREY, Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel : *Dr. ouv.* 2016, p. 426 s., *spéc. p.* 429 s.

¹⁷⁶⁹ Soc. 16 oct. 2013 : pourvoi n° 13-11324, Bull. V, n° 237. Le personnel doit alors être réparti dans d'autres collèges autrement composés.

¹⁷⁷⁰ Soc. 9 nov. 2011, *préc.* – Soc. 4 juill. 2012, *préc.*

pourrait donner la règle suivante : tant qu'un siège est attribué au collège, la participation des salariés n'est pas atteinte. C'est trop peu selon nous.

Par suite, le principe travailliste de participation est en l'état inopérant pour aller au-delà d'une représentation *a minima* et pour assurer une représentation résolument proportionnelle. Il n'est d'ailleurs pas certain que ce soit de son essence : il a surtout vocation à se déployer à l'intérieur de la collectivité de travail et, par-là, à la recomposer et à agréger des travailleurs atypiques, qui ne sont pas les salariés de l'entreprise pour laquelle ils exécutent leur prestation de travail¹⁷⁷¹. Cela nous impose de nous rapprocher du droit électoral politique.

459. Principe démocratique « un homme, une voix ». Le principe « un homme, une voix » est issu du droit électoral politique. Principe au fondement variable¹⁷⁷², il a essentiellement pour résultat de conférer à chaque individu un poids identique dans le scrutin. Son applicabilité au contentieux électoral professionnel est plus malaisée que celle du principe de participation. Si ce principe rayonne certes au-delà des élections politiques¹⁷⁷³, il semble *prima facie* ne pouvoir s'appliquer à l'entreprise puisqu'il s'oppose à « *toute division par catégories des électeurs ou des éligibles* »¹⁷⁷⁴.

Le discours doctrinal dominant s'oppose d'ailleurs à ce qu'il soit, en tout état de cause, transposé ou décliné au droit électoral professionnel. Pour le Professeur VERKINDT, le principe « un homme, une voix » ne pourrait se déployer dans l'entreprise en raison des collèges qui bloqueraient en eux-mêmes toute universalité et interchangeabilité des électeurs¹⁷⁷⁵. Et puisque la division entre collèges est justifiée par des motifs légitimes évitant la surreprésentation d'une catégorie professionnelle, c'est frileusement qu'une transposition du principe est abordée. De même, pour le Professeur SUPIOT, le principe « un homme, une voix » ne pourrait se déployer dans l'entreprise en raison de l'antagonisme

¹⁷⁷¹ S'agissant de la distinction entre exécution typique et atypique du contrat de travail, v. *supra* n° 206.

¹⁷⁷² C. CASTOR, L'égalité devant le suffrage : *RFD const.* 2012, vol. 90, p. 1 s., spéc. p. 3 s. ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA, A. ROUX, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel : *Dalloz* 2018, 19^{ème} éd., n° 46, pp. 662-663, n° 5.

¹⁷⁷³ Il s'applique ainsi aux élections des conseillers prud'hommes (Cons. const., 17 janv. 1979, n° 78-101, DC : *JORF* 19 janv. 1978, p. 173).

¹⁷⁷⁴ Cons. const., 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, consid. n° 7 : *JORF* 19 nov. 1982, p. 3475.

¹⁷⁷⁵ P.-Y. VERKINDT, Les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc.* 2009, p. 648 s., spéc. p. 650.

fondamental opposant démocraties politique et démocratie sociale¹⁷⁷⁶. Il nous semble toutefois, à rebours de la doctrine dominante, que le principe « un homme, une voix » peut trouver à s'appliquer dans l'entreprise dans le but d'assurer une répartition proportionnelle des sièges. Une telle démonstration supposera cependant qu'il soit démontré préalablement que le droit électoral politique est tout à fait capable de servir de droit de référence aux élections professionnelles¹⁷⁷⁷.

Avant de proposer l'établissement du principe d'égalité entre salariés par l'entremise du droit électoral politique et la transposition du principe « un homme, une voix » dans l'entreprise, il sera rapidement rappelé qu'une ventilation non proportionnelle des sièges est également de nature à porter atteinte à l'égalité entre salariés-candidats.

B. Egalité entre salariés-candidats

460. Existence d'un principe général du droit électoral. L'égalité entre les candidats aux élections professionnelles est directement tirée d'un principe général du droit électoral reconnu – mais utilisé avec parcimonie – par la chambre sociale de la Cour de cassation. De la même manière que les candidats aux élections politiques bénéficient de l'égalité des conditions de la compétition¹⁷⁷⁸, l'égalité des candidats aux élections professionnelles doit être assurée, par exemple, par l'utilisation de bulletins de la même couleur (blanche en l'occurrence), sauf circonstances particulières¹⁷⁷⁹. Cette égalité doit toutefois se développer dans le respect de principes concurrents classiques à toutes élections – la parité par exemple

¹⁷⁷⁶ A. SUPIOT, La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative : *Dr. soc.* 2010, p. 525 s. et spéc. p. 527 : « À la différence de la représentation parlementaire, qui a une base individuelle et quantitative (un homme, une voix), la démocratie sociale a en premier lieu une base collective et qualitative (un groupe d'intérêts, une voix) ».

¹⁷⁷⁷ V. *infra* n° 463.

¹⁷⁷⁸ R. GHEVONTIAN, La notion de sincérité du scrutin : *Cah. constit.* 2003, n° 13, p. 1.

¹⁷⁷⁹ Soc. 11 Mars 1992 : pourvois n° 91-60.160 et n° 91-60.163, Bull. V, n° 174. Pour une illustration de circonstances particulières justifiant l'utilisation de bulletins de couleur pour chaque organisation syndicale (analphabétisme dans l'entreprise), v. Soc. 24 févr. 1993 : pourvoi n° 91-60.313, inédit.

– et dans le respect de certains particularismes propres à la matière – le monopole syndical de présentation des candidatures au premier tour par exemple. C’est d’ailleurs en vertu des particularismes de la matière que le principe d’égalité entre candidats ne peut tenir les collèges électoraux en échec¹⁷⁸⁰.

461. Répartition des sièges au sein des collèges électoraux. La reconnaissance de ce principe général du droit électoral n’assure pas, pour autant, une égalité absolue entre les candidats et ne règle pas tous les décalages qui peuvent apparaître entre plusieurs candidats. Puisque ce principe est surtout mobilisé pour assurer aux candidats les mêmes moyens électoraux, il est plus que probable qu’il ne puisse régler la question de l’incertitude née de la répartition des sièges au sein des collèges électoraux¹⁷⁸¹. Or, cette incertitude ne touche pas uniquement les électeurs, elle intervient aussi dans les rapports entre les candidats. En effet, dès lors que les membres de la délégation du personnel du comité social et économique sont élus sur des listes établies par les organisations syndicales pour chaque catégorie de personnel et dès lors que les candidats ne peuvent se présenter que dans leurs collèges, il est possible que les candidats des collèges les mieux dotés en termes de siège soient arithmétiquement avantagés par rapport aux autres. Là encore, la possibilité d’une ventilation non proportionnelle des sièges est de nature à porter atteinte à l’égalité, sans que l’existence d’un principe général du droit électoral puisse corriger la situation. Il n’y a pas de proposition autonome de la situation des salariés-électeurs à formuler ici : il suffit de démontrer que la répartition proportionnelle des sièges peut être assurée par le principe « un homme, une voix », ce que la présente étude s’apprête à faire. *L’égalité entre candidats sera alors, du même coup et en même temps que l’égalité entre électeurs, rétablie car les aspirants seront arithmétiquement égaux devant les sièges.*

¹⁷⁸⁰ F. PETIT, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : *D.* 2005, p. 1815 s., spéc. p. 1817.

L’application prudente de ce principe général du droit électoral reflète la position des juges de la Cour de cassation qui n’hésitent pas à adapter les principes électoraux aux spécificités et à la logique propre de l’entreprise. Pour l’absence de mention du domicile sur la liste électorale, v. Soc. 20 mars 2002 : pourvoi n° 00-60.315, Bull. V, n° 95. De même, pour un scrutin s’étendant sur plusieurs jours, v. Soc. 2 nov. 1994 : pourvoi n° 94-60.053, inédit.

¹⁷⁸¹ V. *supra*, n° 450 s.

II. Proposition visant à l'établissement du principe d'égalité entre salariés

462. Bien que le droit électoral politique et le droit électoral professionnel soient opposés dans le discours doctrinal, il est cependant possible d'opérer un rapprochement entre eux, de façon à ce que le droit électoral politique puisse être appréhendé comme un droit de référence, capable de servir de modèle pour le droit du travail (A). Le rapprochement des élections de droit privé de celles de droit public n'a pas un intérêt uniquement intellectuel ; une fois le droit électoral politique érigé en droit de référence, la transposition du principe « un homme, une voix » dans l'entreprise sera rendue possible et l'égalité par tête entre salariés assurée, ce qui permettra à chaque salarié *de compter pour un* (B).

A. Le droit politique, un droit de référence

463. Il est courant dans le discours doctrinal de rapprocher les deux sphères politique et professionnelle¹⁷⁸². Le Doyen VEDEL avait, à l'occasion d'un colloque remarqué, justifié la pertinence d'une comparaison des élections politiques et des élections sociales¹⁷⁸³. Il est certain que certaines valeurs, comme la parité, se retrouvent d'ailleurs aujourd'hui dans ces deux types d'élections¹⁷⁸⁴. Il est également indéniable que la chambre sociale de la Cour de

¹⁷⁸² Même si les deux sphères ne bénéficient pas de la même attention : « *En dépit d'un rapport évident avec la science politique, la question des élections professionnelles fait partie de ces objets délaissés de longue date* » (C. LE DIGOL, C. VOILLIOT, L'analyse politique et les élections professionnelles, in L'essor du vote dans les relations professionnelles, dir. A. LYON-CAEN ET O. LECLERC : *Dalloz* 2011, p. 41).

¹⁷⁸³ G. VEDEL, Comparaison du régime juridique des élections sociales et du régime juridique des élections politiques : *Rev. fr. de sciences pol.* 1953, n° 2, p. 232.

¹⁷⁸⁴ La parité femmes-hommes a nécessité, en matière politique, une révision de la Constitution par une loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 (Const. art. 1 et 4). La parité se déploie depuis aussi bien dans les élections se déroulant à la proportionnelle que celles organisées au scrutin majoritaire, que ce soit par l'exigence d'un nombre égal de personnes des deux sexes sous peine de non enregistrement de la liste, de constitution d'un binôme ou par un mécanisme d'incitation financière. Il en résulte d'ailleurs une progression significative du nombre de femmes candidates et élues. Pour les élections législatives, alors que le système de parité mis en place est pourtant le moins contraignant car constitué uniquement de sanctions financières, les femmes

cassation applique, à certaines occasions, certains principes généraux du droit électoral¹⁷⁸⁵ et certaines dispositions du Code électoral aux élections professionnelles¹⁷⁸⁶. C'est d'ailleurs de façon expresse que certains publicistes qualifient le droit électoral politique de « *droit de référence* »¹⁷⁸⁷.

députées ont représenté, à l'issue du second tour des élections législatives, dimanche 18 juin 2017, 38,8 % des sièges de députés (contre 26,9 % pour la précédente législature).

En matière professionnelle, la parité femmes-hommes imposée par la loi Rebsamen n° 2015-994 du 17 août 2015 avait imposé, pour chaque collège électoral, que chaque liste de candidats aux élections professionnelles comporte une répartition de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale (C. trav., anc. art. L. 2314-24-1 ; C. trav., anc. art. L. 2324-22-1). Cette parité avait été jugée conforme à la Constitution sous réserve que l'application de la règle de l'arrondi n'empêche pas la candidature du sexe sous-représenté dans le collège électoral (Cons. const., 19 janv. 2018, n° 2017-686, QPC : *JORF 20 janv. 2018, texte n° 75*). Pour les prochaines élections du comité social et économique, la parité est maintenue par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 et déjà conforme à la réserve formulée par le Conseil constitutionnel (C. trav., art. L. 2314-30 al. 4).

¹⁷⁸⁵ V. par ex. Soc. 9 juin 1998 : pourvoi n° 97-60.307, Bull. V, n° 312, en application des principes du droit électoral, les délégués du comité central d'entreprise doivent être élus au scrutin secret sous enveloppe. Le même arrêt rappelle, par ailleurs, que la règle de départage supplétive de tout accord unanime du collège électoral respectant les principes du droit électoral est celle de l'âge, à l'instar de ce que prévoit d'ailleurs l'article L. 126 du Code électoral pour l'élection des députés.

Le juge a, en réalité, appliqué avant même l'intervention du législateur le droit électoral dans l'entreprise. Sur ce point, v. F. PETIT, *L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise* : *Dr. soc. 2000, p. 603 s.*

¹⁷⁸⁶ V. par ex. Soc. 31 mars 2009 : pourvoi n° 08-60.494, Bull. V, n° 96, qui vise l'article L. 66 du Code électoral relatif aux bulletins de vote qui ne doivent pas entrer en compte dans le résultat du dépouillement dans une affaire relative à l'irrégularité d'un vote par correspondance lors d'une élection de comité d'établissement et de délégué du personnel.

V. pour une analyse plus avant de l'application (distributive) du Code électoral, F. PETIT, *L'émergence d'un droit électoral professionnel* : *Dr. soc. 2013, p. 480 s., spéc. p. 481-482.*

V. pour une analyse de la logique des élections professionnelles et des règles électorales reprises ou non par la chambre sociale de la Cour de cassation, v. L. PECAUT-RIVOLIER, *L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise* : *Dr. soc. 2013, p. 502 s.*

¹⁷⁸⁷ J.-C. MASCLÉ, *Droit électoral* : PUF 1989, p. 25, n° 10 : « *Le droit des élections politiques constitue un droit de référence pour la réglementation et le contentieux des autres élections* ». Et l'auteur de poursuivre sur le droit des élections professionnelles en établissant divers parallèles entre élections politiques et

Pourtant, on retrouve dans le discours doctrinal l'idée dominante selon laquelle la spécificité de la représentation du personnel empêcherait le parallèle entre élections politiques et professionnelles¹⁷⁸⁸. Il y aurait lieu de « *rejeter l'idée qu'il existerait, dans les relations collectives du travail, un principe d'universalité et d'égalité du suffrage comparable à celui que connaît la vie politique* »¹⁷⁸⁹. Sur les deux grands principes démocratiques fondateurs des élections politiques (liberté et égalité), seule la liberté semble réellement promue et invoquée par la littérature *jus laboriste*. Il convient pourtant de démontrer qu'un rapprochement entre les deux sphères – politique et professionnelle – est possible et légitime. Outre le fait qu'elles ont toutes deux une base constitutionnelle, c'est sur leurs conditions et leurs effets qu'une équivalence peut prospérer. Elles exigent en effet toutes deux, comme condition fondamentale à l'électorat et l'éligibilité, une appartenance juridique (1). Outre cette appartenance, elles organisent toutes deux une représentation (2).

1. Une même condition fondamentale : l'appartenance juridique

464. Droit électoral politique : corrélation classique entre suffrage et nationalité.

L'appartenance du salarié à l'entreprise est présentée par la doctrine travailliste comme une « *conception originale de l'électorat* »¹⁷⁹⁰. Elle est pourtant, en tant qu'appartenance juridique, une exigence commune au droit électoral politique et au droit électoral professionnel qui exigent tous deux la possession de la qualité de membre d'un groupe pour voter ou être élu.

Il a déjà été vu que l'appartenance du salarié à l'entreprise était la condition fondamentale pour pouvoir accéder au scrutin. S'agissant du droit électoral politique, on retrouve cette

professionnelles (que ce soit au niveau de la capacité électorale du salarié, de l'organisation des élections dans l'entreprise ou des principes généraux).

¹⁷⁸⁸ A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail : thèse dactyl. Bordeaux 1979*, p. 900 s. ; F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail : LGDJ 2000*.

¹⁷⁸⁹ F. PETIT, *L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise : Dr. soc. 2000*, p. 603 s. V. égal. F. PETIT, *Du droit électoral politique au droit électoral professionnel*, in *Mél. J.-C. Masclet : LGDJ 2013*, p. 337 s., *spéc. p. 342*.

¹⁷⁹⁰ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail : LGDJ 2000*, p. 37, n° 30.

exigence d'appartenance *via* la nationalité. C'est une véritable « *principe de corrélation* »¹⁷⁹¹ qui existe entre nationalité et vote – donc entre appartenance juridique et vote, la nationalité étant définie comme l'appartenance juridique à la population constitutive d'un État¹⁷⁹². Elle est, on le rappelle, un véritable « *statut d'appartenance à l'Etat* »¹⁷⁹³. Des trois conditions exigées par l'article 3, §3 et §4¹⁷⁹⁴ de la Constitution de 1958 pour exercer ce droit, dans le cadre d'un suffrage direct qui caractérise l'essentiel des élections politiques, la nationalité se détache nettement des autres conditions. Même si un mouvement de dissociation entre électorat et nationalité peut être ponctuellement et exceptionnellement constaté pour certaines élections particulières qui n'engagent pas la souveraineté nationale¹⁷⁹⁵, la nationalité reste également, en droit électoral politique, la condition fondamentale¹⁷⁹⁶. Ce

¹⁷⁹¹ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, Droit constitutionnel : *Dalloz 2020*, 22^{ème} éd., p. 1025, n° 1402.

¹⁷⁹² H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, t. 1 : *LGDJ 1974*, 6^{ème} éd., p. 66, n° 59, la nationalité se définit comme « *l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un État* ».

Sur la notion de nationalité, v. *Supra* n° 6 s. L'apparition du terme de nationalité est estimée au début du XIX^{ème} siècle et remplace l'expression de qualité de français vers 1870 (F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP et S. BARBOU DES PLACES, Droit de la nationalité et des étrangers : *PUF 2015*, p. 21, n° 23).

¹⁷⁹³ O. BEAUD, Les étrangers exclus du droit de vote. Une telle exclusion est-elle nécessairement anti-démocratique ?, in Mél. H. Portelli : *Dalloz 2018*, p. 223 s., spéc. p. 229.

¹⁷⁹⁴ « *Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques* ».

¹⁷⁹⁵ Les ressortissants de l'Union Européenne peuvent voter aux élections municipales depuis la loi de révision du 25 juin 1992 qui a notamment introduit dans la Constitution l'article 88-3. (Cela vaut aussi pour les référendums communaux). Ils sont également éligibles mais la capacité qui en découle est limitée. V. F. HAMON, M. TROPER, Droit constitutionnel : *LGDJ 2020*, 41^{ème} éd., p. 513, n° 520.

¹⁷⁹⁶ Sur le caractère toujours fondamental de la condition de nationalité et sur le relatif mouvement de dissociation entre électorat et nationalité, v. L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, Droit constitutionnel : *Dalloz 2020*, 22^{ème} éd., *Dalloz 2017*, p. 1027 s., n° 1403 s.

Sur l'éventuel paradoxe entre le monopole de désignation des représentants par les nationaux et l'interdiction faite ensuite à cette représentation de prendre des mesures qui bénéficient à ces nationaux, v. Y. LEQUETTE, La nationalité française dévaluée, in Mél. F. Terré : *Dalloz, PUF-édition du Jurisclasseur 1999*, p. 349 s.

« *rôle essentiel* »¹⁷⁹⁷ joué par la nationalité est d'ailleurs confirmé par le fait qu'elle a toujours été exigée par notre ordre juridique pour appartenir au corps électoral classique, réserve faite de l'exception prévue par la Constitution de 1793 qui intégrait les étrangers sous certaines conditions¹⁷⁹⁸. Force est de constater une constante de l'Histoire dans la dévolution de la souveraineté au peuple et non à la population¹⁷⁹⁹. A travers l'expression « *tout français* » contenue dans l'article 3 de la Constitution de 1958, c'est l'égalité abstraite qui a été poursuivie par notre ordre juridique qui fait le choix de l'uniformisation des situations¹⁸⁰⁰. Par l'établissement d'une corrélation de principe entre nationalité et électorat/éligibilité, c'est l'abstraction qui l'emporte sur la réalité et la proximité concrète. Cette corrélation, qui est le choix de notre ordre juridique, n'a rien d'évident ni d'automatique ; dans de nombreux États européens, l'électorat et l'éligibilité ne sont pas réservés aux nationaux. Ainsi du Royaume-Uni qui retient pour toutes les élections la notion de citoyen d'un ensemble plus grand (le Commonwealth) ou de certains pays comme l'Irlande, la Suède ou encore l'Estonie qui ouvrent leurs élections locales aux étrangers non communautaires¹⁸⁰¹. Cette condition fondée sur l'appartenance juridique qu'est la nationalité, principal critère de rattachement d'un individu à l'État français, façonné autour

Sur le fondement de l'exclusion des étrangers du droit ou de la fonction électorale, v. E. PEUCHOT, Droit de vote et condition de nationalité : *RDP 1991*, p. 481 s., spéc. p. 492.

¹⁷⁹⁷ J.-C. MASCLÉ, Droit électoral : *PUF 1989*, p. 16, n° 4. L'auteur raisonne *a contrario* par rapport aux élections professionnelles où, souligne-t-il, la nationalité n'y joue pas le rôle essentiel qui est le sien en matière d'élections politiques.

¹⁷⁹⁸ A.-M. LE POURHIET, Droit constitutionnel : *Economica 2017*, 7^{ème} éd., p. 308.

¹⁷⁹⁹ E. PEUCHOT, Droit de vote et condition de nationalité : *RDP 1991*, p. 481 s., spéc. p. 492 et p. 500-504, spéc. p. 500 : « *C'est en vertu du vieux droit individuel de membres de la communauté nationale que ce droit de vote est conféré* ».

¹⁸⁰⁰ Même si cet universel a longtemps laissé certaines catégories de côté, notamment les femmes. Sur ce point, v. D. LOCHAK, Le droit et les paradoxes de l'universalité : *PUF 2015*, spéc. p. 69 s. Relevons toutefois qu'un mouvement d'élargissement des bases du corps électoral, que ce soit en réintégrant des catégories exclues, en relativisant les conditions d'âge et de capacité ou par des choix techniques telle l'inscription d'office sur les listes électorales, est engagé en droit électoral depuis 1944.

¹⁸⁰¹ Pour d'autres pays, v. F. JULIEN-LAFERRIERE, Nature des droits attachés à la nationalité : *Cah. cons. constit. 2008*, p. 82 s.

de la notion de qualité¹⁸⁰², est particulièrement légitime¹⁸⁰³. Elle garantit à l'individu qui est reconnu comme rattaché à un ensemble, à une entité, le maintien de ses droits, nonobstant

¹⁸⁰² « *La notion cardinale n'est pas la nationalité en général ; c'est la qualité de français* » (G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères*, in *Mél. D. Holleaux : Litec 1990*, p. 135 s., spéc. p. 147).

¹⁸⁰³ Choisir la nationalité comme le critère de rattachement nécessaire à l'exercice des droits politiques, c'est faire le choix notamment de la permanence et de la certitude (E. PATAUT, *La nationalité : un lien contesté*, in *Les nouveaux rapports de droit*, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. *IRJS 2013*, p. 153 s., spéc. p. 160). Permanence car l'on change en effet moins de facilement de nationalité que de résidence. Certitude car l'appartenance nationale est aisée à déterminer (sur cette évidence, v. S. PENNARUN, *La nationalité, droit objectif ou droit subjectif ?*, in *L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé : Bruylant 2002*, p. 504 ; F. TERRE, *Réflexions sur la notion de nationalité : Rev. crit. DIP 1975*, p. 197 s., spéc. p. 198), les conditions de la nationalité étant précisément régies par le Code civil depuis la loi du 22 juillet 1993 (C. civ., art. 17 s. ; L. n° 93-933 du 22 juillet 1993. L'ancien Code de la nationalité française qui a existé de 1945 à 1993 a été incorporé au Code civil. La nationalité est attribuée originellement par la naissance ou la filiation ou encore acquise par divers biais). La nationalité insuffle une sécurité juridique, voire une « sécurité politique » (A. et F. DEMICHEL, *Droit électoral : Dalloz 1973*, p. 39), particulièrement appréciable, en ce qu'elle est (dans une certaine mesure) une prérogative souveraine de l'État, ce qui contraste fortement avec les autres critères concurrentiels de rattachement – la résidence par exemple – qui sont laissés à la volonté isolée des individus. Mais choisir la nationalité comme le critère de rattachement nécessaire à l'exercice des droits politiques, c'est également et du même coup identifier celui qui vote tout en neutralisant ses autres appartenances. L'individu électeur ou candidat pouvant être membre de collectivités et communautés diverses – religieuses, politiques, intellectuelles, initiatiques... –, figer le curseur au niveau national permet de convoquer le citoyen en tant que simple membre de la communauté nationale sans considération de ses appartenances supérieures et inférieures. Bloquer, lors du scrutin, toute référence à des appartenances intermédiaires à l'appartenance nationale participe d'une certaine façon à éviter que la nation éclate en autant de communautés isolées puisque c'est avec une certaine lucidité que notre modèle français de démocratie voit traditionnellement les liens communautaires comme une « *menace potentielle permanente pour l'État de droit* » (J. GODBOUT, *Qui a peur de la communauté ? : Théologiques 1998*, vol. 6, n° 1, p. 32. V. égal. J.-P. LHERNOULD, *Droit du travail et communautarismes*, in *Communautés, discriminations et identité*, Huitièmes journées René Savatier, 26 et 27 octobre 2007, Université de Poitiers : *LGDJ 2009*, p. 201 s., spéc. p. 202 : « *Le communautarisme se concilie donc mal avec la conception républicaine* »). C'est aussi préserver le « rite d'unification du corps social » (J.-C. MASCLET, *Droit électoral : PUF 1989*, p. 14, n° 3) qu'est l'élection en convoquant dans un même laps de temps et au sein d'espaces dupliqués, des personnes en raison d'une même appartenance juridique. C'est enfin s'affranchir – au moins pour un temps et dans un périmètre déterminé – de la logique du marché puisque, lors du scrutin, le plus infime des citoyens se voit reconnaître la même valeur que le plus insigne de ceux-ci (Pour une nuance, v. J. CAGE, *Le prix de la démocratie : Fayard 2018*). L'auteur soutient dans cet ouvrage, au terme d'un travail de recherche non seulement législatif mais aussi historique et

les agitations que peut connaître sa situation personnelle. Qu'importe que l'individu soit contraint (ou décide) de déménager hors du territoire national ; qu'importe que l'individu soit contraint (ou décide) d'être moins impliqué – financièrement, politiquement, socialement... – dans les affaires nationales¹⁸⁰⁴. En tant que français, parce qu'il a été reconnu comme tel par l'ordre juridique et jusqu'à la remise en cause de cette reconnaissance, il pourra en principe continuer à exercer son droit de vote s'il le souhaite. La quête de la *réalité à tout prix* n'est pas le seul objectif du droit ; celui-ci est et doit rester un ordre idéal¹⁸⁰⁵ structuré au besoin par des référents abstraits.

465. Condition commune au droit électoral politique et professionnel. Il découle de ce qui précède que l'appartenance est une condition commune aux deux types d'élections. Si l'ensemble de référence varie, l'État pour l'une, l'entreprise pour l'autre, le mode de rattachement est bien identique : il s'agit d'une appartenance juridique. Le fait que le droit du travail ait développé une appartenance juridique originale (l'appartenance du salarié à l'entreprise) s'explique d'ailleurs par le fait que l'appartenance de référence, la nationalité, est rarement, sinon jamais, exigée en droit du travail¹⁸⁰⁶. Dès lors que les conceptions

statistique, qu'aujourd'hui, les femmes et hommes politiques ne répondent qu'aux préférences et priorités des plus favorisés, qui les financent. Elle formule d'ailleurs trois propositions de nature, selon elle, à renouer avec le jeu démocratique qui veut que les femmes et hommes politiques répondent aux préférences de ceux qui les élisent). En conséquence, la participation des salariés répond au même modèle que celle des citoyens : un lien suffisamment fort – une appartenance juridique – avec l'entité considérée (État ou entreprise) est exigé.

¹⁸⁰⁴ Il est fait référence ici à l'implication au sens physiocratique du terme. Rappelons que les physiocrates substituent l'implication sociale (telle que découlant des facteurs économiques) à la traditionnelle appartenance. Le membre de la nation est, dans cette acception, celui qui participe à l'enrichissement de la société, notamment par le travail de la terre. Il n'y a pas de membre *par simple appartenance* (nous soulignons). Sur la théorie économique des physiocrates dans le droit de vote, v. P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France* : Gallimard 1992, *spéc. p. 47 s.*

¹⁸⁰⁵ V. sur ce point A. SUPLOT, *Critique du droit du travail* : PUF 2015, 3^{ème} éd., p. 118.

¹⁸⁰⁶ Le droit du travail est aujourd'hui relativement imperméable à la nationalité. Ainsi, la nationalité n'est plus exigée pour participer à l'élection des membres de la délégation élue de l'institution représentative du personnel (le Conseil constitutionnel ne peut réserver aux nationaux le droit de vote aux élections professionnelles : v. Cons. const., 6 mars 2011, n° 2011-128, QPC : *JORF 7 mars 2011, p. 7852* ; *Constitutions 2011. 396, obs. D. DE BELLESCIZE*). Également, l'employeur qui licencie économiquement et qui doit sélectionner un ou des salariés risquerait, s'il retient pour critère d'ordre la nationalité du salarié (en complément des critères légaux de l'article L. 1233-5 C. trav.) de prendre une mesure discriminatoire (Soc. 8

idéologiques de la nationalité que sont les conceptions élective et ethnique¹⁸⁰⁷ sont laissées de côté, la comparaison des appartenances peut s'opérer, peu important finalement que l'ensemble de référence ne soit pas identique. La comparaison est d'autant plus autorisée que l'appartenance à un État a été préalablement érigée en modèle d'appartenance. Que ce soit dans le droit électoral politique ou dans le droit électoral professionnel, le mode de rattachement retenu est donc l'appartenance, et non la proximité (résultant de la résidence habituelle ou de l'accomplissement effectif d'un travail). Le droit électoral politique et le droit électoral professionnel ont, en somme, tous deux fait le choix de l'abstraction.

466. Structure commune au droit électoral politique et professionnel. Cette condition d'appartenance juridique est, en outre, enchâssée dans une structure de même type. Elle est, pour le droit électoral politique comme pour le droit électoral professionnel, la condition *fondamentale mais non unique* à l'électorat. Non unique car entourée de conditions d'âge et de capacité¹⁸⁰⁸. S'agissant de l'éligibilité, celle-ci est conditionnée, dans un cas comme dans

avr. 1992 : pourvoi n° 90-41.276 ; Bull. V, n° 256). Où l'on remarque, en droit du travail, une assimilation de sens entre nationalité et origine... De même, l'extranéité du travailleur étranger tend à s'estomper (C. WOLMARK, « Travailleur étranger » : *Rép. trav. Dalloz 2009*, n° 3114 : « Dans le cadre du lien de subordination, l'extranéité du travailleur étranger tend à s'estomper. La qualité de salarié éclipse ainsi la nationalité de la personne, et ce, afin de tendre au traitement identique de tout travailleur ». En effet, en l'état actuel du droit du travail, l'étranger – et surtout le ressortissant communautaire – a, d'une part, un accès à l'emploi relativement facile et, d'autre part, la jouissance de l'égalité de traitement par rapport aux salariés français). Jusque dans les récompenses symboliques du travail, à savoir les médailles d'honneur du travail, la condition de nationalité n'est pas exigée. Par suite, il est parfaitement cohérent que la nationalité ne puisse jouer le même rôle en droit électoral politique qu'en droit électoral professionnel. Mais pour autant, le mode de rattachement qu'est l'appartenance n'est pas évacué et est au contraire maintenu à travers la condition fondamentale d'appartenance à l'entreprise.

¹⁸⁰⁷ Sur les conceptions de la nationalité, v. *supra* n° 6 s. F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers* : PUF 2015, p. 45, n° 59. Adde M. LONG, *Être français aujourd'hui et demain*, t. 1 : *Doc. fr. 1988*, p. 574 s.

¹⁸⁰⁸ S'agissant des élections politiques, il n'existe pas de condition d'ancienneté, bien que les français naturalisés aient pu bénéficier jusqu'à la loi du 8 décembre 1983 du droit de vote qu'à l'issue d'une période de cinq ans, ce qui allait complètement à rebours de la notion même d'appartenance juridique et de reconnaissance d'une qualité. Sur une critique, sur ce point, du dispositif anciennement exigé pour le français naturalisé, v. J.-C. MASCLÉ, *Droit électoral* : PUF 1989, p. 47, n° 25 : « Ou bien (...) l'étranger peut être admis à la qualité de citoyen français et on ne voit pas pourquoi le priver des droits qui s'attachent à cette qualité, ou bien on

l'autre, à la reconnaissance préalable de la qualité d'électeur¹⁸⁰⁹. Il convient, en conséquence, de relativiser la position doctrinale qui présente l'appartenance juridique (du salarié à l'entreprise) comme une « *conception originale de l'électorat* »¹⁸¹⁰. Cette position doit également être relativisée en raison du même résultat que poursuivent les élections politiques et professionnelles.

2. Un même résultat : la représentation

467. Il semble évident que les deux élections, politique comme professionnelle, ont pour effet d'instaurer une représentation. En effet, dans les deux cas, un écart, une distance bienvenue est constatée entre le corps des représentants et des électeurs¹⁸¹¹. Dans les deux cas également, la représentation construit du « *vouloir collectif* »¹⁸¹². Il convient cependant d'explorer plus avant la notion commune de représentation car la doctrine *juslaboriste* souligne, avec pertinence, leur différence d'objet. Il pourrait alors être avancé que la spécificité de la représentation du personnel est *trop prononcée, trop importante* pour que le rapprochement puisse prospérer. Cette construction n'est, en réalité, ni juste ni fautive : s'il ne peut être discuté le fait que la représentation selon qu'elle s'exerce en entreprise ou en société politique n'a pas le *même objet (a)*, il est toutefois certain qu'elle a le *même effet* : en matière politique comme en matière professionnelle, il existe une équivalence expliquant que les actes accomplis par les représentants sont réputés accomplis au nom des représentés *(b)*. Partant, ces deux types d'élections mènent bien à un même résultat : la représentation.

estime qu'il n'est pas digne d'exercer l'un des principaux droits attachés à cette qualité et il ne convient pas de la lui transférer ».

¹⁸⁰⁹ C. élec., art. L 44.

¹⁸¹⁰ F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail : *LGDJ 2000*, p. 37, n° 30.

¹⁸¹¹ Sur cet aspect distancié de la représentation, sur le principe de la « représentation-écart » v. D. ROUSSEAU, Radicaliser la démocratie. Proposition pour une refondation : *Seuil 2015*, p. 23 s. (élections politiques) et A. LYON-CAEN, Vote et relations professionnelles, in *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, dir. A. LYON-CAEN et O. LECLERC : *Dalloz 2011*, p. 4 (élections professionnelles).

¹⁸¹² F. PETIT, Du droit électoral politique au droit électoral professionnel, in Mél. J.-C. Masclet : *LGDJ 2013*, p. 337 s., *spéc. p. 338*.

a. La différence d'objet

468. Volonté vs intérêt¹⁸¹³. Dans le langage courant, il existe aussi bien l'expression « représentants du peuple » que celle de « représentants du personnel ». Il convient d'affiner le raisonnement : dès lors que l'on rejette pour les uns comme pour les autres l'idée de contrat de mandat, encore faut-il dire précisément ce qui est représenté. « *Représenter quelqu'un, cela peut être représenter la volonté de quelqu'un, mais c'est très souvent aussi représenter les intérêts de quelqu'un* »¹⁸¹⁴. Si dans l'entreprise la représentation est celle des intérêts des salariés, en matière politique il s'agit essentiellement de la volonté du peuple¹⁸¹⁵. ROUSSEAU avait d'ailleurs critiqué cette représentation politique, le peuple ne pouvant, selon lui, se donner des représentants sans abdiquer sa souveraineté¹⁸¹⁶. Il est certain que l'objet de la représentation diffère ici entre le droit électoral politique et le droit électoral professionnel mais on ne saurait comprendre en quoi cela représente un obstacle dirimant à toute tentative de rapprochement. N'est-il pas « *aujourd'hui largement admis que la représentation peut ne pas porter sur la volonté du représenté, mais sur ses intérêts* »¹⁸¹⁷ ?

¹⁸¹³ En droit civil (pourtant dominé par la volonté), Ripert avait envisagé la coexistence de la volonté et des intérêts. Soit le représenté peut exprimer sa volonté et il s'agit d'une hypothèse de représentation de la volonté, soit le représenté n'est pas en l'état de l'exprimer et il s'agit d'une hypothèse de représentation des intérêts d'autrui (G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 2 Obligation et droits réels : *LGDJ 1957*, n° 214, cité par P. DIDIER, *De la représentation en droit privé* : *LGDJ 2000*, p. 7, n° 13).

¹⁸¹⁴ G. RIPERT, Discussion de séance (10 avril 1948), La représentation dans les actes juridiques, *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 4, année 1948 : *Dalloz 1949*, p. 150.

¹⁸¹⁵ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel* : *LGDJ 2020*, 41^{ème} éd., p. 102, n° 78.

¹⁸¹⁶ « *La Souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement en la volonté générale, et la volonté ne se représente point* » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre III, chapitre XV, *in* Œuvres complètes, t. 3 : *Gallimard*, 1964, p. 429). C'est au peuple lui-même d'exprimer sa volonté. Rousseau n'admettait le régime représentatif, pour les grands États qui ne peuvent fonctionner de façon directe, que sous réserve de mandat impératif et de ratification populaire (R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, t. 2 : *Sirey 1920*, rééd. *Dalloz 2004*, p. 206).

¹⁸¹⁷ P. LOKIEC, *La personne de confiance* : *RDSS 2006*, p. 865 s.

469. Pouvoir vs expression. Les salariés n'ont pas à imposer leur volonté, ils n'en ont pas le pouvoir : le personnel n'est pas souverain contrairement au peuple qui est « *maître de ses propres affaires* »¹⁸¹⁸. La liberté d'entreprendre est l'assise de l'entreprise et le chef de celle-ci a une vocation juridique, sinon naturelle, à opérer les choix de gestion¹⁸¹⁹. Il n'est donc ni possible ni souhaitable, s'agissant de la représentation élue de l'entreprise, de parler de *démocratie* puisque l'élément consubstantiel à l'idée de démocratie, à savoir la détention et l'exercice du pouvoir par le groupe social, fait défaut dans l'entreprise¹⁸²⁰. Les élections professionnelles permettent seulement à la collectivité des salariés de choisir *démocratiquement* des représentants qui lui sont propres¹⁸²¹, et non d'élire le chef d'entreprise ou de constituer une assemblée souveraine titulaire d'un pouvoir de décision. La place dévolue aux représentants des travailleurs au sein des organes d'administration et de surveillance est d'ailleurs restreinte¹⁸²². En conséquence, la représentation professionnelle est plus limitée que ne l'est la représentation politique. Dans l'entreprise, l'idée n'est pas de *gouverner* mais de *s'exprimer*¹⁸²³. Dès lors, un départ doit être fait entre ces deux élections : l'une est un mode de sélection non seulement des représentants mais surtout des dirigeants, là où l'autre est un mode de sélection des seuls représentants. Ici réside l'essentiel de la différence entre élections professionnelle et politique.

Outre qu'elle n'empêche pas tout rapprochement entre le politique et le professionnel, la tendance actuelle va vers moins d'étanchéité. Dans l'entreprise, outre certains cas à référendum, où pour l'occasion « *la communauté des salariés se mue en souverain* »¹⁸²⁴, la réforme des institutions représentatives du personnel de 2017 change perceptiblement la

¹⁸¹⁸ G. VEDEL, *Démocratie politique, démocratie économique, démocratie sociale : Dr. soc. 1947, p. 41 s., spéc. p. 46.*

¹⁸¹⁹ Sur la généralisation de la théorie de « l'employeur seul juge » que nous préconisons, v. *infra* n° 270.

¹⁸²⁰ R. VATINET, *L'expression des salariés, in Etudes G. Lyon-Caen : Dalloz 1989, p. 395 s., spéc. p. 396.*

¹⁸²¹ G. BORENFREUND, *Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise : Dr. soc. 2013, p. 486 s., spéc. p. 487.*

¹⁸²² C. trav., art. L. 2312-72 s.

¹⁸²³ F. PETIT, *L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise : Dr. soc. 2000, p. 603 s.*

¹⁸²⁴ L. DAUXERRE, *L'articulation du référendum avec les normes du droit du travail, in L'articulation des normes en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : Economica 2011, p. 177, n° 284.*

donne. Si, naguère, le pouvoir du comité d'entreprise se réduisait quasi-exclusivement à l'expression¹⁸²⁵, le pouvoir de décision dévolu à la représentation du personnel, et précisément au conseil d'entreprise, a cependant progressé¹⁸²⁶. Le pouvoir de décision du chef d'entreprise peut donc laisser place, si tant est que le conseil d'entreprise rencontre le succès et que les accords l'instituant aillent au-delà des deux thèmes obligatoirement subordonnés à son avis conforme¹⁸²⁷, à une véritable « *codécision* »¹⁸²⁸. La représentation des salariés peut aujourd'hui, c'est une nouveauté, influencer sur les décisions prises par le chef d'entreprise.

Cette différence d'objet, qui se relativise en outre quelque peu, ne peut dissimuler l'essentiel, à savoir que représentations politique et professionnelle répondent au *même effet*, ce qui justifie, là encore, que le droit électoral politique puisse être érigé en droit de référence.

¹⁸²⁵ Cette instance rédigeait certes son règlement intérieur et avait certes, outre un droit d'action en matière sociale et culturelle, un droit de veto, par exception à son rôle consultatif, sur quelques questions en matière économique, mais elle était, pour l'essentiel, uniquement chargée d'assurer l'expression collective des salariés.

¹⁸²⁶ C. trav., art. L. 2321-1. La « vocation naturelle » des organisations syndicales à la négociation des conventions et accords collectifs, reconnue par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 6 nov 1996, n° 96-383, DC : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531* ; *D. 1998, p. 152*), est toutefois sauve puisqu'un accord d'entreprise ou de branche étendu reste nécessaire à la mise en place du conseil d'entreprise.

¹⁸²⁷ Les auteurs sont en désaccord quant aux thèmes obligatoirement subordonnés à l'avis conforme du conseil d'entreprise. Une partie de la doctrine juge que la rédaction de l'article L. 2321-3 induit que seule la formation professionnelle confère un droit de veto à l'exclusion de l'égalité professionnelle (v. par ex. P. REMY, *Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ?* : *Dr. soc. 2017, p. 1050 s.*). Il est soutenu le contraire (B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives* : *LexisNexis 2020, 12^{ème} éd., p. 507, n° 1083* ; S. RIOCHE, *Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ?* : *Gaz. Pal. 2018, n° 10, p. 77 s.*).

¹⁸²⁸ B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives* : *LexisNexis 2020, 12^{ème} éd., p. 505, n° 1076*. Monsieur P. REMY établit toutefois une distinction entre la codécision et le droit de veto : l'acquiescement qui est demandé au conseil d'entreprise *via* l'avis conforme ne saurait être une participation à la décision puisque l'initiative de la mesure n'est pas dévolue au conseil d'entreprise mais reste le monopole du chef d'entreprise (P. REMY, *Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ?* : *Dr. soc. 2017, p. 1050 s., spéc. p. 1052-1053*).

b. La similitude d'effet

470. L'érection du droit des élections politiques comme droit de référence pour les élections professionnelles pourrait être contestée en raison du lieu et de la portée spécifiques du monde de l'entreprise. Ces deux éléments sont en réalité *indifférents* (i). Seul importe, à notre sens, que ces deux élections atteignent le même effet, à savoir une équivalence de représentation (ii).

i. L'indifférence quant à la différence de lieu et de portée de la représentation

471. Indifférence quant au lieu de la représentation. Deux raisons, relatives au *lieu* de la représentation, sont généralement avancées pour prévenir un abus d'analogie entre représentation du personnel et représentation politique¹⁸²⁹.

Il est premièrement expliqué¹⁸³⁰ que l'électeur ou l'élu n'est pas suffisamment *libre* dans l'entreprise pour que l'esprit des élections politique se retrouve dans les élections professionnelles. C'est oublier que les élus du personnel ont le temps¹⁸³¹ et la protection¹⁸³² nécessaires à l'exercice de leur mandat. Si la possibilité d'une sanction (on pense à la rupture du contrat de travail) existe, elle ne doit pas être exagérée. Les salariés protégés ne sont pas, par exemple, plus exposés au licenciement économique dans le secteur de l'industrie¹⁸³³ et à la rupture conventionnelle¹⁸³⁴ que les autres salariés.

¹⁸²⁹ A. SUPIOT, Le juge et le droit du travail : *thèse dactyl. Bordeaux 1979, spéc. p. 901.*

¹⁸³⁰ A. SUPIOT, Le juge et le droit du travail : *thèse dactyl. Bordeaux 1979, spéc. p. 901.*

¹⁸³¹ C. trav., art. L. 2315-7 s.

¹⁸³² C. trav., art. L. 2411-1 s.

¹⁸³³ COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation : *Doc. fr. 2009, p. 274-275.*

¹⁸³⁴ DARES, Résultats, Les licenciements et les ruptures conventionnelles des contrats des salariés protégés, principaux indicateurs : mars 2017, n° 018, disponible en ligne <http://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2017-018.pdf>.

Il est deuxièmement affirmé¹⁸³⁵ que le représentant exerce ses fonctions dans l'entreprise, parmi ceux qu'il représente, puisqu'il reste un salarié (c'est vrai) et qu'en conséquence, il ne disparaît pas dans une « *inaccessible instance délibératrice* »¹⁸³⁶ ce qui rend sa situation fort différente de celle d'un élu politique (c'est à nuancer). Il ne faut pas oublier que la technique est commune aux deux représentations : elle confère dans les deux cas une mission caractérisée, d'une part, par une superposition à une situation personnelle préexistante (car être représentant n'est pas un métier) et, d'autre part, par un enfermement dans le temps de la mission. Dans les deux cas, la technique de représentation implique la présence théorique de l'élu dans le cadre de représentation et un retour, à terme, à sa situation initiale purgée du mandat. Cela est particulièrement tangible pour le représentant du personnel mais il n'en reste pas moins que le député ou le maire peuvent exercer une activité professionnelle en parallèle du mandat (c'est d'ailleurs fréquent pour les maires), le cumul mandat-travail n'étant pas interdit par principe. De même, le député (dans un cadre de représentation certes plus grand) ou le maire (le cadre de représentation peut déjà rappeler plus l'entreprise) retourne à la vie civile à l'issue du mandat.

472. Indifférence quant la spécificité, la portée de la représentation. La littérature *juslaboriste* met également et considérablement l'accent sur la spécificité de la représentation professionnelle¹⁸³⁷. L'argument phare de cette distinction repose sur la *portée* de la représentation : les élus de l'entreprise n'auraient pas vocation à représenter chaque salarié ou le personnel en son entier mais seulement à assurer l'expression collective de *certaines salariés*, contrairement aux représentants politiques qui agissent dans l'intérêt de l'ensemble des individus. C'est l'existence des *collèges électoraux* qui pose assurément problème. Une élection divisée en collèges est-elle encore apte à conférer un caractère représentatif à la représentation professionnelle ? Le Professeur PETIT, dans un essai de rapprochement entre représentants du personnel et représentants syndicaux, soutient ainsi que la représentation se limite à la représentation d'une partie du personnel constituant

¹⁸³⁵ A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail : thèse dactyl. Bordeaux 1979, spéc. p. 901.*

¹⁸³⁶ *Ibid.*

¹⁸³⁷ V. par ex. F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail : LGDJ 2000* ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail : PUF 2015, 3^{ème} éd., p. 87* ; P.-Y. VERKINDT, *Les élections professionnelles dans l'entreprise : Dr. soc. 2009, p. 648 s., spéc. p. 650 s.*

notamment une « unité qualitative »¹⁸³⁸. Le représentant du personnel ne serait en réalité qu'un porte-parole du groupe (essentiellement catégoriel) qui l'a élu.

Il nous semble cependant que cette conception *fragmentaire* de la représentation, essentiellement basée sur les collèges, doit être combattue en ce qu'elle assimile *attribution* du mandat représentatif et *exercice* de celui-ci. Il est certain que les salariés sont répartis entre collèges électoraux en fonction de leur catégorie professionnelle¹⁸³⁹ ; de cette répartition procèdent autant de listes électorales. L'élection professionnelle est donc, c'est un fait, constituée de « *votes séparés* »¹⁸⁴⁰ - distincts des circonscriptions territoriales en matière politique¹⁸⁴¹ - ce qui correspond à une réalité de vie plus qu'à une division pratique¹⁸⁴². *Il est moins certain, en revanche, que ce cloisonnement du scrutin se retrouve*

¹⁸³⁸ F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail : *LGDJ 2000, spéc. p. 8 s., n° 8 s. et p. 240 s., n° 211 s.* L'auteur insiste sur la division du personnel en unités quantitatives et qualitatives.

Il est certain que les collèges ne sont pas qu'ornementaux. Outre l'établissement de listes distinctes par collèges, la division de la collectivité en collèges a aussi (et surtout) une conséquence sur la répartition des sièges entre hommes et femmes. Cette conséquence résulte soit de l'invocation de l'article L. 2314-30 du Code du travail qui vise à prévenir l'exclusion totale d'un sexe de la représentation et qui peut conduire en cas de collèges multiples à attribuer au sein d'un collège un siège supplémentaire au sexe sous-représenté (v. déjà sous l'empire de la loi du 17 août 2015, Soc. 9 mai 2018 : pourvoi n° 17-14.088, Bull. V, à paraître), soit du *jeu naturel des collèges*. Prenons, quant à ce dernier cas, l'exemple d'une entreprise de 117 salariés composée à 40% de femmes : en cas de collège unique deux sièges seraient attribués aux femmes ; en cas de double collège composé pour l'un à 58% de femmes pour 58 salariés et pour l'autre à 24% de femmes pour 59 salariés, deux sièges seraient attribués aux femmes au titre du collège numéro un et un aux femmes au titre du collège numéro deux ($3 \times 24/100 = 0,72 > 5$) soit *in fine* trois sièges attribués aux femmes.

¹⁸³⁹ Réserve faite des journalistes professionnels pour qui il peut être prévu par voie conventionnelle qu'un collège spécifique soit créé (C. trav., art. L. 7111-7).

¹⁸⁴⁰ C. trav., art. L. 2314-26.

¹⁸⁴¹ La différence entre circonscription (simple découpage administratif facilitant le scrutin) et collège (véritable division de fond évitant la surreprésentation d'une catégorie) est régulièrement rappelée par la doctrine travailliste prompte à reconnaître la spécificité du mandat des représentants du personnel. Ceci est juste mais il ne faut pas oublier que les élections politiques ont pu connaître, rarement il est vrai, la formation de collèges électoraux, hors la métropole notamment. (G. VEDEL, Comparaison du régime juridique des élections sociales et du régime juridique des élections politiques : *Rev. fr. de sciences pol.* 1953, p. 233). Aurait-il été juste de parler alors de « corps électoraux » en France ?

¹⁸⁴² F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail : *LGDJ 2000, p. 82, n° 68.*

ensuite dans l'exercice du mandat représentatif. Il semble au contraire que l'expression collective bénéficie à tous les salariés et non à la seule unité de représentation d'où procède le mandat. Si la Cour de cassation a pu retenir, entre 1990 et 1993, le principe selon lequel la mission des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ne pouvait concerner que les problèmes intéressant directement les salariés qui les ont élus¹⁸⁴³, cette règle a été très vite présentée par la doctrine comme étant un usage, une simple « *indication de méthode* »¹⁸⁴⁴ dénuée de caractère contraignant (car non prévue par la loi). Cette règle ne saurait alors servir d'argument pour justifier une limitation dans l'exercice du mandat représentatif. Les réclamations présentées par les délégués du personnel pouvaient donc « *émaner de tous ceux, à quelque catégorie professionnelle qu'ils appartiennent, qui travaillent en qualité de salarié* »¹⁸⁴⁵. Il n'aurait pu être question pour un délégué du personnel élu dans le collège ouvriers et employés de fermer sa porte à un salarié ingénieur ou de fermer les yeux devant une entorse à une règle de sécurité concernant un salarié appartenant à un autre collège, ce d'autant plus que le Code du travail admettait que le spectre des représentés dépassait les seuls salariés de l'entreprise mais pouvait comprendre certains salariés extérieurs à celle-ci¹⁸⁴⁶. N'oublions pas non plus que les délégués du personnel étaient reçus en délégation unique par l'employeur lors de la tenue des réunions ordinaires et qu'un changement de collège par changement de catégorie professionnelle ne mettait pas fin à leur mandat¹⁸⁴⁷. La logique de la séparation catégorielle qui préside à l'*attribution* du mandat (en raison des collèges) ne doit pas être étendue à l'*exécution* de celui-ci¹⁸⁴⁸. Le comité social et économique ne nous semble pas en rupture sur ce

¹⁸⁴³ Soc. 23 janv. 1990 : pourvoi n° 86-43.817, Bull. V, n° 21. – Soc. 10 juill. 1990 : pourvoi n° 86-42.819, Bull. V, n° 361. – Soc. 1 avril 1992 : pourvoi n° 88-45.752, Bull. V, n° 233. – Soc. 24 mars 1993 : pourvoi n° 88-42.887, Bull. V, n° 98 ; *Dr. soc. 1993, p. 746 s., obs. J. SAVATIER*.

¹⁸⁴⁴ G. COUTURIER, *Les relations collectives de travail : PUF 1991, p. 194, n° 96*.

¹⁸⁴⁵ B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives : LexisNexis 2016, 10^{ème} éd., p. 220, n° 390*.

¹⁸⁴⁶ C. trav., anc. art. L. 2313-3 s.

¹⁸⁴⁷ C. trav., anc. art. L. 2314-26.

¹⁸⁴⁸ La même remarque doit être formulée au sujet du comité d'entreprise, puisqu'il ne rendait pas ses avis par collèges électoraux. Il eût été contraire à la mission d'un représentant du personnel que la nécessité, au moment du scrutin, d'une représentation équilibrée des différentes catégories l'oblige ensuite, lors de l'exécution de son mandat, à respecter un cloisonnement dogmatique.

point puisqu'il continue d'assurer une expression collective *des salariés* sans que mention soit faite des collègues¹⁸⁴⁹.

ii. L'équivalence d'actions et de décisions établie par la représentation

473. La fonction générale de la représentation : équivalence des actions et décisions.

Quelle que soit la représentation envisagée, *le moment du scrutin est dépassé dès lors que le mandat commence*. Que ce soit par l'application de la règle majoritaire ou proportionnelle, le représentant va se hisser *au-dessus de ses électeurs et d'éventuels collègues électoraux ou circonscriptions territoriales pour parler au nom d'une collectivité*. L'idée d'équivalence est consubstantielle à la représentation politique comme à la représentation professionnelle. Les représentants sont le « *microcosme* »¹⁸⁵⁰ du grand groupe, une sorte de modèle réduit en somme, et ce *quelle que soit la branche du droit envisagée*. « *L'idée de représentation ne remplit-elle pas une fonction générale qu'on retrouve quelle que soit la branche du droit envisagée ? On peut être tenté de répondre par l'affirmative si l'on admet qu'elle permet d'expliquer que des actes accomplis par telle ou institution puissent être réputés avoir été accomplis au nom d'autres personnes, comme si ces dernières avaient elles-mêmes agi. Il a été clairement relevé, à cet égard, que l'idée de représentation tend à établir une équivalence entre deux situations distinctes* »¹⁸⁵¹. Pour le Professeur BORENFREUND, qui s'inspire ici de la pensée de WEBER pour qui la représentation est l'imputation de l'action de certains membres du groupe à d'autres membres du groupe¹⁸⁵², la notion d'équivalence fédère donc toutes les représentations.

L'élection professionnelle, qui est devenue une représentation proportionnelle à la plus forte moyenne depuis 1947¹⁸⁵³, est particulièrement révélatrice de cette logique en vertu de

¹⁸⁴⁹ C. trav., art. L. 2323-1.

¹⁸⁵⁰ P. BRAUD, Théories de la représentation, Introduction, in La représentation, dir. F. D'ARCY : *Economica* 1987, p. 33.

¹⁸⁵¹ G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation : *Dr. soc.* 1991, p. 685 s., spéc. p. 686-687.

¹⁸⁵² M. WEBER, *Economie et société* : Plon 1971, t. 1, p. 300.

¹⁸⁵³ Loi n° 47-1234 du 7 juillet 1947 : *J. O. du 8 juillet 1947*, p. X.

laquelle les actions et décisions qui auraient émanées du groupe (s'il était directement intervenu) sont posées comme équivalentes à celles effectivement prises par les représentants. En 1948 déjà, EISENMANN, réfléchissant à l'idée même de représentation, voyait en elle « *l'équivalence à un élément donné d'un autre élément qu'on y substitue* »¹⁸⁵⁴. EISENMANN avait d'ailleurs recours à la fiction (*représentation fictive*) toutes les fois où la représentation se révélait incapable d'expliquer parfaitement cette équivalence¹⁸⁵⁵. Le manque d'équivalence ou la mauvaise équivalence n'est-elle pas d'ailleurs ce qui génère la crise de la représentation¹⁸⁵⁶ ? La représentation est en conséquence un magnifique travail performatif (« *a modern marvel, the great invention of the enlightened world* »¹⁸⁵⁷) qui arrive, grâce à la légitimité conférée par la technique de l'élection qui l'organise¹⁸⁵⁸ (sans nier la distance consubstantielle à la représentation¹⁸⁵⁹ sans laquelle le représentant ne serait qu'un simple mandataire), à combler le décalage et à rendre les actions, les actes des représentants légitimes aux yeux des représentés.

¹⁸⁵⁴ C. EISENMANN, Discussion après le rapport de M. L. J. Hijmans Van Den Bergh, La représentation dans les actes juridiques, in Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 4, année 1948 : *Daloz 1949*, p. 144.

¹⁸⁵⁵ La réflexion d'Eisenmann est une réflexion d'ordre général qui distingue la représentation idéale (dirons-nous) constituée du pouvoir de désigner et du pouvoir de contrôler et qui n'est pas fictive, de la représentation non idéale (dirons-nous) qui est, elle, purement fictive. Il envisage une hypothèse intermédiaire de représentation semi-fictive, idéale quant à la désignation mais non-idéale quant au contrôle, qui pourrait se rapprocher de la représentation du personnel dans laquelle si la désignation est intervenue à bon droit, il n'y a pas de pouvoir de contrôle de l'activité du ou des représentants (*ibid*, p. 146-147).

Sur cette fiction de la représentation, v. L. JAUME, La représentation, une fiction malmenée : *Pouvoirs 2007*, n° 120, p. 5 s. *Contra*. P. BRUNET, Vouloir pour la nation : le concept de représentation dans la théorie de l'Etat : *LGDJ Bruylant, 2004*.

¹⁸⁵⁶ P. BRAUD, Théories de la représentation, Introduction, in La représentation, dir. F. D'ARCY : *Economica 1987*, p. 36. *Comp.* L. JAUME pour qui les demandes d'identité et d'identification ont largement remplacé le lien de confiance : L. JAUME, La représentation, une fiction malmenée : *Pouvoirs 2007*, n° 120, p. 5 s.

¹⁸⁵⁷ J. MILL cité par L. QUILL, Liberty after liberalism. Civic republicanism in a global age : *Palgrave Macmillan 2006*, p. 28.

¹⁸⁵⁸ On peut certes être représentant sans être élu et élu sans être représentant mais l'élection apparaît aujourd'hui comme la source la plus sûre de la représentation. V. B. DAUGERON, La notion d'élection en droit constitutionnel : *Daloz 2011*, p. 25 s., n° 14.

¹⁸⁵⁹ S. PIERRE-CAPS, Représenter la société civile ?, in Représentation et représentativité, dir. A.-M. LE POURHIET, B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU : *Daloz 2008*, p. 27 s., *spéc.* p. 29.

474. L'équivalence des actions et décisions dans l'entreprise. Le monde de l'entreprise ne résiste pas à cette logique du *comme si* : en matière de représentation du personnel, « *la magie opère et le droit, grâce à une fictio juris, établit une équivalence* »¹⁸⁶⁰. La représentation établit une équivalence d'actions et décisions jusque dans l'entreprise, entre les potentielles décisions des salariés qui auraient pu être prises s'ils agissaient directement et celles, bien avérées des salariés élus¹⁸⁶¹. La relation d'équivalence existante en droit public se retrouve donc, en matière professionnelle, dans l'entreprise¹⁸⁶². La chose n'est possible que si l'on n'occulte pas le salarié-sujet individuel nécessaire à l'établissement de cette relation de membre à membre. Qui dit équivalence dit en effet identification préalable des intérêts individuels qui peuvent bien sûr ne pas être satisfaits par les représentants mais qui ne peuvent pas à être repoussés du seul fait de l'existence d'un intérêt collectif supérieur¹⁸⁶³. Si le propre du droit du travail est que le collectif est presque toujours présent en filigrane, même dans la définition des droits individuels conférés aux salariés¹⁸⁶⁴, il semble que cette interdépendance entre collectif et individuel relevée dans le cadre des élections professionnelles est un effet normal de la représentation. En somme, en matière politique comme en matière professionnelle, « *le suffrage est le droit individuel de participer à une opération collective* »¹⁸⁶⁵.

¹⁸⁶⁰ J. DIRINGER, Les sources de la représentation collective des salariés : *LGDJ 2015*, p. 1, n° 1.

¹⁸⁶¹ G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation : *Dr. soc. 1991*, p. 685 s., spéc. p. 690 s. Pour une mobilisation de l'imputation dans la représentation dans les actes juridiques, v. P. DIDIER, De la représentation en droit privé : *LGDJ 2000*, p. 103 s., n° 145 s.

¹⁸⁶² Pour le professeur BORENFREUND, la relation d'équivalence existante en droit public, qui permet de justifier que les citoyens soient soumis aux normes légales, sans avoir directement participé à leur production, en tant qu'auteurs indirects, se vérifie également en droit du travail, même s'il ne s'agit pas du rôle premier de l'idée de représentation qui est la reconnaissance officielle des collectivités et l'appréhension des rapports de travail dans leur dimension collective (G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation : *Dr. soc. 1991*, p. 685 s., spéc. p. 687).

¹⁸⁶³ G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation : *Dr. soc. 1991*, p. 685 s., spéc. p. 691. L'auteur émet d'ailleurs l'hypothèse selon laquelle l'idée de représentation des salariés permet de reconnaître à l'intérieur de l'entreprise le salarié comme sujet individuel.

¹⁸⁶⁴ A. SUPLOT, Pourquoi un droit du travail : *Dr. soc. 1990*, p. 485 s., spéc. p. 488.

¹⁸⁶⁵ M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel : *Sirey 1929*, 2^{de} éd., rééd. Dalloz 2015, p. 566.

En conséquence, et à rebours d'une partie de la doctrine *juslaboriste*, il nous semble que rien ne s'oppose à un rapprochement des sphères politiques et professionnelles. Outre qu'elles reposent toutes deux sur une même condition fondamentale (l'appartenance juridique), elles arrivent toutes deux à un même résultat (la représentation). Il est donc possible d'ériger le droit électoral politique en modèle pour le droit électoral professionnel, ce qui autorise, nous y arrivons, la transposition dans l'entreprise du principe « un homme, une voix » permettant à celui qui détient la qualité de salarié de véritablement *compter pour un* (dans le scrutin).

B. La transposition en entreprise du principe démocratique « un homme, une voix »

475. Une fois le droit politique établi comme droit de référence, certains emprunts peuvent lui être effectués de façon à engager le droit de l'élection professionnelle vers plus d'égalité encore. Le principe « un homme, une voix » (1) pourrait imprégner le droit électoral professionnel (2).

1. Un homme, une voix

476. Principe : un homme, une voix. Cette équation, simple en apparence, « *s'impose à nous avec la force de l'évidence* »¹⁸⁶⁶. Dans son application, le principe d'égalité se traduit par « un homme, une voix »¹⁸⁶⁷. Cette règle a en réalité deux significations complémentaires : non seulement tout français – majeur disposant de ses droits civiques et politiques – peut voter mais chaque français a, surtout, *le même poids*¹⁸⁶⁸. Seule

¹⁸⁶⁶ P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France* : Gallimard 1992, p. 1.

¹⁸⁶⁷ Cons. const., 17 janv. 1979, n° 78-101, DC : *JORF 19 janv. 1978*, p. 173 (première affirmation de la valeur constitutionnelle du principe d'égalité devant le suffrage).

¹⁸⁶⁸ V. P. AVRIL, *Un homme, une voix* : *Pouvoirs 2007*, n° 120, p. 123, pour qui très justement, du fait de ce principe, on ne pèse pas les voix, on les compte. Comp. J. CAGE, *Le prix de la démocratie* : *Fayard 2018*. L'auteure démontre au terme d'une démonstration économique qu'en pratique l'argent capture le jeu électoral

cette deuxième signification nous intéresse ici¹⁸⁶⁹. Cette égalité de portée résulte du caractère *transcendant* de la nationalité. Cette transcendance est trop souvent passée sous silence, la doctrine insistant essentiellement sur le caractère unitaire du lien de nationalité¹⁸⁷⁰. En réalité, ces deux caractères – unitaire et transcendant – sont voisins puisque tous deux issus de la définition formelle de la nationalité. En somme, il n'existe qu'un national : une seule notion (caractère unitaire), une seule situation (caractère transcendant). Dès lors, le rattachement établi par la nationalité uniformise la figure de l'électeur. Il en découle que l'égalité politique est la forme d'égalité la plus artificielle et la plus exemplaire à la fois¹⁸⁷¹. Entre les électeurs, c'est une véritable « *équivalence de qualité* »¹⁸⁷² que l'on relève. « *Affirmer que chacun compte pour un inscrit l'imaginaire social dans un nouvel horizon : celui d'une équivalence à la fois immatérielle et radicale entre les hommes* »¹⁸⁷³. C'est, encore une fois, le concept de qualité juridique qui joue ici à plein, dans une logique qui n'est pas sans

d'une telle manière que le principe un homme, une voix en ressort grandement affaibli. Elle appelle à la restauration de ce principe qui est au fondement même du jeu démocratique.

¹⁸⁶⁹ S'agissant de l'égalité d'accès, il sera simplement rappelé que les suffrages politiques antérieurs qui ont pu exclure les moins diplômés, les plus démunis, les femmes, les détenus... ne tiraient pas pleine conséquence de l'appartenance juridique d'une personne à (la population constitutive d') un Etat.

¹⁸⁷⁰ P. LAGARDE, *La nationalité française : Dalloz 2011, 4^{ème} éd., p. 4, n° 00.05*. Ce caractère est sorti renforcé par la disparition des incapacités frappant les naturalisés intervenue entre 1978 et 1983, v. L. n° 78-753 du 17 juillet 1978 : *JORF 18 juillet 1978, p. 2851* ; L. n° 83-1046 du 8 déc. 1983 : *JORF du 9 déc. 1983, p. 3550* ; L. n° 83-1096 du 20 déc. 1983 : *JORF du 21 déc. 1983, p. 3667*. S'il n'empêche pas les situations intermédiaires au bénéfice d'étrangers favorisés par les traités ou par la citoyenneté de l'Union (TFUE art. 20), ce caractère dispense de se référer à une proximité concrète et d'établir une hiérarchie entre les nationaux. On a pu souligner la simplification du droit qu'il opère (P. LAGARDE, *ibid.*) mais il nous semble que sa vertu réside ailleurs dans l'unification qu'il crée en refusant toute relativité à la nationalité et en n'admettant, pour tous les droits réservés aux nationaux, qu'une seule définition de la nationalité.

V. toutefois pour le caractère transcendant, Y. LEQUETTE, *La nationalité française dévaluée*, in Mél. F. Terré : *Dalloz, PUF-édition du Jurisclasseur 1999, p. 349 s., spéc. p. 371* : « *S'interroger sur la notion de nationalité, c'est rechercher ce qui permet de transcender les individus aux appartenances particulières, qu'elles soient biologiques, sociales, économiques, religieuses ou culturelles...* ».

¹⁸⁷¹ P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen : Gallimard 1992, p. 11*.

¹⁸⁷² P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen : Gallimard 1992, p. 8*.

¹⁸⁷³ P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen : Gallimard 1992, p. 12*.

rappeler ce que soutenait SIEYES¹⁸⁷⁴. Qu'importe l'implication de l'individu, qu'importe sa catégorie socio-professionnelle, qu'importe l'étendue de son instruction ou l'état de son patrimoine.... Le poids identique attribué à chaque individu par le principe « un homme, une voix », découlant de la même qualité de français, permet en effet d'affirmer que « *chacun compte pour un* »¹⁸⁷⁵. Non seulement le français « lambda » est appelé à voter au même titre que le français le mieux né mais, surtout, sa voix a la même valeur que celle de ce dernier¹⁸⁷⁶. *A aucun autre moment de sa vie que devant le scrutin démocratique l'individu ne peut prétendre à une telle égalité orchestrée par son appartenance à l'État français et à sa qualité de français, qualité commune à tous.* La qualité juridique déploie ici, d'une manière magistrale qui rompt avec les inégalités sociales et économiques, son caractère générique. Toutefois, la mise en œuvre du suffrage politique peut passablement écorner l'équivalence immatérielle et radicale que la qualité instaure entre les français.

477. Application : découpage en circonscriptions et répartition des sièges. L'équation « un homme, une voix » est pleinement respectée lorsque l'élection se déroule au sein d'une circonscription unique, comme c'est le cas lors de l'élection présidentielle et l'élection du Parlement européen en France. Mais lorsque le scrutin requiert, pour des nécessités techniques, une division du territoire en circonscriptions, le risque de violer le principe d'égalité en ne parvenant pas à appliquer la règle « un homme, une voix » est bien présent. Suivant le découpage des circonscriptions et la répartition des sièges, le poids de chaque électeur peut en effet varier. Il est évident que la voix d'un électeur d'une circonscription A pèserait nécessairement plus lourd que celle d'une circonscription B qui élirait le même nombre de représentants en comportant plus d'électeurs. Sa voix serait moins *diluée*. Force

¹⁸⁷⁴ P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen : Gallimard 1992, p. 79.* Pour Sieyès, tout ce qui sort de la qualité commune de citoyen ne saurait participer aux droits politiques. « *Si Sieyès a d'abord en vue le rejet radical de la notion de privilège, son propos le conduit logiquement à faire reposer les droits politiques sur la « qualité commune », c'est-à-dire la simple appartenance au corps social* ».

¹⁸⁷⁵ P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France : Gallimard 1992, spéc. p. 12.*

¹⁸⁷⁶ Pour une nuance, v. J. CAGE, *Le prix de la démocratie : Fayard 2018.* L'auteur soutient dans cet ouvrage, au terme d'un travail de recherche non seulement législatif mais aussi historique et statistique, qu'aujourd'hui, les femmes et hommes politiques ne répondent qu'aux préférences et priorités des plus favorisés, qui les financent. L'auteur formule d'ailleurs trois propositions de nature, selon elle, à renouer avec le jeu démocratique qui veut que les femmes et hommes politiques répondent aux préférences de ceux qui les élisent.

est de constater, même en dehors de toute hypothèse de manipulations électorales¹⁸⁷⁷, qu'il est impossible d'atteindre le découpage parfait sur un tel territoire – composé qui plus est de DROM COM –, ce d'autant plus que la démographie et la répartition du corps électoral sont amenés à évoluer. Le Conseil constitutionnel exige alors que la répartition des sièges et la délimitation des circonscriptions respectent *au mieux* l'égalité devant le suffrage¹⁸⁷⁸. La valeur de référence devrait être le nombre de votants car « *formulé mathématiquement, le poids d'un suffrage est une fraction dont le dénominateur est le nombre de votants que compte le corps électoral et dont le numérateur est le nombre de députés que le corps électoral doit élire* »¹⁸⁷⁹. Cependant, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, elle repose dans son application sur le nombre d'habitants par circonscriptions, ce dernier exigeant que l'élection se déroule « *sur des bases essentiellement démographiques* »¹⁸⁸⁰. Ce dénominateur commun a pu être critiqué en ce qu'il altère l'égalité de représentation des citoyens en prenant en compte des personnes qui ne font pas partie du corps électoral à l'instar des étrangers¹⁸⁸¹ ; il s'expliquerait toutefois par l'ancienneté de la pratique¹⁸⁸². Il

¹⁸⁷⁷ Sur le gerrymandering, cette manœuvre électorale consistant à donner un avantage politique en découpant sciemment une circonscription dans un sens, v. C. CASTOR, *L'égalité devant le suffrage : RFD const. 2012*, vol. 90, p. 1 s., spéc. p. 2.

¹⁸⁷⁸ Cons. const., 8 août 1985, n° 85-196, DC : *JORF 8 août 1995*, p. 9125. – Cons. const., 23 août 1985, n° 85-197, DC : *JORF 24 août 1985*, p. 9814. – Cons. const., 2 juill. 1996, n° 86-208 DC. – Cons. const., 18 nov. 1986, n° 86-218, DC : *JORF 19 nov. 1986*, p. 13769. – Cons. const., 7 juill. 1987, n° 87-227, DC : *JORF 8 juill. 1987*, p. 7456. – Cons. const., 10 janv. 2001, n° 2000-438, DC : *JORF 16 janv. 2001*, p. 784. – Cons. const., 18 févr. 2010, n° 602-2010, DC : *JORF 24 févr. 2010*, p. 3385 ; P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA, A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel : Dalloz 2018*, 19^{ème} éd., n° 46, p. 658 s. S'il le fait dans une mesure limitée, le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer le principe d'égalité devant le suffrage. C'est par exemple la situation géographique et statutaire particulière de Saint-Barthélemy et Saint-Martin qui a justifié l'attribution ensemble d'un siège de député, nonobstant une faible population et leur proximité de la Guadeloupe (Cons. const., 18 févr. 2010, *préc.*).

¹⁸⁷⁹ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat : LGDJ 1997*, p. 342-343.

¹⁸⁸⁰ *Décisions préc.*

¹⁸⁸¹ V. P. AVRIL, *Un homme, une voix : Pouvoirs 2007*, n° 120, p. 124 s.

¹⁸⁸² B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs : STH 1988*, p. 250. Adde P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA, A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel : Dalloz 2018*, 19^{ème} éd., n° 46, p. 664, n° 8.

n'en demeure pas moins un décalage entre ce qu'implique le principe et ce qui est posé par l'interprétation.

Le droit électoral exige, en somme, *via* l'égalité dans le suffrage, que la *signification du vote* soit préservée. Tel qu'interprété, le principe « un homme, une voix » est donc plus l'expression d'une égalité *satisfaisante* que d'une égalité strictement mathématique, impossible en pratique à réaliser parfaitement en raison du périmètre de l'élection et du nombre d'électeurs.

478. Transposition du principe « un homme, une voix » dans l'entreprise. Élever le droit électoral politique en droit de référence et lui emprunter la règle « un homme, une voix » aurait nécessairement pour conséquence une plus grande égalité entre salariés qui compteraient véritablement pour un et qui seraient appréhendés par leur seule *et même qualité* de salarié. Seule cette situation respecterait l'essence de l'appartenance du salarié à l'entreprise, que la présente étude définit par la détention de la qualité de salarié. Ce n'est pas tout, pour un salarié, de pouvoir accéder au scrutin professionnel au même titre que les autres salariés. Encore faut-il ensuite que sa voix compte autant, ni plus ni moins, que celle des autres, qu'importe la fourniture et la valeur de son travail (que l'on a appris à relativiser). Cette transposition du principe « un homme, une voix » dans l'entreprise n'est pas sans soulever des difficultés en raison des nombreuses différences qui traversent l'entreprise. *Prima facie*, si l'on ne dépasse pas l'observation concrète du monde de l'entreprise, il apparaît que les salariés n'ont réellement en commun que leur participation, par leur travail, à l'activité de l'entreprise. Or, puisque la participation diffère d'un salarié à un autre en fonction de la nature de leur contrat de travail, de leur durée du travail, de leur date d'embauche, de leur catégorie professionnelle, de leurs fonctions, de leur coefficient de qualification... il pourrait apparaître illégitime de consacrer le principe « un salarié, une voix ». Il suffit juste de se détacher de cette vue, de dépasser le seul prisme du concret et faire une place à l'abstrait en envisageant les salariés en leur *même qualité*. A ceux qui objecteraient que le principe « un salarié, une voix » organiserait l'égalitarisme dans l'entreprise, il sera répondu que la promotion d'une meilleure égalité dans le scrutin n'a pas pour conséquence de gommer les différences : société des égaux n'est pas société des semblables¹⁸⁸³. Le salarié qui compte déjà pour un *devant* le scrutin en raison de son

¹⁸⁸³ *Rappr.* D. SCHNAPPER, L'esprit démocratique des lois : Gallimard 2014, p. 143 s.

appartenance à l'entreprise¹⁸⁸⁴, devrait également se voir reconnaître *dans* le scrutin la même valeur, toujours en raison de la détention de sa qualité de salarié, du fait de la transposition du principe de droit électoral politique du principe « un homme, une voix ». L'« équivalence de qualité », rapportée par ROSANVALLON¹⁸⁸⁵, trouve à s'appliquer dans l'entreprise.

2. La déclinaison « un salarié, une voix »

479. L'énoncé de la règle « un salarié, une voix ». Autant l'égalité par tête est expressément assurée dans l'accès au scrutin par le droit positif, via la référence à l'appartenance du salarié à l'entreprise, autant, nous l'avons vu, elle n'est pas expressément assurée par celui-ci au niveau de la portée du scrutin. Il nous semble cependant que cette égalité dans le scrutin peut être atteinte par la transcription du principe « un homme, une voix » en entreprise. L'énoncé normatif de celui-ci serait alors le suivant : « un salarié, une voix ».

480. La mise en œuvre de la règle « un salarié, une voix ». Le principe « un homme, une voix », décliné pour l'occasion en « un salarié, une voix », permettrait d'atteindre la répartition proportionnelle à l'importance numérique de chaque collègue dont nous avons déploré plus haut qu'elle n'était pas imposée en droit positif et qu'elle était parfois non respectée par les partenaires sociaux. Ce n'est pas seulement que le principe « un homme, une voix » permettrait cette répartition équilibrée ; c'est, selon nous, qu'il l'impose. Dès lors que l'on souscrit au raisonnement juridique qui organise la transcription du principe « un homme, une voix » en « un salarié, une voix », il nous semble que des accords collectifs qui fixeraient un nombre de sièges non proportionnel à l'importance numérique du collègue ne peuvent être qu'illicites.

481. Équivalence de qualité de salarié. La déclinaison en droit du travail de ce principe politique nous a été inspiré par le raisonnement que la Cour de cassation tient s'agissant de l'électorat et de l'éligibilité du salarié. En exigeant expressément que le salarié *devant le scrutin* appartienne à l'entreprise (et non à ce qu'il travaille effectivement ou à ce qu'il soit

¹⁸⁸⁴ V. *supra* n° 442.

¹⁸⁸⁵ P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen* : Gallimard 1992, p. 8.

comptabilisé dans les effectifs) afin de voter ou d'être élu, le juge suprême incite à penser l'égalité comme abstraite et détachée du « geste travail ». C'est, selon nous, raisonner du point de vue de la qualité juridique de salarié. Nous ne faisons qu'étendre, prolonger ce raisonnement propre à l'entrée dans le scrutin à ce qui doit se jouer également *dans le scrutin*. Force est de constater l'équivalence de qualité entre les salariés d'une même entreprise et d'en tirer toutes les conclusions qui s'imposent en matière d'égalité, à savoir une répartition proportionnelle des sièges entre les collèges afin que chaque salarié électeur – ou même candidat – soit respecté dans sa qualité formelle. Tous salariés, tous électeurs, tous candidats.

482. Égalité abstraite vs égalité concrète. Cette équivalence de qualité, cette prise en compte d'une *même qualité* mène à une égalité abstraite entre salariés. C'est la force du Droit, en tant qu'ordre idéal, que de pouvoir ignorer, contrairement à l'économie et la sociologie, les différences qui ne sont pas utiles à la cause¹⁸⁸⁶. L'appartenance du salarié à l'entreprise suit, à notre sens, la même voie : il en va de l'essence même de l'appartenance juridique que d'instaurer une égalité abstraite¹⁸⁸⁷. Il peut paraître surprenant de notre part de promouvoir aujourd'hui, en droit du travail, l'égalité abstraite. Outre qu'elle ne reflète pas une conception moderne de l'égalité¹⁸⁸⁸ et qu'elle peut être qualifiée d'« *illusion* »¹⁸⁸⁹, c'est

¹⁸⁸⁶ *Comp.* F. EDEL pour qui la notion de différence est interne au concept d'égalité et qui plaide en faveur de la réinstitution de la différence au sein du concept d'égalité (F. EDEL, *Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité : Droits 2009*, p. 213 s.).

¹⁸⁸⁷ Selon CORNU, l'égalité abstraite, qui est particulièrement bien illustrée en matière civile par l'article 8 du Code civil, est le principe même de l'égalité (G. CORNU, *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français, in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 14, années 1961-1962 : *Daloz 1965*, p. 86 s., *spéc.* p. 96).

¹⁸⁸⁸ P.-Y. VERKINDT, *L'égalité au risque de la diversité : APD 2008*, p. 141 s., *spéc.* p. 151. Ce modèle d'égalité, celui de la première modernité, est concurrencé depuis les années soixante par un autre modèle d'égalité qui reconnaît les différences. En 1804, le Code civil envisageait l'homme essentiellement comme un être abstrait. Il en reste aujourd'hui une connotation souvent négative : l'homme abstrait est souvent vu comme interchangeable et figé. Sur ce point, v. D. FENOUILLET, *Égalité, discriminations, état civil : dynamique et incertitudes, in Communautés, discriminations et identité, Huitièmes journées René Savatier*, 26 et 27 octobre 2007, Université de Poitiers : *LGDJ 2009*, p. 87 s., *spéc.* p. 97 s.

¹⁸⁸⁹ D. FENOUILLET, *Égalité, discriminations, état civil : dynamique et incertitudes, in Communautés, discriminations et identité, Huitièmes journées René Savatier*, 26 et 27 octobre 2007, Université de Poitiers : *LGDJ 2009*, p. 87 s., *spéc.* p. 136. V. aussi, sur l'inefficacité de l'égalité abstraite quant à l'égalité entre les sexes, D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité : PUF 2015*, *spéc.* p. 69 s. La règle de droit même

une notion qui est surtout abordée avec méfiance en droit du travail, qui lui préfère l'égalité concrète dont la capacité de correction de la logique contractuelle est particulièrement appréciée¹⁸⁹⁰. En promouvant aujourd'hui l'égalité abstraite, par préférence à l'égalité concrète, la présente étude ferait-elle preuve dans le meilleur des cas d'une logique dépassée et dans le pire d'une logique injuste, voire dangereuse ?

Il n'en est rien. Cette égalité abstraite, effet direct de la prise en compte de l'appartenance du salarié à l'entreprise, se justifie parce qu'elle se déploie dans un cercle d'appartenance : celui de l'entreprise¹⁸⁹¹. Promouvoir une meilleure égalité abstraite *dans l'entreprise* n'empêche pas que soient développées *sur un plan différent*, c'est-à-dire au niveau du marché du travail, des politiques d'emploi en faveur des travailleurs identifiés comme étant désavantagés notamment par l'âge ou le sexe¹⁸⁹². Mais, surtout, l'abus d'égalité abstraite menace lorsque cette égalité se déploie *en dehors d'un ensemble préconstitué*. Dans un tel cas, le renvoi excessif à une égalité abstraite risque en effet d'engendrer de perpétuels rapports de force entre individus envisagés formellement et placés sur un pied d'égalité sans considération de leurs situations particulières ; ceux qui ont déjà plus que les autres ou ceux qui sont plus capables tireraient alors avantage d'un jeu égal. Toutefois, l'occultation des différences à l'intérieur d'un ensemble préconstitué, ici l'entreprise, semble autrement légitime¹⁸⁹³. Dans l'entreprise, l'égalité abstraite ne renvoie pas les salariés à eux-mêmes, à

abstraite peut conduire à l'exclusion des femmes (l'auteur prend l'exemple du droit de vote) sur la base d'un postulat implicite.

¹⁸⁹⁰ P. ADAM, L'individualisation du droit du travail : *LGDJ 2005*, p. 137, n° 172 ; A. SUPIOT, Critique du droit du travail : *PUF 2015*, 3^{ème} éd., p. 133 s. et p. 222 s.

¹⁸⁹¹ A. FABRE, L'égalité en droit privé, in *Égalité et droit social*, dir. J.-F. AKANDJI-KOMBE, collab. L. PECAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLOU : éd. *IRJS 2014*, p. 87 s., spéc. p. 88, qui tire de la définition donnée par ARISTOTE de l'égalité dans *Éthique à Nicomaque* la construction suivante : l'établissement d'un lien d'égalité entre plusieurs personnes n'est possible que si les personnes font partie d'un même cercle, cercle qui peut résulter de la référence par un texte de loi à une qualité juridique.

¹⁸⁹² Politiques qui doivent toutefois être maniées avec précaution afin de ne pas créer d'autres inégalités en comblant celles auxquelles elles espèrent remédier.

¹⁸⁹³ A. LYON-CAEN, L'égalité et la loi en droit du travail : *Dr. soc. 1990*, p. 68 s., spéc. p. 69. Nous pensons que l'égalité abstraite a besoin d'être sécurisée grâce à un cadre de cohérence, bien qu'on ait écrit que l'existence d'une communauté de travail n'est pas suffisante pour que le principe d'égalité puisse trouver à s'appliquer, v. B. BAUDUIN, J. BODDAERT, L'appréhension de l'égalité par le droit social et le droit civil, in

leur capacités individuelles. Bien au contraire, toute référence au *facio* étant délaissée, les salariés sont tous appréhendés juridiquement par la *même qualité* : il sont *tous* et *chacun* membres de façon équivalente.

483. Rapports entre appartenance à l'entreprise et sentiment d'appartenance à l'entreprise. Le sentiment d'appartenance dépasse le champ réservé à cette étude juridique¹⁸⁹⁴. Il n'est toutefois pas inutile, à *présent que nous avons défini objectivement l'appartenance du salarié à l'entreprise comme la détention de la qualité de salarié*, d'envisager brièvement son rapport avec l'appartenance juridique proprement dite. S'ignorent-ils ? S'influencent-ils ? Si des influences sont relevées, sont-elles réciproques ? Le sentiment d'appartenance, qui renvoie à un processus d'intégration et d'assimilation, peut se développer tant au niveau individuel (l'exemple typique est celui de la mère et du nourrisson) qu'au niveau collectif (un esprit communautaire)¹⁸⁹⁵. Dans le monde de l'entreprise, le sentiment d'appartenance se développe sur le plan collectif en corrélation avec la culture d'entreprise¹⁸⁹⁶ : il résulte d'une intégration, par le salarié, des valeurs de l'entreprise. Il excède en cela le strict domaine juridique et, ignoré du droit du travail¹⁸⁹⁷, il intéresse essentiellement les sciences de gestion des ressources humaines et de management¹⁸⁹⁸. « *Le sentiment d'appartenance est la conscience de partager avec d'autres*

Egalité et droit social, dir. J.-F. AKANDJI-KOMBE, collab. L. PECAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLOU : *éd. IRJS 2014, p. 119 s.*

¹⁸⁹⁴ V. *supra* n° 5. Adde G. KOUBI, Contentieux de l'appartenance et mesures de faveur. A propos de la naturalisation et de la réintégration dans la nationalité française, in Anne Gotman (dir.), *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »* : *Ed. Maison des Sciences de l'Homme 2004, p. 113 s.*

¹⁸⁹⁵ A. MUCCHIELLI, *L'identité* : *PUF 2002, 5^{ème} éd., p. 68 s.*

¹⁸⁹⁶ J.-P. LHERNOULD, *Droit du travail et communautarismes* : *RJS 2008, p. 9 s., spéc. p. 16.*

¹⁸⁹⁷ Le droit du travail ne ménage pas particulièrement de place, aux côtés de l'intérêt de l'entreprise, à la culture d'entreprise. Ainsi, le salarié n'est pas tenu de participer aux événements d'entreprise et il a d'ailleurs le droit à son salaire quand bien même il n'aurait pas effectivement travaillé ce jour-là : Soc. 8 oct. 1996 : *Bull. n° 317* ; *pourvoi n° 93-44.672* ; *Dr. soc. 1997, p. 89, note J. SAVATIER* ; *RTD Civ. 1997, p. 633, note J. HAUSER* ; *RTD Civ. 1997, p. 655, note J. MESTRE*. Pour une critique de la culture d'entreprise, qui a pu être considérée comme un « néo-paternalisme », v. J.-P. LE GOFF, *Le mythe de l'entreprise, Critique de l'idéologie managériale* : *La Découverte 1995.*

¹⁸⁹⁸ Le sentiment d'appartenance à l'entreprise est régulièrement présenté comme accentuant la productivité du salarié. L'école des relations humaines dont MAYO est un représentant avait déjà mis en exergue, en réaction

des valeurs, d'avoir des compréhensions communes et des intérêts identiques »¹⁸⁹⁹. Le sentiment d'appartenance est donc à distinguer formellement de l'appartenance juridique à l'entreprise. Le premier est *se reconnaître et être capable d'apprécier* une manière d'être¹⁹⁰⁰ (« *on passe de l'être au faire* »¹⁹⁰¹) alors que la seconde a été définie objectivement, dans la présente étude, comme la *manière d'être* provenant d'une reconnaissance formelle par l'ordre juridique.

Est-ce à dire pour autant que l'appartenance à l'entreprise se développe sur un plan strictement parallèle au sentiment d'appartenance ? Si « *le droit n'a pas de prise sur le sentiment* »¹⁹⁰², nous nous permettrons de supposer que la réciproque n'est pas toujours vraie. S'il est permis d'avancer une hypothèse, elle serait que l'objectif nourrit le subjectif. L'influence entre appartenance et sentiment d'appartenance n'est certes pas aisée à analyser. En droit international privé, les auteurs mettent en garde contre une vision strictement juridique de l'appartenance. Une nationalité qui n'exprimerait plus le sentiment d'appartenance à la communauté nationale serait, nous dit-on, un lien « juridicisé » et

notamment au taylorisme, l'importance des groupes et des sentiments quant à l'accroissement de la productivité dans les usines, avec l'effet HAWTHORN (*The Human Problems of an Industrialized Civilization*, 1933). MASLOW a pu également, par la suite, souligner l'importance de la satisfaction du besoin d'appartenance, « *the love needs* », pour augmenter la motivation dans le travail (*A theory of human motivation*, 1940). Ce sentiment d'appartenance est également présenté comme réduisant les ruptures de contrat du fait du salarié (R. ADAMEC, N. CABANNES, M. LANDRY, A. REYMANN, *Le marketing en mode social : Cah. du DRH* 2010, 1er sept., n° 168.).

¹⁸⁹⁹ J.-L. MATHARAN, Histoire du sentiment d'appartenance en France. Du XIIème siècle à nos jours : *L'Harmattan* 2010, p. 8.

¹⁹⁰⁰ J.-L. MATHARAN, Histoire du sentiment d'appartenance en France. Du XIIème siècle à nos jours : *L'Harmattan* 2010, p. 8. V. pour une conception plus dissymétrique, basée sur le sentiment de « dépendre », P. AUDI, Remarques sur le sentiment d'appartenance : *Les Temps Modernes* 2010, n° 661, p. 151 s.

¹⁹⁰¹ P. AUDI, Remarques sur le sentiment d'appartenance : *Les Temps Modernes* 2010, n° 661, p. 154.

¹⁹⁰² P. LAGARDE, Débat suivant l'intervention du Pr. Fulchiron, in *Droit international privé. Travaux du Comité français de droit international privé*, 14^{ème} année 1998-2000 : *Pedone* 2001, p. 196. Adde. G. KOUBI, Contentieux de l'appartenance et mesures de faveur. A propos de la naturalisation et de la réintégration dans la nationalité française, in *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, dir. A. GOTMAN : *Ed. Maison des Sciences de l'Homme* 2004, p. 113 s.

purement utilitaire¹⁹⁰³. Il faudrait, en somme, craindre que la disparition de la correspondance entre le sentiment d'appartenance et l'appartenance n'entraîne la perte de la mystique de l'appartenance et, s'agissant de l'appartenance à la population constitutive d'un État, la rupture de la société française. Si nous ne pouvons parler pour le droit international privé, dont la représentation comme modèle d'appartenance trouve ses limites dans la différence d'enjeux, et plus spécifiquement dans l'absence en droit du travail du concept de nation et dans l'indifférence d'y « faire collectivité »¹⁹⁰⁴, il n'est pas absurde, dans l'entreprise, de formuler l'hypothèse selon laquelle l'appartenance juridique *précède et génère*, au moins pour partie, le sentiment d'appartenance. Le salarié aura d'autant plus conscience de faire partie et/ou de dépendre d'un ensemble *qu'il comptera effectivement*. La qualité de salarié revient à dire que *le salarié est dans le cercle quoi qu'il fasse*. Au plan collectif, cela signifie également que tous les salariés comptent dans le cercle. Il n'y aura probablement jamais d'exacte correspondance entre l'appartenance à l'entreprise et le sentiment d'appartenance à celle-ci. La qualité de salarié a été, a et va encore certaines fois être reconnue envers un travailleur qui ne se sent pas appartenir à l'entreprise. Il est certain que tel est le cas pour un salarié tout juste embauché ou un salarié « sur le départ ». Il est possible que cela soit le cas pour un salarié qui exerce des fonctions peu gratifiantes, qui télétravaille ou dont l'entreprise ne développe pas de culture d'entreprise. Cette inadéquation ponctuelle ne doit cependant pas alarmer puisqu'il n'est en aucune façon possible d'arriver à une correspondance qui est peut-être celle du droit de la nationalité mais qui n'est en tout cas pas l'objet du droit du travail¹⁹⁰⁵. Des rapports entre appartenance et sentiment d'appartenance nous nous limiterons donc à proposer un abondement du subjectif par l'objectif. Le reste ne relève pas du Droit.

¹⁹⁰³ H. FULCHIRON, La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité, *in* Droit international privé. Travaux du Comité français de droit international privé, 14^{ème} année 1998-2000 : *Pedone 2001*, p. 185.

¹⁹⁰⁴ V. *supra* n° 7.

¹⁹⁰⁵ L'appartenance juridique à l'entreprise n'a pas, contrairement à la philosophie du droit de la nationalité chargée d'une dimension éminemment politique et limitée par le projet national commun, à faire coïncider appartenance et sentiment. V. par ex. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé* : Dalloz 1956, rééd. Dalloz 2002, p. 211 : « *l'attribution imprudente de la nationalité à des individus qui ne se sentent pas sincèrement Français serait plus nuisible qu'utile* ».

484. Conclusion de section. Condition fondamentale pour que le salarié puisse accéder au vote, l'appartenance à l'entreprise instaure une égalité entre salariés, fondée sur la détention d'une *même qualité*, celle de salarié. S'agissant de l'élection de la délégation du personnel au comité social et économique, si l'on fait abstraction des trois autres conditions (âge, capacité, ancienneté) et que l'on envisage seulement celle relative à l'appartenance du salarié à l'entreprise, qui est expressément demandée par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, force est de constater que cette appartenance instaure une égalité par tête entre les salariés : qu'importe la nature du contrat de travail, la valeur de leur travail ou même la fourniture de celui-ci, tous sont appelés au même titre à voter. En raison de leur *même qualité* juridique (de salarié), ils *compteront pour un* devant le scrutin. S'agissant du référendum, la chose est encore plus vraie puisque bien souvent les trois autres conditions (âge, capacité, ancienneté) ne sont pas exigées : seule l'appartenance du salarié à l'entreprise peut fonder l'accès au référendum et, par-là, l'égalité entre salariés. Mais l'accès au scrutin n'épuise pas l'égalité par tête : pour compter pour un, encore faut-il ensuite avoir le même poids *dans le scrutin*. La jurisprudence de la chambre sociale n'exige pas, à ce stade, que le salarié appartienne à l'entreprise et que le même poids soit reconnu à chaque voix en raison de la détention d'une même qualité juridique (de salarié). S'agissant de l'élection de la délégation du personnel au comité social et économique rien ne s'oppose formellement à ce que le nombre de sièges dévolus à chaque collègue ne soit pas proportionnel à l'importance numérique du collègue. Il semble pourtant, au terme d'un détour par le droit électoral politique, érigé pour l'occasion en référence, que la règle « un salarié, une voix » trouve à s'appliquer dans l'entreprise et qu'en raison d'une équivalence de qualité, d'une *même qualité* de salarié le nombre de siège dévolu à chaque collègue doit respecter l'importance numérique de ce collègue.

Section 2 : Compter pour un en dehors de l'urne

485. Virtualités de l'égalité entre salariés. L'effet égalitaire fondé sur l'appartenance à un même ensemble préconstitué ne peut-il se retrouver en dehors de l'urne, de l'élection professionnelle ? Est-ce à dire que le moment du scrutin est, pour les salariés de l'entreprise, le seul moment où ils sont égaux les uns pour les autres et les uns entre les autres en raison

de leur qualité commune de salarié, de la même qualité qu'ils partagent ? Les salariés, profondément individualisés par leur capacité de travail, seraient alors subsumés par leur fonction d'électeur ou de candidat avant de recouvrer, une fois le scrutin terminé, leurs différences de valeurs et de productivité. Ils redeviendraient acteurs de *facio* sans que leur *même qualité* ne soit plus jamais opérante. Le scrutin n'aurait été, sinon une anomalie, qu'une respiration, une parenthèse qui s'expliquerait par le fait qu'il est symboliquement difficile de pondérer le poids de l'électeur ou du candidat devant le scrutin même professionnel. Il est certain que la chambre sociale de la Cour cassation n'emploie expressément l'expression « d'appartenance à l'entreprise » – dans une dimension égalitaire – qu'à l'occasion des élections professionnelles et de la délimitation du corps électoral. Il est vrai que l'entreprise n'est pas un groupement naturellement égalitaire et les salariés qui la composent n'ont pas l'essence des sociétaires, des actionnaires, des associés... qui sont autant de membres de groupements homogènes¹⁹⁰⁶. En principe, les salariés pris collectivement ne comptent pour un dans l'entreprise que s'ils correspondent à un type bien précis : *celui du salarié présent (logique marchande) qui travaille l'équivalent d'un temps plein (logique comptable)*. Il est juste que l'entreprise soit pénétrée de ces deux logiques : elle n'est ni une œuvre de charité ni une société coopérative. Les salariés ne peuvent être en tout état de cause traités de la même façon indépendamment de toute référence à l'exécution de leur prestation caractéristique de travail. Mais cela n'empêche pas de corriger ponctuellement cette réalité toute économique lorsque des intérêts supérieurs le justifient, en raisonnant par la *même qualité* de salarié. Dès lors que l'on raisonne au niveau de cette qualité qui est partagée par les salariés de l'entreprise et qui leur confère une place, une position identique, sans se référer au travail qu'ils fournissent individuellement, il est possible d'instaurer ponctuellement une égalité par tête et d'envisager qu'ils puissent compter pour un, et pas seulement dans l'urne. Nous proposons la reconnaissance d'un principe général subsidiaire d'égalité dans l'entreprise qui aurait vocation ni à bouleverser l'ordonnement de cette dernière ni à évincer le geste travail mais à corriger certains des effets de ce dernier. Cette correction est clairement poursuivie en cas de travail à temps partiel (§1). On pourrait proposer encore d'autres domaines à cette égalité (§2).

¹⁹⁰⁶ Sur l'ordonnement de l'entreprise, v. *supra* n° 103.

§1. Le principe d'égalité de droits entre les salariés à temps partiel et à temps complet

486. Tel qu'il existe en droit du travail, le principe d'égalité est ambivalent : il renvoie aussi bien à une égalité par tête qu'à une égalité en proportion (**I**). Les droits attribués « par tête » sont suffisamment nombreux pour pouvoir affirmer que le droit du travail tend à permettre au salarié à temps partiel de compter pour un (**II**).

I. Le principe d'égalité dans le travail à temps partiel

487. Ce que le temps partiel dit de la valeur du travailleur. Est considéré comme salarié à temps partiel le salarié dont la durée du travail est inférieure à une durée de référence¹⁹⁰⁷. Cette catégorie particulière de travailleurs est caractérisée par son hétérogénéité : elle rassemble diverses durées de travail, divers contrats, diverses catégories d'âge¹⁹⁰⁸... Cette bigarrure se retrouve jusque dans la raison qui incite à travailler à temps partiel. En effet, ce mode de travail peut être tout aussi bien choisi¹⁹⁰⁹ que subi et accepté par nécessité économique en raison d'une conjoncture de sous-emploi, même si, au plan strictement juridique, il requiert le consentement du salarié¹⁹¹⁰. Nécessairement consenti, le

¹⁹⁰⁷ C. trav., art. L. 3123-1.

¹⁹⁰⁸ Une des seules constantes est le caractère féminin du travail à temps partiel. Il est, en effet, majoritairement exercé par les femmes, il concerne encore en 2016 31 % des femmes contre 8 % des hommes. V. sur ce point Les tableaux de l'économie française : Insee 2018, p. 49. C'est-à-dire qu'en 20 ans, la part de femmes à temps partiel n'a pas varié tandis que celle des hommes a augmenté puisqu'en mars 1996, plus de 5 % des emplois occupés par les des hommes et près de 30 % des emplois occupés par des femmes étaient des emplois à temps partiel (F. FAVENNEC-HERY, *Le travail à temps partiel : Litec 1997, p. 14, n° 12*). Certains auteurs ont même formulé l'hypothèse selon laquelle le genre du travail à temps partiel (féminin, donc) est le seul caractère propre à lui donner une unité. V. M. MARUANI, *Travail et emploi des femmes : La Découverte 2017, 5^{ème} éd.*

¹⁹⁰⁹ Le travail à temps partiel est une manifestation du temps choisi, v. F. FAVENNEC-HERY, *Le temps vraiment choisi : Dr. soc. 2000, p. 295 s.*

¹⁹¹⁰ C. trav., art. L. 3123-4 : « le refus par un salarié d'accomplir un travail à temps partiel ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement ». Pour un exposé de plusieurs cas de figure qui peuvent, plus ou moins

temps partiel n'en est pas toujours volontariste. Le travail à temps partiel est sans nul doute un « *phénomène multiforme* »¹⁹¹¹.

Il possède toutefois un caractère propre permettant de le doter d'une relative unité. Le travail à temps partiel se définit, dans tous les cas, par rapport à une durée de référence. Il « *vit à la remorque du travail à temps plein* »¹⁹¹², c'est-à-dire qu'il n'est qu'une notion relative qui n'existe que par référence au travail à temps complet. Cette référence tourne à sa défaveur puisque le temps partiel devient nécessairement synonyme de *travailler moins*¹⁹¹³. De cette comparaison avec le temps plein, le temps partiel en ressort diminué et, par corrélation, le travailleur à temps partiel dévalorisé. La notion de travail à temps partiel dit, en conséquence, beaucoup de la *valeur du travailleur*. En travaillant moins que le salarié-type qui est à temps plein, le salarié à temps partiel produit moins et en application de la « valeur travail » qui gouverne l'entreprise (et dont nous appelons à la relativisation), il ne compte pas pour la même part. En application d'un principe de justice commutative, il devrait voir son influence et ses droits réduits de la part non travaillée, et non compter pour un.

488. Principe d'égalité de droits. Pourtant, un « *principe d'égalité de droits* »¹⁹¹⁴ entre les salariés à temps partiel et à temps complet est posé à l'article L. 3123-5¹⁹¹⁵. Ce principe

directement, priver de toute efficacité la possibilité de refus du salarié (notamment dans le cadre d'un licenciement économique), v. F. FAVENNEC-HERY, *Le travail à temps partiel : Litec 1997*, p. 106 s., n° 115 s. On peut y ajouter l'accord de performance collective réduisant la durée du travail, le salarié ne pouvant refuser la modification de son contrat de travail consécutive à l'application de l'accord sans encourir le risque d'être licencié pour motif *sui generis*.

¹⁹¹¹ M. MARUANI, *Travail et emploi des femmes : La Découverte 2017*, 5^{ème} éd., p. 75.

¹⁹¹² F. FAVENNEC-HERY, *Le travail à temps partiel : Litec 1997*, p. 2, n° 2.

¹⁹¹³ Travailler moins mais pas forcément peu : le régime juridique du temps partiel est construit autour d'une « durée minimale de travail » auquel il n'est possible de déroger que par exception. Aux termes de l'article L. 3123-27 et à défaut d'accord collectif, cette durée est de vingt-quatre heures par semaine.

¹⁹¹⁴ D. CORRIGNAN-CARSIN, *Principe d'égalité entre salariés à temps complet et à temps partiel et calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement : JCP G 2018*, 1083.

¹⁹¹⁵ « *Le salarié à temps partiel bénéficie des droits reconnus au salarié à temps complet par la loi, les conventions et les accords d'entreprise ou d'établissement sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif.*

La période d'essai d'un salarié à temps partiel ne peut avoir une durée calendaire supérieure à celle du salarié à temps complet ».

d'égalité comprend, comme dans toute égalité, deux aspects : égalité par tête et égalité en proportion. Seule la première instaure une véritable identité des droits : le salarié à temps partiel *comptera pour un*. Par rapport au salarié à temps plein, il sera considéré à l'identique et non pas proportionnellement à son temps de travail. Ce n'est alors pas tant une égalité de traitement qu'une véritable égalité de valeur reposant sur une même qualité juridique¹⁹¹⁶, celle de salarié. Partant, dans cette dimension, le principe résiste à toute justice commutative. C'est pour l'entreprise une situation remarquable. Hors élections professionnelles, il n'existe pas d'autre hypothèse où l'on retrouverait de façon aussi claire l'idée d'égalité tirée d'une qualité juridique commune, d'une même qualité de salarié. C'est un choix de notre système juridique d'autant plus remarquable que le travail à temps partiel est, au plan juridique, librement choisi par le salarié. En augmentation¹⁹¹⁷, le travail à temps partiel permet au salarié de concilier un travail salarié avec d'autres considérations tirées de sa vie professionnelle, personnelle ou associative. Il pourrait être juste de faire supporter par le salarié les conséquences de la conclusion d'un contrat de travail à temps partiel et ainsi de « réduire » l'étendue de ses droits en découlant.

Dans quelques cas prévus par la loi et complétés, dans une moindre mesure, par la jurisprudence, la qualité de salarié prime la prestation de travail réalisée. Ces cas traduisent la réalisation d'une véritable égalité par tête au détriment de l'égalité en proportion c'est-à-dire en fonction de l'exécution du travail. Pour le dire autrement, le salarié à temps partiel va certaines fois *compter pour un alors même que la durée du travail qu'il réalise est inférieure à la durée légale et qu'il représente dans les effectifs une valeur inférieure à un*.

¹⁹¹⁶ Le troisième paragraphe de la première sous-section de la première section du troisième chapitre du deuxième titre du premier livre de la troisième partie du code du travail est pourtant intitulé « Égalité de traitement avec les salariés à temps plein ». Mais le principe d'égalité de traitement garantit avant tout un égal accès aux règles du droit du travail et est tout à fait compatible avec une application des dispositions au prorata du temps de présence. C'est d'ailleurs toute la logique qui sous-tend le principe « à travail égal, salaire égal ». La référence à une situation égale justifie justement la réduction proportionnelle des droits. – Pour une différence entre l'égalité par référence à une qualité juridique et l'égalité par prohibition d'un critère de distinction, v. A. FABRE, L'égalité en droit privé, in *Égalité et droit social*, dir. J.-F. AKANDJI-KOMBE, collab. L. PECAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLOU : *éd. IRJS 2014*, p. 87 s., *spéc. p. 89 s.*

¹⁹¹⁷ Il représentait à peine plus d'un emploi sur vingt à la fin des années 1960 et un emploi sur dix à partir de 1983. En 2016, il représente près d'un emploi sur cinq. V. sur ce point Les tableaux de l'économie française : *Insee 2018*, p. 48 s.

En effet, aux termes du troisième alinéa de l'article L. 1111-2, les salariés sont pris en compte en divisant la somme totale des horaires inscrits dans leurs contrats de travail par la durée légale ou la durée conventionnelle du travail. En conséquence, un salarié à temps partiel qui travaillerait deux jours par semaine compterait dans les effectifs pour 0,43. L'égalité que fonde la même qualité de salarié permet de dépasser cette logique comptable.

II. Le régime d'égalité : compter pour un en raison de la qualité de salarié

489. Égalité de droits entre le salarié à temps partiel et le salarié à temps complet et droits légaux. Le salarié à temps partiel compte évidemment pour un dans l'urne¹⁹¹⁸. Mais il s'agit ici de se placer *hors de l'urne*. Pour corriger l'implacabilité des logiques marchande et comptable, le législateur raisonne, dans certains cas, par tête, c'est-à-dire que le salarié à temps partiel sera pris compte en qualité de salarié, comme le sont les autres salariés de l'entreprise, et sans que ses droits soient adaptés ou minorés en raison de sa durée de travail inférieure à la durée légale. S'agissant du travail à temps partiel, la jurisprudence ne fait pas référence à l'appartenance du salarié à l'entreprise, qui n'est, du reste, exploitée que dans quelques hypothèses bien précises, pas plus qu'à la même qualité de salarié, mais c'est bien le raisonnement par tête que l'on retrouve dans cette acception.

Ces cas, non isolés, renvoient essentiellement à des avantages non financiers ; leur nombre permet d'affirmer que le droit poursuit une égalité des droits entre salariés à temps complet et à temps partiel. Premièrement, la période d'essai du salarié à temps partiel ne peut avoir une durée calendaire plus longue que celle des salariés à temps complet¹⁹¹⁹. Deuxièmement,

¹⁹¹⁸ V. *supra* n° 439.

¹⁹¹⁹ C. trav., art. L. 3123-5, al. 2. Cette logique qui écarte toute référence au travail effectif ne va pas d'ailleurs sans malmener l'objet poursuivi par l'essai. Selon l'article L. 1221-20 du code du travail, l'essai a pour but d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent. Or, il est indéniable que la durée de travail du salarié à temps partiel étant moindre que celle du salarié à temps complet, l'évaluation de ce premier est rendue malaisée. Le salarié ne peut être évalué dans le travail ou apprécier le travail durant les jours ou heures non

le calcul de l'ancienneté du salarié à temps partiel se fait exclusivement au regard de la date d'embauche et sans déduire les temps non travaillés¹⁹²⁰. Troisièmement, les congés payés légaux sont dus aux salariés à temps partiel sans proratisation aucune : ces derniers acquièrent deux jours et demi ouvrables par mois au même titre que les salariés à temps complet. Quatrièmement, le salarié à temps partiel a droit, en principe, aux titres-restaurant et titres-transport sans que sa durée de travail ne puisse lui être opposée¹⁹²¹. Cinquièmement, le salarié à temps partiel bénéficie, en principe, d'une alimentation forfaitaire de son compte personnel de formation¹⁹²². Sixièmement, le salarié à temps partiel ne peut se voir reprocher sa durée de travail et la nature de son contrat de travail par l'employeur qui définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements économiques¹⁹²³. Il en va de même dans le cas où l'employeur choisit un salarié à temps partiel de préférence à un salarié à temps complet¹⁹²⁴. Le salarié compte pour un dans le bonheur comme dans le malheur¹⁹²⁵ ! Voilà pour les cas dans lesquels la *logique de proportion* est mise de côté au profit d'une prise en compte de la même qualité de salarié¹⁹²⁶. En vertu d'une ligne jurisprudentielle habituelle

travaillés. La logique réaliste aurait voulu que la période d'essai du salarié à temps partiel soit comptée en jours travaillés et non en jours calendaires. La finalité de l'essai cède ici devant le principe d'égalité.

¹⁹²⁰ C. trav., art. L. 3123-5, al. 4. Ici encore, la finalité de l'ancienneté, à savoir la comptabilisation d'une expérience et d'une fidélité, cède devant le principe d'égalité puisque le salarié à temps partiel n'acquiert ni l'une ni l'autre à l'occasion des jours ou heures non travaillés.

¹⁹²¹ Cependant, l'horaire de travail doit être traversé d'une pause-déjeuner pour que le salarié à temps partiel puisse bénéficier des titres-restaurant. Quant à la prise en charge par l'employeur des frais de transport, ceux-ci seront remboursés sans proratisation uniquement si le salarié occupe *a minima* un mi-temps.

¹⁹²² C. trav., art. L. 6323-11. Ce n'est que si le salarié a effectué une durée de travail inférieure à la moitié de la durée légale ou conventionnelle de travail que son compte est alimenté à « *due proportion de la durée de travail effectuée* » (al. 2).

¹⁹²³ Soc. 4 juillet 2012 : pourvoi n° 11-12.045, Bull. V, n° 211.

¹⁹²⁴ Soc. 3 mars 1998 : pourvoi n° 95-41.610, Bull. V, n° 113.

¹⁹²⁵ F. FAVENNEC-HERY, Travail à temps partiel et ordre des licenciements ou l'égalité dans le malheur : *Dr. soc.* 1998, p. 683 s.

¹⁹²⁶ Il y a des cas qui ne répondent pas à un strict raisonnement par tête et renvoient à une logique mixte, c'est-à-dire une logique où l'on n'occulte qu'imparfaitement la durée de travail à temps partiel. Il s'agit notamment des jours fériés et de l'indemnité de licenciement. S'agissant des premiers, si le jour férié tombe un jour où le salarié ne devait pas travailler, aucune rémunération ne lui est en principe due. Dans le cas contraire, le salarié sera rémunéré sans que l'employeur ne puisse lui demander de récupérer le temps de travail. Toutefois,

qui ne prend pas en compte le temps de travail pour distinguer entre les salariés¹⁹²⁷, le salarié à temps partiel n'est pas distingué du salarié à temps complet en raison de la même qualité de salarié, de la même place qu'ils partagent. Ces hypothèses sont toutefois instituées au cas par cas afin de ne consacrer un principe *général* d'égalité qui remettrait en cause le fait que, dans l'entreprise, les droits sont en principe générés par l'exécution de son travail par le salarié.

490. Conservation de la logique de proportion pour la rémunération du salarié à temps partiel. Le législateur a conservé, pour la rémunération du salarié à temps partiel, la logique de proportion. En effet, aux termes du cinquième alinéa de l'article L. 3123-5, la rémunération du salarié à temps partiel est proportionnelle à celle du salarié qui, à qualification égale, occupe à temps complet un emploi équivalent dans l'établissement ou l'entreprise. Pour les aspects financiers, ce n'est pas la *même qualité* de salarié qui sera déterminante mais la *quantité individuelle* à l'œuvre derrière la notion de proportionnalité¹⁹²⁸. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il n'y a plus d'égalité entre le salarié à temps partiel et le salarié à temps complet¹⁹²⁹ ; il s'agit simplement d'une égalité qui n'opère plus par tête mais par proportion. Il n'empêche qu'on sort, dès lors, de la logique gouvernant l'appartenance du salarié à l'entreprise, qui se définit selon nous par la détention de la qualité de salarié. Le salarié à temps partiel ne compte alors plus pour un : il est au contraire ramené

l'employeur pourra rémunérer ce jour férié en fonction de la durée journalière de travail à temps partiel et non en fonction de la durée de travail à temps complet (Soc. 5 juin 2008 : pourvoi n° 06-41.203, Bull. V, n° 126). S'agissant de l'indemnité de licenciement, si le salarié a travaillé à temps plein et à temps complet depuis son entrée dans l'entreprise, l'indemnité prendra en compte les périodes travaillées à temps plein comme à temps partiel (C. trav., art. L. 3123-5, al. 5).

¹⁹²⁷ S. BEAL et M. MARGUERITE, Egalité de traitement. Ordre des licenciements : traitement identique des salariés à temps complet et à temps partiel : *JCP S 2012, 1407*.

¹⁹²⁸ « Proportionnalité », in Dictionnaire de l'Académie française : 9^{ème} éd., <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4627>.

¹⁹²⁹ Égalité peut très bien « rimer » avec proportionnalité (P. ROZEC, Avantages accordés aux salariés à temps partiel : égalité rime avec proportionnalité : *JCP S 2017, 1327*).

à la valeur qu'il produit en travaillant et au temps consacré à l'exécution de sa prestation de travail¹⁹³⁰.

491. Égalité de droits entre le salarié à temps partiel et le salarié à temps complet et droits conventionnels. Le contrat collectif peut, de son côté, prévoir des modalités spécifiques au salarié à temps partiel et notamment une proratisation des droits. Il est donc tout à fait possible pour les partenaires sociaux de moduler la place laissée à la proportionnalité pour tous les avantages prévus à la convention ou à l'accord collectif. L'accès des salariés à temps partiel auxdits avantages est en revanche strictement encadré : la convention ou l'accord collectif ne peut totalement écarter de son champ d'application le salarié à temps partiel. Également, la proratisation ne se présume pas : on retrouve ici la vitalité du principe d'égalité entre salariés à temps plein et temps partiel que nous expliquons par la détention d'une même qualité de salarié. Les partenaires sociaux auront en conséquence tout intérêt à soigner la rédaction des clauses issues de la négociation car une disposition d'une convention ou d'un accord collectif qui attribuerait sans distinction une prime empêcherait par la suite toute proratisation de la valeur et toute réduction proportionnelle par le juge du champ d'application de la convention ou de l'accord collectif¹⁹³¹.

En dehors de l'hypothèse du temps partiel – où l'appartenance du salarié à l'entreprise, définie par la détention de la qualité de salarié, n'est pas expressément retenue par le juge ou le législateur mais où elle est contenue dans l'idée – on ne retrouve pas cette équivalence de valeur entre salariés véhiculée par la détention d'une même qualité juridique. Le droit établit dans quelques cas une véritable équivalence juridique entre le salarié à temps partiel et à temps complet. Selon que l'on se situe du côté de la personne au travail (la qualité de salarié) ou du travail de la personne (le *facio*), cette équivalence apparaît ou non fictionnelle.

¹⁹³⁰ S'agissant de l'exercice de ses fonctions représentatives, il convient de noter que le salarié à temps partiel bénéficie en revanche des mêmes rémunérations et indemnités que les travailleurs à temps complet (Soc. 26 juin 2013 : pourvoi n° 12-13.368, inédit). Mais alors le temps de travail mensuel d'un salarié à temps partiel ne peut être réduit de plus d'un tiers par l'utilisation du crédit d'heures (C. trav., art. L. 3123-14).

¹⁹³¹ Soc. 15 sept. 2010 : pourvoi n° 08-45.050, Bull. V, n° 181 (à propos d'une prime d'expérience, d'une prime familiale et d'une prime de vacances). – Soc. 9 nov. 2010 : pourvoi n° 09-42.967, inédit (à propos d'une prime familiale et d'une prime de vacances). – Soc. 26 sept. 2018 : pourvoi n° 17-11.102, Bull. V, à paraître (à propos d'un plafond conventionnel de licenciement).

En tout état de cause, la détention d'une même qualité instaure une équivalence objective à laquelle les salariés travaillant à temps partiel ne croient pas eux-mêmes¹⁹³². En effet, le salarié à temps partiel n'a pas le sentiment de compter pour un dans l'entreprise où il travaille au pire épisodiquement, au mieux quelques jours par semaine depuis plusieurs années. C'est justement l'œuvre du droit – il en a le pouvoir – de créer une place, une position indépendamment de toute réalité concrète et de saisir la personne au travail et non plus le seul travail de la personne. Il peut faire du salarié à temps partiel le salarié de la onzième heure¹⁹³³.

Indépendamment du travail qu'il fournit, le salarié à temps partiel peut donc compter pour un, dans certaines hypothèses, et être considéré l'égal du salarié à temps complet en raison de la même qualité de salarié qu'ils partagent. Nous proposons d'aller plus loin et de dépasser ce constat pour envisager une diffusion de l'égalité par tête dans l'entreprise.

§2 Compter pour un : de lege ferenda

492. Conciliation avec la fonction du travail à temps partiel. Le Professeur FAVENNEC-HERY relève qu'en matière de temps partiel la logique de l'égalité fait de plus en plus place à une logique de la différenciation¹⁹³⁴. Cette évolution sembler aller dans l'intérêt de l'entreprise. A trop aligner la situation des salariés à temps complet avec les salariés à temps partiel, le risque serait, plus que le fantasme que se développent des salariés profiteurs du type « free rider » ou « surfeur à Malibu »¹⁹³⁵, surtout de dissuader les entreprises d'avoir recours au temps partiel alors que c'est un instrument de flexibilité du travail performant qui permet notamment à l'employeur d'améliorer la productivité en adaptant le temps de travail rémunéré aux besoins de l'activité. La promotion de l'égalité par tête et la valorisation

¹⁹³² F. FAVENNEC-HERY, *Le travail à temps partiel : Dr. soc. 1994, p. 165 s., spéc. p. 168.*

¹⁹³³ V. Parabole des ouvriers envoyés à la vigne, dite encore parabole des ouvriers de la onzième heure, *in La bible de Jérusalem, NT, Mt. 20 1-16 : Cerf 2000, p. 1671-1672.*

¹⁹³⁴ F. FAVENNEC-HERY, *Le travail à temps partiel : Litec 1997, p. 188, n° 204.*

¹⁹³⁵ V. *supra* n° 396.

afférente de la même qualité de salarié doit se faire en *conciliation avec la fonction du travail à temps partiel*.

493. Proposition. Dans cette démarche de conciliation, il pourrait être fait le choix d'étendre à l'essentiel des avantages non financiers ce qui a été décidé pour l'essai et l'ancienneté, à savoir l'instauration d'une *véritable équivalence entre salarié à temps complet et salarié à temps partiel fondée sur la même qualité de salarié*. Sans évacuer toute référence au temps de travail, ce qui demeure de toute façon impossible tant que la règle proportionnelle s'applique à la rémunération, un meilleur rapprochement du salarié à temps partiel et à temps complet pourrait être instauré. Il serait souhaitable que ce rapprochement passe par la suppression des « planchers de proportionnalité » qui existent, par exemple, en matière de prise en charge des frais de transport (R. 3261-9) et d'alimentation du compte personnel de formation (R. 6323-1). La situation du salarié à temps partiel lié par différents contrats de travail auprès de différentes entreprises de moins de onze salariés¹⁹³⁶ pourrait également être revue et le vote lui être accordé dans toutes les entreprises auxquelles il est lié par contrat de travail. Ce serait tirer pleine conséquence de l'appartenance du salarié à l'entreprise et de la détention de la *même qualité* de salarié.

Par ailleurs, si, dans notre logique générale de correction et non de révolution, nous ne proposons pas de revenir sur la logique proportionnelle qui gouverne le calcul de la rémunération de base du salarié à temps partiel, nous suggérons en revanche que la rémunération supplémentaire (intéressement et participation) soit, le cas échéant, distribuée de façon uniforme, et non en proportion au salaire, entre les salariés à temps complet et à temps partiel ainsi que le permet le Code du travail¹⁹³⁷.

De façon générale, valoriser la qualité « faïtière » de salarié permettrait, au bénéfice des salariés, un partage et une libération du travail¹⁹³⁸. La reconnaissance, toutes les fois que cela en serait possible, de la dimension unitaire du salarié à temps partiel rendrait ce dernier plus libre de travailler de façon désintéressée, plus libre de changer de travail, plus libre de déployer une activité indépendante et même d'avoir une plus grande liberté dans le

¹⁹³⁶ V. supra. n° 439.

¹⁹³⁷ V. supra n° 381 et 388.

¹⁹³⁸ Pour une opposition de ces deux aspects et pour une promotion de la libération du travail, v. A. SUPIOT, Le travail, liberté partagée : *Dr. soc.* 1993, p. 715 s.

travail occupé à temps partiel : un passage à temps partiel, dans la même entreprise, serait facilité. S'agissant des entreprises, puisque le passage réciproque du travail à temps plein et du travail à temps partiel est encouragé par le législateur¹⁹³⁹, celles-ci trouveraient le moyen de fidéliser leurs salariés.

494. Conclusion de section. S'agissant du travail à temps partiel, un véritable principe d'égalité est posé par le législateur et prolongé par la jurisprudence. Ce principe, qui n'est certes pas généralisé et qui entre certes en concurrence avec une autre dimension de l'égalité, à savoir l'égalité en proportion, établit à de nombreuses reprises, en droit positif, une égalité par tête, une équivalence juridique entre salarié à temps et salarié à temps partiel. Cette égalité est fondée, dans l'idée, sur la *même qualité* de salarié. Le droit façonne par là une véritable équivalence de qualité. Cette équivalence, même si cela n'est pas dit expressément par le juge ou la jurisprudence, engage la logique même de l'appartenance du salarié à l'entreprise que la présente étude définit par la détention de la qualité de salarié.

495. Conclusion de chapitre. « *Dans le monde de l'entreprise, l'inégalité est partout* »¹⁹⁴⁰. Pourtant, rien ne s'oppose, pas même l'ordonnancement particulier de celle-ci, à ce qu'une égalité par tête, fondée sur la détention d'une même qualité de salarié (qui engage donc l'appartenance du salarié à l'entreprise puisque telle est sa définition) se déploie entre salariés à l'intérieur du périmètre préexistant, du cercle qu'est l'entreprise. Cela n'implique pas que le salarié doit compter pour un en tout état de cause et que la référence à sa qualité doit évincer la référence à l'exécution de sa prestation de travail qui permet l'individualisation et la différenciation dans l'entreprise. Seule une concurrence entre elles deux est poursuivie. Il ressort du droit positif que l'égalité par tête, en vertu de laquelle le salarié compte pour un indépendamment de son travail, se déploie plus ou moins expressément en matière d'élections professionnelles et de travail à temps partiel. S'agissant

¹⁹³⁹ Le salarié à temps partiel a un droit prioritaire pour l'attribution d'un emploi ressortissant à sa catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent ou, si une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu le prévoit, d'un emploi présentant des caractéristiques différentes (C. trav., art. L. 3123-3).

Le salarié à temps plein a le droit de demander à bénéficier d'une réduction de la durée du travail sous forme d'une ou plusieurs périodes d'au moins une semaine en raison des besoins de sa vie personnelle (C. trav., art. L. 3123-2).

¹⁹⁴⁰ P. WAQUET, *Le principe d'égalité en droit du travail : Dr. soc. 2003, p. 276 s.*

de l'élection de la délégation du personnel du comité social et économique, l'appartenance du salarié à l'entreprise est une des conditions *expressément* exigées par la jurisprudence ; elle permet donc aux salariés d'accéder au même titre au scrutin (la même logique se retrouve pour le référendum), d'être égaux *devant le scrutin*. Cette appartenance ne se retrouve pas à proprement parler *dans le scrutin* puisque la règle « un salarié, une voix » n'existe pas (encore ?) en tant que telle en droit du travail. Le droit électoral devant être considéré comme un droit modèle, la règle « un homme, une voix » doit cependant être transposée dans l'entreprise et, par l'équivalence de qualité qui la gouverne, instaurer l'égalité des salariés, détenteurs d'une *même qualité*, dans le scrutin. S'agissant du travail à temps partiel, le législateur pose un principe d'égalité par tête qui vient ponctuellement corriger la logique de proportion qui gouverne ce pan du droit du travail. Cette égalité est également fondée, dans l'idée, sur la *même qualité* de salarié. En vertu de l'équivalence de qualité entre le salarié à temps partiel et le salarié à temps complet, chaque salarié appartenant à l'entreprise comptera dans certains cas pour un, quel que soit le travail fourni (et surtout la quantité de celui-ci). L'appartenance du salarié à l'entreprise, définie par la détention de la qualité de salarié, est donc porteuse d'égalité.

Chapitre 2 : La solidarité entre salariés

Compter sur l'autre

496. Interrogations. Indépendamment de son travail, au-delà du *facio*, le salarié peut-il compter sur les autres salariés de l'entreprise ? Puisque tous font partie de la même entreprise et puisque tous composent, ensemble, le collectif de celle-ci, peut-il obtenir d'eux quelque chose, indépendamment de toute contrepartie, simplement en raison de la *qualité qu'ils partagent tous* ? Un *cercle de solidarité* se crée-t-il ?

497. Notion de solidarité : l'incorporation dans autrui. La solidarité peut être entendue, dans une reprise du latin *in solidum* signifiant « pour le tout », comme l'adhésion à un tout. Le membre du tout serait alors structurellement solidaire des autres car amalgamé à eux. Il est certain que l'entreprise ne peut accueillir cette conception totalitariste de la solidarité. Indépendamment des débats relatifs à la nature juridique de l'entreprise, on sait en tout état de cause qu'elle n'est pas un organisme¹⁹⁴¹ constituant un tout solidaire qui serait altéré par la disparition d'un de ses éléments. Il n'y a pas d'« hypothèse Gaïa »¹⁹⁴² de l'entreprise. Cette dernière, indifférente à toute physiologie juridique, connaît, au contraire, plus ou moins activement, un perpétuel jeu d'entrées (par l'embauche) et de sorties (par la nullité, la caducité ou, plus fréquemment, la résiliation du contrat de travail) sans en être altérée en son essence. C'est en effet le but de l'entreprise que d'économiser les coûts et d'adapter, dans les limites posées par le code du travail, sa masse salariale à son activité économique¹⁹⁴³.

498. Notion de solidarité : l'altruisme envers autrui. Dans une conception moins absolue, la solidarité renvoie à un rapport de dépendance réciproque *entre les membres d'un*

¹⁹⁴¹ *Comp.* P. DURAND qui compare l'entreprise à un « être vivant » (P. DURAND, Rapport sur la notion juridique de l'entreprise, in Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 3, année 1947 : *Dalloz 1948*, p. 45 s., spéc. p. 49).

¹⁹⁴² J. LOVELOCK, La terre est un être vivant. L'hypothèse Gaïa : *Flammarion*, 2000. En vertu de cette théorie, l'ensemble des êtres terriens, les plus infimes inclus, formerait un organisme (qui, en outre, s'autorégulerait pour se maintenir en vie).

¹⁹⁴³ *V. supra* n° 269.

*même groupe*¹⁹⁴⁴. Contrairement à la fraternité¹⁹⁴⁵ qui s'adresse à l'humanité tout entière, par-delà les appartenances, la solidarité est compatible avec l'inclusion dans un groupe. Mieux, elle n'acquiert véritablement de sens que si elle se développe dans un ensemble préconstitué¹⁹⁴⁶. Contrairement à des notions qui lui sont voisines (charité, secours...), la solidarité est par essence bornée : elle oblige et bénéficie (à) tous les membres d'un même groupe. Tout comme l'égalité, c'est parce qu'elle a vocation à se déployer dans un espace, délimité, qu'elle évite de verser dans le solidarisme (entendu ici couramment comme un excès de solidarité). Tout comme l'égalité, elle se caractérise par une articulation entre l'individuel et le collectif : en tant qu'individus insérés¹⁹⁴⁷, *autrui pourra compter sur moi comme je pourrai compter sur lui*. Cette conception de la solidarité est compatible, en théorie, avec le groupement que représente l'entreprise. La solidarité, telle qu'entendue dans cette étude¹⁹⁴⁸, est donc un *rapport à autrui* (constitué d'un ou des autres salariés) *dégagé de toute référence à l'intérêt personnel*.

¹⁹⁴⁴ M. BORGETTO, « Solidarité », in Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS : PUF 2003, 1^{ère} éd., p. 1427.

¹⁹⁴⁵ Le concept de fraternité, né avec les chrétiens, implique une transcendance : être membre de la communauté humaine dépasse l'inclusion dans toutes les autres. Dans son épître aux Galates, Saint Paul écrivait : « Vous tous en effet, baptisés dans le Christ, vous avez revêtu le Christ : il n'y a ni Juif ni Grec, il n'y a ni esclave ni homme libre, il n'y a ni homme ni femme ; car tous nous ne faisons qu'un dans le Christ Jésus » (Ga, 3, 27-28). La seule appartenance qui est, dans cet idéal, concevable est l'appartenance au Christ et par-là, celle qui d'ailleurs est demeurée notre société sécularisée, à l'humanité. – Sur la solidarité spirituelle en découlant, v. A. RAUWEL, La communion des saints : fondements théologiques et manifestations rituelles d'une solidarité spirituelle, in La solidarité - Enquête sur un principe juridique, dir. A. SUPLOT : O. Jacob, Coll. Collège de France, 2015, p. 65 s.

¹⁹⁴⁶ M. HECQUARD-THERON, Du sens dans les termes juridiques, in Solidarité(é) : Perspectives juridiques, dir. M. HECQUARD-THERON : Presses de l'Université Toulouse Capitole 1 2009, p. 227 s., spéc. n° 5 : « Elle est, au même titre que le phénomène normatif, d'essence institutionnelle en ce qu'elle traduit toujours la dépendance de l'individu au(x) groupe(s) au(x) quel(s) il appartient ».

¹⁹⁴⁷ Que l'on distingue de l' « individu situé » au sens de Burdeau (G. BURDEAU, Traité de science politique : LGDJ 1973, 2^{ème} éd., p. 456, n° 169).

¹⁹⁴⁸ La solidarité au sens du régime général des obligations ne se confond évidemment pas avec la notion développée, la solidarité au sens du code civil ayant « pour principal (...) effet de faire obstacle à la division des créances et des dettes en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs » (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, Droit civil, Les obligations : Dalloz 2019, 12^{ème} éd., p. 1454, n° 1384).

499. Les deux formes de la solidarité entendue comme un altruisme envers autrui.

Cet altruisme envers autrui prend concrètement deux formes : la première intéresse l'action du salarié, la seconde la qualité juridique de salarié.

En premier lieu, la solidarité peut vouloir dire *faire un geste dans l'intérêt exclusif d'autrui*¹⁹⁴⁹. Ce geste réside essentiellement dans le fait d'assister autrui ou de ne pas desservir autrui¹⁹⁵⁰. Contrairement à *l'idée reçue* qu'il existe une solidarité dans l'entreprise¹⁹⁵¹, éventuellement malmenée aujourd'hui par les évolutions actuelles du droit du travail¹⁹⁵², le salarié ne peut pas, en principe, *faire de geste en direction des autres salariés*, que ce geste soit actif (assister un autre salarié) ou passif (ne pas desservir un autre salarié). La solidarité sociologique née de la division du travail¹⁹⁵³ laisse peut-être penser qu'il existe de prime abord une solidarité juridique – distincte de la solidarité au sens du Code civil – entre membres d'une même entreprise, en ce qu'ils participeraient ensemble à l'activité économique de cette dernière. Ce n'est en réalité pas le cas. Réserve faite de

¹⁹⁴⁹ M. MIGNOT, De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? : *RRJ 2004, n° 4, p. 2153 s., spéc. p. 2159.*

¹⁹⁵⁰ La matérialisation de la solidarité demeurant absconse, le langage courant est encore le plus parlant. Selon le Petit Robert, la solidarité entraîne « *l'obligation morale de ne pas desservir les autres et leur porter assistance* » (J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), Dictionnaire Le Petit Robert de la langue française, 2016, voir « Solidarité »).

¹⁹⁵¹ La presse généraliste a pu évoquer « le principe de solidarité industrielle » avancé par PSA pour justifier que des salariés d'un site puissent venir prêter main-forte aux salariés d'un autre site confrontés à une forte activité, sans que l'on sache tellement ce qu'il recouvre (v. Le Monde, Salariés polonais : le constructeur automobile PSA fait en partie marche arrière : *édition du 13 juin 2020, https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/06/13/salaries-polonais-le-constructeur-automobile-psa-fait-en-partie-marche-arriere_6042764_3234.html*).

¹⁹⁵² V. par ex. le jugement rendu par le TGI de Paris, 31^{ème} ch., 2^e section, en date du 20 décembre 2019, n° 0935790257 : « l'incrimination de harcèlement moral permet de répondre à l'évolution angoissante des relations de travail : destruction des collectifs et des solidarités qui y étaient attachées, individualisme grandissant, affaissement des valeurs et triomphe du cynisme, essor de la précarité, nouvelles formes de management mobilisant le salarié corps et âme » (nous soulignons).

¹⁹⁵³ E. DURKHEIM, De la division du travail social : *rééd. PUF 2013*. Confronté à la question suivante : « *comment se fait-il que, tout en devenant plus autonome, l'individu dépende plus étroitement de la société ?* », Durkheim trouve la réponse dans l'existence d'une solidarité organique unissant les individus des sociétés modernes qui, tout différenciés qu'ils soient, sont complémentaires et associés par la division du travail.

quelques pratiques volontaires de l'employeur¹⁹⁵⁴ et de quelques dispositifs légaux ou conventionnels épars, le collectif de travail formé par les salariés d'une même entreprise ne porte pas en lui cette solidarité du geste, que l'on peut qualifier de *spontanée* (**Section 1**).

En second lieu, la solidarité peut vouloir dire *bénéficier objectivement à autrui*. La solidarité est ici dispensée d'action¹⁹⁵⁵. Elle est perçue comme un mécanisme objectif d'interdépendance entre plusieurs personnes¹⁹⁵⁶. Dans cette seconde forme, la solidarité naît *indirectement*, de l'interdépendance générée en elle-même par le phénomène collectif. Contrairement à la première, cette seconde forme de solidarité trouve une traduction dans l'entreprise. Il est possible de relever, *du seul fait de* l'existence d'un collectif de travail et de la qualité de salarié partagée par tous, du seul fait de l'appartenance du salarié à l'entreprise, l'existence d'une solidarité objective (**Section 2**). Cette solidarité objective est soit une solidarité incidente soit sociétaire suivant la forme de l'entreprise de droit commun ou coopérative. En vertu de la qualité unique de salarié qu'il possède dans l'entreprise de droit commun, le salarié y bénéficie d'une *solidarité incidente*. Ce n'est qu'en vertu d'une double qualité, celle de salarié et d'associé, qu'il possède dans l'entreprise coopérative que le salarié y bénéficie d'une véritable solidarité sociétaire.

¹⁹⁵⁴ Il peut arriver, par exemple, que l'employeur, débiteur d'une obligation de reclassement dans le cadre notamment d'un licenciement pour motif économique, fasse appel au volontariat et demande, au delà de la recherche de reclassement interne à laquelle il est légalement astreint, aux autres salariés de l'entreprise, non concernés par une mesure de licenciement, si certains d'entre eux seraient volontaires pour quitter l'entreprise afin de libérer des postes qui seraient alors proposés aux salariés en passe d'être licenciés. Cette initiative, dans les faits non suivie, sera bien souvent versée aux débats en cas de contentieux portant sur le respect de l'obligation de reclassement.

¹⁹⁵⁵ Cette seconde forme de solidarité se distingue du geste pour mieux se rapprocher de la qualité juridique : nous retrouvons ici l'essence de l'appartenance juridique qui est une valeur mais non un geste, v. *supra* n° 135.

¹⁹⁵⁶ A. SUPROT, Introduction, in *La solidarité - Enquête sur un principe juridique*, dir. A. SUPROT : O. Jacob, Coll. Collège de France, 2015, p.7 s., spéc. p. 10. Contra. M. MIGNOT, De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? : *RRJ* 2004/4, p. 2153 s., spéc. p. 2158-2159, pour qui la solidarité ne peut être réduite à un mécanisme objectif d'interdépendance.

Section 1 : Absence de solidarité spontanée entre salariés

500. Même si quelques dispositifs solidaires isolés existent ci et là (§1), il est impossible qu'une solidarité spontanée, entendue comme le geste qu'un salarié pourrait faire en direction d'un ou de plusieurs autres salariés de l'entreprise, puisse se développer au sein de l'entreprise (§2).

§1 De quelques dispositifs de solidarité spontanée

501. L'essentiel des mécanismes de solidarité prévus par le législateur ou les partenaires sociaux, pour ne rester que dans les mécanismes avoisinants l'entreprise¹⁹⁵⁷, vise une solidarité *externe* à l'entreprise. Il en va ainsi des congés de solidarité¹⁹⁵⁸, du congé pour catastrophe naturelle¹⁹⁵⁹, de la journée de solidarité¹⁹⁶⁰ et des dispositifs de protection sociale complémentaire¹⁹⁶¹, pour ne citer que les cas les plus emblématiques.

Dans l'entreprise, seul deux dispositifs¹⁹⁶², encore qu'imparfaits, permettent *expressément* le développement d'une solidarité *entre salariés*. Il sont d'ailleurs affichés comme tels. L'un,

¹⁹⁵⁷ En droit social, la mise en œuvre la plus magistrale du principe général de solidarité reste le régime de sécurité sociale.

¹⁹⁵⁸ C. trav., art. L. 3142-6 s. (congé de solidarité familiale) ; C. trav., art. L. 3142-32 s. (congé de solidarité internationale).

¹⁹⁵⁹ C. trav., art. L. 3142-41.

¹⁹⁶⁰ C. trav., art. L. 3133-7 s.

¹⁹⁶¹ J.-J. DUPEYROUX, Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance : *Dr. soc.* 1990, p. 741 s. ; J. BARTHELEMY, Solidarité et accord de protection sociale complémentaire, in Etudes J. Pélissier : *Dalloz* 2004, p. 27.

¹⁹⁶² Il n'existe, à notre sens, aucun autre dispositif directement et exclusivement consacré à une solidarité spontanée (faire un geste dans l'intérêt exclusif d'autrui) entre salariés d'une même entreprise. La question aurait pu se poser à propos de l'action de groupe, introduite en droit français par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 et étendue par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 notamment aux relations de travail. En effet, cette

guère récent, est relatif à la grève de solidarité **(I)**. L'autre, plus contemporain, est relatif au don de jours de congés **(II)**.

action porte en elle un caractère collectif et l'image de salariés qui font « front commun » devant l'employeur, rompant ce faisant avec l'essence individualiste de l'action en justice (même si le droit du travail connaît particulièrement des exceptions à cette essence individualiste, avec notamment l'action en substitution, l'action collective ou même les actions sérielles. L'action de groupe, pouvant être exercée devant le tribunal de grande instance lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles (art. 62, loi du 18 nov. 2016 précitée), a été adaptée à la spécificité du monde du travail, conformément à certaines préconisations émanant d'acteurs juridiques particulièrement autorisés (L. PECAUT-RIVOLIER, D. PONS, Rapport au ministère de la Justice sur les discriminations collectives en entreprise. Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif : *Doc. fr. 2013* ; L. PECAUT-RIVOLIER, Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique : *RDT 2014, p. 101 s.*), de telle sorte qu'il ne s'agit, en la matière, pas véritablement d'une *class action* anglo-saxonne (P. ADAM, L'action de groupe discrimination. Sur la prudente audace d'une réforme majeure : *Dr. soc. 2017, p. 638 s., spéc. p. 640*). L'action de groupe « travailliste », applicable en matière de discriminations (sur la logique et les modalités de mise en œuvre de cette action, v. not. A. BUGADA, Justice du XXI^{ème} siècle : l'action de groupe en matière de discrimination dans les relations de travail : *Procédures 2017, étude n° 6* ; M. J. AZAR-BAUD, Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe : *Dr. soc. 2020, p. 353* ; Y. FERKANE, « Syndicats professionnels : prérogatives et actions – Action en justice du syndicat » : *Rép. soc. 2020, n° 232 s.*), ne traduit pas, selon nous, une telle solidarité spontanée. En effet, le ou les salariés ne feraient aucun geste dans l'intérêt exclusif d'autrui puisque, outre le fait qu'ils poursuivraient de toute façon également leur propre intérêt par une telle action, l'intérêt à agir appartient ici aux organisations syndicales de salariés représentatives ainsi qu'à certaines associations (C. trav. art. L. 1134-7). En tout état de cause, les salariés d'une même entreprise ne constituent pas un « groupe » au sens de cette action de groupe puisque seuls certains salariés ont vocation à être inclus dans le groupe délimité par le juge (à qui revient la charge de « définir le groupe de personnes » et de fixer « les critères de rattachement au groupe » : art. 65 62, loi du 18 nov. 2016 précitée) : ceux qui sont concernés par le même motif de discrimination. Ce n'est pas tant une qualité commune (de salarié) qui importe ici qu'une « *commune imputation* » (A. LYON-CAEN, Action de groupe et droit du travail : *RLDC 2006, n° 33*).

I. La grève de solidarité interne

502. Contrairement à la grève de solidarité externe, celle de solidarité interne, mouvement par lequel des salariés cessent le travail en réaction à une mesure prise par l'employeur à l'encontre d'un autre salarié de l'entreprise, est en principe régulière¹⁹⁶³.

503. Régularité de la grève de solidarité. Initialement, les salariés prêts à manifester leur solidarité devaient s'assurer, afin que leur réaction de défense collective soit reconnue légitime, que la sanction frappant le salarié soutenu n'avait pas un évident caractère abusif¹⁹⁶⁴. Le critère a ensuite été simplifié. La réaction de défense collective doit aujourd'hui, tout en partant d'une mesure individuelle prononcée ou envisagée par la Direction, reposer sur des revendications professionnelles intéressant l'ensemble du personnel¹⁹⁶⁵, ce qui correspond à l'un des critères traditionnellement constitutifs du droit de grève¹⁹⁶⁶. Le critère tient donc à « *la présence d'un motif qui, par-delà la situation individuelle du salarié touche à un intérêt de la collectivité de travail dont les salariés solidaires font partie* »¹⁹⁶⁷. Si d'aventure un tel motif est caractérisé, les autres salariés de l'entreprise peuvent valablement arrêter le travail et bénéficier de la protection attachée à l'exercice du droit de grève.

504. Irrégularité de la grève de « pure solidarité ». Dans le cas où la grève de solidarité éclate en dehors de toutes revendications professionnelles et n'implique rien d'autre que la faute professionnelle du salarié sanctionné, la grève est alors illicite. La grève dite de « pure solidarité »¹⁹⁶⁸ ne fait pas l'objet d'une reconnaissance par le droit du travail et expose les salariés ainsi solidaires à des sanctions pouvant aller jusqu'au licenciement.

¹⁹⁶³ B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020*, 12^{ème} éd., p. 1116, n° 2380.

¹⁹⁶⁴ Soc. 18 mars 1982 : GADT Dalloz 2008, 4^{ème} éd., p. 856. n° 191.

¹⁹⁶⁵ Soc. 16 nov. 1993 : *Dr. soc. 1994*, p. 35. – Soc. 5 janvier 2011 : pourvoi n° 10-10.685, Bull. V, n° 1.

¹⁹⁶⁶ Celle-ci est définie comme un conflit collectif caractérisé par la cessation collective du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles (Soc. 2 févr. 2006 : pourvoi n° 04-12.336, Bull. V, n° 52).

¹⁹⁶⁷ S. NADAL, Grèves de solidarité internes : quelques précisions : *RDT 2011*, p. 254.

¹⁹⁶⁸ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Droit du travail : *Dalloz 2020*, 34^{ème} éd., p. 1814, n° 1499.

II. Le don de jours de congés

505. Inspiré de la pratique et notamment de dispositifs instaurés par voie conventionnelle dans certaines entreprises, le don de jours de congés a été introduit pour la première fois en 2014 dans le Code du travail. Ce don est aujourd'hui loin d'être généralisé et il n'existe, pour l'heure, que dans certaines hypothèses légales, bien que les partenaires sociaux restent libres de développer les situations de don.

506. Hypothèses légales : *charge de famille ou survenance d'un événement familial / assistance d'un proche / engagement dans la réserve opérationnelle.* En application des articles L. 1225-65-1 et suivants du Code du travail, L. 3142-25-1 et suivants et L. 3142-94-1, un salarié peut, sur sa demande et en accord avec l'employeur, renoncer anonymement et sans contrepartie à tout ou partie de ses jours de repos non pris au bénéfice d'un autre salarié de l'entreprise sous conditions.

507. Rôle des partenaires sociaux. Le législateur *dirige* donc la solidarité spontanée en identifiant en amont à leur mise en œuvre dans l'entreprise certaines situations appréhendées comme suffisamment légitimes pour donner lieu à un don de jours de congés. Si la dynamique à l'œuvre semble aller vers une augmentation de ces situations, il n'en reste pas moins qu'elles ne sont aujourd'hui qu'au nombre de trois. Le parti pris du législateur est de limiter, s'agissant du don de jours de congés, la solidarité dont peuvent faire preuve entre eux les salariés d'une même entreprise et de ne pas laisser cette initiative à leur seul volontariat. En empêchant, par le seul jeu de la volonté, les salariés d'avoir la libre disposition d'une partie de leurs jours de congés, le législateur réaffirme sa méfiance face à l'autonomie de la volonté du salarié et sa renonciation à un droit qu'il détient dans le cadre de la relation de travail¹⁹⁶⁹.

Toutefois, les partenaires sociaux peuvent mieux déployer cette solidarité, soit en complétant le dispositif légal existant, soit en identifiant d'autres situations susceptibles de déclencher le don de jours de congés, par exemple en cas de pandémie¹⁹⁷⁰. Il s'infère que le rôle des

¹⁹⁶⁹ Sur la méfiance du droit vis-à-vis de la renonciation du salarié, v. *infra* n° 543.

¹⁹⁷⁰ V. par ex. l'accord du 10 avril 2020 relatif aux problématiques liées à la santé et à l'emploi des collaborateurs dans le cadre de la pandémie de Covid-19 et protocole de reprise d'activité dans le groupe Valeo, *LSQ* 5 mai 2020, n° 18055, pp. 1-2. Cet accord d'entreprise a notamment créé un fond de solidarité destiné à

partenaires sociaux est loin d'être résiduel, spécialement quant à leur capacité à compléter le dispositif légal. En effet, le caractère succinct de ce dispositif laisse subsister de nombreuses questions. L'employeur engage-t-il sa responsabilité en cas de mauvaise gestion du dispositif (par exemple en cas de mauvais décompte des jours versés ou d'une rupture d'anonymat) ? Le refus de l'employeur à ce qu'un salarié renonce à ses jours de congés (au-delà des quatre premières semaines de congés payés) doit-il être motivé ou même justifié, par exemple par le standard de l'intérêt de l'entreprise ? Tout salarié de l'entreprise peut-il être donateur ? Pour éviter de vider de sa substance solidaire un dispositif légal déjà strictement délimité, il conviendrait de répondre par la positive à la dernière question. L'entreprise est, selon nous, une entité déjà suffisamment éclatée entre différentes catégories professionnelles et différents contrats de travail pour qu'il faille encore segmenter la solidarité pouvant être mise en œuvre par les rares dispositifs existants. Et pourtant, certains accords collectifs ont fait le choix, selon nous très critiquable, de n'ouvrir le don de jours de congés qu'aux salariés sous contrat à durée indéterminée, dérogeant ainsi à la lettre de la loi qui ne vise qu'« *un salarié* »¹⁹⁷¹.

En conséquence, il n'existe aujourd'hui que deux dispositifs permettant aux salariés d'agir solidairement en direction des autres salariés de l'entreprise : la grève dite de solidarité et le don de jours de congés. Ce dernier dispositif est, en sus, limité dans son champ d'application par le législateur et souvent limité dans ses modalités par les partenaires sociaux. Le *corpus* permettant la manifestation d'un geste solidaire entre salariés d'une même entreprise est donc particulièrement mince.

compenser les pertes de rémunération des salariés non cadres placés en activité partielle. Ce dispositif est original par son caractère mixte : le fonds est alimenté par le versement obligatoire d'un jour de congé acquis par chaque cadre (ce qui ne correspond plus alors à une véritable solidarité) et complété par le versement volontaire de jours de congés payés (à partir de la cinquième semaine).

¹⁹⁷¹ V. Accord du 7 septembre 2016 sur le don de jours de repos à la Société Générale, LSQ n° 17162, 19 septembre 2016, p. 2-3. En vertu de cet accord, tout salarié volontaire en CDI à la possibilité de faire des dons de jours de repos correspondant aux RTT, aux congés payés annuels excédant le 20e jour de congé ouvré, aux congés de fractionnement et aux jours épargnés dans le compte épargne-temps (CET) dans la limite de sept jours.

§2 Absence de solidarité spontanée

508. Comme en matière d'égalité entre salariés – mais sans que l'entreprise ne soit structurée cette fois par des règles substantielles s'y rapportant (essentiellement égalité de traitement et non-discrimination) – il n'existe pas de principe général de solidarité entre salariés d'une même entreprise. Aucun texte, aucune décision de justice ne l'instaure. A la question « *Existe-t-il un principe général de solidarité entre salariés reconnu par le droit ?* », DUPEYROUX a d'ailleurs répondu par la négative, estimant que les quelques réactions particulières du droit en la matière ne fondaient pas une théorie¹⁹⁷². S'agissant de la solidarité, ce n'est pas simplement que le salarié ne doit pas beaucoup¹⁹⁷³, c'est même – et surtout – qu'il ne *peut* pas beaucoup.

Il suffit pour s'en convaincre d'adopter une démarche inductive et de passer en revue les hypothèses dans lesquelles un salarié pourrait soit assister, soit s'abstenir de desservir un autre salarié de l'entreprise. A l'issue d'une telle revue, force est de conclure que la solidarité spontanée ne peut se déployer dans l'entreprise puisqu'un tel comportement pourrait en principe être sanctionné disciplinairement **(I)**. Le salarié qui voudrait en aider un autre s'exposerait en réalité considérablement. Les causes d'une telle absence de solidarité spontanée résident tant dans le contrat de travail que dans le cadre de l'entreprise dans lequel ce dernier s'exécute **(II)**.

¹⁹⁷² Réactions qui, au surplus, se déployaient essentiellement en dehors de l'entreprise. J.-J. DUPEYROUX, *Quelques questions : Dr. soc. 1990, p. 9 s., spéc. p. 16 s.*

¹⁹⁷³ Au titre des obligations découlant d'une solidarité entre salariés d'une même entreprise, n'existe véritablement que l'obligation de prendre soin des autres salariés. Sur cette obligation, v. Soc. 28 févr. 2002 : pourvoi n° 00-41.220, Bull. V, n° 82.

I. La revue des hypothèses de solidarité spontanée

509. Sans qu'un quelconque « délit de solidarité » existe dans l'entreprise – contrairement à ce qui existe en société¹⁹⁷⁴ – il n'en reste pas moins, hors dispositif expressément prévu ou violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale¹⁹⁷⁵, que le geste désintéressé que pourrait faire un salarié en direction d'un autre salarié de l'entreprise, qu'il prenne la forme d'une assistance active (**A**) ou passive (**B**), sera le plus souvent sanctionné. Telle est la conclusion à laquelle nous arrivons à l'issue d'une revue du droit positif et des principales hypothèses dans lesquelles un geste dans l'intérêt exclusif d'un autre salarié pourrait être envisagé.

A. Assister un ou plusieurs autres salariés de l'entreprise

510. Plusieurs hypothèses dans lesquelles un salarié serait tenté d'assister un autre salarié de son entreprise peuvent être envisagées.

511. Transmission à un autre salarié de documents appartenant à l'entreprise. Un salarié pourrait-il transmettre à un autre salarié de l'entreprise, qui ne pourrait y accéder lui-même¹⁹⁷⁶, des documents appartenant à celle-ci, en vue de l'aider à préparer sa défense dans le cadre d'une instance prud'homale ? Il est de jurisprudence constante qu'un salarié qui doit faire valoir ses droits devant le conseil de prud'hommes peut produire en justice des documents appartenant à l'entreprise et dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, dès lors que ces documents sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁷⁴ Ex. de l'aide apportée à un étranger, v. Les bornes du délit de solidarité précisées par la Cour de cassation : *AJDA 2020*, p. 493.

¹⁹⁷⁵ Soc. 29 oct. 2013 : pourvoi n° 12-22.447, Bull. V, n° 252 (à propos d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre).

¹⁹⁷⁶ Soit qu'il est mis à pied à titre conservatoire, soit qu'il occupe des fonctions différentes du second salarié.

¹⁹⁷⁷ Soc. 2 déc. 1998 : pourvoi n° 96-44.258, Bull. V, n° 535. – Crim. 11 mai 2004 : pourvoi n° 03-85.521, Bull. crim., n° 117. – Soc. 30 juin 2004 : pourvoi n° 02-41.720, Bull. V, n° 187.

Cette atteinte au droit de propriété de l'employeur, qui s'explique par l'inégalité entre employeur et salarié devant l'administration de la preuve, est envisagée de telle sorte qu'il semble qu'il ne s'agit d'une simple faculté dévolue au salarié lui-même, ne pouvant permettre à un salarié de transmettre à un autre salarié de l'entreprise des documents appartenant à celle-ci, quand bien même le salarié ayant saisi ou souhaitant saisir le conseil de prud'hommes ne serait plus dans l'entreprise, car soit en congés, soit mis à pied. En effet, outre le fait qu'elle entende strictement l'immunité disciplinaire ou pénale accordée au salarié qui soustrairait des documents¹⁹⁷⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation précise bien que « *le salarié peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions* »¹⁹⁷⁹. Une lecture *a contrario* de cette jurisprudence interdit même, selon nous, à un salarié qui partagerait *les mêmes fonctions* que le salarié-justiciable de transmettre à ce dernier de tels documents.

En conséquence, si pour faire valoir ses droits en justice ou auprès de l'administration le salarié ne peut pas « *fouiller les bureaux de ses collègues* »¹⁹⁸⁰ ou s'emparer de la fiche de paie de son collègue à son insu¹⁹⁸¹, toute *transmission volontaire* de documents entre salariés d'une même entreprise semble également prohibée. Le salarié solidaire qui déciderait d'assister de cette manière un de ses collègues encourrait une sanction disciplinaire, voire des poursuites pénales. *Le salarié souhaitant saisir le conseil de prud'hommes ne peut alors compter que sur lui-même*. Il ne lui reste qu'à anticiper un éventuel licenciement ou une mise à pied en se transférant lui-même, en amont de son départ de l'entreprise, d'éventuels documents¹⁹⁸² ou qu'à demander au juge une mesure d'instruction *in futurum*.

¹⁹⁷⁸ V. par ex. Soc. 8 déc. 2015 : pourvoi n° 14-17.759, inédit. Dans cet arrêt, la chambre sociale décide que le licenciement d'un salarié qui s'était emparé de bulletins de paie le concernant (et dont il n'avait plus les originaux) pour en faire des copies était bien fondé.

¹⁹⁷⁹ Soc. 2 déc. 1998, *préc.* (nous soulignons).

¹⁹⁸⁰ B. BOSSU, Quel(s) droit(s) du salarié sur les documents de l'entreprise qui le concernent ? : *RDT 2016*, p. 74.

¹⁹⁸¹ Soc. 1^{er} février 2011 : pourvoi n° 09-67.959, inédit (le salarié avait profité de l'absence d'un collègue pour soustraire et photocopier sa fiche de paie afin de la présenter à l'inspection du travail. Ce seul fait justifie le licenciement pour faute grave).

¹⁹⁸² Crim. 16 juin 2011 : pourvoi n° 10-85.079, Bull. crim., n° 134.

512. Prêt d'argent à un autre salarié. Rien n'interdit à un salarié de porter assistance à un autre salarié de l'entreprise, par exemple en prêtant de l'argent à un salarié qui aurait subi une retenue sur salaire. Pour autant, le droit n'encadre pas particulièrement ce prêt d'argent et ne prend pas en compte la spécificité de la situation pour aménager un régime spécifique à ce prêt. Ainsi, appartenir à une même entreprise ne semble pas caractériser une impossibilité morale de se procurer un écrit et le salarié ne pourra sans doute se prévaloir des tempéraments à la règle de la preuve littérale¹⁹⁸³ prévus à l'article 1361 du code civil. Si prêt d'argent il y a entre salariés qui se veulent solidaires, celui-ci est appréhendé par le droit comme s'il se déroulait en dehors de l'entreprise. Par suite, si le salarié ne risque, dans cette hypothèse-ci, aucune sanction de la part de l'employeur et s'il ne lui est pas impossible de porter une assistance pécuniaire à l'un des membres de l'entreprise, force est de constater que rien n'est fait pour encourager la solidarité entre salariés.

513. Remplacement par le salarié d'un autre salarié absent sans raison légitime. Un salarié de l'entreprise pourrait-il, de lui-même, remplacer un autre salarié, soit que ce dernier est absent, soit que ce dernier est en retard, et ce afin de l'aider ? Deux hypothèses doivent ici être envisagées.

Si le salarié n'est pas en poste à ce moment-là, le pouvoir de direction de l'employeur semble faire obstacle à ce que le salarié, en dehors d'une autorisation de l'employeur, décide de lui-même d'effectuer des heures supplémentaires. Le salarié n'a pas à être juge de la gestion de l'entreprise et n'a pas à décider de sa durée du travail¹⁹⁸⁴.

Si le salarié est lui-même en poste à ce moment-là, il s'expose à un abandon de poste que l'employeur est fondé à sanctionner en vertu de son pouvoir disciplinaire. En effet, en remplaçant le membre de l'entreprise qu'il souhaite assister, le salarié, que son absence soit refusée par l'employeur ou non autorisée par celui-ci, manque à son obligation contractuelle de fournir du travail, ce qui constitue, en principe, un motif de licenciement. Le juge doit-il vérifier en tout état de cause que cet acte a entraîné des perturbations dans le fonctionnement

¹⁹⁸³ L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant 1.500 € doit être prouvé par écrit, v. C. civ., art. 1359.

¹⁹⁸⁴ *Rappr. Soc.* 10 oct. 2012 : pourvoi n° 11-10.455, Bull. V, n° 258 : « *il n'existe pas de droit acquis à l'exécution d'heures supplémentaires* ».

de l'entreprise ou bien peut-il s'abstenir d'une telle recherche comme cela est de mise en cas d'absence refusée par l'employeur¹⁹⁸⁵ ? Une telle recherche n'est pas toujours nécessaire¹⁹⁸⁶.

La discussion pourrait toutefois trouver un prolongement sur le terrain de la notion de « poste de travail ». En réalité, tout dépend de ce que l'on entend par poste de travail. Dans une acception individuelle, il désigne « *concrètement la place et le rôle d'une personne déterminée dans l'entreprise* »¹⁹⁸⁷. Dans cette acception, le salarié ne pourrait manquer à sa mission individuelle, même pour pallier l'absence d'un de ses collègues. Dans une acception globalisée, le poste de travail désigne des mêmes fonctions, par exemple « employé libre-service ». Le grief d'abandon de poste ne serait alors pas nécessairement constitué dans le cas où le salarié porte assistance à un autre membre de l'entreprise occupant le même poste d'« employé libre-service ». En l'absence de définition précise de poste de travail, un mince doute demeure ; il nous semble toutefois, malgré les conceptions souvent extensives du poste de travail adoptées par l'administration¹⁹⁸⁸, que l'acceptation individualisée¹⁹⁸⁹ est ici la plus pertinente en ce que le poste renvoie dans l'idée au « *travail dévolu au salarié* »¹⁹⁹⁰ par l'employeur, ce qui exposerait bien le salarié trop entreprenant (trop solidaire ?) à des sanctions.

¹⁹⁸⁵ Soc. 23 mars 2004 : pourvoi n° 01-45.225, inédit.

¹⁹⁸⁶ *Rappr. Soc.* 17 avril 2013 : pourvoi n° 12-14.635, inédit. En réalité, cette recherche revient indirectement au moment où le juge vérifie le caractère sérieux du licenciement.

¹⁹⁸⁷ N. CATALA, *Traité de droit du travail, L'entreprise*, t. 4, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1980*, p. 317, n° 285.

¹⁹⁸⁸ V. not. circ. DRT n° 90/18 du 30 oct. 1990 : *BOMT n°90-24* qui invitait à apprécier la notion de poste de travail « *en fonction de la nature des travaux confiés au salarié* » ; v. égal. circ. DRT du 23 févr. 1982 citée par C. HABLLOT, « Contrat de travail à durée déterminée – Succession de contrats de travail à durée déterminée » : *Rép. trav. Dalloz 2020*, n° 294, qui considérait qu'il convenait « *de se référer à l'ensemble des emplois nécessitant la même qualification professionnelle dans l'unité de travail à laquelle était affecté le salarié* ».

¹⁹⁸⁹ V. en ce sens S. CARRE, *Le contrôle prud'homal de la légitimité des licenciements économiques* : *Dr. soc. 1993*, p. 859 : « *la notion de poste de travail (ensemble des tâches exécutées par un travailleur) est distincte de la notion de fonction* ».

¹⁹⁹⁰ V. par ex. Soc. 5 déc. 2001 : *pourvoi n° 00-40.445, inédit* (à propos d'une succession de contrats à durée déterminée).

514. Révélations aux autres salariés d'informations tenant à la situation de l'entreprise. Le salarié qui serait amené, dans le cadre de ses fonctions, à connaître d'informations liées à l'entreprise pourrait-il le partager avec d'autres salariés de celle-ci, surtout dans le cas où elles seraient relatives à la situation financière de l'entreprise et à l'emploi dans celle-ci, ce qui aurait vocation à intéresser toute la collectivité de travail ? Puisque les autres salariés de l'entreprise ne sont pas des personnes extérieures à celle-ci, on ne pourrait reprocher au salarié de préjudicier à l'image de l'entreprise ou de dénigrer celle-ci ou ses dirigeants¹⁹⁹¹. Mais l'obligation de discrétion à laquelle sont tenus les représentants du personnel, ainsi que l'obligation de réserve à laquelle sont tenus les salariés ordinaires à l'égard des informations qu'ils peuvent être amenés à connaître, font obstacle, en la matière, à une solidarité entre salariés. Ainsi d'un salarié ordinaire, licencié pour faute grave, en raison notamment d'une diffusion, dans l'entreprise, d'un document qu'il avait rédigé et qui faisait état d'appréciations critiques qu'aurait formulées l'employeur à l'égard des salariés ainsi que de menaces de réduction des effectifs¹⁹⁹². Il pourrait en être encore plus certainement à l'égard de divulgations, faites par un cadre supérieur à d'autres salariés, tenant à la critique de la gestion de la direction et démoralisant le personnel¹⁹⁹³. Les obligations de discrétion et de réserve, tirées du contrat de travail, constituent donc de sérieux obstacles à un partage solidaire d'informations entre salariés.

515. *Exceptio probat regulam* : l'assistance à l'entretien préalable. S'agissant de l'entretien préalable au licenciement prévu par l'article L. 1232-2, que l'employeur doit organiser, on sait que celui-ci est rythmé par la nécessité, pour les acteurs, d'appartenir à l'entreprise. En premier lieu, la procédure de licenciement ne peut être conduite par une personne étrangère à l'entreprise¹⁹⁹⁴. Cette condition d'appartenance à l'entreprise, que la Cour de cassation « *entend de façon assez large* »¹⁹⁹⁵, ne relève pas d'une solidarité entre

¹⁹⁹¹ Alors que dans un tel cas, le licenciement peut reposer sur une cause réelle et sérieuse, v. par ex. Soc. 12 nov. 1991 : pourvoi n° 90-43.801, inédit.

¹⁹⁹² Soc. 6 mai 1997 : pourvoi n° 94-42.012, inédit.

¹⁹⁹³ Soc. 13 juill. 1989 : pourvoi n° 86-43.373, inédit (licenciement pour faute grave).

¹⁹⁹⁴ V. not. Soc. 7 déc. 2011 : pourvoi n° 10-30.222, Bull. V, n° 289 : « *la finalité même de l'entretien préalable et les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour conduire la procédure de licenciement jusqu'à son terme* ».

¹⁹⁹⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Droit du travail : Dalloz 2020, 34^{ème} éd., p. 561, n° 443.

salariés, en ce qu'elle concerne l'employeur ou son délégataire. En revanche, le législateur a prévu, en second lieu, que le salarié puisse également se faire assister, lors de son audition, par une personne « *appartenant au personnel de l'entreprise* »¹⁹⁹⁶. Ce n'est qu'en cas d'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise qu'un conseiller du salarié, extérieur à l'entreprise, pourra l'assister¹⁹⁹⁷. D'une certaine façon, et c'est ce qui constitue l'exception dans ces développements consacrés à la solidarité née d'un geste d'assistance, un salarié pourra assister un autre salarié de l'entreprise, sans avoir besoin de recueillir au préalable l'accord de l'employeur ; il sera d'ailleurs rémunéré, si l'entretien se tient pendant son temps de travail, comme s'il avait effectivement travaillé¹⁹⁹⁸. Quant à savoir si l'intérêt de l'entreprise pourrait s'opposer à ce qu'un salarié assiste un autre salarié de l'entreprise dont le licenciement est envisagé, rien n'est moins sûr. La solidarité entre salariés de l'entreprise joue alors à plein. Cette solidarité est encore plus prégnante si l'on estime (même si la question reste encore en suspens) que l'assistant n'a pas à être rémunéré en cas d'entretien se tenant hors temps de travail¹⁹⁹⁹.

Sous réserve de l'exception vue précédemment, il ressort des développements précédents que le geste de solidarité entre salariés d'une même entreprise est empêché, alors même que RIPERT prédisait que « *nous allons voir l'obligation d'assistance apparaître entre les personnes qui font partie d'un même groupement* »²⁰⁰⁰. En réalité, il découle de ce qui précède qu'en dehors de certains dispositifs épars et organisés légalement ou conventionnellement²⁰⁰¹, le salarié ne peut assister un autre salarié de l'entreprise qu'avec l'assentiment du chef d'entreprise. Il en va de même de la solidarité passive.

¹⁹⁹⁶ C. trav., art. L. 1232-4. Ou bien d'une personne de son choix appartenant au personnel de l'unité économique et sociale le cas échéant (Soc. 8 juin 2011 : pourvoi n° 10-14.650, Bull. V, n° 140).

¹⁹⁹⁷ C. trav., art. L. 1232-7.

¹⁹⁹⁸ Le code du travail ne prévoit pas cette règle, puisque seul le cas du conseiller du salarié (extérieur à l'entreprise) est envisagé par le législateur (C. trav., art. L. 1232-9). Le cas du salarié de l'entreprise qui assiste un autre salarié à l'occasion de l'entretien préalable est régi par une règle prétorienne, v. Soc. 12 févr. 1991 : pourvoi n° 87-45.259, Bull. V, n° 61. S'il s'avère que cet assistant est un représentant du personnel, le temps passé à l'entretien s'imputera sur son crédit d'heures.

¹⁹⁹⁹ V. G. AUZERO, E. DOCKES, D. BAUGARD, Droit du travail : *Dalloz* 2020, 34^{ème} éd., p. 564, n° 443.

²⁰⁰⁰ G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles : *LGDJ* 1949, 4^{ème} éd., p. 273, n° 150.

²⁰⁰¹ V. *infra* n° 501 s.

B. Ne pas desservir un ou plusieurs autres salariés de l'entreprise

516. Plusieurs hypothèses dans lesquelles un salarié serait tenté de ne pas desservir un autre salarié de son entreprise peuvent, là encore, être envisagées.

517. Fausser la mise en concurrence des salariés. L'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, a le droit d'évaluer le travail de ses salariés²⁰⁰².

En premier lieu, il peut, par principe, les mettre en concurrence en prévoyant des résultats collectifs dont le non-respect, si tant est que les résultats soient objectifs, réalistes et raisonnables, peut justifier un licenciement dès lors qu'une insuffisance professionnelle est caractérisée. Bien souvent, c'est par comparaison aux autres salariés de l'équipe, voire de l'entreprise si jamais l'activité poursuivie est uniforme, qu'une telle insuffisance sera établie²⁰⁰³. Dans un tel cas de figure, le salarié qui voudrait être solidaire et ralentir sa productivité ainsi que son activité risquerait, si l'ensemble des salariés ne suit pas le mouvement, une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement.

En deuxième lieu, l'employeur peut mettre en concurrence les salariés en les comparant entre eux (*benchmark*) ou en les classant entre eux (*ranking*). Ces deux systèmes d'évaluation, qui conditionnent surtout la rémunération et la mise en place d'actions d'accompagnement, ont été déclarés valides dans leur principe²⁰⁰⁴, ce qui n'empêche pas que l'application faite par l'employeur puisse être sanctionnée si elle mène à la violation de l'obligation de sécurité dont il est débiteur en affectant, notamment, la santé de ses salariés. Le salarié qui voudrait être solidaire et ralentir sa productivité et son activité, et par là déjouer les systèmes de mise

²⁰⁰² Soc. 10 juillet 2002 : pourvoi n° 00-42.368, inédit. Sur la question de l'évaluation du salarié, v. M. ROUSSEL, L'évaluation professionnelle des salariés : *LGDJ 2019*.

²⁰⁰³ V. pour une illustration CA Montpellier, 29 janvier 2020 : n° RG 16/02350, accueillant un licenciement intervenu pour insuffisance professionnelle : « *Il ressort de ces pièces qu'à partir de 2010, par comparaison aux autres salariés évalués, Mme X était inévitablement dans le dernier tiers, faisait conséquemment partie des salariés aux plus faibles résultats et était la seule salariée à cumuler systématiquement de tels résultats* ».

²⁰⁰⁴ Pour le benchmark, v. CA Lyon, 21 févr. 2014, n° RG 12/06988. Pour le ranking, v. CA Grenoble, 13 nov. 2002, n° RG 02/02794.

en concurrence, risquerait, là encore, de souffrir de la comparaison et d'encourir une sanction disciplinaire si l'ensemble des salariés ne devait pas suivre le mouvement.

En troisième lieu, l'employeur peut évaluer les salariés en ayant recours à la technique de « l'évaluation à 360 degrés » au cours de laquelle les collègues de travail (tous confondus) peuvent être amenés à évaluer le salarié. Se pose alors la question du salarié qui refuserait d'évaluer un autre salarié de son équipe, de son département ou de son entreprise ou qui ne le ferait pas en son âme et conscience, soit qu'il veuille être solidaire, soit qu'il compte sur une indulgence réciproque. Une telle réaction n'est pas un cas d'école²⁰⁰⁵. S'il n'est pas certain que le salarié encourrait alors une sanction disciplinaire, il n'en reste pas moins qu'une telle sanction serait probable en raison de l'obligation de loyauté dont le salarié est débiteur en vertu de l'article L. 1222-1.

En conséquence, le salarié qui s'ingénierait à fausser la concurrence entre salariés que l'employeur peut tout à fait instaurer dans l'entreprise se risquerait, dans l'ensemble, soit à voir cette solidarité se retourner contre lui, soit à des sanctions disciplinaires.

518. Révélation d'informations touchant à un autre salarié. L'obligation de loyauté incite le salarié à être transparent quant aux informations qui le toucheraient personnellement et qui seraient en rapport avec ses activités professionnelles²⁰⁰⁶. Le salarié pourrait-il, dans l'entreprise, se garder de révéler à l'employeur les inexécutions contractuelles que commettrait *un autre salarié* de l'entreprise ou les agissements néfastes à l'entreprise de ce dernier ? En d'autres termes, le salarié est-il tenu de dénoncer ? Il est évident que le salarié est comptable et responsable de ses propres actions et qu'il engage la pérennité de son contrat de travail par ses propres inexécutions. Il semblerait délétaire, en revanche, d'exiger également de lui une irréprochabilité passive. Cela serait contraignant pour lui et pernicieux pour la collectivité de travail. Pourtant, des juridictions du fond ont déjà pu valider le

²⁰⁰⁵ « Il existe une certaine tendance à ne pas dévaloriser ou mettre en cause un collègue de travail, par crainte d'être soi-même évalué avec une certaine sévérité. Cet écueil est surtout constaté dans les petites structures ou dans les services de taille restreinte, au sein desquels « l'anonymisation » des évaluations est toute relative » (P. LUBET, M. d'ALLENDE, L'évaluation des salariés : *JCP S 2011, 1240*).

²⁰⁰⁶ Soc. 29 sept. 2014 : pourvoi n° 13-13.661, Bull. V, n° 209 : « *la dissimulation par le salarié d'un fait en rapport avec ses activités professionnelles et les obligations qui en résultent peut constituer un manquement à la loyauté à laquelle il est tenu envers son employeur, dès lors qu'il est de nature à avoir une incidence sur l'exercice des fonctions* ».

licenciement fondé sur la dissimulation par un salarié de détournements, dont il avait connaissance, commis par un autre salarié de l'entreprise (sur le fondement de l'obligation de loyauté)²⁰⁰⁷. Là encore, le salarié qui se voudrait solidaire en s'abstenant de dénoncer les agissements d'un autre salarié de l'entreprise pourrait être sanctionné par l'employeur (certes essentiellement en cas d'agissements, de détournements graves). Bien que le subjectif a été chassé, en droit positif, de l'obligation de loyauté, l'absence de révélation d'informations à l'employeur pourrait continuer d'être sanctionnée comme relevant d'une conception objective de cette obligation.

519. Garanties votées par référendum. Il est fort à parier que l'essor des référendums d'entreprise ne change rien à l'absence de solidarité spontanée et volontaire entre salariés. Si de prime abord on peut supposer que l'urne fédère, les différences de statuts au sein d'une même entreprise risquent plutôt de conduire les salariés à opposer leurs intérêts respectifs. *« C'est le cas par exemple des accords donnant-donnant sur l'emploi, dans lesquels les salariés sous contrat à durée indéterminée ont un intérêt à la conclusion d'un tel accord, dans la mesure où ils ont un espoir de garantie de leur emploi en contrepartie d'une renonciation salariale (de type gel de salaire), alors que les salariés embauchés dans le cadre des contrats à durée déterminée vont se voir appliquer la modération salariale sans pour autant bénéficier des garanties portant sur l'emploi »*²⁰⁰⁸. Ce constat formulé en 2006 est d'autant plus vrai aujourd'hui, à l'heure de la généralisation des accords d'entreprise ou d'établissement et des accords de performance collective. Seule perspective solidaire : le fait que l'ensemble des salariés d'un établissement ou d'une entreprise doivent être consultés, et

²⁰⁰⁷ V. par ex. CA Nîmes 20 juin 2017 : n° RG 16/00137 : *« le fait pour un salarié d'avoir omis de porter immédiatement à la connaissance de son employeur des faits de vol dont il avait été témoin et d'avoir œuvré par son silence pour empêcher la révélation de ces faits constitue une violation par ce salarié de son obligation contractuelle de loyauté »*.

Le fondement de l'obligation de loyauté apparaît ici comme une objectivation de l'ancien motif de licenciement lié à la perte de confiance. Sur la disparition progressive de ce motif, et sur le point d'orgue de ce mouvement de disparition, v. Soc. 29 nov. 1990 : pourvoi n° 87-40.184, Bull. V, n° 597 ; *GADT, Dalloz 2008, 4^{ème} éd., n° 103*.

²⁰⁰⁸ A. BOUILLOUX, La loi ou le mythe de l'uniformité, in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BERAUD et A. JEAMMAUD : *Dalloz 2006, p. 7 s., spéc. p. 29*.

non pas les seuls salariés relevant du champ de l'application de l'accord en question²⁰⁰⁹. Cette solution jurisprudentielle, qui a surtout pour but de renforcer la légitimité de l'accord collectif, pourrait éventuellement, à rebours de ce que l'on a pu dire précédemment, permettre à des salariés de se prononcer au nom de l'intérêt de tous plus que du leur puisqu'au jour du référendum, ces mêmes salariés peuvent ne pas être directement concernés par les mécanismes figurant au projet d'accord.

520. *Exceptio probat regulam* : l'obligation de prendre soin des autres salariés. La protection des salariés est avant toute chose l'affaire de l'employeur au regard de l'obligation de sécurité dont il est débiteur. Mais elle est également « *l'affaire de tous* »²⁰¹⁰, et plus précisément une « *obligation à la charge de tous les salariés* »²⁰¹¹, puisqu'aux termes de l'article L. 4122-1, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail. Et ce alors même qu'il n'aurait pas reçu de délégation de pouvoir ; il doit en tout état de cause répondre des fautes qu'il a commises dans l'exécution de son propre contrat de travail²⁰¹². Pour le dire autrement, dans une forme de solidarité s'imposant à tous les salariés de l'entreprise, « *le salarié est tenu de prendre soin des autres salariés qui travaillent pour le compte de l'employeur* »²⁰¹³. Et cela sous peine d'être licencié pour faute grave. La raison tient à « *sa qualité de membre de l'organisation de l'entreprise* »²⁰¹⁴.

Sous réserve de l'exception vue précédemment (l'obligation de prendre soin des autres salariés) il n'existe donc pas plus de solidarité spontanée passive qu'active entre salariés d'une même entreprise. Le salarié ne pourra volontairement s'abstenir de desservir un autre

²⁰⁰⁹ Soc. 9 oct. 2019, *préc.* Sur cette question, v. *supra* n° 446.

²⁰¹⁰ T. PASQUIER, L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel : *LGDJ 2010*, p. 181, n° 153.

²⁰¹¹ *Ibid.*

²⁰¹² Soc. 28 févr. 2002 : pourvoi n° 00-41.220, Bull. V, n° 82.

²⁰¹³ T. PASQUIER, L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel : *LGDJ 2010*, p. 181, n° 153.

²⁰¹⁴ T. PASQUIER, L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel : *LGDJ 2010*, p. 184, n° 154.

salarié de l'entreprise qu'avec l'assentiment du chef d'entreprise²⁰¹⁵. L'entreprise reste une entité hautement concurrentielle, voire même un *marché*²⁰¹⁶, dans laquelle le *benchmark* est d'ailleurs autorisé. L'appartenance du salarié à l'entreprise ne mène pas à une solidarité spontanée ; le partage de la qualité de salarié ne conduit pas à l'émergence ou à l'existence d'un tel effet. La seule solidarité individuelle pouvant réellement s'y développer sera une solidarité impulsée par l'employeur qui n'a pas toujours intérêt à un tel développement. Cet empêchement de tout geste de solidarité entre salariés d'une même entreprise n'est ni tendanciel ni conjoncturel. Il s'explique au contraire essentiellement.

II. Les obstacles au développement d'une solidarité spontanée

521. Il peut arriver que l'entreprise soit présentée comme un lieu de solidarité. On a pu estimer que les horaires et cadences communs aux salariés engendraient une « *solidarité entre travailleurs* »²⁰¹⁷. Il a également pu être développé l'idée d'une solidarité-coopération entre salariés fondée sur un sentiment de sympathie²⁰¹⁸. Mais admettre que les membres de l'entreprise puissent par principe être solidaires, c'est avoir une vision émotiviste de l'entreprise. C'est confondre *perception* avec *situation* et *prescription*. Seules ces dernières sont des caractères intrinsèques de la solidarité entendue au sens juridique²⁰¹⁹. La perception

²⁰¹⁵ Voir à l'initiative de l'employeur ! Par exemple, il n'est pas rare, au moment de la mise en œuvre de son obligation de reclassement du salarié, que l'employeur fasse un appel, dans l'entreprise, aux départs volontaires ou aux échanges volontaires de postes.

²⁰¹⁶ *Contra*. T. PASQUIER, L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel : *LGDJ 2010*, p. 280, n° 225 : « l'entreprise n'est pas un marché ». Il nous semble pourtant que l'entreprise est au contraire un espace de marchandisation privilégié, heureusement limité par l'ordre public. Le repos n'est-il pas en train « d'acquérir une valeur marchande » avec les réformes portant sur le temps de travail et la possibilité pour le salarié de « racheter un certain nombre de jours de repos » ? (P. LOKIEC, *Droit du travail : PUF 2019*, pp. 411-412, n° 414).

²⁰¹⁷ A. SUPIOT, Temps de travail : pour une concordance des temps : *Dr. soc. 1995*, p. 947 s., spéc. p. 948.

²⁰¹⁸ A.-V. SOLIVERES, Le salarié dans la compétition : *thèse dactyl. Paris II 2018*, p. 290, n° 310.

²⁰¹⁹ M. BORGETTO, « Solidarité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS : *PUF 2003*, 1^{ère} éd., p. 1427.

de la solidarité et le sentiment de solidarité, « solidarité consciente », seront donc laissés aux autres sciences sociales²⁰²⁰.

S'agissant de la science juridique, le constat est sans appel : il n'est pas de l'essence de l'entreprise d'accueillir des gestes de solidarité²⁰²¹. Le rejet de cette solidarité spontanée s'explique, d'une part, par le fait que l'entreprise n'est pas un terrain naturel pour la solidarité (A) et, d'autre part, par le fait que l'entreprise n'est pas un lieu propice à la manifestation de la volonté du salarié (B).

A. Absence de terrain naturel pour la solidarité

522. L'entreprise n'est pas un terrain naturel pour la solidarité, toujours entendue à ce stade comme un geste effectué dans l'intérêt exclusif d'autrui. Premièrement, en raison de l'indépendance dans laquelle le salarié est tenu dans l'entreprise vis-à-vis des autres salariés (1). Deuxièmement, en raison de l'absence de communauté dans l'entreprise (2).

1. L'indépendance du salarié dans l'entreprise

523. Il peut être audacieux d'évoquer expressément « l'indépendance du salarié dans l'entreprise » alors qu'il est enseigné classiquement que « *le contrat de travail a pour objet, et même pour effet, de placer le salarié dans une situation de dépendance* »²⁰²². Cela se justifie pourtant dans une analyse horizontale qui n'appréhende que les rapports entre salariés. Des mécanismes collectifs existent certes au sein de l'entreprise – généralement

²⁰²⁰ « *Au sens des sciences sociales, la collectivité de travail implique le résultat d'une solidarité consciente* » (M. Roussel, L'évaluation professionnelle des salariés : *LGDJ 2019*, p. 65, note n° 252). Adde P.-Y. Verkindt, La collectivité de travail ou la « belle inconnue » : *Dr. soc. 2012*, p. 1006 s., spéc. p. 1007.

²⁰²¹ *Comp. S. TOURNEAUX*, Quelle(s) solidarité(s) en droit du travail ?, in Mél. J.-P. Laborde : *Dalloz 2015*, p. 503 s., spéc. p. 511, pour qui ce qu'il reste du principe de solidarité se trouve effectivement au niveau de l'entreprise.

²⁰²² G.-H. CAMERLYNCK cité par M. DESPAX, L'évolution du rapport de subordination : *Dr. soc. 1982*, p. 11 s., spéc. p. 13.

recensés sous l'expression « relations collectives », au premier rang desquels la représentation du personnel et la négociation collective – mais l'histoire du salarié dans l'entreprise est avant tout une *histoire individuelle*. Cette histoire individuelle est essentiellement marquée par le contrat de travail (a) et la promotion de la figure du salarié-individu (b), qui font du salarié un être indépendant dans l'entreprise.

a. Le contrat de travail, siège de l'individualisme

524. Le renouveau du contrat de travail. Il n'est pas question de revenir sur la querelle ayant opposé les auteurs *juslaboristes* entre l'analyse durandienne institutionnelle de la relation de travail et l'analyse contractuelle lui répondant, particulièrement bien défendue par GERARD LYON-CAEN²⁰²³. Seule la remarque suivante pourra être formulée : le contrat de travail a effectivement connu un « renouveau »²⁰²⁴, que ne dément pas nécessairement la tendance actuelle de promotion de la négociation d'entreprise. Le contrat de travail continue de fonder un véritable « pouvoir de veto »²⁰²⁵ du salarié qui peut s'opposer à une modification de son contrat de travail intervenant par convention ou accord collectif²⁰²⁶. Le contrat reste la figure essentielle du droit du travail en ce qu'il borne la relation individuelle. En effet, le salarié entre dans l'entreprise par l'embauche individuelle et en sort par l'extinction individuelle de son contrat²⁰²⁷. Entre ces deux bornes, et nonobstant les

²⁰²³ G. LYON-CAEN, Défense et illustration du contrat de travail : *APD 1968*, p. 59 s.

²⁰²⁴ P. WAQUET, Le renouveau du contrat de travail : *RJS 5/1999 n° 95*, p. 383. La thèse du déclin du contrat de travail, qui avait atteint son apogée dans les années soixante-dix, a perdu ensuite toute matérialité, v. A. JEAMMAUD, Le contrat de travail, une puissance moyenne, in *Études offertes à J. Pélissier : Dalloz 2004*, p. 299 s., p. 300 ; Le droit du travail en changement. Essai de mesure : *Dr. soc. 1998*, p. 211.

²⁰²⁵ C. RADE, Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. GRYNBAUM ET M. NICOD : *Economica 2004*, p. 75 s., spéc. p. 78.

²⁰²⁶ C. trav., art. L. 2254-2. Si le salarié peut s'opposer à une modification de son contrat de travail opéré par accord de performance collective, les conséquences de son refus sont particulièrement sévères (V. C. trav., art. L. 2254-2).

²⁰²⁷ Même si le principe de la rupture peut être décidé de façon collective, pour certains licenciements économiques, en matière de plan de départs volontaires et en cas de rupture conventionnelle collective.

tempéraments collectifs, l'exécution de la relation de travail reste également et principalement individuelle, matérialisée par la prestation de travail fournie par le salarié et l'individualisation tant des sanctions prononcées que des rémunérations (le cas échéant justifiées par des critères objectifs) accordées. Il en sera ainsi tant que le travail salarié reposera sur le contrat-échange²⁰²⁸. En droit du travail, comme souvent ailleurs en droit des contrats, le contrat demeure donc le siège de l'individualisme, ce qui rend le salarié peu apte à faire un geste de solidarité.

525. Le contrat n'est pas exclusif de toute solidarité : les contrats d'intérêt commun et d'association. « Qui dit contrat dit solidarité »²⁰²⁹ ? Bien que le droit des contrats repose sur une philosophie individualiste, il n'en reste pas moins que le contrat peut, à la marge, se conjuguer avec la solidarité. A la marge seulement, car contrairement aux thèses solidaristes²⁰³⁰ qui prônent une transformation générale du droit des contrats autour des notions de bonne foi, de loyauté, de bienveillance et de *solidarité*, la solidarité ne s'exprime

²⁰²⁸ Pour une appréciation différente, v. la proposition de G. DUCHANGE pour qui le contrat de travail, qui n'est pas un contrat échange, est un « contrat collectif », par lequel les salariés sont unis par un seul et même contrat avec l'employeur. G. DUCHANGE, *Réflexions sur l'objet du contrat de travail*, in Mél. Bernard Teyssie : *LexisNexis 2019*, p. 145 s., spéc. p. 152 s. ; G. DUCHANGE, *Réformer l'entreprise : contrat de société ou contrat de travail ? Propositions doctrinales à contre-courant* : *D. 2019*, p. 1296 s.

²⁰²⁹ A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine* : *Hachette 1885*, 2^{ème} éd., p. 16.

²⁰³⁰ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* : *RTD civ. 1997*, p. 357 s. ; C. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil* : *Dr. et patrimoine 1998*, n° 58, p. 46 s. ; Pour en finir avec la formation du contrat !, in *Le contrat. Liberté contractuelle et sécurité juridique* : *LPA 1998*, n° 54 ; Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal, in Mél. F. Terré : *Dalloz, PUF-édition du Jurisclasseur 1999*, p. 125 s. ; Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Etudes Jacques Ghestin* : *LGDJ 2001*, p. 441 s. ; D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mél. F. Terré : *Dalloz, PUF-édition du Jurisclasseur 1999*, p. 603 s.

Pour une réception nuancée de cette doctrine en droit du travail, v. C. RADE, *Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité*, in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. GRYNBAUM ET M. NICOD : *Economica 2004*, p. 75 s., selon qui l'obligation contractuelle de loyauté ou de bonne foi traduit une forme de solidarisme en droit du travail.

Pour une réception critique de cette doctrine, v. M. MIGNOT, *De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?* : *RRJ 2004*, n° 4, p. 2153 s. ; Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, in Mél. P. Didier : *Economica 2008*, p. 247 s.

aujourd'hui, et à raison, que pour certains contrats, au premier rang desquels les contrats d'intérêt commun et les contrats associatifs²⁰³¹, étrangers au contrat de travail.

526. Le contrat n'est pas exclusif de toute solidarité : le contrat relationnel. Le contrat relationnel, qui se distingue du courant solidariste en ce qu'il est issu d'une véritable théorie à visée normative, propose également de recentrer certains contrats autour des notions de bienveillance, de confiance, d'entraide, d'assistance... et de *solidarité*²⁰³². Ce contrat, qui recherche la pérennité de la relation en s'adaptant tout au long de sa durée aux besoins des parties et qui se caractérise par l'existence d'une relation plus ou moins intense entre celles-ci²⁰³³, a pu être érigé en modèle du contrat de travail²⁰³⁴. Selon Monsieur BAREGE, l'assimilation (certes imparfaite) du contrat de travail à un contrat relationnel permet justement de réconcilier la tradition institutionnelle et contractualiste de la relation de travail²⁰³⁵. En réalité, le contrat de travail ne saurait être identifié comme étant un contrat relationnel, si tant est que ce dernier existe bel et bien²⁰³⁶.

- En premier lieu, le cadre normatif initial du contrat relationnel, qui repose sur douze critères cumulatifs, est de toute façon trop exigeant pour régir ne serait-ce même que le contrat de travail à durée indéterminée, la forme normale et générale de la relation de travail²⁰³⁷.

²⁰³¹ M.-E. ANCEL, La prestation caractéristique du contrat : *Economica* 2002, p. 280.

²⁰³² C. ROCHAT, L'amitié en droit privé : *PUAM* 2019, p. 268, n° 370.

²⁰³³ C. BOISMAIN, Les contrats relationnels : *PUAM* 2005 ; H. MUIR WATT, Du contrat « relationnel », réponse à François Ost, in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant – Journée de Nantes, t. 4, année 1999 : *LGDJ*, 2001, p. 169 s. ; Y.-M. LAITHIER, A propos de la réception du contrat relationnel en droit français : *D.* 2006, p. 1003 s. ; C. JUBAULT, Corinne Boismain, Les contrats relationnels : *RTD civ.* 2008, p. 750 s.

²⁰³⁴ A. BAREGE, L'éthique et le rapport de travail : *LGDJ* 2008.

²⁰³⁵ A. BAREGE, L'éthique et le rapport de travail : *LGDJ* 2008, spéc. p. 326.

²⁰³⁶ V. not. Y.-M. LAITHIER, A propos de la réception du contrat relationnel en droit français : *D.* 2006, p. 1003 s., spéc. p. 1005 : « Dans le monde réel, tous les contrats sont des contrats relationnels ». Et l'auteur de poursuivre en écrivant que même si une distinction était faite entre l'obligation et la relation proprement dite, celle-ci ne serait pas opératoire, la relation ne produit pas d'effets juridiques qui ne soient ceux de l'obligation.

²⁰³⁷ Même si l'on ne doit pas aborder les critères du contrat relationnel de façon trop rigide, il n'en reste pas moins qu'après une analyse rapide, plusieurs manquent au contrat de travail, même à durée indéterminée. Ainsi du sixième critère, relatif à la planification du contrat, si l'on rappelle la résistance que le contrat de travail

- En second lieu, même si on devait se référer au cadre normatif retravaillé du contrat relationnel, par lequel les auteurs français en sont venus à privilégier un critère unique sur les douze critères initiaux dégagés par MACNEIL (souvent le critère de l'incomplétude ou de la durée)²⁰³⁸, il est impossible de dégager un critère qui permettrait de régir la diversité des contrats de travail : on ne peut pas dire qu'un contrat de mission comporte des engagements imprécis, comme on ne peut pas dire qu'un court contrat à durée déterminée comporte une durée particulièrement longue.
- En tout état de cause, et même à admettre qu'un des critères du contrat relationnel puisse rassembler les différents contrats de travail, le contrat relationnel n'aurait pas tellement de *raison d'être* en droit du travail, et ce pour quatre raisons, outre le fait que la confiance a déjà été relativement chassée de la relation contractuelle de travail²⁰³⁹. **Premièrement**, le droit du travail assure déjà

offre aux conventions et accords collectifs qui ne peuvent en principe le modifier *in pejus*. Ainsi du huitième critère, relatif à la répartition des bénéfices et des charges, si l'on rappelle qu'en principe le contrat de travail même à durée indéterminée tient le salarié à l'écart des risques de l'entreprise. Ainsi du dixième critère, relatif à l'impossibilité de transfert du contrat. Ainsi du onzième critère, relatif au nombre de contractants souvent supérieur à deux. Ainsi du douzième critère, relatif à la faible dimension d'échange.

Pour la présentation des douze critères de différenciation des contrats impersonnels et des contrats relationnels établis par I. R. MACNEIL, C. BOISMAIN, Les contrats relationnels : PUF 2005, p. 142 s., n° 182 s.

Comp. I. R. MACNEIL qui utilise souvent le contrat de travail comme un exemple de contrat relationnel, même s'il reconnaît que le caractère échangiste de celui-ci constitue un sérieux obstacle à cette qualification (I. R. MACNEIL, The many futures of contract : *Southern California Law Review* 1974, p. 725 cité par C. BOISMAIN, Les contrats relationnels : PUAM 2005, p. 159, n° 205). *Contra.* par C. BOISMAIN, Les contrats relationnels : PUAM 2005, p. 160 s., n° 205 s, spéc. p. 163, n° 206 : « Le contrat de travail de courte durée est donc un contrat moins relationnel que le contrat de travail de longue durée. Cependant, il s'agit d'un contrat relationnel ».

²⁰³⁸ V. Y.-M. LAITHIER, A propos de la réception du contrat relationnel en droit français : D. 2006, p. 1003 s., spéc. p. 1004.

²⁰³⁹ Petit à petit, en matière de licenciement pour motif personnel, les motifs d'ordre subjectif ont été évincés. Ainsi, « la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement » (Soc. 29 nov. 1990 : pourvoi n° 87-40.184, Bull. V, n° 597 ; GADT, Dalloz 2008, 4^{ème} éd., n° 103). Seuls les éléments objectifs sur lesquels elle reposerait le cas échéant pourraient constituer une cause de licenciement (Soc. 29

la protection de la personne du salarié. Si une coopération devait être instaurée par la reconnaissance d'un contrat relationnel entre employeur et salarié, il est fort à parier que les devoirs qui en résulteraient seraient à la charge de ce dernier, l'employeur étant déjà astreint à un contenu obligationnel particulièrement dense (en matière notamment de sécurité et de reclassement du salarié). **Deuxièmement**, il semble difficilement possible, en droit du travail, qu'une relation (par nature fluctuante selon la théorie du contrat relationnel) prenne le pas sur le contenu obligationnel (déterminé quant à lui au moment de la conclusion du contrat). En effet, le contenu normatif du contrat de travail est essentiellement verrouillé par l'ordre public et l'ordre conventionnel. **Troisièmement**, le contrat relationnel implique une évolutivité de la convention, notamment rendue possible par la reconnaissance de la volonté tacite. Or, le droit du travail se défie, à raison, de la volonté tacite du salarié²⁰⁴⁰. **Quatrièmement**, la pérennité du rapport de travail²⁰⁴¹, qui est recherchée par les théoriciens du contrat relationnel, semble déjà suffisamment assurée par l'instauration d'obligations légales (i.e. le transfert du contrat de travail²⁰⁴²) ou la découverte d'obligations contractuelles (i.e. l'obligation d'adaptation²⁰⁴³). Pour combler le silence du contrat, le droit du travail a bien plus recours au mécanisme de

mai 2001 : pourvoi n° 98-46.341, Bull. V, n° 183). V. plus généralement, sur la « chasse au subjectif » dans les relations individuelles de travail, P. LOKIEC, *Droit du travail : PUF 2019*, p. 253, n° 243.

²⁰⁴⁰ La modification du contrat de travail ne peut plus résulter, en principe, depuis l'arrêt Raquin rendu par la chambre sociale le 8 oct. 1987 (Bull. V, n° 541 ; *GADT, Dalloz 2008*, 4^{ème} éd., n° 49) d'un accord tacite du salarié qui poursuivrait le travail aux nouvelles conditions de l'employeur. Ce dernier doit accepter expressément la modification. Deux exceptions demeurent aux articles L. 1222-6 du code du travail relatif à la modification du contrat de travail pour motif économique et L. 2254-2 du même code relatif à la modification du contrat en vertu d'un accord de performance collective. Cette règle peut être vue comme une déclinaison du principe civiliste en vertu duquel la novation ne se présume pas.

²⁰⁴¹ A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée : Dalloz 2005*.

²⁰⁴² C. trav., art. L. 1224-1.

²⁰⁴³ Sur l'employeur pèse une obligation d'adaptation du salarié qui lui impose d'une part d'adapter le personnel aux changements techniques et d'autre part de reclasser le salarié inapte ou licencié économiquement, sous peine de voir le licenciement qui interviendrait dépourvu de cause réelle et sérieuse.

l'obligation implicite²⁰⁴⁴ qu'à la volonté tacite qui caractérise le contrat relationnel.

Il découle de ces quatre raisons évoquées que le contrat relationnel n'a pas sa place en droit du travail et qu'aucune solidarité spontanée ne pourrait se développer par son entremise.

b. La promotion du salarié-individu

527. Le droit du travail connaît depuis quelques décennies un phénomène d'individualisation²⁰⁴⁵ qui amène le salarié à se percevoir comme un élément autonome dans l'entreprise, ce qui le rend peu apte au geste de solidarité.

528. Phénomène d'individualisation : la reconnaissance de droits individuels. Au-delà de l'importance du support contractuel, l'histoire individuelle est accentuée par le phénomène d'individualisation que connaît le droit du travail²⁰⁴⁶. « *L'individu est cet être foncièrement indépendant et responsable* »²⁰⁴⁷. Ce phénomène s'est manifesté en premier lieu par la reconnaissance de droit individuels au profit de chaque salarié. On retrouve dans cette acception la figure du salarié-citoyen de l'entreprise telle que défendue par les lois Auroux de 1982.

²⁰⁴⁴ Sur cette notion, v. G. LYON-CAEN, L'obligation implicite : *APD*, 2000, p. 109 s.

²⁰⁴⁵ V. not. J.-C. JAVILLIER, Fidélité et rémunération : *Dr. soc.* 1991, p. 386, spéc. p. 393. Sur le mouvement d'individualisation de la nationalité, v. F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES, Droit de la nationalité et des étrangers : *PUF* 2015, p. 45, n° 59.

²⁰⁴⁶ Sur la réalité de ce phénomène, qui est distingué de la (re)contractualisation, v. P. ADAM, L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu : *LGDJ* 2005. V. égal. C. MATHIEU et C. NICOD, L'individu confronté à l'organisation collective du travail, in *Le singulier en droit du travail*, dir. J.-M. BERAUD ET A. JEAMMAUD : *Dalloz* 2006, p. 51 s., spéc. p. 52 : « *Progressivement, le modèle collectif s'effrite au profit d'une individualisation des conditions de travail* ».

²⁰⁴⁷ A. LAURENT, De l'individualisme – Enquête sur le retour de l'individu : *PUF* 1985, p. 40 et 115.

V. égal., P. ADAM, L'individualisation du droit du travail : *LGDJ* 2005, p. 32, n° 37, pour qui l'indépendance est, à côté de la singularité, l'un des deux traits dominants de la figure de l'individu.

529. Phénomène d'individualisation : la volonté du salarié dans la rupture du contrat de travail. Ce phénomène ne saurait se limiter à ces seuls droits individuels et à l'essor des droits fondamentaux en droit du travail²⁰⁴⁸. La promotion du salarié-individu passe également par la place – considérable – accordée aujourd'hui à la volonté du salarié dans le processus de rupture de la relation de travail et le règlement des conséquences de cette rupture.

530. Phénomène d'individualisation : la participation du salarié. Aujourd'hui, le phénomène d'individualisation se manifeste également, de façon certes plus médiata, par la diffusion, dans l'entreprise, d'un modèle démocratique. Le « salarié-citoyen » prend alors ici un deuxième sens, plus moderne et plus paradoxal, celui du salarié appelé aux urnes soit pour participer à la norme (en cas de technique référendaire), soit pour élire ses représentants. La figure du salarié-citoyen se pare alors d'une dimension immédiatement collective mais indirectement individualiste²⁰⁴⁹.

531. Se percevoir comme un élément autonome. Cette histoire individuelle, qui va en s'accroissant, s'oppose à ce qu'une solidarité naturelle puisse se développer dans l'entreprise, de sorte que cette dernière se présente par essence anomique. L'identité individuelle dans le travail remplace peu à peu l'identité collective qui procédait de l'appartenance à la même catégorie des salariés²⁰⁵⁰. Le salarié, qui est renvoyé à sa propre capacité individuelle, résultant essentiellement de son travail, de son *facio*, se perçoit de plus en plus comme un élément autonome dans l'entreprise. Il est incité à faire abstraction du collectif pourtant inhérent à celle-ci : cela condamne toute solidarité naturelle.

Mais celle-ci a-t-elle seulement déjà existé ? Si la solidarité se perd quelque peu dans la société puisque « nous sommes aujourd'hui dans une société dans laquelle les individus ont

²⁰⁴⁸ A. JEAMMAUD, La place du salarié individu dans le droit du travail français, in Etudes H. Sinay : P. Lang 1994, p. 347 s., spéc. p. 349.

²⁰⁴⁹ L'on pourrait alors envisager deux dimensions au phénomène contemporain d'individualisation du droit du travail et de réhabilitation du salarié-individu : une dimension directe et une dimension indirecte. Sur ce point, *contra*. P. ADAM, L'individualisation du droit du travail : LGDJ 2005, p. 22 et p. 38, pour qui la distinction, brouillée, ne serait pas pertinente mais aussi pour qui la participation au scrutin participe de la revalorisation du salarié comme sujet, c'est-à-dire membre d'une collectivité, et non comme individu.

²⁰⁵⁰ A. SUPLOT, Critique de droit du travail : PUF 2015, p. 97 s.

le droit de ne plus penser qu'ils vivent en société »²⁰⁵¹, s'agissant de l'entreprise, les salariés-individus n'ont de toute façon jamais été véritablement en situation de penser qu'ils évoluaient en groupe. Là où l'« *l'État est une gigantesque machine à produire des individus* »²⁰⁵², le droit du travail produit un discours individuel. Par la place accordée au travail, au *facio* (l'action individuelle), c'est ici une fable de la réussite individuelle qui est racontée. Les juristes ont fait du travail en entreprise une donnée personnelle ; le salarié est encouragé, sinon franchement conduit, à se percevoir comme un élément autonome et non comme un « maillon de la chaîne » pour reprendre la formule comtienne. Le salarié-individu, nonobstant son inclusion dans un collectif, est alors placé dans une position relativement isolée, ce qui explique, ainsi qu'on l'a montré tout au long de cette étude, que l'appartenance à l'entreprise bien qu'empiriquement existante ne soit pas encore conceptualisée. En effet, l'individualisation, qui s'entend « *de l'allocation de droit individuels indépendamment de l'appartenance à une collectivité* »²⁰⁵³, fait obstacle à l'appartenance. L'individualisation, et *a fortiori* l'individualisme, tout en admettant que l'individu puisse être membre d'un groupe, rejette l'idée que l'individu puisse bénéficier et être contraint par *le seul fait* qu'il fait partie de ce groupe. Le terme d'individu, en somme, exprime le primat du « je » sur l'identité du « nous »²⁰⁵⁴.

Il pourrait être objecté que l'individualisme premier du salarié n'est pas nécessairement incompatible avec la réalisation ensuite d'une solidarité. A l'image de la tribu²⁰⁵⁵, on pourrait – en théorie du moins – concevoir que les salariés deviennent solidaires en transférant leur

²⁰⁵¹ M.-C. BLAIS, Solidarité, une idée politique ?, in Solidarité(s) : perspectives juridiques : *Presses de l'Université Toulouse I Capitole* 2009, p. 35-48.

²⁰⁵² Ibid.

²⁰⁵³ A. SUPIOT, Critique du droit du travail : *PUF* 2015, 3^{ème} éd., p. 92, note n° 1.

²⁰⁵⁴ N. ELIAS, La société des individus : *Fayard* 1991, cité par P. ADAM, L'individualisation du droit du travail, *préc.*, p. 29, n° 32.

²⁰⁵⁵ Il s'agit de la thèse dite de l'altruisme biologique en vertu de laquelle « *on passe d'une sélection individuelle à une sélection de groupe. Au lieu d'avoir des individus égoïstes en lutte les uns contre les autres, on a maintenant des tribus égoïstes qui luttent entre elles, mais qui sont soudées intérieurement par le plus ou moins grand altruisme de leurs membres les uns envers les autres. Pour que les individus deviennent altruistes, il a ainsi fallu transférer leur égoïsme au niveau des tribus (ou autres groupes sociaux)* » (A. PICHOT, Biologie et solidarité, in La solidarité - Enquête sur un principe juridique, dir. A. Supiot : *O. Jacob, Coll. Collège de France*, 2015, p. 69 s., spéc. p. 76).

individualisme originaire au niveau du groupe formé par l'entreprise. Cependant, outre que l'entreprise n'est pas réductible à une tribu²⁰⁵⁶, ce transfert est impossible du fait de l'absence d'un ensemble communautaire.

2. L'absence de communauté

532. Liens entre communauté et solidarité. Un régime de solidarité « repose toujours sur l'appartenance à une communauté »²⁰⁵⁷. En effet, outre le fait que la solidarité est par essence bornée, l'appartenance à une même communauté est source de solidarité entre ses membres, l'altérité entre eux diminuant tant et si bien que le rapport de droit ne saurait y être appréhendé de la même manière qu'à l'égard d'un parfait étranger²⁰⁵⁸. De deux choses l'une alors : soit les salariés sont des communautaires et une solidarité spontanée, en vertu de laquelle ils agiront de façon désintéressée pour les autres salariés, peut naturellement se développer dans l'entreprise ; soit les salariés ne forment pas ensemble une communauté concrète, une communauté de travail, et aucune solidarité spontanée ne peut se développer en entreprise.

Confronté à la question de la communauté, le travailleur est instinctivement tenté de répondre qu'elle existe sans aucun doute possible, tant son œil est habitué à rencontrer, un peu partout, en jurisprudence comme en doctrine, la notion de « communauté de travail »
(a). Cette communauté ne répond pourtant pas aux traditionnels caractères communautaires
(b).

²⁰⁵⁶ E. GODELIER, *La culture d'entreprise : La Découverte 2006*, p. 77 s.

²⁰⁵⁷ A. SUPLOT, Introduction, in *La solidarité - Enquête sur un principe juridique*, dir. A. SUPLOT : O. Jacob, Coll. Collège de France 2015, p. 7 s., spéc. p. 12.

²⁰⁵⁸ D. MARTEL, Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes : éd. IRJS 2012, spéc. p. 374 : « Nous concédons à René Demogue que l'existence d'une communauté implique nécessairement une solidarité » ; P. STOFFEL-MUNCK, préface à la thèse précitée, spéc. p. XIV : « L'appartenance commune est source d'une solidarité accrue entre ses membres ».

a. La notion juslaboriste de « communauté de travail »

533. Existe-t-il une communauté de travail au sein de l'entreprise ? Si l'expression « communauté de travail » est à ce point familière au juriste et si elle semble constituer une véritable notion, cela est dû à l'absoluité certaines affirmations doctrinales (i.e. « *l'entreprise est une communauté de travail, un corps social* »²⁰⁵⁹), ainsi qu'à la quantité de décisions de justice se référant à ladite communauté de travail. Le Professeur VERKINDT a d'ailleurs souligné le prolifique accueil pourtant « *sans support textuel* » que la Cour de cassation a réservé à cette expression²⁰⁶⁰. Quant à savoir si cette communauté existe bel et bien... les juristes en ont discuté et en discutent toujours. La justesse de l'idée communauté de travail (caractérisée par une communauté cherchée et non naturelle) a été soulignée²⁰⁶¹. Puisque la communauté est ce qui est commun à plusieurs personnes²⁰⁶², il semble *prima facie* indiscutable qu'une véritable communauté est constituée entre salariés. Après tout, les salariés n'ont-ils pas un employeur commun, une même activité et des moyens communs²⁰⁶³ ? Cette conception somme toute durandienne de l'entreprise²⁰⁶⁴, directement constitutive d'une solidarité entre les membres de l'entreprise, est partagée encore aujourd'hui en doctrine²⁰⁶⁵. De certains arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour

²⁰⁵⁹ J. BRETHER DE LA GRESSAYE, Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise : *Dr. soc.* 1960, p. 633 s.

²⁰⁶⁰ P.-Y. VERKINDT, La collectivité de travail ou « la belle inconnue » : *Dr. soc.* 2012, p. 1006 s, *spéc. p.* 1008.

²⁰⁶¹ G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne : *LGDJ 1951*, p. 278, n° 126.

²⁰⁶² S. PRETOT, Les communautés d'intérêts : *PUAM 2019*, p. 29, n° 7.

²⁰⁶³ V. ARMILLEI, La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale : *Planète social 2018*, p. 24, n° 24 : « *Le partage d'un même employeur, d'un même lieu de travail, des mêmes conditions de travail engendrent une certaine solidarité entre les membres de la collectivité* ».

²⁰⁶⁴ P. DURAND ET R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail t. 1* : Dalloz 1947, p. 405, n° 335 : « *Il existe une solidarité entre tous les membres d'une même entreprise* ». Plus loin : « *La communauté de travail constitue une société naturelle que l'esprit de collaboration doit animer* ».

²⁰⁶⁵ « *L'entreprise n'existe pas sans une communauté de travail* » (F. LARONZE, La communauté de travail, le comité d'entreprise, la commission de régulation : trois acteurs, deux possibilités : *RRJ 2011*, n° 2, p. 833). V. égal. A. MAZEAUD, *Droit du travail : LGDJ 2016, 10^{ème} éd.*, p. 128, n° 162, à propos des lois dites Auroux de 1982 qui reconnaissent la « parole collective » d'une communauté de travail « transcendant les individualités ».

de cassation, pour laquelle des propos tenus entre salariés sur le lieu de travail – soit en dehors de toute « *personne étrangère à l'entreprise* » – ne constituent pas une diffamation publique²⁰⁶⁶, certains auteurs ont même pu conclure à l'existence d'une véritable communauté fermée au sein de l'entreprise²⁰⁶⁷. Et pourtant.

534. Distinction entre collectivité et communauté. La notion de communauté de travail, qui a largement essaimé en droit, est parfois entendue comme synonyme de collectivité des salariés²⁰⁶⁸. La doctrine *juslaboriste* privilégie tour à tour l'une ou l'autre expression en les tenant principalement pour synonymes, alors qu'elles ne sauraient pourtant se confondre, la communauté allant au-delà du simple rassemblement désigné par la collectivité²⁰⁶⁹, même si la simple coexistence de plusieurs travailleurs en constitue, selon nous, un préalable. Dans la communauté, il ne s'agit pas simplement d'être membre du groupement ; il s'agit de l'être en raison de *liens particuliers*²⁰⁷⁰. Il doit exister dans la communauté un véritable « *élément*

C'est à très juste titre que le Professeur Adam a pu écrire : « *Prenant nos distances avec l'idée de transcendance de la communauté émise par Monsieur Mazeaud nous préférons écrire que la loi de 1982 pense que le salarié-individu dans son appartenance à une collectivité plus ou moins étendue* » (P. ADAM, L'individualisation du droit du travail : LGDJ 2005, p. 41, n° 50).

²⁰⁶⁶ Crim. 3 juillet 1980 : pourvoi n° 79-91.742, Bull. crim., n° 215.

²⁰⁶⁷ S. PRETOT, Les communautés d'intérêts : PUAM 2019, p. 97, n° 89. Selon l'auteur, « *le personnel d'une entreprise forme, par une appartenance commune, une entité fermée* ».

²⁰⁶⁸ F. LARONZE, La communauté de travail : de la diversité constatée à l'unité recherchée des intérêts : *Dr. ouv.* 2019, p. 420 : « *La notion de communauté de travail est parfois entendue comme synonyme de collectivité du personnel, notion préférée par André Rouast, alors que d'autres privilégient celle de communauté de travail. Mais il est possible de distinguer les deux notions. Là où la collectivité du personnel correspond à un ensemble d'individus formant un groupe caractérisé par son organisation et l'intérêt commun, la communauté de travail révèle, en plus de l'existence d'un intérêt commun, l'idée d'unité, de convergence majoritaire dans la diversité des intérêts* ». V. égal. F. GEA, Communautarisme (religieux) et droit du travail : *Dr. soc.* 2015, p. 661 s., spéc. p. 662.

²⁰⁶⁹ « Communauté », in Dictionnaire de l'Académie française : 9^{ème} éd. : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3157> ; S. PRETOT, Les communautés d'intérêts : PUAM 2019, p. 31, n° 8. V. égal. sur cette question, P.-Y. VERKINDT, La représentation du personnel dans les groupes de société : *Dr. soc.* 2010, p. 771 s., spéc. p. 774 : « *A priori la communauté et la collectivité ont en commun de se référer à un ensemble de personnes physiques. Elles se différencient néanmoins par le degré d'intégration des éléments du groupe social ainsi identifié.* »

²⁰⁷⁰ S. PRETOT, Les communautés d'intérêts : PUAM 2019, p. 32, n° 9.

moral »²⁰⁷¹. La chambre sociale de la Cour de cassation, bien que marquant une préférence pour la notion de communauté de travail²⁰⁷², a également recours à l'une comme à l'autre²⁰⁷³.

En réalité, dans le cas où l'on reste dans un périmètre de l'entreprise qui coïncide avec la personne morale, la recherche *de ce qui lie les salariés* est superflue. Ils sont cocontractants d'un même employeur : le lien est là. Voilà pour la référence commune. La recherche d'un autre lien particulier est alors tout à fait dispensable, voire parasite, et l'on peut dans un tel cas se référer uniquement à la collectivité de travail rassemblant ces personnes-là²⁰⁷⁴. La référence à la notion de communauté de travail n'est, en réalité, pleinement utile que lorsqu'il s'agit d'aller en deçà ou delà de l'entreprise et de dégager, en vue de sa recomposition, l'unité d'un groupement qui n'est pas assis sur la personnalité morale.

535. Utilité du recours à la notion de communauté de travail pour aller au-delà ou en deçà de l'entreprise : entreprise a-typique. Il y a dans la communauté une connotation politique et idéologique²⁰⁷⁵ qui ne saurait disparaître totalement, même sous la force

²⁰⁷¹ G.-H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN, Précis de droit du travail : *Dalloz 1978*, n° 369, cité par N. CATALA, Traité de droit du travail, L'entreprise, t. 4, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1980*, p. VIII.

²⁰⁷² P.-Y. VERKINDT, La collectivité de travail ou la « belle inconnue » : *Dr. soc. 2012*, p. 1006 s., spéc. p. 1007 s.

²⁰⁷³ Pour l'UES, v. par ex. Soc. 21 nov. 2018 : pourvoi n° 16-27.690, Bull. V, à paraître (communauté de travail). – Soc. 16 déc. 2008 : pourvoi n° 07-43.875, Bull. V, n° 255.

²⁰⁷⁴ La collectivité de travail a, selon nous, une dimension numérique et contractuelle désignant, dans une entreprise typique, tous les salariés liés, à un moment donné, à un même employeur. Pour une conception au contraire concrète de la collectivité de travail, requérant des salariés qu'ils travaillent sur site et donc que le télétravailleur (surtout s'il est à domicile et non nomade) soit exclu de la collectivité de travail, v. P.-Y. VERKINDT, La collectivité de travail ou « la belle inconnue » : *Dr. soc. 2012*, p. 1006 s., spéc. p. 1011 ; P.-Y. VERKINDT, A propos du télétravail et du télétravailleur... : *Cah. du DRH 2012*, n° 187.

²⁰⁷⁵ P.-Y. VERKINDT, La collectivité de travail ou la « belle inconnue » : *Dr. soc. 2012*, p. 1006 s., spéc. p. 1007 s. L'auteur rappelle la distinction établie par le sociologue allemand Tönnies entre les deux modes de groupements humains que sont la communauté (Gemeinschaft) et la société (Gesellschaft) (F. TÖNNIES, Communauté et société : *Retz-CEPL 1997* ; E. DURKHEIM, Communauté et société selon Tönnies : *Revue philosophique 1889*, XXVII, p. 416-422). La transcendance et l'unité absolue présentes dans la communauté tönienne, qui connaît une solidarité entre ses membres (E. GODELIER, La culture d'entreprise : *La Découverte 2006*, p. 78), ne se retrouvent pas dans la société tönienne qui est une forme dans laquelle les individus sont organiquement séparés et liés essentiellement par l'échange.

objective du droit. La connotation communautaire est avant tout organique : la communauté trouve une utilité lorsqu'il s'agit de partir à la recherche de ce qui lie particulièrement des salariés. Cette recherche se justifie dès lors que l'on est en présence d'une entreprise *a*-typique dont l'activité n'engage pas que des salariés co-contractants d'un même employeur, l'entreprise *a*-typique pouvant se caractériser par l'absence d'identité entre entreprise et personne morale²⁰⁷⁶. Le juriste doit alors se livrer à la recherche d'une vérité²⁰⁷⁷ suffisamment légitime pour réunifier ce qui a été éclaté. La communauté de travail permet, notamment dans le contentieux relatif à l'unité économique et sociale²⁰⁷⁸ et à l'établissement

²⁰⁷⁶ L'identité entre entreprise et personne morale n'est en effet nullement imposée, même si elle nous semble de principe. Sur les rapports entre entreprise et personne morale, v. E. PESKINE, C. WOLMARK, Droit du travail 2021 : *Dalloz* 2020, 14^{ème} éd., p. 658 s., n° 1042 s. V. égal. J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale : *RTD civ.* 1993, p. 705 s. ; Comment les activités économiques révolutionnent le droit et les théories juridiques : *D.* 2017, p. 1004 s. L'auteur défend l'idée que la société est une des formes juridiques, la principale, d'organisation de l'entreprise. Cela implique donc une identité entre la structure juridique et l'activité économique déployée.

²⁰⁷⁷ P. SARGOS, La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise, in COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2004, La vérité : *Doc. fr.* 2004, p. 109 s.

²⁰⁷⁸ Soc. 18 juill. 2000 : pourvoi n° 99-60.353, Bull. V, n° 299 : « Une unité économique et sociale entre plusieurs entités juridiquement distinctes se caractérise, en premier lieu, par la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différences entités, en second lieu, par une communauté de travailleurs résultat de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutabilité des salariés ». Pour un exemple jurisprudentiel d'absence de communauté de travailleurs, Soc. 2 mai 2000 : pourvoi n° 99-60.085, Bull. V, n° 163.

L'existence d'une véritable communauté de travailleurs est un des critères les plus importants de l'UES, ce qui a pu faire dire à certains auteurs que sont « fort contestables les décisions selon lesquelles la circonstance qu'une entité n'ait pas de salariés ne suffit pas à l'exclure du périmètre d'une UES » (B. TEYSSIE, Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis* 2020, 12^{ème} éd., p. 169, n° 321).

distinct²⁰⁷⁹, ainsi que pour la participation des travailleurs mis à disposition²⁰⁸⁰, de recomposer un groupement qui n'est pas assis sur la personnalité morale de l'employeur. La communauté dépasse même la simple recherche de ce qui lie les salariés : sa plasticité lui permet d'aller au-delà du salariat, d'attirer et d'intégrer des travailleurs non-salariés de l'entreprise, des stagiaires par exemple²⁰⁸¹.

La communauté de travail est donc une notion permettant, si l'on est en mal de réalité, de reconnaître un groupement dès lors qu'est identifié un « *clou de lumière* »²⁰⁸² (quel qu'il soit²⁰⁸³) de nature à surplomber et fermer le groupement. L'on pourrait d'ailleurs remplacer, pour partir à la reconnaissance d'une communauté, le critère du « clou de lumière » (dont la recherche est délicate) par le critère d'un mode de détermination spécifique à la communauté de travail (par exemple la négociation collective²⁰⁸⁴). Une telle recherche de la vérité de la

²⁰⁷⁹ La désignation d'un délégué syndical peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques (C. trav., art. L. 2143-3). La désignation d'un représentant de section syndicale répond aux mêmes critères (Soc. 14 déc. 2010 : pourvoi n° 10-60.221, Bull. V, n° 292).

L'influence du critère de la communauté de travail est toutefois en régression depuis la suppression de l'institution des délégués du personnel qui requérait une telle communauté (Soc. 7 déc. 2016 : pourvoi n° 14-27.232, Bull. V, n° 234) et l'absence de reprise de ce critère pour la mise en place du CSE d'établissement (C. trav., art. L. 2313-4 ; Soc. 19 déc. 2018 : pourvoi n° 18-23.655, Bull. V, à paraître).

²⁰⁸⁰ Soc. 23 sept. 2015 : pourvoi n° 14-26.262, Bull. V, n° 836 ; P. MASSON, Vive la communauté de travail : *SSL 2009, n° 1400, p. 9*. Sur l'intégration du salarié mis à disposition à la communauté de travail, v. *infra* n° 227 s.

²⁰⁸¹ J. ICARD, Que reste-t-il de la référence au compte 641 ? : *JCP S 2016, 1315*.

²⁰⁸² R. DEBRAY, Eloge des frontières : *Gallimard 2010, p. 58-59*.

²⁰⁸³ Il a été émis l'hypothèse que la branche professionnelle, un périmètre bien éloigné de l'entreprise, puisse être le nouveau paradigme de la communauté de travail (F. LARONZE, La communauté de travail : de la diversité constatée à l'unité recherchée des intérêts : *Dr. ouv. 2019, p. 420 s., spéc. p. 421*). Le risque d'une surmobilisation de la notion de communauté de travail est de mener à une multiplication des périmètres alors que le droit du travail (aussi bien législatif que jurisprudentiel) est aujourd'hui traversé par un souci de « rationalisation des périmètres » (F. GEA, Vers une théorie des périmètres en droit du travail : *Dr. ouv. 2018, p. 594 s., spéc. p. 596*).

²⁰⁸⁴ F. GEA, Vers une théorie des périmètres en droit du travail : *Dr. ouv. 2018, p. 594 s., spéc. p. 600*.

communauté²⁰⁸⁵, délicate, doit être manipulée avec précaution. Son utilité doit être, à notre sens, cantonnée à entreprise *a*-typique, afin d'aller très ponctuellement, dans une telle configuration, au-delà ou en deçà de l'entreprise pour intégrer, de manière circonscrite, certains salariés. Le raisonnement de droit commun doit, selon nous, reposer sur un fondement contractuel, ce qui explique que nous déniions tout recours à la notion de communauté de travail dans le périmètre d'une entreprise typique.

536. Vanité du recours à la notion de communauté de travail dans le périmètre d'une entreprise typique. L'appartenance à l'entreprise telle qu'elle découle de cette étude s'ancre essentiellement dans une entreprise typique, éventuellement découpée en établissements, assimilée à la personne morale. Dans une telle configuration, la recherche de la communauté est vaine à double titre.

En premier lieu, en ce qui concerne la démarche (pourquoi rechercher ce qui unit des salariés alors que le cadre, résultant d'une assimilation entre entreprise et personne morale, n'est pas sujet à débat ?). Il est même très risqué de vouloir substituer la communauté de travail, à l'essence extrêmement volatile²⁰⁸⁶, à l'entreprise dont l'essence, précise et solide, résulte de l'identité d'employeur. C'est qu'il est très délicat de répondre à la question « quel est le sens positif de la communauté de travail ? ». On ne sait trop identifier ce qui *fait* cette communauté. Nous avons vu qu'« *un groupe d'appartenance se forme pour de bon du jour où il se ferme, et il se ferme par suspension à un « clou de lumière » quel qu'il soit* »²⁰⁸⁷. Pour qu'un agrégat s'érige en communauté, il faut donc un « extra »²⁰⁸⁸, une référence. Mais, dans le périmètre d'une entreprise typique, quel est l'« extra » de la communauté de travail ? Le travail accompli en commun ou la même activité économique poursuivie par tous ? Dans une telle acception, la communauté n'aurait pas d'essence, son être s'épuiserait dans

²⁰⁸⁵ V. not. F. FAVENNEC-HERY, *Collectivité du personnel : quelles représentations ?* : *Dr. soc.* 2006, p. 989 s., spéc. p. 991.

²⁰⁸⁶ *Rappr.* pour la communauté politique, C. COLLIOT-THELENE, *La démocratie sans « Demos »* : PUF 2011 ; B. BOURCIER, « Catherine Colliot-Thélène, *La Démocratie sans « Demos »* » : *Terrains/Théories* [Online], 1 | 2015, <http://journals.openedition.org/teth/444> « *La communauté n'a pas d'essence, son degré minimum d'être s'épuise dans l'achèvement de l'acte même de la lutte qu'elle accomplit. Autrement dit, la « communauté » n'existe que dans la performativité de la lutte, elle est « évanescence ».*

²⁰⁸⁷ R. DEBRAY, *Eloge des frontières* : Gallimard 2010, p. 58-59.

²⁰⁸⁸ *Ibid.*

l'achèvement de cet objet. Est-ce alors à dire qu'en cas d'arrêt collectif de travail, la communauté de travail se dissout, au moins provisoirement ? Est-ce à dire alors que le salarié qui ne peut travailler, du fait par exemple d'une maladie est éjecté de cette communauté²⁰⁸⁹ ? A ce scénario évanescent, voire dangereux, doit être préféré la très certaine et très juridique référence à l'entreprise, constituée par l'employeur-entrepreneur.

En second lieu, en ce qui concerne le contenu (aucune transcendance n'est inscrite dans le contenu obligationnel du contrat de travail). Le risque d'avoir recours à une telle notion dans une configuration d'identité entre entreprise et personnalité morale est de céder à une conception communautaire de l'entreprise qui rapprocherait, tout à fait indûment, cette dernière d'une famille. Le parallèle entre l'entreprise et la famille, qui est le groupe le plus parfait au sens communautaire²⁰⁹⁰, a d'ailleurs déjà été osé²⁰⁹¹. Selon nous, en raison de la spécificité même de la communauté, la référence, *dans le cas d'une entreprise typique*, à une communauté de travail ne se justifie pas, même si la notion de communauté de travail semble connaître actuellement un regain d'intérêt dans le cadre du contentieux des signes religieux en entreprise²⁰⁹². Si le travailliste est habitué à rencontrer en jurisprudence comme en doctrine la notion de communauté de travail, si le travailliste relève que la concurrence entre entreprise et communauté de travail tend à se résoudre au profit de cette dernière²⁰⁹³, cette

²⁰⁸⁹ *Rappr.* de la philosophie aristotélicienne selon laquelle ne peut faire partie de la communauté un individu incapable d'action : « *L'appartenance à la communauté implique, de la part de l'individu, la volonté et la capacité de communiquer, de partager, de mettre en commun, de participer* » (P. AUBENQUE, *Problèmes aristotéliciens*. t. 2. Philosophie pratique : Vrin 2011, p. 171).

²⁰⁹⁰ E. DURKHEIM, *Communauté et société* selon Tönnies : *Revue philosophique* 1889, XXVII, p. 416-422.

²⁰⁹¹ A. SERIAUX, *Le droit, une introduction* : *Ellipses* 1997, p. 20-21, n° 27. *Adde* P. LAROQUE, *Conclusion du gouvernement, Recours contre une sentence arbitrale en date du 25 mars 1939* : *Gaz. Pal.* 1939, p. 904 s., *spéc. p.* 906 : « *Le lien qui existe entre les travailleurs et l'entreprise à laquelle ils appartiennent est, à bien des égards, comparable à celui qui unit les individus à leur famille, à leur village, à leur pays* ».

²⁰⁹² Soc. 22 nov. 2017 : pourvoi n° 13-19.855, Bull. V, n° 200. – Soc. 8 juill. 2020 : pourvoi n° 18-23.743, Bull. V, à paraître. L'employeur est investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié.

²⁰⁹³ Sur cette concurrence, v. not. Y. CHALARON, *A propos de l'établissement*, in Mél. J. Péliissier : *Dalloz* 2004, p. 153 s., *spéc. p.* 154 ; D. CHATARD, *Établissement*, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIE : *EPA* 2016, p. 109 s., *spéc. p.* 111 : « *La communauté de travail supplanterait l'entreprise-employeur* ».

notion n'a pourtant pas lieu d'être en ce qu'elle ne répond pas aux traditionnels caractères communautaires.

b. Absence des caractères communautaires traditionnels

537. Contrairement au réflexe de pensée que peut avoir le travailliste, les salariés d'une même entreprise ne forment pas, entre eux, de communauté. Fait défaut, par rapport à la simple collectivité, cet *extra* que l'on a pu appeler « *unité* »²⁰⁹⁴. Tant la logique communautaire (i) que le critère communautaire manquent en effet à l'entreprise (ii).

i. Absence de logique communautaire entre salariés

538. Absence de logique communautaire entre salariés. L'entreprise ne peut être pensée comme un organisme vivant et comme un corps organisé dont aucun des membres ne peut vivre indépendamment des autres²⁰⁹⁵. L'expression « *le tout seul existe* »²⁰⁹⁶ ne s'applique pas à l'entreprise. Il n'existe « *aucune communauté de vie au sein de l'entreprise* »²⁰⁹⁷. Le salarié peut très bien quitter l'entreprise et son contrat de travail être rompu, sans que cela porte atteinte à la substance de celle-ci. Cette rupture pourra avoir, tout au plus, une conséquence sur l'effectif de l'entreprise et être susceptible par-là de provoquer la suppression d'une institution représentative du personnel. De même, l'entreprise doit être en mesure d'absorber l'absence prévisible et temporaire, plus ou moins longue, d'un salarié de l'entreprise (qu'il fasse l'objet d'un arrêt de travail, qu'il bénéficie d'une formation ou qu'il soit en congés payés), que ce soit structurellement en se réorganisant en interne ou

²⁰⁹⁴ F. LARONZE, La communauté de travail : de la diversité constatée à l'unité recherchée des intérêts : *Dr. ouv.* 2019, p. 420 s.

²⁰⁹⁵ V. supra n° 497.

²⁰⁹⁶ E. DURKHEIM, Communauté et société selon Tönnies : *Rev. phil.* 1889, XXVII, p. 416-422.

²⁰⁹⁷ G. LYON-CAEN, Manuel de droit du travail et de sécurité sociale : *LGDJ* 1955, p. 233, n° 291.

financièrement en recrutant de façon temporaire. Dans le cas contraire, l'employeur serait responsable d'une surcharge de travail ou d'une activité en sous-effectif et engagerait sa responsabilité sur le fondement de l'obligation de sécurité ou de l'obligation de loyauté. Puisque l'économie de l'entreprise est d'adapter, dans les limites posées par le Code du travail, la masse salariale à son activité économique, l'employeur doit au contraire, à rebours de toute thèse physiologique, garantir l'indépendance des salariés entre eux afin de s'assurer que l'absence prévisible de l'un n'affecte pas déraisonnablement les autres.

Il n'y a donc ni association ni communion dans l'entreprise et la notion d'appartenance n'a en tout cas pas pour but que *tous soient en un*, fusionnés en une mystique « communauté ».

ii. Absence de critère communautaire entre salariés

539. Absence de critère communautaire entre salariés. Le fait est, réserve faite de l'entreprise composée d'une seule personne, que les salariés constituent ensemble une collectivité²⁰⁹⁸. Le droit social « *saisit une entreprise partout où une collectivité travaille en commun* »²⁰⁹⁹. Pour certains auteurs, l'existence d'une collectivité constitue même un critère indispensable à la reconnaissance d'une entreprise²¹⁰⁰. Cependant, cette seule donnée n'est pas suffisante à caractériser une communauté : le collectif n'est qu'un *préalable* à l'existence éventuelle de liens communautaires. Il n'implique pas nécessairement communauté. La caractérisation d'une communauté nécessite d'aller au-delà du simple groupement : elle requiert essentiellement soit un critère affectif, soit un critère actif.

540. Absence de critère affectif : empathie ou conscience. La communauté (de personnes) implique l'existence d'un critère particulier, éminemment affectif et

²⁰⁹⁸ Pour notre conception de la collectivité de travail, v. *supra* n° 202.

²⁰⁹⁹ N. CATALA, *Traité de droit du travail, L'entreprise*, t. 4, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz* 1980, p. 67, n° 69.

²¹⁰⁰ N. CATALA, *ibid. Contra*. B. TEYSSIE, *Droit du travail. Relations collectives : LexisNexis* 2020, 12^{ème} éd., p. 1009, n° 2150, l'entreprise y est appréhendée comme une « *entité employant au moins un salarié* ».

psychologique, essentiellement dénommé « *empathie*²¹⁰¹ » ou encore « *conscience* »²¹⁰². Rappelons à titre liminaire que l'appartenance juridique ne se confond pas avec le sentiment et que le sentiment d'appartenance, à la positivité inexistante et à la juridicité douteuse, n'est pas l'objet de cette étude. L'empathie a pu être rapprochée de *l'affectio* (elle doit être comprise comme une sorte d'*affectio societatis* particulièrement marqué écrit-on²¹⁰³) : or, le droit du travail n'implique, selon nous, ni un *affectio contractus* - caractérisé par la

²¹⁰¹ D. MARTEL, Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes : éd. IRJS 2012, spéc. p. 90, n° 134.

²¹⁰² J. CARBONNIER, Communauté – Communisme – Propriété, in Agriculture et communauté, réimp. in Ecrits (1908-2003) : PUF 2003, p. 381 s., spéc. p. 385 : « La communauté, comme ses théoriciens le notent à juste titre, implique par définition chez chacun de ses membres une certaine conscience communautaire, un certain sentiment de communion avec le reste du groupe. La communauté, disent quelques-uns, est un groupement animique » ; S. PRETOT, Les communautés d'intérêts : PUAM 2019, spéc. p. 33, n° 9.

²¹⁰³ D. MARTEL, Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes : éd. IRJS 2012, spéc. p. 90, n° 134.

collaboration entre les parties²¹⁰⁴ - ni un *affectio* autonome que l'on pourrait appeler *affectio laboris*²¹⁰⁵, pas plus qu'il ne connaît en principe d'une *conscience d'entreprise*²¹⁰⁶.

541. Absence de critère actif : contribution. La communauté (d'intérêts) implique l'existence d'un critère actif qui exige des membres qu'ils recherchent et agissent ensemble

²¹⁰⁴ Y. PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat : *JCP G 1998*, 3318. Le salarié ne collabore pas, v. *infra* n° 542.

²¹⁰⁵ Contrairement au contrat de société, l'*affectio* n'est pas un élément constitutif du contrat de travail. Pour détecter un éventuel *affectio*, rien ne sert de s'attacher à sa définition - même en droit des sociétés, il est caractérisé par une conception pluraliste (T. MASSART, « Contrat de société » : *Rép. soc. Dalloz 2020*, n° 99 s.) -, il faut plutôt inspecter la nullité qui le sanctionne. Aucune nullité du contrat ne peut être encourue du seul fait que le salarié n'ait pas eu l'intention, au moment de la formation du contrat, de travailler pour autrui (et avec autrui, dans le cas d'une entreprise composée d'au moins deux salariés). Outre le fait que le champ de la nullité reste étroit en matière de formation du contrat de travail (P.-Y. VERKINDT, La nullité du contrat de travail : *RDTSS 1994*, n° 20, p. 1 s., n° 3) et que le droit du travail est caractérisé par une tendance à l'exclusivisme du licenciement (J. MOULY, Réticence ou mensonge du salarié sur son état de santé lors de l'embauche et nullité du contrat de travail : *JCP G 2005*, 10163), l'employeur ne peut exciper d'un défaut d'*affectio* du salarié. Prenons l'hypothèse d'un salarié qui serait recruté sous contrat à durée indéterminée « en attendant » tout en ayant conclu un premier contrat de travail à date d'effet différé avec un autre employeur. En l'absence de période d'essai, le premier employeur qui viendrait à connaître l'existence de ce second contrat ne pourra selon toute vraisemblance ni obtenir la nullité du contrat ni valablement licencier le salarié, et sera contraint d'attendre la démission de ce dernier. En effet, la fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est pas un manquement à son obligation de loyauté, sauf si elle constitue un dol (très limitativement admis en droit du travail, v. par ex. Soc. 16 févr. 1999 : pourvoi n° 96-45.565, Bull. V, n° 74) et ne constitue pas une faute susceptible de justifier le licenciement si le salarié a les compétences effectives pour exercer les fonctions (Soc. 30 mars 1999 : pourvoi n° 96-42.912, Bull. V, n° 142).

Dans les coopératives de production, il existe en revanche un *affectio societatis* entre salariés du fait de la qualité d'associé qu'ils possèdent également.

²¹⁰⁶ Soc. 8 oct. 1996 : pourvoi n° 93-44.672, Bull. V, n° 317 ; *Dr. soc. 1997*, p. 89, obs. J. SAVATIER ; *RTD civ. 1997*, p. 633, obs. J. HAUSER ; *RTD civ. 1997*, p. 655, obs. J. MESTRE, le salarié est fondé à refuser de se rendre à un événement d'intégration organisé par l'entreprise et doit percevoir sa rémunération. *Comp. A. MANNES*, selon qui il existe une forme de conscience de la collectivité de travail dans l'entreprise. Cette conscience n'est pas causée par un impératif moral mais est dictée par l'exigence des affaires, l'entreprise poursuivant ainsi un intérêt économique de réputation (A. MANNES, la conscience en droit social : *thèse dactyl. Paris II 2018*, spéc. p. 477 s.).

pour le succès de l'objet du groupement²¹⁰⁷. Ce critère peut se résumer à une contribution, au sens où la contribution est un « *concours que l'on apporte à une œuvre commune* »²¹⁰⁸. Or, tout autant qu'il n'existe pas de coopération employeur et salarié(s)²¹⁰⁹, il n'existe pas, par principe, de *contribution entre salariés*. Il n'existe ni contribution directe qui exigerait d'eux qu'ils travaillent d'eux-mêmes de concert ni contribution indirecte qui résulterait d'une mise en œuvre, individuellement, les moyens nécessaires à la réalisation de la même activité économique de l'entreprise.

- *Absence de contribution directe* : les salariés n'ont pas de liens contractuels entre eux. Ils ne sont liés ni par une multitude de contrats individuels ni par un seul et même contrat collectif²¹¹⁰. Cette absence de lien contractuel n'implique pas, en elle-même, une normativité. Les salariés sont bien tenus à quelques obligations les uns envers les autres, au premier rang desquelles l'obligation de prendre soin des autres salariés²¹¹¹. Mais d'obligation de contribution croisée, point.

²¹⁰⁷ Spéc. pour l'entreprise : S. PRETOT, Les communautés d'intérêts : *PUAM 2019, spéc. p. 457, n° 670*. Pour le modèle du couple, v. D. MARTEL, Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes : *éd. IRJS 2012, spéc. p. 165, n° 237* : « *L'obligation de communauté d'intérêts ne se limite pas à l'interdiction faite aux partenaires de nuire à la valeur commune. Elle exige d'eux qu'ils mettent en œuvre les moyens nécessaires à la réussite de leur entreprise. Les partenaires qui ne contribueraient pas au succès de la relation peut donc être regardés comme manquant à l'obligation de communauté d'intérêts* ».

²¹⁰⁸ « Contribution », in Dictionnaire de l'Académie française : 9^{ème} éd. : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C4051>.

²¹⁰⁹ S. LEQUETTE, Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat : *Economica 2012, p. 212 s., n° 296 s.* Selon l'auteur, le contrat de travail n'est pas, en l'absence d'intérêt commun structurel, un contrat de coopération. Il existe tout au plus une collaboration salariale reposant sur la conciliation d'intérêts contraires et essentiellement générée par le cadre particulièrement hiérarchisé de l'entreprise. *Comp. P. STOFFEL-MUNCK pour qui l'entreprise est un modèle de coopération à la création d'une richesse commune (P. STOFFEL-MUNCK, note sous Com. 6 mai 2002 : JCP G 2002, 10146, spéc. p. 1684).*

²¹¹⁰ Pour l'idée d'un seul et même contrat de travail collectif, v. *contra*. G. DUCHANGE, Réflexions sur l'objet du contrat de travail, in Mél. B. Teyssié : *LexisNexis 2019, p. 145 s., spéc. p. 153* ; G. DUCHANGE, Réformer l'entreprise : contrat de société ou contrat de travail ? Propositions doctrinales à contre-courant : *D. 2019, p. 1296 s.*

²¹¹¹ V. *infra* n° 520.

- Absence de contribution indirecte : les salariés étant bien évidemment liés individuellement à un même employeur en vertu de leurs contrats de travail respectifs (entreprise typique), il pourrait être envisagé que de ces contrats exécutés dans un cadre commun découle un même objet contractuel, l'activité économique de l'entreprise²¹¹², et naisse une convergence des moyens entraînant, par-là, une contribution indirecte des salariés entre eux. Cette supposition ne résiste pas à l'analyse de la finalité première du contrat de travail qui est la fourniture de la prestation de travail²¹¹³. *Il n'est pas demandé plus au salarié que cette fourniture*. Le salarié n'est en effet pas contractuellement tenu d'aller au-delà. Ainsi, il ne peut travailler au-delà de la charge de travail qui lui est confiée²¹¹⁴, travailler de lui-même sans être en état de le faire²¹¹⁵ ou se substituer aux choix de gestion de l'employeur²¹¹⁶. Tout travail excédentaire de sa part, effectué de sa propre initiative sans être commandé par l'employeur, ne serait d'ailleurs pas qualifié de travail effectif²¹¹⁷. Nous avons déjà pu voir que le salarié doit, au titre de son contrat, diligence, mais pas performance. Il doit exécution, mais pas collaboration. Cela se justifie, selon nous, par la généralisation de la théorie dite de l'« employeur seul juge », traditionnellement appliquée dans les rapports employeur/juge, aux rapports employeur/salarié(s)²¹¹⁸. En vertu de cette théorie, l'employeur est *seul juge* de la

²¹¹² Sur l'activité économique, critère de l'entreprise, v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé : PUF 2013, 2^{ème} éd., p. 100 s., n° 15.*

²¹¹³ F. BOUSEZ, *La prestation*, in *Les notions fondamentales du droit du travail*, dir. B. TEYSSIE : *EPA 2009, p. 149 s.*

²¹¹⁴ Les heures supplémentaires réalisées à l'initiative du salarié ne peuvent être légitimes que si le salarié établit que la charge de travail qui lui était confiée nécessitait bien la réalisation d'heures supplémentaires (Soc. 14 nov. 2018 : pourvoi n° 17-20.659, Bull. V, à paraître).

²¹¹⁵ Soc. 31 mai 1957 : *Dr. soc. 1956, p. 489.* – Soc. 12 oct. 2017 : pourvoi n° 16-18.836, inédit.

²¹¹⁶ A propos d'une embauche, par un salarié, d'un « extra » afin d'absorber la grande affluence de la clientèle, v. CA Dijon 5 mai 2011 : RG n° 10/00527 : « *qu'en se substituant à son employeur, auquel elle n'a pas même fait part du problème préalablement, et en décidant, de sa propre initiative de faire appel à un personnel supplémentaire, [la salariée] a manqué à ses obligations contractuelles* », ce qui justifiait, entre autres griefs, le licenciement.

²¹¹⁷ Soc. 9 mars 1999 : pourvoi n° 96-44.080 ; Bull. V, n° 105.

²¹¹⁸ Sur cette théorie, v. *supra* n° 270.

meilleure façon de réaliser l'activité économique à laquelle l'entreprise est dédiée et le salarié ne peut s'y substituer. Cette théorie postule à notre sens une dissociation entre contrat de travail et activité économique de l'entreprise. L'activité économique, si elle est un, sinon le, critère de l'entreprise²¹¹⁹, n'est pas une fin commune à ses différents membres²¹²⁰. Il n'est pas demandé en tant que tel aux salariés d'agir pour le succès de l'activité de l'entreprise mais de se conformer au cadre fixé par l'employeur, peu important qu'ils puissent éventuellement travailler plus et/ou que l'organisation du travail adoptée par ce dernier puisse éventuellement être rationalisée.

542. Incidence de cette généralisation sur la solidarité entre salariés. La déclinaison que nous avons proposée de la théorie de « l'employeur seul juge » dans les rapports employeur/salarié(s) a une incidence directe dans les rapports salarié(s)/salarié(s). En effet, la dissociation entre contrat de travail et activité économique de l'entreprise, que postule la généralisation de la théorie de l'employeur seul juge, met en exergue que l'activité n'est pas une fin commune aux différents membres de l'entreprise. Par-là, il s'en déduit, outre le fait que les salariés ne collaborent pas *avec l'employeur* pour réaliser l'activité de l'entreprise, qu'ils ne collaborent pas plus *entre eux* pour réaliser cette activité économique. On pourrait objecter que puisque les salariés d'une même entreprise travaillent ensemble, par ricochet ils co-llaborent (labor). En réalité, et puisqu'ils ne sont pas intéressés à l'œuvre commune de l'entreprise, c'est une *coordination*, et non une coopération²¹²¹, qui existe entre eux, c'est-à-dire que plutôt que participer de concert à une œuvre qui leur serait commune (c'est un mythe) ils travaillent plus sûrement *en parallèle*, concomitamment ou successivement. Du

²¹¹⁹ J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé : PUF 2013, 2^{ème} éd., p. 100 s., n° 15.

²¹²⁰ V. supra n° 269. Contra. G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne : LGDJ 1951, p. 301, n° 136 ; C. RADE, Des critères du contrat de travail : Dr. soc. 2013, p. 202 s., spéc. p. 207 : « *le contrat de travail est le moyen de réaliser un projet économique commun (...). Pour y parvenir, le travailleur accepte son temps à l'activité économique de son employeur qui devient, par là même, également la sienne ; il va alors se fondre dans son « entreprise »* » ; G. DUCHANGE, Réflexions sur l'objet du contrat de travail, in Mél. B. Teysié : LexisNexis 2019, p. 145 s., spéc. p. 151.

²¹²¹ Sur la distinction entre coopération et coordination, v. M. MIGNOT, De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? : RRJ 2004, n° 4, p. 2153 s., spéc. p. 2192.

constat qu'il n'y a pas de collaboration entre salariés découle l'absence d'une quelconque solidarité spontanée entre eux.

Il découle de ce qui précède que le travailleur doit refouler toute conception émotiviste de l'entreprise (typique). *Les salariés de l'entreprise ne forment pas ensemble une communauté*²¹²². Cette absence de communauté constitue l'un des obstacles au développement d'une solidarité spontanée entre salariés d'une même entreprise.

Un autre de ces obstacles réside dans le fait que l'entreprise n'est pas un lieu propice à la manifestation de la volonté du salarié.

B. Absence de lieu propice à la manifestation de la volonté du salarié

543. La négociation collective, frein à la renonciation du salarié. Il a déjà pu être souligné au cours de cette étude la place considérable accordée aujourd'hui à la volonté du salarié²¹²³. Il semble alors paradoxal, sinon contradictoire, de défendre l'idée selon laquelle l'entreprise n'est pas un lieu propice à la manifestation de la volonté du salarié. En réalité, la défiance qui a longtemps marqué le droit du travail quant aux décisions (et surtout à la renonciation²¹²⁴) que peut prendre le salarié perdure. La place faite à la volonté du salarié se développe essentiellement au moment de la *rupture* de son contrat de travail. S'agissant de son *exécution*, le droit du travail a protégé et continue de protéger le salarié « *contre les entraînements de sa propre volonté* »²¹²⁵. Il s'agit, en somme, de le protéger « *y compris contre lui-même* »²¹²⁶.

²¹²² Au sein de l'entreprise, cette communauté n'existe que dans les coopératives de production, v. *infra* n° 532 s.

²¹²³ V. *supra* n° 529.

²¹²⁴ G.-H. CAMERLYNCK, La renonciation du salarié : *Dr. soc.* 1960, p. 628 s. ; I. VACARIE, La renonciation du salarié : *Dr. soc.* 1990, p. 757 s. ; A. JEAMMAUD, La renonciation du salarié : *Dr. ouv.* 1997, p. 535 s.

²¹²⁵ P.-D. OLLIER, Le droit du travail : *A. Colin* 1972, p. 113.

²¹²⁶ J. MOULY, La renonciation du salarié entre ordre public social et déréglementation : un nouvel état des lieux, in *La volonté du salarié*, dir. T. SACHS : *Dalloz* 2012, p. 113.

C'est essentiellement au travers de la promotion de l'accord d'entreprise que cette protection se maintient, voire se développe, de telle sorte qu'il est possible d'affirmer que *la négociation collective est aujourd'hui un frein considérable à la renonciation du salarié* et, par là, au développement de gestes solidaires entre salariés. En effet, la négociation collective l'emporte, en principe, sur le volontariat du salarié, soit que des négociations doivent s'ouvrir, soit que le produit des négociations doive être respecté.

544. La voie de la négociation. Depuis plusieurs années, le droit du travail a développé des mécanismes permettant à l'employeur d'affronter des difficultés économiques ou conjoncturelles. Il s'agit essentiellement de la conclusion d'accords collectifs permettant de faire varier la rémunération ou la durée du travail en contrepartie d'engagements sur l'emploi. Ces accords, à l'origine issus de la pratique de certains groupes de sociétés²¹²⁷, sont aujourd'hui dénommés accords de performance collective²¹²⁸. Comme tout mécanisme particulier consacré par le législateur, la question est de savoir si cette possibilité offerte à l'employeur (et encadrée s'agissant tant de son objet que de ses modalités) ferme les autres canaux et empêche l'employeur d'obtenir *par un autre biais* les aménagements qu'il estime nécessaires au vu de la situation, notamment par le recueil du consentement du salarié²¹²⁹. Soit qu'il protège le salarié en restreignant son autonomie individuelle, soit qu'il promeuve la négociation collective, le juge a estimé que l'employeur ne peut solliciter, en dehors du cadre de la négociation collective, le don volontaire de jours de congés payés dans son entreprise²¹³⁰. Même si cette décision est intervenue dans une hypothèse de solidarité plus verticale (entre employeur et salariés) qu'horizontale, il est probable que cette solution régisse toutes les hypothèses de don volontaires de jours de congés payés. Partant, la voie

²¹²⁷ F. FAVENNEC-HERY, Les accords de maintien de l'emploi : *JCP S 2014, 1186*.

²¹²⁸ C. trav., art. L. 2254-2.

²¹²⁹ Cette question a également pu se poser s'agissant du mode particulier de rupture du contrat de travail qu'est la rupture conventionnelle (C. trav., art. L. 1237-11). La Cour de cassation a jugé que ce mode de rupture était exclusif de toute autre rupture amiable (Soc. 15 oct. 2014 : pourvoi n° 11-22.251, Bull. V, n° 241).

²¹³⁰ TGI Saverne 2 juill. 2014, n° 14/0043 ; *CSB 2014, n° 268, p. 646, note M. JOSTE*. En l'espèce, l'employeur, confronté à des difficultés financières, avait soumis aux salariés (qui l'avaient approuvé) un projet mettant en place un don volontaire d'un à dix jours de congés payés afin de contribuer au redressement de l'entreprise. Cette mesure a été sanctionnée sur le fondement du trouble manifestement illicite.

de la négociation semble faire obstacle au volontariat dans l'entreprise et, par-là, à la manifestation d'une solidarité entre salariés.

545. Le produit de la négociation. Durant la durée du contrat de travail, le salarié ne peut renoncer aux droits qu'il tient d'une convention collective ou d'un accord collectif. En vertu de cette jurisprudence constante²¹³¹, la renonciation que le salarié pourrait être amenée à formuler n'aurait aucune validité. Cette règle fait essentiellement obstacle à ce que le salarié consente à renoncer à d'éventuels droits qu'il tiendrait de ce biais, afin d'être solidaire de la collectivité des salariés ou de certains salariés. Ainsi, l'employeur ne peut organiser dans l'entreprise une campagne de volontariat et proposer aux salariés (sans contrepartie ni sanction) de renoncer à leur augmentation de salaire prévue par un accord collectif afin d'aider l'entreprise (et par là l'ensemble de la collectivité) traversant une période difficile. Une telle mesure caractérise, là encore, un trouble manifestement illicite²¹³², ce même si l'employeur a vainement engagé au préalable une nouvelle négociation sur ce point avec les syndicats. Le produit de la négociation collective, la convention ou l'accord d'entreprise, fait également obstacle au volontariat dans l'entreprise et, par -à, à la manifestation d'une solidarité spontanée entre salariés.

546. Conclusion de section. Réserve faite de la grève de solidarité et des quelques hypothèses de don de jours de congés, il n'existe pas de solidarité spontanée dans l'entreprise, en vertu de laquelle un salarié pourrait faire un geste dans l'intérêt exclusif d'un ou de plusieurs autres salariés. Ce n'est pas seulement qu'aucun texte ni aucune jurisprudence ne pose de principe de solidarité dans l'entreprise. C'est aussi, et surtout, que les salariés ne peuvent prêter assistance aux autres salariés (ou éviter de les desservir) sans s'exposer eux-mêmes à une sanction disciplinaire. Telle est la conclusion que nous avons tiré d'une étude du droit positif, après avoir passé en revue toutes les hypothèses solidaires pouvant exister entre deux ou plusieurs salariés. Cette conclusion ne doit pas étonner tant il est de l'essence même de l'entreprise de rejeter toute solidarité. En effet, l'histoire du salarié dans l'entreprise est avant tout une histoire individuelle. Également, et surtout, il n'existe pas, en tout cas dans une entreprise typique, ce groupe particulièrement propice à la solidarité qu'est

²¹³¹ Soc. 18 juin 1997 : pourvoi n° 94-43.985, Bull. V, n° 229. – Soc. 1^{er} juin 1999 : pourvoi n° 96-44.955, Bull. V, n° 254.

²¹³² TJ Clermont-Ferrand 30 juin 2020, n° 20/00316 : *LSQ Jurisprudence Hebdo*, n° 131/2020.

la communauté. Cette absence, cette impossibilité, de solidarité *spontanée* ne condamne cependant pas *tout* déploiement solidaire dans l'entreprise.

Section 2 : Existence d'une solidarité objective

547. On a pu écrire que la solidarité doit peut-être « *désormais se manifester davantage au niveau de l'entreprise* »²¹³³. En réalité, la solidarité entendue non plus comme un geste envers autrui mais comme un *bénéfice objectif à autrui* existe déjà dans l'entreprise *via* la mise en œuvre de la qualité de salarié.

Soit cette qualité est unique, ce qui est en principe le cas, le salarié n'étant « que » salarié et la solidarité se manifeste alors de façon *incidente*, c'est-à-dire qu'elle est uniquement causée par l'interdépendance générée en elle-même par le collectif de travail, indépendamment de toute manifestation de volonté individuelle du salarié. Ses effets seront limités. Cette solidarité incidente va exister toutes les fois où un salarié va échapper à un risque inhérent à son contrat de travail, essentiellement celui de perdre son emploi, en raison de la collectivité de travail dont il est membre au même titre que les autres salariés et non en raison de la fourniture individuelle de sa prestation de travail (**§1**). Une même qualité de salarié aura *à la marge* (bien moins efficacement que ce qui a été vu s'agissant l'égalité entre salariés) pour effet de générer une solidarité objective.

Soit cette qualité est double, ce qui est le cas des sociétés particulières que sont les coopératives de production, le salarié y étant à la fois associé et salarié. La solidarité se manifeste alors de façon *sociétaire*, c'est-à-dire comme dans toute société où les associés partagent bénéfices et pertes. Ses effets seront conséquents. Cette sous-forme de solidarité, bien plus forte que ne l'est la solidarité incidente, ne s'expliquera que pour partie par la qualité de salarié, laquelle n'est pleinement génératrice de solidarité que complétée d'une seconde qualité (**§2**).

²¹³³ G. DUCHANGE, Réformer l'entreprise : contrat de société ou contrat de travail ? Propositions doctrinales à contre-courant : *D.* 2019, p. 1296 s.

§1 La solidarité incidente générée par la qualité unique de salarié

548. Le salarié va retirer, dans certaines hypothèses, un avantage à faire partie d'une collectivité de travail et à *être salarié au même titre que les autres*. Du seul fait de cette collectivité, sans que cela s'explique par l'exécution de son contrat de travail (et encore moins par la fourniture de sa propre prestation de travail), il bénéficiera d'une situation favorable. C'est ici la deuxième forme de solidarité, moins évidente que le geste effectué dans l'intérêt exclusif d'autrui qui est mobilisée, à savoir la solidarité née de l'interdépendance générée en elle-même par le phénomène collectif²¹³⁴. C'est en cela que nous l'avons qualifiée de solidarité incidente. Concrètement, la collectivité de travail dilue **(I)** et absorbe **(II)** certains risques que le salarié est normalement appelé à supporter seul.

I. Dilution dans la collectivité du risque de mobilité et de licenciement

549. L'existence d'une collectivité de travail peut obliger, dans certains cas, l'employeur qui souhaiterait prendre une mesure à *classer les salariés pour identifier* ceux qui doivent être touchés par celle-ci. L'inclusion dans un collectif va permettre au salarié bien classé d'échapper à une décision de mutation (**A**) ou de licenciement pour motif économique (**B**). Ainsi, le risque de mobilité et de licenciement, inhérent à la relation de travail, est dilué dans la collectivité.

²¹³⁴ V. *supra* n° 548 s.

A. La mutation

550. Le risque de mobilité né d'une clause contractuelle. Le contrat de travail peut prévoir une clause de mobilité, dès lors que celle-ci définit de façon précise sa zone géographique d'application et qu'elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée²¹³⁵. Ces deux critères n'empêchent pas l'inclusion, dans le contrat, de clauses de mobilité très larges, par exemple des clauses qui viseraient tout « *le territoire français* »²¹³⁶. Le salarié qui s'opposerait à la mise en œuvre d'une clause de mobilité valide et qui refuserait de rejoindre son nouveau lieu de travail commettrait une faute que l'employeur pourrait sanctionner. *A priori*, il ressort de ce qui précède que les salariés subissent, si leur contrat contient une telle clause d'accroissement du pouvoir, un vrai risque de mobilité qu'ils supportent tous à l'identique. En effet, tous les salariés astreints à une clause de mobilité rédigée en des termes identiques se trouvent sur un pied d'égalité quant à une éventuelle activation de celle-ci, la logique veut que choix du ou des salariés mutés revient alors à l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. *Tel n'est plus le cas avec la fondamentalisation que connaît le droit du travail*²¹³⁷.

551. La mise en œuvre de la clause de mobilité : vers un « ordre des mutations ». Le mouvement qui était déjà amorcé avec le contentieux de la mise en œuvre abusive des clauses de mobilités (l'employeur est tenu d'exécuter de bonne foi le contrat²¹³⁸) est considérablement prolongé par l'essor des droits fondamentaux du salarié. Lorsque le

²¹³⁵ Soc. 7 juin 2006 : pourvoi n° 04-45.846, Bull. V, n° 209 ; *Dr. soc.* 2006, p. 926, obs. F. FAVENNEC-HÉRY. V. égal. Soc. 2 oct. 2019 : pourvoi n° 18-20.353, inédit.

²¹³⁶ Soc. 9 juill. 2014 : pourvoi n° 13-11.906, Bull. V, n° 183. Pour une critique de cet arrêt qui ne respecterait pas l'exigence de précision, v. J. MOULY, Validité d'une clause de mobilité géographique prévue pour la France entière : *Dr. soc.* 2014, p. 857 s. Mais pour des décisions ultérieures, v. Soc. 26 sept. 2018 : pourvoi n° 17-19.554, inédit ; Soc. 5 avr. 2018 : pourvoi n° 16-25.242, inédit.

²¹³⁷ A. LYON-CAEN, I. VACARIE, Droits fondamentaux et droit du travail, in Mél. J.-M. Verdier : *Dalloz* 2001, p. 421 s. ; J. MOULY, La fondamentalisation du droit du travail : *RDA* 2015, p. 93 s. Pour une mise en garde du risque de démantèlement de la protection du salarié assurée par le droit du travail, v. I. MEYRAT, Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente : *Dr. ouv.* 2002, p. 343 s.

²¹³⁸ C. trav., art. L. 1222-1.

changement de lieu de travail apporte une restriction à l'un de ses droits fondamentaux, et notamment le droit à une vie personnelle et familiale ou au droit au repos, le salarié peut obtenir *de n'être pas le salarié muté*²¹³⁹. Mais puisque les nécessités de l'activité requièrent bien la mobilité d'un ou plusieurs personnels, il faudra bien que le choix du salarié muté *se déporte* sur un autre membre de la collectivité de travail dont la situation personnelle ne caractériserait pas (ou moins) une atteinte à un de ses droits, et notamment son droit à une vie personnelle et familiale. Autrement dit, le salarié célibataire, sans charges de famille, sans état de santé délicat... sera moins capable de contrecarrer la mise en œuvre de la clause de mobilité qu'un autre salarié (notamment une veuve élevant seule deux jeunes enfants²¹⁴⁰) et sera plus sujet que les autres salariés de l'entreprise à la modification de son contrat de travail, même si tous sont initialement astreints aux mêmes obligations. L'inévitabilité de ce déport d'un salarié à l'autre, dès lors que l'employeur mettrait abusivement en œuvre la clause ou porterait atteinte à un droit de la personne, qui s'induit de la prise en compte des situations propres à chaque salarié, a même été expressément consacré par la jurisprudence : *« l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, avait fait un usage abusif de cette clause [de mobilité] en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés »*²¹⁴¹.

Le Professeur GAURIAU s'interrogeait en 1999 sur l'émergence d'un « *ordre des mutations* »²¹⁴². Il semble aujourd'hui qu'avec le relais des droits fondamentaux cet ordre ait été consacré. Au plus le salarié fera partie d'une collectivité de travail nombreuse, avec des membres aux situations personnelles diverses, au plus il pourra échapper à la décision de l'employeur, sans que cela soit pourtant justifié par des considérations professionnelles. Il s'agit en quelque sorte d'une solidarité « imposée » : les salariés aux situations personnelles moins critiques et plus compatibles avec la mesure envisagée supporteront *pour les autres* le risque de mobilité.

²¹³⁹ V. pour un exemple, Soc. 13 janv. 2009 : pourvoi n° 06-45.562, Bull. V, n° 4.

²¹⁴⁰ Soc. 13 janv. 2009, *préc.*

²¹⁴¹ Soc. 18 mai 1999 : pourvoi n° 96-44.315, Bull. n° V, n° 219.

²¹⁴² B. GAURIAU, obs. sous Soc. 18 mai 1999 : *Dr. soc.* 1999, p. 736.

B. Le licenciement pour motif économique

552. Le risque de licenciement. Si le salarié ne supporte pas les risques de l'entreprise, toujours est-il qu'il possède, à son niveau, un risque qui lui est propre : celui de perdre son emploi²¹⁴³. Il peut même n'avoir que peu d'influence sur la survenue de ce risque qui peut dépendre de la conjoncture plus que de son propre comportement ou sa propre diligence : il s'agit du risque de licenciement pour motif économique.

553. Le risque de licenciement pour motif économique. Le licenciement pour motif économique, qui est par principe non inhérent à la personne du salarié, conjugue un élément matériel (les conséquences sur l'emploi d'une mauvaise conjoncture) et un élément causal justifiant l'élément matériel²¹⁴⁴. L'employeur n'est donc pas libre de licencier dès que le contexte économique se tend. Encore faut-il que les difficultés que l'entreprise traverse soient caractérisées et caractéristiques. L'employeur est également tenu de respecter, une fois la décision de licencier prise, un certain ordre : *il n'a la liberté que de viser un emploi et non une personne*.

554. L'ordre des licenciements. Lorsque l'employeur procède à un licenciement pour motif économique, il doit déterminer objectivement les salariés susceptibles d'être licenciés, dans la mesure où le licenciement économique concerne un emploi et non une personne et que les salariés affectés aux postes supprimés ne voient pas leur contrat de travail automatiquement rompu²¹⁴⁵. En l'absence de convention ou d'accord collectif de travail applicable, c'est à l'employeur qui collectivement licencie de définir les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements. Ces critères prennent notamment en compte les charges de

²¹⁴³ B. BAUDRY, Les mécanismes de participation financière et d'actionnariat salarié : le point de vue d'un économiste, in La place des salariés dans l'entreprise, dir. E. MAZUYER : *Mare & Martin 2019*, p. 31 s., spéc. 46 : « les salariés ne supporteraient pas le risque, contrairement aux actionnaires qui sont considérés par cette approche comme les « créanciers résiduels ». Or les salariés supportent bien un risque, celui de perdre leur emploi alors que les actions sont un actif totalement liquide et mobile ».

²¹⁴⁴ C. trav., art. L. 1233-1 s.

²¹⁴⁵ En vertu de la distinction, en droit du travail, entre le licenciement pour motif personnel et le licenciement pour motif économique. Le licenciement pour motif économique est celui qui n'est pas inhérent à la personne du travailleur. V. pour une illustration Soc. 11 juillet 2018 : pourvoi n° 17-12.747, Bull. V, à paraître.

famille, l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile et les qualités professionnelles appréciées par catégories²¹⁴⁶. Lorsque l'employeur procède à un licenciement individuel pour motif économique, il doit également prendre en compte, pour déterminer le salarié à licencier, ces critères. Libre à l'employeur, en revanche, de prendre en compte d'autres critères²¹⁴⁷ ou de privilégier un de ces critères légaux si tant est qu'il tient compte de l'ensemble des autres critères. Le mécanisme des critères d'ordre des licenciements arrive, de façon plutôt réussie, à concilier la liberté d'entreprendre de l'employeur en vertu de laquelle il doit pouvoir choisir ses collaborateurs²¹⁴⁸ et la prévention de tout arbitraire de sa part.

La mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements réalise, dans le principe, une solidarité incidente puisqu'elle peut conduire à ce qu'un salarié dont le poste est supprimé ne soit pas licencié. *Puisqu'il existe d'autres salariés, au même titre que lui, dans l'entreprise, il n'est pas automatiquement désigné, même s'il est le moins efficace ou s'il est le seul salarié de l'établissement éventuellement touché par une mesure de fermeture.* Mais il ne s'agit que du principe. Tout dépend ensuite du niveau de réalisation de ce principe : il être mis en œuvre au sein de la collectivité de travail, donc l'entreprise, pour caractériser une solidarité incidente (générée par la qualité de salarié de l'entreprise).

555. L'ancien périmètre de mise en œuvre de l'ordre des licenciements : l'impérativité de l'entreprise. La mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements ne se fait pas (ou plus) dans le périmètre proprement dit de l'entreprise, de telle sorte que la solidarité incidente découlant de la règle de l'ordre des licenciements n'est plus *qu'imparfaite car segmentée*. En effet, le classement des salariés se fait, dans un premier temps, à l'intérieur d'une même catégorie professionnelle et non au niveau de l'entreprise toute entière. Mais le niveau de l'entreprise se retrouvait dans un second temps puisque le juge définissait la notion de catégorie professionnelle comme l'ensemble des salariés

²¹⁴⁶ C. trav., art. L. 1233-5.

²¹⁴⁷ M. KOCHER, Le contrôle juridictionnel de l'ordre des licenciements : entre continuité et ruptures, la recherche de nouveaux équilibres : *RJS 4/18*, p. 283.

²¹⁴⁸ L'employeur ne peut pleinement choisir mais il peut pondérer les critères conventionnels ou légaux. Sur ce point, v. J. SAVATIER, L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique : *Dr. soc.* 1990, p. 515 s.

exerçant des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune (n'excédant pas l'obligation d'adaptation de l'employeur) *au sein de l'entreprise*²¹⁴⁹. Dès lors, le chef d'entreprise qui fermait un de ses établissements ne pouvait automatiquement licencier le ou les salariés travaillant au sein de cet établissement mais devait envisager, considérer, tous les salariés de l'entreprise ressortissant de la catégorie professionnelle visée, de telle sorte qu'il pouvait licencier un ou plusieurs salariés travaillant dans un établissement pourtant non visé par la fermeture et proposer une mutation à ceux travaillant au sein de l'établissement fermé. Il en résultait que le salarié travaillant dans l'établissement qui avait été fermé n'encourait pas la rupture de son contrat de travail dès lors qu'il existait d'autres salariés de l'entreprise moins bien classés que lui en application des critères d'ordre des licenciements. Nous étions en ce temps-là en présence d'un véritable « mécanisme de solidarité »²¹⁵⁰. Concrètement, la collectivité de travail à laquelle appartenait le salarié pouvait *diluer le risque qu'il avait de perdre son emploi*.

556. Le nouveau périmètre de mise en œuvre de l'ordre des licenciements : la possibilité de l'entreprise. Un mouvement amorcé par la loi du 14 juin 2013 a ouvert la possibilité, dans certains cas, de définir le périmètre *en deçà de l'entreprise*. La possibilité de fixer un périmètre de mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements à un niveau inférieur à l'entreprise a ensuite été généralisé à tous les licenciements économiques par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Dorénavant, une fois le classement fait dans un premier temps à l'intérieur d'une catégorie professionnelle, le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être dans un second temps fixé par accord collectif. A défaut d'un tel accord, ce périmètre ne peut être inférieur à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernés par les suppressions d'emploi²¹⁵¹. La solidarité incidente induite par

²¹⁴⁹ Soc. 13 févr. 1997 : pourvoi n° 95-16.648, Bull. V, n° 63. Il va sans dire qu'au plus le juge appréhende largement la catégorie professionnelle, au plus la solidarité incidente peut se réaliser. V. pour une appréciation relativement large de la catégorie professionnelle la décision du Conseil d'Etat (compétent en cas de grands licenciements pour motif économique) qui juge que les vendeurs « disques » de la Fnac ne peuvent être distingués des autres vendeurs « livres » (CE 30 mai 2016 : n° 386798).

²¹⁵⁰ A. FABRE, L'application des critères d'ordre des licenciements au niveau de l'entreprise : le choix de la solidarité : *RDT 2013*, p. 559 s., spéc. p. 561.

²¹⁵¹ C. trav., art. L. 1233-5, 4° et 5°.

l'appartenance à l'entreprise (qualité de salarié partagée au sein d'une collectivité de travail) ne trouve donc plus à se réaliser *que lorsque l'accord collectif fixe l'entreprise comme périmètre ou, à défaut d'accord, lorsque l'employeur détermine unilatéralement l'entreprise comme périmètre*. Dans un tel cas, en application des critères d'ordre, un salarié dont le poste est pourtant supprimé peut avoir vocation à rester si d'autres sont moins bien classés que lui. Il n'est que « licenciable »²¹⁵². (*A contrario*, le salarié dont le poste n'est pas supprimé et qui est lui aussi « licenciable » peut avoir le sentiment d'une solidarité dans le malheur²¹⁵³). Par conséquent, la collectivité de travail ne *dilue plus que résiduellement le risque que le salarié a de perdre son emploi*.

Cette solidarité, qui joue même lorsque le licenciement économique est individuel, n'est susceptible de disparaître que lorsque le licenciement concerne tous les salariés s'inscrivant dans une même catégorie professionnelle²¹⁵⁴ ou lorsque sont licenciés les seuls salariés ayant refusé une modification du contrat de travail initialement proposée à tous les salariés²¹⁵⁵ : dans de tels cas le fait est que le licenciement interviendra sans classement préalable.

La prise en compte de la situation personnelle du salarié (sur le fondement de l'obligation contractuelle de bonne foi et des droits fondamentaux) a donc pour conséquence de distinguer entre les salariés indépendamment de données professionnelles, et notamment de la prestation de travail qu'ils doivent fournir, et de réduire la latitude dont bénéficie normalement l'employeur en tant que détenteur du pouvoir dans l'entreprise. De cette prise en compte jaillit une solidarité que l'on qualifie ici d'incidente, en vertu de laquelle les salariés aux situations personnelles moins critiques et plus compatibles avec la mesure envisagée par l'employeur encourront *pour les autres* ladite mesure. En application d'un ordre, le salarié va pouvoir, du seul fait de la collectivité de travail (il gagne évidemment à ce qu'elle soit la plus nombreuse et la plus diversifiée possible) éviter de s'exposer. Cela ne veut pas dire qu'il ne sera jamais licencié ; cela veut dire qu'il optimise ses chances de ne pas l'être, d'où l'idée de *dilution du risque* et non d'absorption complète de celui-ci. La

²¹⁵² F. GEA, L'ordre des licenciements à l'épreuve de la logique contractuelle : *RDT 2012*, p. 218.

²¹⁵³ Sur une reprise de la formule du Professeur FAVENNEC-HERY (F. FAVENNEC-HERY, Travail à temps partiel et ordre des licenciements ou l'égalité dans le malheur : *Dr. soc.* 1998, p. 683 s.).

²¹⁵⁴ Soc. 27 mars 2012 : pourvoi n° 95-42.419, inédit.

²¹⁵⁵ Soc. 27 mars 2012 : pourvoi n° 11-14.223, Bull. V, n° 108.

notion de solidarité, qui implique un sacrifice, une perte, pour un membre de la collectivité au profit d'un autre s'illustre dans cet exemple. Elle s'impose à un membre de la collectivité pour le bénéfice d'un autre. Cette imposition se fonde, *in fine*, sur leur même de la qualité de salarié. Parce qu'ils appartiennent à la même entreprise parce qu'ils possèdent la même qualité de salarié, parce qu'ils la partagent, une solidarité incidente produit des effets. Puisque la qualité est une condition objective, la solidarité incidente qui en découle l'est tout autant. Ce raisonnement, prégnant en matière de mobilité et de licenciement pour motif économique, peut se décliner presque en toutes hypothèses²¹⁵⁶ et a, selon nous, vocation à se généraliser dans l'entreprise.

II. Absorption du risque de licenciement par la collectivité

557. Toujours dans cette logique de relativité, le salarié va pouvoir bénéficier de la collectivité, c'est-à-dire sans que le bénéfice s'explique par la fourniture de sa prestation de travail mais par *le seul fait de l'existence d'autres salariés*, pour certaines de ses absences. Le risque de licenciement que lui fait encourir en temps normal son absence de l'entreprise peut être absorbé par la collectivité de travail. Dans certains cas, le licenciement du salarié n'interviendra que s'il cause une perturbation dans l'entreprise, de telle sorte qu'au plus l'entreprise est bien composée et bien organisée, au plus l'absence sera indolore et pourra soit se prolonger, soit ne pas être sanctionnée. Le mécanisme est bien connu pour certains cas de suspension du contrat de travail (licenciement pour motif personnel) (A). Il tend à se développer au-delà de ces hypothèses de suspension du contrat de travail (licenciement pour faute) (B).

²¹⁵⁶ Par exemple pour le changement des conditions de travail puisque l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos (Soc. 3 nov. 2011 : pourvoi n° 10-14.702, Bull. V, n° 246).

A. Absence du salarié en raison de la suspension de son contrat de travail

558. Licenciement pour motif personnel. En principe, le salarié dont le contrat de travail est suspendu pour une cause particulièrement légitime est protégé du licenciement. C'est le cas du salarié dont le contrat de travail est suspendu pour maladie ou pour incarcération qui ne peut, en principe, être licencié du seul fait de son absence. S'il ne pourra être licencié que pour motif personnel – et non pour faute – et sous certaines conditions, cela est toutefois assez fréquent en pratique. C'est ce risque qui sera absorbé par la collectivité des salariés.

Le licenciement pour motif personnel, non disciplinaire, est une notion purement prétorienne et constitue une « *catégorie transversale aux différents motifs de licenciement* »²¹⁵⁷. Apparu dans les années 90 sous la formulation de « trouble caractérisé au sein de l'entreprise »²¹⁵⁸, il relève d'un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, le salarié se trouve dans une situation qui n'est pas en elle-même répréhensible et qui ne peut constituer un motif de licenciement. Ce n'est que dans un second temps que la rupture est justifiée par le retentissement de cette situation sur l'entreprise. Pour le dire autrement, si la situation initiale n'est pas un motif de licenciement, sa conséquence le devient dès l'instant où elle perturbe l'entreprise. La notion de trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise, qui est une variante du « trouble caractérisé au sein de l'entreprise »²¹⁵⁹ implique que l'absence du salarié peut être couverte par la collectivité des salariés.

²¹⁵⁷ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail 2021 : Dalloz 2020, 14^{ème} éd.*, p. 458, n° 682.

²¹⁵⁸ Pour une description du contexte de cette découverte, v. P. WAQUET, Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir : *RDT 2006*, p. 304 s. ; Soc. 17 avr. 1991 : pourvoi n° 90-42.636, Bull. V, n° 201.

²¹⁵⁹ Il nous semble qu'il convient de distinguer entre le *trouble caractérisé au sein de l'entreprise* et le *trouble au bon fonctionnement de l'entreprise*. Si ces deux motifs de licenciement, ces deux troubles, partagent une même démarche d'objectivation du comportement du salarié, le trouble caractérisé n'implique pas, quant à lui, de scruter l'organisation de la collectivité de travail afin de savoir si elle est en mesure de pallier l'absence du salarié : seules la nature des fonctions du salarié et la finalité propre de l'entreprise (données individuelles et propres à au salarié et à l'activité de l'entreprise) sont alors mobilisées.

559. Absence pour maladie. Le licenciement du salarié qui intervient en raison de son état de santé ou de son handicap n'est pas autorisé par le Code du travail²¹⁶⁰, sauf hypothèse d'inaptitude médicalement constatée²¹⁶¹. Un tel licenciement, motivé par la maladie constitue une discrimination et est frappé de nullité. En revanche, et en application du motif de licenciement pour trouble au bon fonctionnement de l'entreprise, le salarié peut être licencié si son absence est telle qu'elle désorganise l'entreprise et qu'elle rend nécessaire son remplacement définitif²¹⁶². Cette désorganisation ne peut être déterminée *a priori* et abstraitement ; elle doit être appréciée *in concreto* et au cas par cas par le juge. Ce dernier doit, pour caractériser un trouble au bon fonctionnement de l'entreprise et la nécessité du remplacement définitif du salarié par l'employeur, retenir certes des données individuelles propres au salarié (durée de son absence²¹⁶³, nature des fonctions exercées²¹⁶⁴) mais également des *données collectives propres à l'entreprise* (taille, organisation²¹⁶⁵...).

C'est en vertu de ces dernières que nous soutenons que la collectivité de travail peut absorber le risque de le salarié a de perdre son emploi. En effet, au plus l'entreprise est suffisamment organisée et suffisamment composée, au plus l'absence d'un salarié sera insusceptible de la désorganiser et au plus le salarié pourra s'absenter longtemps sans mettre en péril son contrat de travail. La taille de l'entreprise ou du service est, à cet égard, un facteur déterminant²¹⁶⁶. *A contrario*, une division du travail insuffisante, une permutabilité limitée du personnel, un effectif réduit et une organisation du travail défailante peuvent justifier le licenciement. À nouveau c'est donc le partage d'une *même qualité* dans un même périmètre concret (telle entreprise) qui est susceptible de fonder une solidarité qui se manifeste par le risque, en

²¹⁶⁰ C. trav., art. L. 1132-1.

²¹⁶¹ C. trav., art. L. 1226-10.

²¹⁶² Soc. 16 juill. 1998 : pourvoi n° 97-43.484, Bull. V, n° 394.

²¹⁶³ Soc. 23 oct. 2001 : pourvoi n° 99-43.379, inédit : « *les absences du salarié, qui excédaient 9 mois sur une même période de 12 mois, perturbaient le fonctionnement de l'entreprise* ».

²¹⁶⁴ Soc. 5 oct. 1999 : pourvoi n° 97-42.882, inédit : « *le peu de qualification permettait facilement son remplacement provisoire* ».

²¹⁶⁵ Pour un rappel du caractère mixte de cette évaluation *in concreto*, v. CA Colmar 26 janv. 2017 : RG n° 15/00486.

²¹⁶⁶ Soc. 23 sept. 2003 : pourvoi n° 01-44.159, inédit : « *la cour d'appel a constaté que, s'agissant d'une petite unité de travail de six salariés, cette absence prolongée perturbait le fonctionnement de l'entreprise* ».

fonction de l'organisation de l'entreprise, de perdre son emploi. Ainsi, il a été jugé par la chambre sociale de la Cour de cassation que le licenciement d'une secrétaire pour une absence *d'un peu moins de deux mois* était justifié dans une entreprise n'employant qu'une seule secrétaire²¹⁶⁷. Les juges du fond prennent globalement en compte l'état du collectif de travail pour évaluer la désorganisation et valider ou non le licenciement pour motif personnel du salarié malade²¹⁶⁸.

560. Absence pour incarcération. Le salarié ne peut pas non plus être licencié du seul fait qu'il est ou a été incarcéré²¹⁶⁹. L'incarcération ne peut justifier un licenciement que si l'absence du salarié qu'elle occasionne perturbe le bon fonctionnement de l'entreprise²¹⁷⁰ (ou si, dans une variante, elle crée un trouble caractérisé au sein de l'entreprise²¹⁷¹). Sur le modèle de l'absence du salarié pour cause de maladie, il est possible d'affirmer que le juge, afin de caractériser le trouble au bon fonctionnement de l'entreprise, scrute là encore tant les données individuelles (durée de l'incarcération, nature des fonctions exercées)²¹⁷² que les

²¹⁶⁷ Soc. 24 avril 1990 : pourvoi n° 87-44.817, inédit.

²¹⁶⁸ CA Versailles 7 juill. 2010 : RG n° 09/00325 (qui relève notamment, pour invalider le licenciement du salarié malade et juger les perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise non établies, que « *sans être une grande entreprise, la société X disposait d'une relative marge de manœuvre pour organiser l'activité de l'entreprise en fonction des absences de Mme Y, ouvrière polyvalente, quand bien même la production serait largement manuelle* »). – CA Colmar 19 avril 2016 : RG n° 14/05932 (qui relève notamment, pour invalider le licenciement du salarié malade, que l'employeur ne démontre pas en quoi les missions du salarié « *n'auraient pas pu être assurées provisoirement par son adjoint ou par d'autres salariés, l'entreprise comptant alors 32 salariés* »). – CA Colmar 26 janv. 2017 : RG n° 15/00486 (qui relève notamment, pour invalider le licenciement du salarié malade, que l'entreprise comportait, outre les intérimaires, pas moins de 350 salariés). – CA Besançon 15 sept. 2017 : RG n° 16/01761 (qui relève notamment, pour invalider le licenciement de la salariée malade, que le poste d'opératrice de la salariée pouvait être occupé par la vendeuse du magasin le temps de l'absence).

²¹⁶⁹ V. pour une illustration Soc. 17 mars 1993 : pourvoi n° 89-41.974, inédit. L'employeur aurait dû s'enquérir des causes de la détention et de la durée prévisible sans lesquelles il ne pouvait en déduire les conséquences de l'absence du salarié sur le fonctionnement de l'entreprise.

²¹⁷⁰ Soc. 21 nov. 2000 : pourvoi n° 98-41.788, Bull. V, n° 383. – Soc. 16 sept. 2009 : pourvoi n° 08-42.816, inédit.

²¹⁷¹ Soc. 26 sept. 2012 : pourvoi n° 11-11.247, inédit.

²¹⁷² Soc. 25 juin 1980 : pourvoi n° 79-40.292, Bull. V, n° 557.

données propres à la collectivité de travail constituant l'entreprise (notamment son effectif et l'organisation du travail).

Cette vérification par le juge d'une atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise est initialement du domaine du licenciement pour motif personnel. Rien n'exclut toutefois qu'elle gagne le licenciement pour motif disciplinaire ; une tendance émerge d'ailleurs en ce sens.

B. Absence du salarié injustifiée ou refusée

561. Le risque de licenciement pour absence. Au-delà des hypothèses de suspension du contrat de travail, le salarié absent va également pouvoir bénéficier, selon nous, de la collectivité des salariés et de la solidarité objective que leur même qualité génère. Pourtant, l'absence que le salarié s'octroierait après un refus de l'employeur représente, en principe, un refus volontaire de travail caractérisant en tant que tel une faute grave justifiant le licenciement²¹⁷³. L'absence du salarié qui interviendrait sans demande préalable représente quant à elle en principe, mais pas toujours²¹⁷⁴, une faute²¹⁷⁵ justifiant le licenciement : tout dépend de la durée de l'absence, de la prévisibilité des circonstances, de l'existence ou non d'une cause légitime. L'absence du salarié engendre donc un risque de licenciement plus ou moins fort suivant la formulation préalable ou non d'une demande auprès de l'employeur. Ce risque pourra cependant être absorbé par la collectivité (solidarité incidente).

562. Absence en général. Le juge mobilise depuis quelque temps déjà, dans le cadre du licenciement disciplinaire, la notion de perturbation du fonctionnement de l'entreprise afin de caractériser, non la faute en elle-même, mais *la gravité de celle-ci*. En effet, l'absence qui désorganise le fonctionnement de l'entreprise est en principe assimilée à une faute d'une

²¹⁷³ Soc. 3 juin 1998 : pourvoi n° 95-41.744, inédit.

²¹⁷⁴ Soc. 3 juill. 2001 : pourvoi n° 99-41.738, Bull. V, n° 244.

²¹⁷⁵ Pour un salarié qui ne reprend pas le travail à l'issue d'un arrêt de travail, sans faire parvenir la moindre justification de son absence à son employeur, v. par ex., Soc. 25 mars 1998 : pourvoi n° 95-45.503, inédit.

gravité telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise²¹⁷⁶. On retrouve ici la même logique que pour le licenciement pour motif personnel du salarié absent pour maladie ou incarcération : au plus le salarié appartiendra à une entreprise structurée et performante, au plus le risque qu'il aura de se voir reprocher une faute grave (privative de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité compensatrice de préavis) sera absorbé. La solidarité incidente s'exprime là encore.

563. Absence pour fait religieux. La religion relève en principe de la sphère personnelle et n'a pas à être prise en compte par l'employeur et irriguer l'entreprise²¹⁷⁷. Comme pour toute absence non justifiée par des motifs légitimes (essentiellement d'ordre médicaux) ou non autorisée par l'employeur, l'orthodoxie juridique induit que l'absence du salarié pour fête religieuse peut fonder un licenciement²¹⁷⁸. En effet, la liberté de pratiquer une religion, contrairement à la liberté d'appartenir à une religion qui ne peut pas être restreinte par l'employeur et à la liberté de manifester une religion qui doit être prise en compte par l'employeur²¹⁷⁹, *reste le dernier bastion du fait religieux non protégé dans l'entreprise*. Aujourd'hui encore, le principe veut qu'un salarié ne puisse invoquer sa religion pour refuser d'exécuter sa prestation de travail²¹⁸⁰.

²¹⁷⁶ Soc. 20 déc. 1990 : pourvoi n° 88-44.505, inédit. – Soc. 30 avril 2002 : pourvoi n° 00-41526, inédit. – Soc. 15 janv. 2003 : pourvoi n° 01-40.939, inédit. – CA Aix en Provence 15 sept. 2017 : RG n° 16/15782.

²¹⁷⁷ J. SAVATIER, Libertés religieuses et relations de travail, in Mél. J.-M. Verdier : *Dalloz 2001*, p. 455 s.

²¹⁷⁸ J. MOULY, La fondamentalisation du droit du travail : *RDA 2015*, p. 93 s., spéc. p. 100. *Contra*. S. NIEL, Peut-on s'opposer à la religion en entreprise ? : *Les cah. du DRH 2010*, n° 163, p. 12 s. : « *L'absence en raison d'une fête religieuse ne saurait suffire à elle seule à justifier un licenciement. Elle doit s'accompagner d'une violation d'une règle interne à l'entreprise. Une nouvelle fois, l'approche des pratiques religieuses en entreprise par le droit disciplinaire semble se confirmer* ».

²¹⁷⁹ Ass. plén. 25 juin 2014 : pourvoi n° 13-28.369, Bull. AP, n° 1. – Soc. 22 nov. 2017 : pourvoi n° 13-19.855, Bull. V, n° 200. V. égal. C. trav., art. L. 1321-2-1.

²¹⁸⁰ Soc. 24 mars 1998 : pourvoi n° 95-44.738, Bull. V, n° 171. Un salarié engagé en qualité de boucher et qui refuse de manipuler un type de viande en raison de sa confession peut être valablement licencié par son employeur. Sur l'absence de protection de principe de la liberté de pratiquer une religion dans l'entreprise, v. E. PESKINE, C. WOLMARK, Droit du travail 2021 : *Dalloz 2020*, 14^{ème} éd., p. 244, n° 349.

Cette indifférence aux pratiques religieuses, qui participe d'un mouvement plus général de résistance à la fondamentalisation du contrat doit être préservée (L. VARAINE, La religion du contractant : *LGDJ 2019*, p. 195, n° 319, l'auteur relève toutefois qu'à la traditionnelle indifférence succède la révérence aux pratiques

Il semble pourtant, au travers de quelques rares arrêts de la Cour de cassation, que les pratiques religieuses puissent ponctuellement produire un effet élusif, permettant au salarié de ne pas exécuter le contrat, à rebours de la traditionnelle indifférence du droit des contrats aux pratiques religieuses. S'agissant du cas particulier d'une absence pour fête religieuse, il a été jugé qu'elle justifiait la rupture du contrat de travail dans la mesure où, inopinée, elle avait empêché, au détriment de l'activité de l'entreprise, une livraison importante²¹⁸¹. Il semble donc, en raisonnant *a contrario*, que si l'absence ne perturbe pas le bon fonctionnement de l'entreprise l'employeur ne puisse s'y opposer ou la reprocher²¹⁸². Plus récemment mais moins spécifiquement, la chambre sociale a fait une place dans l'entreprise aux pratiques religieuses en admettant qu'un serment professionnel puisse être adapté conformément aux usages de la religion de la salariée le prononçant²¹⁸³, ce qui n'est pas sans rappeler le mécanisme canadien dit de l'accommodation ou de l'aménagement raisonnable²¹⁸⁴. *Il est aujourd'hui permis de craindre que l'absence non autorisée ou refusée pour fait religieux ne soit sanctionnable que si elle perturbe le fonctionnement de l'entreprise*. Si tel devait être le cas, la solidarité incidente se verrait alors enrichie, d'une nouvelle manifestation à laquelle il est toutefois difficile de souscrire et qu'il est difficile d'approuver, tant cette exigence d'aménagement porterait atteinte à la liberté économique

religieuses). En raison déjà de la crainte d'un « excès de proportionnalité » (P. PUIG, L'excès de proportionnalité : *RTD civ.* 2016, p. 70) qui guette la conception post-classique du contrat – et surtout le contrat de travail (I. CORNESSE, La proportionnalité en droit du travail : *Litec* 2001) – mais également en raison de la protection de la finalité même du contrat de travail qui reste la fourniture d'une prestation de travail sous la direction d'autrui. Bien que devant nécessairement être relativisées en droit du travail, les notions de liberté contractuelle et de force obligatoire du contrat (desquels découle l'indifférence du droit des contrats aux pratiques religieuses, v. L. VARAINE, La religion du contractant : *LGDJ* 2019, p. 188, n° 310) ne peuvent finir totalement galvaudées en droit du travail ; le particularisme de celui-ci et la prise en compte des droits de la personne du salarié ne sauraient tout autoriser.

²¹⁸¹ Soc. 16 déc. 1981 : pourvoi n° 79-41.300, Bull. V, n° 968.

²¹⁸² P. LOKIEC, Droit du travail : *PUF* 2019, p. 125.

²¹⁸³ Soc. 1^{er} févr. 2017 : pourvoi n° 16-10.459, Bull. V, n° 18.

²¹⁸⁴ En vertu de ce mécanisme, l'employeur doit procéder dans son entreprise à des accommodements raisonnables, c'est-à-dire d'accorder « un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une norme » (P. BOSSET, Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement... Des outils pour tous, cité par P. LOKIEC, Droit du travail : *PUF* 2019, p. 32, n° 28). Sur ce mécanisme, v. L. VARAINE, La religion du contractant : *LGDJ* 2019, p. 209 s., n° 339 s.

du chef d'entreprise, et notamment à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, toutes deux constitutionnellement protégées. Même si l'absence refusée ou non autorisée devait trouver une explication dans une fête religieuse célébrée par le salarié, il nous semble que la combinaison des deux libertés économiques que représentent la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle²¹⁸⁵ impose de faire pencher le contrôle de proportionnalité et l'épreuve de la conciliation du côté des libertés économiques plus que du côté de la liberté religieuse²¹⁸⁶. Les droits fondamentaux doivent être mobilisés en un sens « réversible »²¹⁸⁷, c'est-à-dire également au bénéfice de l'employeur. Le mouvement de fondamentalisation ne peut, en effet, qu'aller dans les deux sens : il ne saurait il y avoir d'inopposabilité des droits de l'homme à la personne de l'employeur. Il découle de ce qui précède que lorsque l'entreprise est suffisamment organisée et suffisamment composée, le risque qu'a le salarié d'être licencié en raison de son absence (largement appréhendée), peut être absorbé par la collectivité de travail.

En résumé, en raison *du seul fait* du collectif de travail et de la qualité de salarié partagée par tous, une solidarité incidente, née de l'interdépendance générée en elle-même par le phénomène collectif, voit le jour, certes de façon résiduelle. L'effet produit par la détention d'une même qualité de salarié est ici d'une intensité bien moindre que celle manifestée par l'égalité entre salariés. De son inclusion dans une collectivité et du partage avec les autres de la même qualité de salarié, le salarié pourra tirer, dans certaines hypothèses, deux bénéfices : la dilution du risque de mobilité et de licenciement, d'une part, et l'absorption du risque de licenciement, d'autre part.

²¹⁸⁵ Sur la combinaison de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre, v. P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA, A. ROUX, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel : *Dalloz 2018*, 19^{ème} éd., n° 42, p. 643 s.

²¹⁸⁶ Surtout si l'on rappelle qu'est simplement concernée ici la troisième dimension de la liberté de religion, à savoir la liberté de pratique (et non les libertés d'appartenir à une religion et de manifester une religion).

²¹⁸⁷ *Rappr.* E. DREYER, La réversibilité des droits de l'homme dans le domaine économique, in *Droit économique et droits de l'homme*, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIRIAINEN : *Larcier 2008*, p. 205 s.

§2 La solidarité sociétale générée par la double qualité du coopérateur

564. On a pu voir que dans les entreprises classiques, de droit commun, la qualité (unique) de salarié déclenchait une solidarité objective, née de l'interdépendance générée en elle-même par le collectif de travail, que l'on a qualifiée d'incidente. Dans certaines entreprises bien particulières, cette solidarité objective, que l'on qualifie de sociétale, n'est plus seulement incidente mais va jusqu'au partage des bénéfices et des risques de l'entreprise. Il s'agit de l'entreprise coopérative (**I**). Cette forme de solidarité s'explique par l'existence non plus d'une qualité unique mais d'une double qualité : celle de salarié-associé (**II**). Autrement dit, ce n'est pas l'appartenance du salarié à l'entreprise qui fonde tout à fait cette solidarité objective sociétale mais le cumul de deux qualités et la présence, parmi cette dualité, de la qualité de salarié.

I. La coopérative

565. Économie sociale et solidaire. Aux côtés des entreprises classiques, existent des entreprises sociales issues de formes sociétales particulières et principalement caractérisées par la particularité de leur objet. En effet, le but qu'elles poursuivent est autre que le seul partage des bénéfices²¹⁸⁸. Il s'agit « *d'entreprendre autrement* »²¹⁸⁹ autour d'un projet collectif. D'autres principes directeurs structurent ces entreprises d'un type particulier, et notamment une gouvernance démocratique et transparente, des bénéfices affectés à l'activité, une impartageabilité des réserves et une distribution orientée du boni éventuel lors de la cessation de l'activité²¹⁹⁰.

²¹⁸⁸ Art. 1^{er}, I, 1^o de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

²¹⁸⁹ Selon la formulation retenue par le conseil économique, social et environnemental dans son avis n° 2013-05 du 28 janvier 2013.

²¹⁹⁰ Art. 1^{er}, I de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

566. L'idée de solidarité dans l'économie sociale²¹⁹¹. La solidarité, comme le nom de cette économie de secteur l'indique, est la valeur cardinale de ces groupements. « *Les valeurs portées par l'économie sociale s'enracinent dans l'idée de solidarité* »²¹⁹². Cette solidarité peut être aussi bien interne (limitée aux membres) qu'externe (par-delà l'entreprise). Seule la première, en ce qu'elle concerne les rapports qu'entretiennent les salariés entre eux, intéresse la présente étude. A ce sujet, le Comité national de liaison des activités mutualistes, coopératives et associatives a déclaré en 1980 que tous les sociétaires, « *au même titre propriétaires des moyens de production* », sont « *solidaires et égaux en devoirs et en droits* »²¹⁹³. Les statuts des sociétés qui relèvent de ce secteur sont d'ailleurs censés faire le plus souvent référence, entre autres, à la solidarité²¹⁹⁴. Les sociétaires, membres d'une entreprise sociale, sont liés par une responsabilité, des valeurs et des intérêts communs. Au premier rang des sociétés relevant de l'économie sociale et solidaire (aux côtés des mutuelles, des fondations et des associations) appartiennent les sociétés coopératives.

567. Sociétés coopératives. La loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, modifiant la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947, définit en son article premier la coopérative, qui peut exercer son activité dans toutes les branches de l'activité humaine, comme une « *société constituée par une ou plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires* ». La société coopérative, cette option de gestion devant emprunter le support juridique de la société commerciale, peut revêtir trois formes : la société coopérative de production, les sociétés coopératives d'intérêt collectif, les sociétés coopératives de commerçants détaillants, les sociétés coopératives d'habitations à loyer modéré, les sociétés

²¹⁹¹ N. MAGGI-GERMAIN, L'idée de solidarité dans l'économie sociale, in Mél. J.-P. Laborde : *Dalloz 2015*, p. 421 s.

²¹⁹² N. MAGGI-GERMAIN, L'idée de solidarité dans l'économie sociale, in Mél. J.-P. Laborde : *Dalloz 2015*, p. 421 s., spéc. p. 423 s.

²¹⁹³ A. MANNES, La conscience en droit social : *thèse dactyl. Paris II 2018*, p. 432, n° 394. Pour une relativisation de la portée juridique de la charte de 1980, v. M. BORGETTO, L'économie sociale et solidaire : quelle place pour le droit ?, in *Les dynamiques de l'économie sociale et solidaire*, dir. J.-N. CHOPART, G. NERET et D. RAULT : éd. *La Découverte 2006*, p. 218.

²¹⁹⁴ H. GOUIL, *Entreprendre en économie sociale, Sens des affaires ou affaires de sens ?* : éd. *Liaisons 1999*, p. 30.

coopératives artisanales et de transport, les sociétés coopératives agricoles, les coopératives d'activité et d'emploi, les coopératives maritimes. Elles se distinguent franchement des sociétés capitalistes, notamment par l'égalité entre membres qu'elles mettent en œuvre. La direction de la coopérative répond au principe « un homme, une voix », ce qui instaure une véritable égalité par tête détachée de tout raisonnement proportionnel²¹⁹⁵, ce qui n'est mis en place qu'abstraitement par l'appartenance à l'entreprise dans les entreprises classiques. Seule la société coopérative de production, en ce qu'elle permet à des salariés de travailler en commun, intéresse la présente étude dévolue à l'appartenance du salarié à l'entreprise.

568. Sociétés coopératives de production. La coopérative de production (ci-après coopérative), cette « *institution pleine d'avenir* »²¹⁹⁶, est une entreprise composée, sinon exclusivement, du moins principalement par des travailleurs, dans laquelle les salariés sont associés majoritaires²¹⁹⁷. Elle constitue un groupement dans lequel des travailleurs s'associent non seulement pour travailler en commun mais également pour « réaliser en commun »²¹⁹⁸. Contrairement à la dynamique interne d'une entreprise classique, les membres d'une coopérative doivent faire preuve d'un véritable « *effort commun* »²¹⁹⁹ et s'y impliquer, patrimoniallement et non patrimoniallement. Le « *zèle pour la chose commune* »²²⁰⁰, qui n'est pas exigé du salarié dans l'entreprise classique, est supposé des coopérateurs. De cette option de gestion particulière qu'est la coopérative, structurée autour d'un intérêt collectif²²⁰¹ et d'un *affectio*, résulte une véritable communauté de travail, à la

²¹⁹⁵ M. KEIM-BAGOT, Le salarié coopérateur : le modèle de la Scop : *Dr. soc.* 2014, p. 523 s., spéc. p. 524.

²¹⁹⁶ N. OLSZAK, Les SCOP : une institution historique pleine d'avenir... : *D.* 2012, p. 728.

²¹⁹⁷ R. SAINT-ALARY et P. LE BERRE, Fasc. 168-10 : Sociétés coopératives. Généralités : *Jcl Sociétés Traité* 2017, n° 14.

²¹⁹⁸ N. CATALA, Traité de droit du travail, L'entreprise, t. 4, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz* 1980, p. 1112, n° 958.

²¹⁹⁹ D. HIEZ, La richesse de la loi Economie sociale et solidaire : *Rev. des soc.* 2015, p. 147.

²²⁰⁰ R. SAINT-ALARY et P. LE BERRE, Fasc. 168-10 : Sociétés coopératives. Généralités : *Jcl Sociétés Traité* 2017, n° 159.

²²⁰¹ N. MAGGI-GERMAIN, L'idée de solidarité dans l'économie sociale, in *Mél. en l'honneur de J.-P. Laborde* : *Dalloz* 2015, p. 421 s., spéc. p. 425.

limite de la personnification²²⁰². Évoquer ici une communauté de travail ne traduit donc pas, contrairement à l'entreprise classique, un abus de langage. Il découle de ce qui précède que la coopérative incarne l'entreprise qu'une partie de la doctrine travailliste fantasme. On observe, en effet, une tendance moderne à la surmobilisation de la notion de coopération ou de collaboration²²⁰³ alors que l'entreprise dans son acception classique en est en réalité dépourvue. L'entreprise classique se distingue de la coopérative de production et de la société proprement dite qui répondent à une logique de « *coude à coude* »²²⁰⁴ instaurée par l'*affectio societatis*. Ce n'est pas seulement, dans l'entreprise classique, que les intérêts de l'employeur et du salarié restent essentiellement divergents²²⁰⁵, c'est essentiellement, selon nous, que la recherche de la bonne réalisation de l'activité économique n'est pas exigée du salarié et ne participe pas de l'économie du contrat de travail.

²²⁰² N. MAGGI-GERMAIN, L'idée de solidarité dans l'économie sociale, in *Mél. en l'honneur de J.-P. Laborde : Dalloz 2015*, p. 421 s., spéc. p. 431.

²²⁰³ J. MESTRE, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration : *RTD civ. 1986*, p. 100 s., spéc. p. 101 ; A. BAREGE, L'éthique et le rapport de travail : *LGDJ 2008* ; G. DUCHANGE, Le concept d'entreprise en droit du travail : *Planète social 2014*.

²²⁰⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés : *LexisNexis 2020*, 33^{ème} éd., p. 94, n° 261.

²²⁰⁵ G. LYON-CAEN, Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale : *LGDJ 1955*, p. 223, n° 291 : « *Il n'existe aucune communauté d'intérêts ni de vie au sein de l'entreprise, mais que les intérêts du patron et ceux de l'employé demeurent en opposition complète. Comment, dans ces conditions, parler de bien commun ? On est enclin, dans ces conditions, à suggérer qu'il y a sans doute là une mystification, inconsciente ou consciente, mystification qui tend à atténuer l'acuité des luttes sociales et à faire oublier aux salariés leurs véritables intérêts* ».

II. Le principe de la double qualité

569. Principe. Au nombre des principes coopératifs, le principe dit de « *double qualité* »²²⁰⁶ est « *fondamental* »²²⁰⁷ en ce qu'il explique l'éviction de la logique capitaliste et du recours à un intermédiaire. Tel qu'il est défini de façon générale et tel qu'il existe dans tous les formes coopératives, « *ce principe suppose que le coopérateur recherche deux avantages à l'opération coopérative, l'un tenant à la qualité d'apporteur, l'autre tenant à la qualité de contractant* »²²⁰⁸. Appliqué à la coopérative de production, il suppose que le coopérateur soit à la fois *salarié et associé* (aussi appelé *sociétaire*). Les coopératives de production se distinguent des autres formes coopératives par la figure particulière du salarié-associé et par la réunion du travail et du capital que cette double qualité organise²²⁰⁹. Ce principe de la double qualité fonde une véritable communauté de travail propre à la coopérative²²¹⁰. L'engagement du coopérateur dans une coopérative de production est donc dual : « *il est en même temps un droit et une obligation* »²²¹¹. Un droit de tirer profit de l'activité de la société et une obligation de fournir la prestation de travail. Cette double qualité instaure une dynamique de réciprocité : en principe, l'associé doit être salarié et *vice-versa*. Il ne s'agit toutefois que d'un principe qui souffre en tant que tel des exceptions, de

²²⁰⁶ V. par ex. D. HIEZ, Le coopérateur ouvrier ou le principe de double qualité dans les SCOP : *Rev. intern. de l'économie sociale* 2006, p. 38, n° 299. Pour une illustration jurisprudentielle du caractère indissociable de la double qualité (dans une coopérative agricole), v. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2020 : pourvoi n° 18-17.721, Bull. I, à paraître ; *LEDC juill. 2020*, n° 113f8, p. 7, note J.-F. HAMELIN.

²²⁰⁷ R. SAINT-ALARY, *Éléments distinctifs de la société coopérative* : *RTD com.* 1952, p. 485 s., spéc. p. 515 ; M. HERAIL, « Coopérative » : *Rép. soc. Dalloz* 2020, n° 122.

²²⁰⁸ M. HERAIL, « Coopérative » : *Rép. soc. Dalloz* 2020, n° 124.

²²⁰⁹ *Comp.* D. HIEZ pour qui la coopérative de production a pour but de « *faire primer la part travail sur la part capital* » (D. HIEZ, Le coopérateur ouvrier ou le principe de double qualité dans les SCOP : *Rev. intern. de l'économie sociale* 2006, p. 38, n° 299).

²²¹⁰ V. sur les rapports entre double qualité et constitution d'une communauté, D. MARTEL, Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes : *éd. IRJS* 2012, spéc. p. 374, n° 581 : « *C'est parce que les parties au contrat ont une double qualité – celle de cocontractant et celle de membre d'une même communauté – qu'elles forment réellement pour reprendre les termes de Demogue, un microcosme, une petite société* ».

²²¹¹ M. HERAIL, « Coopérative » : *Rép. soc. Dalloz* 2020, n° 127.

telle sorte que la coopérative de production ne sera constituée que *prioritairement* – et non exclusivement – de personnes ayant la double qualité de salarié et d'associé²²¹². Concrètement, trois catégories d'associés : les associés coopérateurs (catégorie principale), les associés non coopérateurs et les salariés non associés ont vocation à cohabiter au sein de la coopérative de production.

570. Interdépendance des qualités. S'agissant de la première catégorie des associés coopérateurs qui doit composer en priorité l'entreprise sous peine de dissolution de la société²²¹³, elle ne résulte pas, contrairement à ce que l'on a pu appeler, d'une « *fusion des qualités de salarié et d'associé* »²²¹⁴. De cette fusion résulterait une déperdition des régimes juridiques applicables à chaque qualité et par là un écrasement de la qualité de salarié. Or celle-ci ne souffre pas de sa combinaison avec la qualité d'associé : le droit du travail trouve toujours à s'appliquer²²¹⁵. Ainsi, la qualité de salarié joue à plein lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une clause de non-concurrence à laquelle est tenu le salarié associé²²¹⁶. Plutôt qu'une fusion de qualités, on est en présence, selon nous, d'une *superposition de celles-ci*. De cette superposition des qualités naît en réalité une interdépendance qui justifie que les sorts des qualités soient en principe liés. En effet, sauf stipulations contraires des statuts²²¹⁷ et sauf certaines ruptures du contrat de travail²²¹⁸, toute rupture du contrat de travail entraîne automatiquement la perte de la qualité d'associé et toute renonciation volontaire à la qualité

²²¹² Art. 5 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 modifié par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 : « *Les sociétés coopératives de production peuvent employer des personnes n'ayant pas la qualité d'associé. Les statuts peuvent prévoir l'admission en qualité d'associé de personnes morales ainsi que de personnes physiques non employées dans l'entreprise. Toutefois, les sociétés coopératives de production doivent comprendre un nombre minimal d'associés employés dans l'entreprise. Ce nombre est de deux lorsqu'elles sont constituées sous la forme de société à responsabilité limitée ou de société par actions simplifiée et de sept lorsqu'elles sont constituées sous la forme de société anonyme* ».

²²¹³ Art. 5, 4° de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 modifié par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014.

²²¹⁴ J.-P. LIEUTIER, Le modèle de l'actionnariat salarié : *PUAM 2012*, p. 24, n° 2.

²²¹⁵ Pour l'application des règles relatives à la mise en place des institutions représentatives du personnel dans une coopérative, v. N. OLSZAK, « Coopérative ouvrière de production » : *Rép. trav. Dalloz 2017*, n° 133 s.

²²¹⁶ Com. 4 oct. 2016 : pourvoi n° 15-15.996, inédit.

²²¹⁷ Art. 10 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012.

²²¹⁸ Art. 11 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 (mise à la retraite, licenciement pour motif économique et licenciement pour inaptitude).

d'associé entraîne automatiquement la rupture du contrat de travail. Il a pu être soutenu que « *seul le licenciement reposant sur une cause réelle et sérieuse entraîne la perte de la qualité d'associé* »²²¹⁹ de la coopérative. Cependant, l'interprétation littérale du texte qui vise « *toute rupture du contrat de travail* » laisse à croire le contraire, de telle sorte que la solution retenue s'agissant du salarié empêché de lever une option de souscription d'actions²²²⁰, c'est-à-dire la simple réparation par équivalent tenant en un préjudice nécessairement subi (au lieu ici de la réintégration dans la qualité d'associé), pourrait trouver à s'appliquer. Cette interdépendance explique également que des propos critiques tenus par un salarié associé, en dehors du temps de travail car à l'occasion d'une réunion des sociétaires, à l'égard de la direction de la coopérative caractérisent une faute justifiant son licenciement²²²¹. Le principe de la double qualité est donc caractéristique de la coopérative de production²²²².

²²¹⁹ N. OLSZAK, « Coopérative ouvrière de production » : *Rép. trav. Dalloz 2017*, n° 74.

²²²⁰ Soc. 1^{er} déc. 2005 : pourvoi n° 04-41.277, Bull. V, n° 348.

²²²¹ Soc. 9 juill. 1992 : pourvoi n° 91-42.039, inédit. La chambre sociale rappelle dans son arrêt que « *les qualités de sociétaire et de salarié sont, dans une société coopérative ouvrière, étroitement liées* ».

²²²² Il existe cependant une tendance au recul de cette double qualité (M. KEIM-BAGOT, Le salarié coopérateur : le modèle de la Scop : *Dr. soc. 2014*, p. 523 s., spéc. p. 526 s.). Une première exception au principe de la double qualité réside dans l'admission d'associés non coopérateur (associés non-salariés) au sein de la coopérative de production. Cette admission, justifiée par la nécessité pour la coopérative d'accroître ses capitaux propres, ne peut aller toutefois jusqu'à ce qu'un associé non salarié puisse détenir plus de la moitié du capital social (Pour la limitation de l'influence et de l'importance des associés non coopérateurs, v. N. OLSZAK, « Coopérative ouvrière de production » : *Rép. trav. Dalloz 2017*, n° 52 s.). Dans le même ordre d'idée, les associés non-salariés ne peuvent avoir la mainmise sur la direction de la coopérative (M. KEIM-BAGOT, Le salarié coopérateur : le modèle de la Scop : *Dr. soc. 2014*, p. 523 s., spéc. p. 526-527). Une seconde exception réside dans la possibilité d'être salarié de la coopérative de production sans en être associé, ce qui porte atteinte à la logique d'abolition du salariat complètement prônées par les coopératives. Cette possibilité est soutenue par une logique d'intégration, à terme, du salarié non associé qui aurait une certaine ancienneté dans la coopérative (Art. 7 et art. 8 (modifié par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014) issus de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978). Le salarié non associé pourrait même être contraint par les statuts de demander son admission en qualité d'associé, sous peine de démission (Art. 9 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978. On se demande toutefois comment ce dispositif légal du salarié « réputé démissionnaire » pourrait se concilier avec la règle travailiste en vertu de laquelle la démission résulte d'une volonté claire et non équivoque (Soc. 28 mars 1990 : pourvoi n° 87-43.744, inédit).

571. Solidarité induite de la combinaison de qualités : répondre des pertes. En tant que telle, la qualité de salarié est insuffisante à générer une solidarité autre qu'incidente au sein de la collectivité de travail. En effet, le salarié n'est pas tenu de répondre des pertes, puisque sauf faute lourde, le salarié de l'entreprise classique n'engage pas sa responsabilité pécuniaire à l'égard de son employeur²²²³. Ce n'est que par la combinaison avec la qualité d'associé que la qualité de salarié arrive à ce résultat, et ce même si le salarié bénéficie de règles de participation²²²⁴. Ainsi, une cour d'appel qui constate que le règlement du plan d'épargne de la société énonçait que les versements effectués par les salariés et constatés sous forme de parts sociales ne donnait pas la qualité d'associé en déduit exactement que la salariée licenciée n'était pas tenue de répondre d'éventuelles pertes sociales²²²⁵.

572. Solidarité induite de la combinaison de qualités : percevoir une rémunération. S'agissant des bénéfices que les associés-salariés pourraient retirer de la société coopérative, même s'ils sont limités en raison de l'objet social, ils sont loin d'être moindres. La société coopérative de production « favorise même la distribution de ristournes significatives aux salariés »²²²⁶. La société coopérative se caractérise par une modulation originale de l'affectation de son résultat, lequel se répartit entre la constitution des réserves, la distribution (obligatoire) de la ristourne et le versement (facultatif) d'intérêts aux parts sociales²²²⁷. Si la constitution des réserves coopératives est particulièrement surveillée et encouragée et si les réserves sont en principe impartageables, la rémunération attribuée aux salariés-associés n'en souffre pas puisque la ristourne est en la matière « obligatoire et généreuse »²²²⁸. En effet, les bénéfices disponibles après constitution des réserves doivent d'abord être affectés à la distribution de la ristourne dont l'assiette est plus conséquente que

²²²³ Soc. 27 nov. 1958 : Bull. IV, n° 1259 ; D. 1959, p. 20. – Soc. 12 avr. 1995 : pourvoi n° 92-12.373, Bull. V, n° 131. – Soc. 25 janv. 2017 : pourvoi n° 14-26.071, Bull. V, n° 15.

²²²⁴ N. OLSZAK, « Coopérative ouvrière de production » : *Rép. trav. Dalloz 2017*, n° 135 : « L'application des règles de la participation à l'égard des salariés n'en fait pas automatiquement des associés ».

²²²⁵ Soc. 28 nov. 2000 : pourvoi n° 98-20.700, inédit.

²²²⁶ S. GRANDVUILLEMIN, La rémunération des salariés associés coopérateurs : une originalité à double visage, in *De la rémunération salariale à la rémunération non salariale : Bruylant 2017*, p. 177 s., spéc. p. 182.

²²²⁷ Art. 33 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 modifié par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014.

²²²⁸ S. GRANDVUILLEMIN, La rémunération des salariés associés coopérateurs : une originalité à double visage, in *De la rémunération salariale à la rémunération non salariale : Bruylant 2017*, p. 177 s., spéc. p. 181.

ce qui se fait dans les autres coopératives puisque portant sur la totalité des excédents nets, résultats de filiales inclus²²²⁹. En bénéficiant d'une ristourne pour des activités auxquelles ils n'ont pas directement participé, les salariés perçoivent donc outre la rémunération de leur travail celle *du travail des autres*. Rappelons enfin qu'en plus de leur ristourne, les salariés-associés peuvent également percevoir, même si le versement n'est que facultatif, un dividende coopératif non plafonné contrairement à ce qui se pratique en principe dans les formes coopératives.

L'entreprise particulière qu'est la coopérative de production est donc caractérisée par un principe de double qualité. Le membre de cette entreprise est en principe à la fois associé et salarié. De cette double qualité naît un partage des bénéfices et des pertes : la solidarité ici n'est plus seulement incidente, comme pour les salariés de l'entreprise de droit commun, mais véritablement sociétaire.

573. Conclusion de section. L'absence de solidarité spontanée entre salariés d'une même entreprise, qui implique qu'un geste soit fait dans l'intérêt d'un ou plusieurs autres salariés, n'empêche pas le déploiement d'une seconde forme de solidarité dans l'entreprise, en vertu de laquelle le salarié peut compter sur autrui, c'est-à-dire bénéficier objectivement à autrui et bénéficier objectivement d'autrui. Cette seconde forme de solidarité, qui est une solidarité objective, se subdivise elle-même : dans l'entreprise classique existe (à la marge) une solidarité incidente ; dans l'entreprise coopérative existe une véritable solidarité sociétaire. Ces deux solidarités ont pour point commun d'être fondée sur la qualité du salarié. C'est en vertu de sa qualité unique de salarié de l'entreprise classique que le salarié voit le risque qu'il a en temps normal de voir son contrat de travail rompu être dilué voire absorbé par la collectivité de travail formée des autres salariés. C'est en vertu de sa double qualité de salarié et d'associé de l'entreprise coopérative que le salarié partage avec les autres salariés bénéfices et pertes.

574. Conclusion de chapitre. De manière générale, le salarié ne peut faire de geste dans l'intérêt exclusif d'un autre ou des autres salariés de l'entreprise. Outre le fait qu'un tel geste risque fort de lui être reproché par l'employeur, cela lui est impossible en raison même de l'entreprise. Le groupement dans lequel les salariés évoluent empêche toute solidarité

²²²⁹ S. GRANDVUILLEMIN, La rémunération des salariés associés coopérateurs : une originalité à double visage, *in* De la rémunération salariale à la rémunération non salariale : *Bruylant 2017*, p. 177 s., *spéc. p. 182*.

spontanée entre eux. Cette absence de solidarité ne condamne certes pas tout déploiement de solidarité entre salariés dans l'entreprise. Le salarié peut en effet bénéficier objectivement d'autrui et à autrui, et cela parce qu'il s'insère dans un collectif de travail. Non en raison d'une quelconque logique communautaire²²³⁰ mais du seul fait qu'il est salarié au même titre que les autres, du seul fait qu'il appartienne à une entreprise comptant une pluralité de salariés. La *même qualité* de salarié organise alors, sans que cela s'explique par le travail fourni, un bénéfice ou une contrainte à l'égard du salarié. Ce dernier pourra, dans le cadre d'une solidarité incidente, compter sur les autres et les autres pourront compter sur lui. Il nous faut souligner toutefois que cette forme de solidarité (incidente) est très résiduelle. Exceptionnellement, une solidarité objective plus poussée peut exister entre salariés du seul fait de leur *même qualité*. Il s'agit de l'entreprise fondée sur une coopérative de production, au sein de laquelle les salariés détiennent une double qualité puisqu'ils sont également associés de la société. De cette double qualité naît une solidarité sociétaire qui explique particulièrement qu'ils partagent les bénéfices comme les pertes.

²²³⁰ Comp. P. STOFFEL-MUNCK, note sous Com. 15 janv. 2002 : D. 2002, p. 1974 s., spéc. p. 1979 : « Il est vrai que, dans la communauté qu'institue la famille ou dans celle qu'institue l'entreprise, la force des liens s'apprécie moins en termes de respect de la parole donnée (approche volontariste) qu'en termes de solidarité fondée du seul fait de l'appartenance à une même communauté ».

575. Conclusion de titre. L'appartenance du salarié à l'entreprise, rattachement opéré par la détention de la qualité de salarié, fonde, pour les salariés pris collectivement, deux effets juridiques. Ces effets s'expliquent par la détention de la *même qualité* (de salarié) : l'appartenance du salarié à l'entreprise est donc une notion qui possède une véritable dimension commune. Le premier effet est un effet d'égalité. En matière d'élections professionnelles et de travail à temps partiel, le salarié comptera pour un, c'est-à-dire qu'il sera appréhendé sous le prisme de sa seule qualité. Puisque c'est une qualité qu'il partage avec les autres salariés de l'entreprise, une véritable égalité par tête s'opère. Devant le scrutin, d'abord (cela est expressément exigé par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation) et dans le scrutin ensuite (cela est implicitement contenu dans le droit positif tel qu'éclairé par le droit électoral politique). En dehors du scrutin, l'égalité par tête (générée par la même qualité de salarié) trouve également à s'appliquer au salarié à temps partiel. L'appartenance du salarié à l'entreprise est, en matière d'égalité, trop souvent accolée encore à des notions qui la brident dans son élan juridique (i.e. l'ancienneté). Or, à chaque fois que l'appartenance fonde seule des effets juridiques (comme le référendum, comme l'égalité par tête pour les salariés à temps partiel), aucun problème théorique et pratique ne s'élève ; au contraire l'appartenance du salarié à l'entreprise constitue un fondement à la fois prévisible et juste des règles juridiques. Le second effet est un effet de solidarité. En effet, une réflexion sur ce que fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise ne pouvait se passer, s'agissant des salariés pris collectivement, d'une analyse de la solidarité. On est prompts à projeter, à fantasmer, une solidarité naturelle dans l'entreprise qui serait une « communauté », un « creuset solidaire ». Pourtant, l'entreprise n'est pas et ne peut être l'espace d'une solidarité spontanée, naturelle ; son ordonnancement, l'organisation et l'attribution des risques et des pouvoirs en son sein font obstacles à une telle reconnaissance. La qualité de salarié, même partagée par une pluralité d'entre eux, ne peut surmonter cet ordonnancement. Néanmoins, les salariés, entre eux, en tant que collectivité, peuvent compter sur l'autre, dans certaines hypothèses qui relèvent d'une solidarité objective, qui n'est pas conditionnée à une manifestation de volonté individuelle de la part de l'un d'entre eux. Parce qu'elle est objective, d'ailleurs, elle peut profiter à un salarié et au détriment d'un autre. Ce n'est que lorsque l'ordonnancement de l'entreprise change, qu'une solidarité plus étendue est susceptible de prospérer ; dans les sociétés coopératives de production, la qualité de salarié se couple à celle d'associé. Dès lors, ceux qui partagent la même double qualité sont unis dans les gains comme dans les pertes, ils sont unis par une solidarité sociétaire.

576. Conclusion de partie. Loin d'être une unique construction de l'esprit dénuée d'effets, l'appartenance du salarié à l'entreprise, qui est un rattachement à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié, fonde divers effets juridiques. En se gardant de voir des effets de l'appartenance du salarié à l'entreprise dans tout le droit du travail, ont été isolées les conséquences juridiques strictement propres à la détention de la qualité de salarié. Deux groupes d'effets fondés sur l'appartenance sont apparus. L'appartenance du salarié à l'entreprise a d'abord une dimension autosuffisante ; la seule détention de la qualité de salarié fonde à la fois la suspension du contrat de travail et la rémunération additionnelle. L'appartenance du salarié à l'entreprise fonde la suspension du contrat de travail (en cas de juste inexécution seulement), c'est-à-dire que la *seule qualité* de salarié est suffisante à générer cet effet, indépendamment (c'est la nature même de la suspension) de l'exécution du travail. Le salarié *comptera toujours comme tel*, la suspension se caractérisant par le maintien de certains droits et obligations à son égard. C'est aussi en raison de sa qualité de salarié, de sa position cristallisée qu'un second effet juridique, facultatif cette fois, peut trouver à se déclencher. En raison de sa seule qualité juridique, le salarié *escomptera* également une rémunération, la prime d'intéressement ou de participation (qui n'est pas due dans tous les cas). Seule sa qualité de salarié fonde cet espoir indépendant, au moins en principe, de la valeur du travail qu'il a fourni, de son *facio*. Par conséquent, en raison de la *qualité même* de salarié, de sa dimension autosuffisante, le salarié *compte en tant que tel* et *escompte*.

Mais l'étendue de ce que fonde l'appartenance ne s'arrête pas à ce premier aspect, à cette première dimension autosuffisante. Des effets juridiques sont également générés en raison de la *même qualité* partagée par les salariés de l'entreprise. En raison de cette dimension commune, une égalité entre salariés, notamment dans le cadre des élections professionnelles, voit le jour. La détention de la même qualité de salarié justifie que ces salariés *comptent pour un* devant le scrutin et dans le scrutin. Une égalité par tête opère, parfois même en dehors du scrutin en matière de travail à temps partiel. En raison de la détention de la *même qualité* de salarié, une solidarité trouve également (et résiduellement) à se déployer. Elle n'est toutefois pas spontanée car l'ordonnancement de l'entreprise l'empêche de s'y développer naturellement. Seule une solidarité objective est constatée ; c'est en vertu de cette dernière que le salarié pourra dans l'entreprise *compter sur l'autre*. Au sein des entreprises classiques, cette solidarité objective prend la forme d'une solidarité incidente, indépendante

de la volonté du salarié. La collectivité des salariés pourra ainsi, dans une certaine mesure, diluer ou absorber certains risques individuels subis par le salarié. Au sein d'entreprises plus particulières, les sociétés coopératives de production, la solidarité objective produira des effets encore plus grands : parce que le salarié possède une double qualité, dont celle de salarié, la solidarité ne sera plus seulement incidente, elle sera sociétaire. L'effet opératoire de la détention de la qualité de salarié qui traduit l'appartenance du salarié à l'entreprise ne renverse pas la logique du *facio*. Notre conception de l'appartenance à l'entreprise ne vise pas à le supplanter. Elle tend à corriger, parfois, l'omniprésence du geste travail au sein de l'ordonnement de l'entreprise. La référence à la qualité même et à la même qualité de salarié permet, avec modestie, douceur mais fermeté, de tempérer certains résultats auxquels peut aboutir la constante référence au travail. Il s'agit d'un équilibre, d'un dosage entre ces deux dimensions qui structurent le droit du travail.

Conclusion générale

577. A l'issue de cette première enquête juridique consacrée à l'appartenance du salarié à l'entreprise, nous sommes parvenus à une notion (**le résultat**), aux ramifications certaines (**l'excédent**), qui nous inspire quelques vœux (**le souhait**).

578. Le résultat. De cette étude, nous avons retiré un résultat attendu, à savoir une définition, ensuite mise en œuvre, de ce qu'est l'appartenance du salarié à l'entreprise. Il en ressort une notion juridique *abstraite, formelle* (mais dotée d'un contenu opératoire) et *objective*. Cette appartenance, révélée par une dissociation d'avec la prestation de travail, traduit, selon nous, un rattachement à l'entreprise²²³¹ par la détention de la qualité de salarié générée par le contrat de travail. L'appartenance du salarié à l'entreprise est, en somme, dans les rapports de travail, le primat de *la manière d'être* (la qualité de salarié) sur *la manière de faire* (le travail du salarié).

Ce faisant, au terme d'une démarche inductive partant de l'important matériau positif constitué de la jurisprudence de la Cour de cassation, nous avons pris le contre-pied, sans le rechercher nécessairement, de ce que l'on assimile *classiquement* à l'appartenance du salarié à l'entreprise. En effet, tout en n'ayant jamais fait l'objet encore d'une étude autonome, cette expression évoquait instinctivement la doctrine allemande dite de la relation de travail, héritée de l'organicisme de GIERKE²²³² et déployée en droit français, à savoir la « *relation d'appartenance personnelle et de coopération à une communauté, l'entreprise* »²²³³. Dans cette conception germanique, « *l'appartenance à l'entreprise engendre seule la relation de travail* »²²³⁴ ; elle aboutit « *à faire naître le lien de droit d'un simple fait : la prestation*

²²³¹ Celle de l'employeur contractant.

²²³² Pour la théorie du droit social et des « personnalités collectives complexes » d'Otto von GIERKE, v. G. GURVITCH, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle* : Paris 1932, réimpr. Scientia Verlag Aalen 1972, p. 535 s.

²²³³ G.-H. CAMERLYNCK, Rapport de synthèse, in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A : Luxembourg 1965*, p. 139.

²²³⁴ G.-H. CAMERLYNCK, Rapport de synthèse, in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A : Luxembourg 1965*, p. 142.

effective d'un travail »²²³⁵. En retenant, au contraire, un fondement contractuel à l'appartenance du salarié à l'entreprise et en se détournant justement *de la prestation de travail* pour valoriser *la qualité de salarié*, c'est une direction opposée que la présente étude a empruntée.

Nous nous sommes essayés à démontrer que le contrat de travail abritait, au-delà du lien contractuel, une *valeur autre* que la réalisation de la prestation de travail, qui ne demandait qu'à être révélée : la qualité de salarié. Cette qualité, condition juridique objective reconnue par le Droit II dont la fonction n'est pas, selon nous, seulement distributive mais surtout constitutive et définitoire²²³⁶, permet de se détacher, au sein du contrat qui la génère, du « geste travail » et de se distancier du rapport échangiste et synallagmatique²²³⁷ sans entrer toutefois en concurrence frontale avec ce dernier ; il s'agit de corriger non point de bouleverser. Le recours à la qualité juridique génère à l'égard du salarié (quelle que soit la valeur productive de ce dernier) une place et, par-là, la capacité, exorbitante du lien contractuel, de *compter en tant que tel, d'escompter, de compter pour un, voire de compter sur l'autre*. Dans cette acception, l'appartenance du salarié à l'entreprise est, en somme, la traduction juridique d'un certain *universalisme abstrait*. Appréhendés juridiquement *via* leurs prestations respectives de travail, tout justifie les différences entre salariés²²³⁸. Appréhendés juridiquement *via* leur qualité (commune) de salarié, rien ne justifie plus, en revanche, de telles différences. Il nous est apparu que le contrat de travail ne se limitait plus à l'exécution d'un travail pour l'employeur en contrepartie d'un salaire, mais que la qualité de salarié, cristallisée en référence à une entreprise, pouvait fonder, de façon autosuffisante

²²³⁵ G.-H. CAMERLYNCK, Rapport de synthèse, *in* Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A : Luxembourg 1965, p. 142.

²²³⁶ V. *supra* n° 198.

²²³⁷ La relation individuelle de travail reste qualifiée en droit positif de relation contractuelle, où s'échangent deux prestations : le travail et le salaire. V. A. SUPLOT Critique du droit du travail : PUF 2015, 3^{ème} éd., p. 48. Rapp. F. CHENEDE, Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations : *Economica* 2008, p. 158 s., n° 176 s.

²²³⁸ Il est d'ailleurs symptomatique que la notion de « travail égal », telle qu'elle est conçue par le droit positif, soit si subtile (C. trav. art. L. 3221-4) qu'elle puisse tout distinguer et qu'elle mène le juge à largement écarter le principe de l'égalité de rémunération (C. trav. art. L. 3221-2 ; v. par ex. CA Montpellier, ch. soc. 16 oct. 2019 : RG n° 17/01722 ; CA Montpellier, ch. soc. 4 nov. 2020 : RG n° 16/00320).

ou partagée, certains effets juridiques à l'égard du salarié. Ce dernier peut ainsi prétendre à une suspension de son contrat (l'amenant à *compter en tant que tel*), une rémunération additionnelle, (l'amenant à *escompter*), une égalité par tête (l'amenant à *compter pour un*), voire une solidarité objective (l'amenant à *compter sur l'autre*). Dans une relation de travail qui se focaliserait sur l'exécution de la prestation de travail, ces effets apparaîtraient inexplicables.

Partant, ce n'est pas tout à fait à une vision contractualiste que nous souscrivons, mais à une appréhension renouvelée du contrat de travail. Nous arrivons finalement, et sans que cela ait été notre but véritable, à une position intermédiaire entre les différentes doctrines de l'entreprise²²³⁹. Notre position peut se résumer ainsi : *le salarié fait partie de l'entreprise*²²⁴⁰, *mais son rattachement ne procède pas d'un fondement autonome à son contrat de travail*²²⁴¹. De cette vision médiane, et alors même que nous rappelions en préambule de cette étude l'importance de ne pas se livrer à une analyse des deux pôles de cette appartenance²²⁴², nous parvenons à un excédent, à un résultat ni particulièrement recherché ni spécialement attendu : celui d'un éclairage, par contrecoup, des notions de salarié et d'entreprise.

579. L'excédent. Alors même que nous avons eu pour seul objet de saisir le rattachement du salarié à l'entreprise et la nature de ce mécanisme, force est de constater que nous en venons, incidemment, dès lors que l'on raisonne sur le fondement de la qualité de salarié, à envisager originalement *la notion d'entreprise*. Nous appréhendons cette dernière, à l'issue de cette étude, comme un espace juridique au sein duquel les différences instituées par le travail entre les salariés peuvent être dépassées (de façon bien plus efficiente que ne le fait le principe d'égalité de traitement). Grâce à la médiation de l'entreprise, le salarié n'est plus ramené à sa situation particulière et à sa prestation individuelle de travail ; il appartient à

²²³⁹ Pour un rappel de ces doctrines, v. *supra* n° 14.

²²⁴⁰ *Contra*. G.-H. CAMERLYNCK, Rapport de synthèse, in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A : Luxembourg 1965*, p. 410 : « *le salarié ne fait pas partie de l'entreprise : il est à son service* ».

²²⁴¹ *Contra*. A. BRUN, *Le lien d'entreprise : JCP 1962, I, 1719* : « *Il nous apparaît que le lien d'entreprise marque de son empreinte le lien contractuel. A la différence de la thèse de la relation de travail, il ne l'élimine pas, si bien qu'aujourd'hui, la situation du salarié semble, à notre avis, se caractériser habituellement par l'existence d'un double lien* ».

²²⁴² V. *supra* n° 15, spéc. : « *Saisir tout le rattachement [du salarié à l'entreprise] mais rien que le rattachement* ».

l'entreprise qu'il travaille ou non, qu'il déploie son travail au sein d'une certaine catégorie professionnelle ou non, qu'il travaille plus que les autres ou non (ce dernier cas ne pouvant s'appliquer qu'en présence d'une entreprise plurale, c'est-à-dire constituée d'une collectivité de salariés). C'est donc une figure de l'entreprise différente de celle entendue intuitivement et classiquement (l'espace où l'on travaille²²⁴³) qui est consacrée : celle d'un *cercle d'appartenance irréductible au travail*. Mises bout à bout, toutes les précisions apportées par cette étude à l'entreprise mettent en évidence une entité calquée sur une personnalité préalable (la figure de l'employeur-contractant)²²⁴⁴, structurée autour d'une activité non commune (en application de la théorie de l'employeur seul juge)²²⁴⁵, et constitutive, à l'égard des salariés, d'un cercle d'appartenance (ordonné par la qualité juridique de salarié)²²⁴⁶.

Ce même fondement, celui de la qualité de salarié, permet également d'éclairer d'un jour différent *la notion de salarié*. Puisque l'appartenance à l'entreprise se manifeste grâce à une dissociation d'avec le travail²²⁴⁷ et puisqu'elle se fonde sur une condition juridique objective reconnue par l'ordre juridique (la qualité), le salarié n'est plus seulement le fournisseur d'une prestation de travail au profit de l'employeur ; il est également celui qui est placé dans l'entreprise, celui qui est reconnu et celui qui peut être identifié indépendamment du « geste travail », jusqu'à ce que le contrat disparaisse²²⁴⁸. Ainsi conceptualisée, l'appartenance à l'entreprise ne s'entend donc pas comme une aliénation de la personne, comme on pouvait le craindre initialement²²⁴⁹, mais comme un facteur de reconnaissance de celle-ci. Finalement, conceptualiser l'appartenance à l'entreprise revient paradoxalement à promouvoir une dissociation du salarié et du travail qu'il fournit, alors même que le droit du travail s'est construit sur le dépassement de la notion civiliste de travail abstrait qui résultait d'une telle dissociation²²⁵⁰ et sur la réintroduction du travailleur « *en tant que personne*

²²⁴³ V. par ex. G. DUCHANGE, Le concept d'entreprise en droit du travail : *Planète social* 2014, p. 1, n° 1.

²²⁴⁴ V. *supra* n° 202 et 207.

²²⁴⁵ V. *supra* n° 270.

²²⁴⁶ V. *supra* n° 103 et 155.

²²⁴⁷ V. *supra* n° 70 s.

²²⁴⁸ V. *supra* n° 199 s.

²²⁴⁹ V. *supra* n° 2.

²²⁵⁰ P. ADAM, L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu : *LGDJ* 2005, p. 51 s., n° 61 ; A. SUPIOT Critique du droit du travail : *PUF* 2015, 3^{ème} éd., p. 50 s.

humaine dans le cercle contractuel »²²⁵¹. Est-ce à dire que la présente étude propose de revenir sur l'essence même du droit du travail, profondément réunificatrice, qui est de s'intéresser enfin à la personne qui travaille plutôt qu'au travail de la personne ? Certainement pas. L'appartenance du salarié à l'entreprise repose certes sur une dissociation *travail/personne* mais il n'est pas question cette fois-ci d'isoler *le travail* et de revenir à ce qui existait avant que le droit du travail déploie sa logique profondément humaniste. Il s'agit, autrement, d'isoler *la personne* ; l'isoler dans son rôle, dans sa condition juridique : dans sa qualité de salarié. Ce n'est qu'ainsi qu'une nouvelle dissociation *personne/travail* se révèle acceptable et conforme à l'essence du droit du travail. La notion d'appartenance du salarié à l'entreprise invite, en somme, à « *appréhender de manière plus fine la place de la notion de personne dans l'économie du contrat de travail* »²²⁵².

580. Le souhait. Au terme de cette étude, nous formulons le souhait que l'appartenance du salarié à l'entreprise reste ce rattachement rigide²²⁵³, central et absolu à l'entreprise – tout juste susceptible de dérivation dans le cadre d'une opération de mise à disposition de personnel²²⁵⁴ – que nous avons entrevu dans la jurisprudence. Nous espérons, malgré la concurrence de plus en plus prégnante d'une vision proximale du rapport de travail²²⁵⁵, que l'appartenance ainsi conceptualisée demeure le critère de rattachement premier l'emportant sur les autres manifestations de l'individu-salarié (notamment l'exécution du travail ou la présence). Ainsi du salarié mis à disposition par son employeur qui n'appartient pas, à notre sens, de façon autonome à l'entreprise qui l'accueille et pour laquelle il travaille pourtant. Il nous semble en effet que ce n'est pas que le geste, frustré, qui fait le salarié mais également (et peut-être d'abord...) la reconnaissance juridique, cette reconnaissance objective provenant de l'ordre juridique. Il nous est inenvisageable que l'appartenance à l'entreprise

²²⁵¹ P. ADAM, L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu : *LGDJ 2005, spéc. p. 51, n° 61*.

²²⁵² Nous empruntons la formule au Professeur SUPIOT (A. SUPIOT *Critique du droit du travail : PUF 2015, 3^{ème} éd., spéc. p. 61*).

²²⁵³ « *Le droit doit garder une certaine rigidité pour remplir son rôle* » (J. CARBONNIER, Entretien avec Jean CARBONNIER mené par A. DE VITA, in Jean CARBONNIER, *L'homme et l'œuvre*, dir. R. VERDIER : *PU de Paris Ouest 2011, p. 647 s., spéc. p. 659*).

²²⁵⁴ V. *supra* n° 247 s.

²²⁵⁵ V. *supra* n° 257.

fasse l'objet d'une appréciation fondée sur la simple sensibilité de la situation et non sur l'idéalité d'une vision abstraite²²⁵⁶ qui a pour elle de ne pas renvoyer l'individu-salarié à lui-même mais à le penser, sans toutefois le nier, dans le groupe. Nous ambitionnons, pour l'appartenance du salarié à l'entreprise, un meilleur déploiement en droit du travail, par l'adoption de politiques de suspension du contrat, de rémunération ou de comptabilisation des salariés encore plus audacieuses que ce qui existe actuellement. Nous lui souhaitons un véritable destin juridique.

²²⁵⁶ Contrairement hélas à ce qui se constate depuis plusieurs années déjà dans le modèle d'appartenance qu'est la nationalité (E. PATAUT, note sous CJUE 29 mars 2012 aff. C-7/10 et 9-10 : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 917 s., spéc. p. 929 s. ; F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES : *Droit de la nationalité et des étrangers* : PUF 2015, p. 42, n° 54).

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX : TRAITES MANUELS, COURS, DICTIONNAIRES

AMRANI-MEKKI (S.), STRICKLER (Y.),

- Procédure civile : *PUF 2014*.

AUZERO (G.), BAUGARD (D.), DOCKES (E.),

- Droit du travail : *Dalloz 2020, 34^{ème} éd.*

BATIFFOL (H.), LAGARDE (P.),

- Droit international privé, t. 1 : *LGDJ 1974, 6^{ème} éd.*

BEIGNIER (B.),

- Droit des assurances : *LGDJ 2015*.

BENABENT (A.),

- Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux : *LGDJ 2019, 13^{ème} éd.*

BIGOT (J.) (dir.),

- Traité de droit des assurances, t. 3, Le contrat d'assurance : *LGDJ 2014, 2^{ème} éd.*

BLAY (M.) (dir.),

- Grand dictionnaire de la philosophie : *Larousse 2003*.

BORGETTO (M.), LAFORE (R.),

- Droit de la sécurité sociale : *Dalloz 2019, 19^{ème} éd.*

BRUN (A.), GALLAND (H.),

- Droit du travail : *Sirey 1978*.

BURDEAU (G.),

- La démocratie : *Seuil 1966*.
- Libertés publiques : *LGDJ 1972, 4^{ème} éd.*
- Traité de science politique : *LGDJ 1973, 2^{ème} éd.*

CADIET (L.), JEULAND (E.),

- Droit judiciaire privé : *LexisNexis 2020, 11^{ème} éd.*

CAMERLYNCK (G.-H.),

- Contrat de travail : *Dalloz 1968, 1^{ère} éd.*
- Traité de droit du travail, Le contrat de travail, t. 1, dir. G-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1982*.
- Précis de droit du travail : *Dalloz 1978*.

CAPITANT (H.), COLIN (A.), DE LA MORANDIERE (L.),

- Cours élémentaire de droit civil français, t. 2 : *Dalloz 1953, 10^{ème} éd.*

CARBONNIER (J.),

- Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, t. 1 : *PUF 2017, 2^{ème} éd.*
- Droit civil, Les biens, Les obligations, t. 2 : *PUF 2017, 2^{ème} éd.*

CATALA (N.),

- Traité de droit du travail, L'entreprise, t. 4, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1980.*

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.),

- La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil : *Dalloz 2016.*

CONSTANTINESCO (V.), PIERRÉ-CAPS (S.),

- Droit constitutionnel : *PUF 2016.*

CORNU (C.) (dir.),

- Vocabulaire juridique : *PUF 2020, 13^{ème} éd.*

COUTURIER (G.),

- Droit du travail, Les relations collectives de travail, t. 2 : *PUF 1991.*
- Droit du travail, Les relations individuelles de travail, t. 1 : *PUF 1993.*

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.),

- Droit des sociétés : *LexisNexis 2020, 33^{ème} éd.*

F. DEMICHEL (A.) et (F.),

- Droit électoral : *Dalloz 1973.*

DEUMIER (P.),

- Introduction générale au droit : *LGDJ 2019, 5^{ème} éd.*

DUPEYROUX (J.-J.),

- Droit de la sécurité sociale : *Dalloz 1993, 12^{ème} éd.*

DUPEYROUX (J.-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.),

- Droit de la sécurité sociale : *Dalloz 2019, 19^{ème} éd.*

DURAND (P.), JAUSSAUD (R.),

- Traité de droit du travail, t. 1 : *Dalloz 1947.*

DURAND (P.), VITU (A.),

- Traité de droit du travail, t. 2 : *Dalloz 1947.*

FABRE-MAGNAN (M.),

- Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, t. 1 : *PUF 2016, 4^{ème} éd.*

FAGES (B.),

- Droit des obligations : *LGDJ 2020, 9^{ème} éd.*

FAVENNEC-HERY (F.), VERKINDT (P.-Y.),

- Droit du travail : *LGDJ 2020, 7^{ème} éd.*
- Droit du travail : *LGDJ 2016, 5^{ème} éd.*

GAFFIOT (F.),

- Dictionnaire latin - français : *Hachette 1934.*

GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.),

- Traité de droit civil, Les effets du contrat, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001, 3^{ème} éd.*

GOUBEAUX (G.),

- Traité de droit civil, Les personnes, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 1989*.

HAMON (F.), TROPER (T.),

- Droit constitutionnel : *LGDJ 2020, 41^{ème} éd.*

HUISMAN (D.) (dir.),

- Dictionnaire des philosophes : *PUF 2009*.

JAULT-SESEKE (F.), CORNELOUP (S.), BARBOU DES PLACES (S.),

- Droit de la nationalité et des étrangers : *PUF 2015*.

JULIEN (J.),

- Droit de la consommation : *LGDJ 2015*.

KESSLER (F.),

- Droit de la protection sociale : *Dalloz 2014*.

LALANDE (A.) (dir.),

- Vocabulaire technique et critique de la philosophie : *PUF 2010, 3^{ème} éd.*

LARROUMET (C.), BROS (S.),

- Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3, dir. C. LARROUMET : *Economica 2018, 9^{ème} éd.*

LEPAGE (A.), MATSOPOULOU (H.),

- Droit pénal spécial : *PUF 2015*.

LE POURHIET (A.-M.),

- Droit constitutionnel : *Economica 2017, 7^{ème} éd.*

LOKIEC (P.),

- Droit du travail : *PUF 2019*.

LYON-CAEN (G.),

- Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale : *LGDJ 1955*.
- Traité de droit du travail, Le salaire, t. 2, dir. G.-H. CAMERLYNCK : *Dalloz 1981, 2^{ème} éd.*

MALAUURIE (P.), AYNES (L.),

- Droit civil, les contrats spéciaux : *Ed. Cujas 1996*.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.),

- Droit des obligations : *Defrénois 2018, 10^{ème} éd.*

MASCLET (J.-C.),

- Droit électoral : *PUF 1989*.

MAZEAUD (A.),

- Droit du travail : *LGDJ 2016, 10^{ème} éd.*

MORVAN (P.),

- Droit de la protection sociale : *LexisNexis 2019, 9^{ème} éd.*
- Restructurations en droit social : *LexisNexis 2020, 5^{ème} éd.*

PERRINEAU (P.), REYNIE (D.) (dir.),

- Dictionnaire du vote : *PUF 2001*.

PESKINE (E.), WOLMARK (C.),

- Droit du travail 2021 : *Dalloz 2020, 14^{ème} éd.*

PLANIOL (M.),

- Traité élémentaire de droit civil, t, 2 : *LGDJ 1923, 9^{ème} éd.*

RIPERT (G.), ROUAST (A.), SAVATIER (R.), LEPARGNEUR (J.),

- Traité pratique de droit civil français, Contrats civils, t, 11 : *LGDJ 1932*.

PORCHY-SIMON (S.),

- Droit civil, Les obligations : *Dalloz 2018, 10^{ème} éd.*

POTHIER (R.-J.),

- Traité des obligations, in Œuvres complètes de Pothier : *Paris, Thomine et Fortic 1821*.

PRETOT (X.),

- Droit de la sécurité sociale : *Dalloz 2020, 15^{ème} éd.*

RAY (J.-E.),

- Droit du travail, droit vivant : *WoltersKluwer 2015, 23^{ème} éd.*
- Droit du travail, droit vivant : *Wolters Kluwer 2018, 27^{ème} éd.*

REY (A.),

- Dictionnaire historique de la langue française : *Le Robert 2010, 4^{ème} éd.*

RIVERO (J.), SAVATIER (J.),

- Droit du travail : *PUF 1970*.

SERIAUX (A.),

- Le droit, une introduction : *Ellipses 1997*.

SOLUS (H.), PERROT (R.),

- Droit judiciaire privé, t. 1 : *Sirey 1961*.
- Droit judiciaire privé, Procédure de première instance, t. 3 : *Sirey 1991*.

TERRÉ (F.), FENOUILLET (D.), GOLDIE-GENICON (C.),

- Droit civil, La famille : *Dalloz, 9^{ème} éd., 2018*.

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.),

- Droit civil, les obligations : *Dalloz 2019, 12^{ème} éd.*

TEYSSIE (B.),

- Droit européen du travail : *LexisNexis 2019, 6^{ème} éd.*
- Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2016, 10^{ème} éd.*
- Droit du travail. Relations collectives : *LexisNexis 2020, 12^{ème} éd.*

TEYSSIÉ (B.), CESARO (J.-F.), MARTINON (A.),

- Droit du travail. Relations individuelles : *LexisNexis 2014, 3^{ème} éd.*

VATINET (R.), GAUDU (F.),

- Traité des contrats, Les contrats du travail, dir. J. GHESTIN : *LGDJ 2001*.

VERON (M.),

- Droit pénal spécial : *Sirey 2011, 13^{ème} éd.*

WEISS (A.),

- Traité théorique et pratique de droit international privé, t. 1, De la nationalité : *Larose et Forcel 1892.*

ZENATI-CASTAING (F.), REVÊT (T.),

- Manuel de droit des personnes : *PUF 2006.*
- Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale, Quasi-contrats : *PUF 2016.*

OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

ADAM (P.),

- L'individualisation du droit du travail : *LGDJ 2005*.

AMRANI-MEKKI (S.),

- Le temps et le procès civil : *Dalloz 2002*.

ANCEL (M.-E.),

- La prestation caractéristique du contrat : *Economica 2002*.

ANCIAUX (N.),

- Essai sur l'être en droit privé : *LexisNexis 2019*.

ANDOLFATTO (D.),

- L'univers des élections professionnelles. Travail et société au crible des urnes : *Ed. Ouvrières 1992*.

ANTONMATTEI (P.-H.),

- Contribution à l'étude de la force majeure : *LGDJ 1992*.

ARENDT (H.),

- Condition de l'homme moderne : *Calmann-Lévy, Pocket 1983*.

ARISTOTE,

- Ethique à Nicomaque, trad. R. BODEÛS : *GF Flammarion, 2004*.
- Catégories – Sur l'interprétation, trad. M. CRUBELLIER, C. DALIMIER, P. PELLEGRIN : *GF Flammarion, 2007*.
- Catégories. De l'interprétation. Organon I et II, trad. J. TRICOT : *Vrin 2014*.

ARMILLEI (V.),

- La négociation extra-syndicale des accords collectifs d'entreprise. Essai sur l'expression de la volonté de la partie salariale : *Planète social 2018*.

ATIAS (C.),

- Philosophie du droit : *PUF 1999*.
- Philosophie du droit : *PUF 2016, 4^{ème} éd.*
- Précis élémentaire de contentieux contractuel : *PUAM 2006*.

AUBENQUE (P.),

- Problèmes aristotéliens. t. 2. Philosophie pratique : *Vrin 2011*.

AUBERT-MONPEYSSEN (T.),

- Subordination juridique et relation de travail : *CNRS 1988*.

AUDI (P.),

- Le démon de l'appartenance : *Les belles lettres 2014*.

BALAT (N.)

- Essai sur le droit commun : *LGDJ 2016*.

BARBAUD (M.-O.),

- La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle : *LGDJ 2014*.

BAREGE (A.),

- L'éthique et le rapport de travail : *LGDJ 2008*.

BATIFFOL (H.),

- Aspects philosophiques du droit international privé : *Dalloz 1956*.

BAUGARD (D.),

- La sanction de requalification en droit du travail : *éd. IRJS 2011*.

BERAUD (J.-M.),

- La suspension du contrat de travail : *Sirey 1980*.

BERGEL (J.-L.),

- Méthodologie juridique : *PUF 2016, 2^{ème} éd.*

BERGSON (H.),

- L'évolution créatrice : *PUF 1948*.

BERTHIAU (D.),

- Le principe d'égalité et le droit civil des contrats : *LGDJ 1999*.

BLERY (C.),

- L'efficacité substantielle des jugements civils : *LGDJ 2000*.

BOISMAIN (C.),

- Les contrats relationnels : *PUAM 2005*

BOISSONNAT (J.),

- Le travail dans vingt ans : *O. Jacob, Doc. fr. 1995*.

BRUNET (F.),

- La normativité en droit : *Mare & Martin 2011*.

BRUNET (P.),

- Vouloir pour la nation : le concept de représentation dans la théorie de l'Etat : *LGDJ Bruylant, 2004*.

CAGE (J.),

- Le prix de la démocratie : *Fayard 2018*.

CAHEN (C.),

- Appartenance et liberté. Essai : *L'Harmattan 2011*.

CAMERLYNCK (G.-H.),

- Traité pratique de la rupture du contrat de travail : *Librairies techniques 1959*.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.),

- Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2 : *Dalloz 2015, 13^{ème} éd.*

CARAYON (L.),

- La catégorisation des corps. Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort : *éd. IRJS 2019*.

CARBONNIER (J.),

- Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association : *thèse dactyl. Bordeaux, 1933 réimp. in Écrits (1908-2003) : PUF, 2008*.

CARRE DE MALBERG (R.),

- Contribution à la Théorie générale de l'Etat, t. 2 : *Sirey 1920, rééd. Dalloz 2004.*

CHABAS (C.),

- L'inexécution licite du contrat : *LGDJ 2002.*

CHAMPAUD (C.),

- Le pouvoir de concentration de la société par actions : *Sirey 1962.*

CHENEDE (F.),

- Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations : *Economica 2008.*

COHEN (M.),

- Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe : *LGDJ 1991.*

COLLIOT-THELENE (C.),

- La démocratie sans « Demos » : *PUF 2011.*

CORNESSE (I.),

- La proportionnalité en droit du travail : *Litec 2001.*

CRAWFORD (M. B.),

- Eloge du carburateur. Essai sur le sens et la valeur du travail : *Ed. La Découverte 2010.*

CRESP (M.),

- Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale : *PUAM 2013.*

CROZE (H.),

- Recherche sur la qualification en droit processuel français : *thèse dactyl. Lyon III 1981.*

DABIN (J.),

- La technique de l'élaboration du droit positif : spécialement du droit privé : *E. Bruylant – Sirey, 1935.*
- Le droit subjectif : *Dalloz 1952, rééd. Dalloz 2008.*

DAUGERON (B.),

- La notion d'élection en droit constitutionnel : *Dalloz 2011.*

DEBRAY (R.),

- Eloge des frontières : *Gallimard 2010.*

DEFOE (D.),

- Robinson Crusoé : *GF Flammarion 1989.*

DEKKERS (R.),

- La fiction juridique, Etude de droit romain et de droit comparé : *Sirey 1935.*

DELAGE (P.-J.),

- La condition animale. Essai juridique sur les justes places de l'Homme et de l'animal : *Mare & Martin 2015.*

DELMAS-MARTY (M.),

- Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs ? : *Seuil 2011.*

DEMOGUE (R.),

- Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique : *Paris, Arthur Rousseau, 1911, réimp. éd. La Mémoire du Droit 2002.*

DEROUSSIN (D.),

- Histoire du droit des obligations : *Economica 2007.*

DESCHAMPS (V.),

- Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Livre VII du Livre premier du Code civil : *LGDJ 2019.*

DESPAX (M.),

- L'entreprise et le droit : *LGDJ 1957.*

DIDIER (P.),

- De la représentation en droit privé : *LGDJ 2000.*

DIECKHOFF (A.) (dir.),

- La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme : *Presses de Sciences Po 2004.*

DIONISI-PEYRUSSE (A.),

- Essai sur une nouvelle conception de la nationalité : *Defrénois Lextenso 2008.*

DIRINGER (J.),

- Les sources de la représentation collective des salariés : *LGDJ 2015.*

DISSAUX (N.), JAMIN (C.),

- Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : *Dalloz 2015.*

DOCKES (E.),

- Valeurs de la démocratie : *Dalloz 2005.*

DONNE (J.),

- For Whom the Bell Toll's in Poèmes : *Gallimard, 1992.*

DRAI (L.),

- Le travail intellectuel : *LGDJ 2005.*

DUBAR (C.),

- La socialisation. Construction des identités sociales et professionnelles : *Armand Colin 1991.*

DUCHANGE (G.),

- Le concept d'entreprise en droit du travail : *Planète social 2014.*

DUGUIT (L.),

- L'État – le droit objectif et la loi positive : *Fontemoing 1901, rééd., Dalloz 2005.*
- Traité de droit constitutionnel, t. 2 : *Fontemoing 1923, 2ème éd.*

DUMONT (L.),

- Essais sur l'individualisme : *Seuil 1983.*

DURKHEIM (E.),

- De la division du travail social : *PUF 1998, 5^{ème} éd.*

EISENMANN (C.),

- Cours de droit administratif. Vol. 2 : *LGDJ 1982.*

ELIAS (N.),

- La société des individus : *Fayard 1991.*

ESMEIN (A.),

- Eléments de droit constitutionnel français et comparé : *Sirey 1921, 7^{ème} éd.*

FABRE (A.),

- Le régime du pouvoir de l'employeur : *LGDJ 2010.*

FAVENNEC-HERY (F.),

- Le travail à temps partiel : *Litec 1997.*

FISCHBACH (F.),

- Le sens du social. Les puissances de la coopération : *Lux Humanités 2015.*

FLACHER (B.),

- Travail et intégration sociale : *Bréal 2008.*

FOUILLEE (A.),

- La science sociale contemporaine : *Hachette 1885, 2^{ème} éd.*

FROSSARD (S.),

- Les qualifications juridiques en droit du travail : *LGDJ 2000.*

FULCHIRON (H.),

- La nationalité française : *PUF 2000, 1^{ère} éd.*

GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), OLIVA (E.), ROUX (A.),

- Les grandes décisions du Conseil constitutionnel : *Dalloz 2018, 19^{ème} éd.*

GAIRE-SIMONNEAU (C.),

- Les mutations du droit contemporains des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail : *LGDJ 2016.*

GARDES (D.),

- Essai et enjeux d'une définition juridique du travail : *LGDJ 2013*

GAUDU (F.),

- L'emploi dans l'entreprise privée, essai de théorie juridique : *thèse dactyl. Paris I 1986.*

GEA (F.),

- Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme, t. 1, v. 1 : *LGDJ Varenne 2009.*

GENIAUT (B.),

- La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe : *Dalloz 2009.*

GENICON (T.),

- La résolution du contrat pour inexécution : *LGDJ 2007*.

GENY (F.),

- Science et technique en droit privé positif, t. 1 : *Sirey 1913*.
- Science et technique en droit privé positif, t. 3 : *Sirey 1915*.

GIERKE (von) (O.),

- Privatrecht, Ier : *Duncker & Humblot 1895*.

GLASSON (E.-D.) TISSIER (A.),

- Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile : *Sirey 1926, 3^{ème} éd.*

GODELIER (E.),

- La culture d'entreprise : *La Découverte 2006*.

GORZ (A.),

- Métamorphoses du travail : *Gallimard 1988*.

GOUL (H.),

- Entreprendre en économie sociale, Sens des affaires ou affaires de sens ? : *éd. Liaisons 1999*.

GRIMALDI (N.),

- Le travail, communion et excommunication : *PUF 1998*.

GURVITCH (G.),

- L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle : *Paris 1932, rééd. Scientia Verlag Aalen 1972*.

GUTMANN (D.),

- Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille : *LGDJ 2000*.

HAURIOU (M.),

- Précis de droit constitutionnel : *Sirey 1929, rééd. Dalloz 2015*.

HENNEBELLE (D.),

- Essai sur la notion de salaire : *PUAM 2000*.

HIEZ (D.),

- Société coopératives. Création – Organisation – Fonctionnement : *Dalloz 2018, 2^{ème} éd.*

ISIDRO (L.),

- L'étranger et la protection sociale : *Dalloz 2017*.

JANVILLE (T.),

- La qualification juridique des faits, t. 1 et 2 : *PUAM 2004*.

JEAN-PAUL II,

- Le travail humain, Lettre encyclique *Laborem exercens* : *Le centurion, 1981*.

JELLINEK (G.),

- L'Etat moderne et son droit, Théorie juridique de l'Etat, t. 2 : *Giard et Brière 1913, rééd. EPA 2005*.

JESTAZ (P.), JAMIN (C.),

- La doctrine : *Dalloz 2004*.

JEULAND (E.),

- La Fable du ricochet : approche juridique des liens de parole : *Mare & Martin 2009*.

JEULAND (E.), MESSAÏ-BAHRI (S.) (dir.),

- Les nouveaux rapports de droit : *éd. IRJS 2013*.

JHERING (R.),

- Esprit du droit romain, t. 4 : *Paris Maresq 1880*.

JOHANSSON (A.),

- La détermination du temps de travail effectif : *LGDJ 2006*.

KANTOROWICZ (B.),

- Le portage salarial : *LexisNexis 2013*.

KELSEN (H.),

- Théorie pure du droit : *rééd. LGDJ – Bruylant, 1999*.

LACORDAIRE (H.-D.),

- Du double travail de l'homme, *in 52^{ème} Conférence de Notre Dame de paris. Œuvres du R. P. H.-D. Lacordaire : Paris 1872*.

LAGARDE (P.),

- La nationalité française : *Dalloz 2011, 4^{ème} éd.*

LAURENT (A.),

- De l'individualisme – Enquête sur le retour de l'individu : *PUF 1985*.

LAVEFVE LABORDERIE (A.-S.),

- La pérennité contractuelle : *LGDJ 2005*.

LEGAL (A.), BRETHER DE LA GRESSAYE (J.),

- Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées : *Sirey 1938*.

LE GOFF (J.),

- Droit du travail et société, t. 1, Les relations individuelles de travail : *PUR 2011*.

LE GOFF (J.-P.),

- Le mythe de l'entreprise, Critique de l'idéologie managériale : *La Découverte 1995*.

LEPOUTRE (J.),

- Nationalité et souveraineté : *Dalloz 2020*.

LEQUETTE (S.),

- Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat : *Economica 2012*.

LEVENEUR (L.),

- Situations de fait et droit privé : *LGDJ 1990*.

LEVY-BRUHL (L.),

- La mentalité primitive : *Paris 1925, 4^{ème} éd.*
- Carnets : *PUF 1949, rééd. 1998*.

LIBCHABER (R.),

- L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit : *LGDJ 2013*.

LIEUTIER (J.-P.),

- Le modèle de l'actionnariat salarié : *PUAM 2012*.

LOCHAK (D.),

- Le droit et les paradoxes de l'universalité : *PUF 2015*.

LOCKE (J.),

- Le second traité du gouvernement, Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil, trad. J.-F. SPITZ : *PUF 1994*.

LONG (M.),

- Être français aujourd'hui ou demain : *Doc. fr. 1988*.

LOUIS-LUCAS (P.),

- La Nationalité française. Droit positif et conflits de lois : *Sirey 1929*.

LOVELOCK (J.),

- La terre est un être vivant. L'hypothèse Gaïa : *Flammarion, 2000*.

LOYSEL (A.),

- Institutes coutumières, Livre III, tit. 1, règle II : *Paris, Henry Le Gras, 1637*.

LUCAS-PUGET (A.-S.),

- Essai sur la notion d'objet du contrat : *LGDJ 2005*.

LUHMANN (N.),

- La légitimation par la procédure : *Cerf 2001*.

MABILEAU (R.)

- L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise : *thèse dactyl. Paris II 2004*.

MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.),

- Analyse économique du droit : *Dalloz-Thémis 2008*.

MADEIRA (A.),

- Nationaux et étrangers en droit public : *LGDJ 2018*.

MALECKI (C.),

- L'exception d'inexécution : *LGDJ 1994*.

MANNES (A.),

- La conscience en droit social : *thèse dactyl. Paris II 2018*.

MARTEL (D.),

- Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes : *éd. IRJS 2012*.

MARTINON (A.),

- Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée déterminée : *Dalloz 2005*.

MARUANI (M.),

- Travail et emploi des femmes : *La Découverte 2017, 5^{ème} éd.*

MARX (K.),

- Ebauche d'une critique de l'économie politique, Critique de la dialectique hégélienne et de la philosophie allemande, in Œuvres, Economie, t. 2 : *Gallimard, coll. La Pléiade 1968.*

MATHARAN (J.-L.),

- Histoire du sentiment d'appartenance en France. Du XII^{ème} siècle à nos jours : *L'Harmattan 2010.*

MAZIERE (P.),

- Le principe d'égalité en droit privé : *PUAM 2003.*

MEDA (D.),

- Le travail : *PUF, 2^{ème} éd., 2007.*
- Le travail, une valeur en voie de disparition ? : *Flammarion 2010.*

MORIN (B.),

- La révolte du Droit contre le Code : *Sirey 1945.*

MORIN (M.-L.), PECAUT-RIVOLIER (L.), STRULLOU (Y.),

- Le guide des élections professionnelles : *Dalloz 2015.*

MORON-PUECH (B.),

- L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat : *LGDJ 2020.*

MOTULSKY (H.),

- Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : *Sirey 1948, rééd. Dalloz 2002.*

MUCCHIELLI (A.),

- L'identité : *PUF 2002, 5^{ème} éd.*

NOBLOT (C.),

- La qualité du cocontractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative : *LGDJ 2002.*

NOIRIEL (G.),

- Socio-histoire d'un concept. Les usages du mot « nationalité » au XIX^{ème} siècle : *Genèses 1995.*

OLLIER (P.-D.),

- Le droit du travail : *Armand Colin, 1972.*

OLSON (M.),

- Logique de l'action collective : *Ed. de l'université de Bruxelles 2018.*

OST (F.),

- Droit et intérêt, Entre droit et non-droit, t. 2 : l'intérêt : *Facultés universitaires Saint Louis 1990.*
- Le temps du droit : *O. Jacob 1999.*

PAILLUSSEAU (J.),

- La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise : *Sirey, 1967.*

PALLANTZA (D.),

- La créance de salaire : *L'Harmattan 2014*.

PANCRAZI-TIAN (M.-E.),

- La protection judiciaire du lien contractuel : *PUAM 1996*.

PASQUIER (T.),

- L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel : *LGDJ 2010*.

PELISSIER (J.),

- Les obligations alimentaires : *LGDJ 1960*.

PELISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), DOCKES (E.),

- Les grands arrêts du droit du travail : *Dalloz 2008, 4^{ème} éd.*

PELLE (S.),

- La notion d'interdépendance contractuelle : *Dalloz 2007*.

PERELMAN (C.),

- Ethique et droit : *Ed. de l'université de Bruxelles 2012*.

PETIT (F.),

- La notion de représentation dans les relations collectives du travail : *LGDJ 2000*.

PILLEBOUT (J.-F.),

- Recherches sur l'exception d'inexécution : *LGDJ 1971*.

PRETOT (S.),

- Les communautés d'intérêts : *PUAM 2019*.

REGIS-JUILLET (H.),

- La force obligatoire du contrat. Réflexion sur l'intérêt au contrat, dir. B. TEYSSIE : *thèse dactyl. Paris II 2015*.

RENARD (G.),

- La théorie de l'institution : essai d'ontologie juridique, vol. 1 : *Sirey 1930*.

RENET (T.),

- La force de travail, étude juridique : *Litec 1992*.

RIBOT (T.),

- L'évolution des idées générales : *Alcan 1897*.

RICHEZ-PONS (A.),

- La notion de résidence : *thèse dactyl. Lyon III 2004*.

RICOEUR (P.),

- Le juste entre le bon et le légal, Autour du politique : *Seuil 1991*.

RIPERT (G.),

- La règle morale dans les obligations civiles : *LGDJ 1949, 4^{ème} éd.*
- Aspects juridiques du capitalisme moderne : *LGDJ 1951*.
- Les forces créatrices du droit : *LGDJ 1955, 2^{ème} éd.*

ROCHAT (C.),

- L'amitié en droit privé : *PUAM 2019*.

ROCHFELD (J.),

- Les grandes notions du droit privé : *PUF 2013, 2^{ème} éd.*

ROSANVALLON (P.),

- Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France : *Gallimard 1992.*

ROUBIER (P.),

- Droit subjectifs et situations juridiques : *Sirey 1963, rééd., Dalloz 2005.*

ROUHETTE (G.),

- Contribution à l'étude de la notion : *thèse dactyl. Paris, 1965.*

ROUSSEAU (J.-J.),

- Du contrat social, Livre III, chapitre XV, in *Œuvres complètes, t. 3 : Gallimard, 1964.*

ROUSSEAU (D.),

- Radicaliser la démocratie. Proposition pour une refondation : *Seuil 2015.*

ROUSSEL (M.),

- L'évaluation professionnelle des salariés : *LGDJ 2019.*

SACCO (R.),

- La comparaison juridique au service de la connaissance du droit : *Economica 1991.*

SACHS-DURAND (C.),

- Les seuils d'effectif en droit du travail : *LGDJ 1985.*

SAINCAIZE (G.),

- Les mises à disposition de salariés : *PUAM 2009.*

SARRAUTE (R.),

- De la suspension dans l'exécution des contrats : *PUF 1929.*

SAVAUX (E.),

- La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ? : *LGDJ 1997.*

SCELLE (G.),

- Précis de législation industrielle : *Sirey 1927.*

SCHNAPPER (D.),

- La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation : *Gallimard 1994.*
- L'esprit démocratique des lois : *Gallimard 2014.*

SIMMEL (G.),

- Sociologie. Études sur les formes de la socialisation : *PUF 1999, rééd. 1908.*

SMITH (A.),

- Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, t. 1 : *Paris, Guillaumin 1888.*

SOLIVERES (A.-V.),

- Le salarié dans la compétition : *thèse dactyl. Paris II 2018.*

SORTAIS (J.-P.),

- Le titre et l'émolument : *LGDJ 1961.*

STROOBANTS (M.),

- Sociologie du travail : *Armand Colin 2010.*

SUPIOT (A.),

- Le juge et le droit du travail : *thèse dactyl. Bordeaux 1979.*
- (dir.), *Au-delà de l'emploi : Flammarion 1999.*
- Travail, droit et lien social, Conférence publique à l'organisation internationale du travail (Genève, Institut International d'études sociales, 11 novembre 1999).
- Critique de droit du travail : *PUF 2015, 3^{ème} éd.*
- La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014) : *Fayard 2015.*

TERRE (F.),

- L'influence de volonté individuelle sur les qualifications : *LGDJ 1957 rééd. LGDJ 2014.*

TEYSSIE (B.),

- Les groupes de contrats : *LGDJ 1975.*

TOCQUEVILLE (A.),

- De la démocratie en Amérique : *Flammarion 1981.*

TOURNEAUX (S.),

- L'essai en droit privé, Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé : *LGDJ 2011.*

VACARIE (I.),

- L'employeur : *Sirey 1979.*

VANHAECKE (M.),

- Les groupes de sociétés : *LGDJ 1962.*

VARAINE (L.),

- La religion du contractant : *LGDJ 2019.*

VAUTROT-SCHWARZ (C.),

- La qualification juridique en droit administratif : *LGDJ 2010.*

VIZIOZ (H.),

- Etudes de procédure : *Bière 1956, rééd. Dalloz 2011.*

WALINE (M.),

- L'individualisme et le Droit : *Domat-Monchrestien 1949, rééd. Dalloz 2007.*

WALZER (M.),

- Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité : *Seuil 2013.*

WEBER (M.),

- Economie et société : *Plon 1971.*

WICKER (G.),

- Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique : *LGDJ 1997.*

C. WILLMANN,

- L'identité juridique du chômeur : *LGDJ 1998.*

YAMAGUCHI (T.),

- La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté européenne : *LGDJ 1963*.

YUNG-HING (J.),

- Aspects juridiques de la qualification professionnelle : *thèse CNRS 1986*.

ZENATI (F.),

- La jurisprudence : *Dalloz 1991*.

REPERTOIRES ET ENCYCLOPÉDIES

BOSSU (B.),

- Fasc. 13-15 : Elections professionnelles – Organisation : *Jcl Travail Traité 2018*.

CAILLAUD (P.),

- « Formation professionnelle continue » : *Rép. trav. Dalloz 2020*.

DAUXERRE (L.),

- Synthèse – Suspensions du contrat de travail : *Jcl Travail traité 2020*.

ESCANDE-VARNIOL (M.-C.),

- « Salaire – Définition et formes » : *Rép. Dalloz 2020*.

FERKANE (Y.),

- « Syndicats professionnels : prérogatives et actions » : *Rép. trav. Dalloz 2020*.

FIN-LANGER (L.),

- « Suspension du contrat de travail : règles générales » : *Rép. trav. Dalloz 2019*.

GOSSELIN (F.),

- Fasc. 40 : Actes de l'état civil. Dispositions générales. – Etablissement des actes de l'état civil : *Jcl Civil Code 2020*.

HABLOT (C.),

- « Contrat de travail à durée déterminée – Succession de contrats de travail à durée déterminée » : *Rép. trav. Dalloz 2020*.

HERAIL (M.),

- « Coopérative » : *Rép. soc. Dalloz 2020*.

KOVAC (J.), GAUDEMET-TOULEMONDE (L.),

- Fasc. 27-20 : Participation aux résultats : *Jcl Trav. traité 2018*.

LATINA (M.),

- Fasc. 171 : Suspension du contrat : *Jcl Contrats – Distribution 2016*.

MAILLARD-PINON (S.),

- « Contrat de travail : modification » : *Rép. trav. Dalloz 2019*.

MASSART (T.),

- « Contrat de société » : *Rép. soc. Dalloz 2020*.

MAZEAUD (A.),

- « Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle » : *Rép. trav. Dalloz 1997*.

MORAND (M.),

- Fasc. 21-10 : Temps de travail. – Notions : *Jcl Travail Traité, 2020*.

OLSZAK (N.),

- « Coopérative ouvrière de production » : *Rép. trav. Dalloz 2017*.

PETIT (F.),

- « Représentants du personnel » : *Rép. trav. Dalloz 2015*.

SAINT-ALARY (R.), LE BERRE (P.),

- Fasc. 168-10 : Sociétés coopératives. Généralités : *Jcl Sociétés Traité 2017*.

SAVATIER (J.),

- « Ancienneté dans l'entreprise » : *Rép. trav. Dalloz 2017*.

SEGONDS (M.),

- « Santé et sécurité au travail » : *Rép. pén. Dalloz 2018*.

TEISSIER (A.),

- Fasc. 3-20 : Prêt de main d'œuvre : *Jcl Travail Traité 2019*.

VACHET (G.),

- Fasc. 25-10 : Salaire – Notion : *JCl Travail Traité 2020*.

WOLMARK (C.),

- « Travailleur étranger » : *Rép. trav. Dalloz 2009*.

ARTICLES

ADAM (P.),

- L'action de groupe discrimination. Sur la prudente audace d'une réforme majeure : *Dr. soc. 2017*, p. 638 s.

ADAMEC (R.), CABANNES (N.), LANDRY (M.), REYMANN (A.),

- Le marketing en mode social : *Cah. du DRH 2010*, n° 168.

ALLOA (E.),

- Metaxu, figures de la médialité chez Aristote : *Rev. de métaphysique et de morale 2009/02*, n° 62, p. 247-262.

ANCEL (M.-E.),

- La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel, *in* Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle, dir. T. REVET : *éd. IRJS, LGDJ, 2005*, p. 285 s.

ANCEL (P.),

- Force obligatoire et contenu obligationnel : *RTD civ. 1999*, p. 771 s.

ANCIAUX (N.),

- Le contrat de travail : réflexions à partir de l'arrêt Take Eat Easy : *JCP S 2019*, 1026.
- Logique du contrat de travail contre externalisation : *BJT 2019*, p. 10 s.
- Dignité et contrat. Essai sur un double renouvellement à la lumière du contrat médical : *RRJ 2019-3*, p. 949 s.
- Entre subordination et indépendance, réflexions sur les contrats de travail, d'entreprise et de mandat : *Dr. soc. 2020*, p. 157 s.
- La personnalité juridique du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés. Plaidoyer en faveur d'une personnification finalisée : *JCP E 2020*, 1072.

ANTONMATTEI (P.-H.),

- La qualification de salaire : *Dr. soc. 1997*, p. 571 s.

ARMILLEI (V.),

- Prêt de main d'œuvre et droits collectifs du salarié prêté : *BJT 2019*, p. 32 s.

ARRIGHI (J.-P.),

- La double qualité d'une personne morale : civile et commerciale, *in* Mél. P. Julien : *Edilaix 2003*, p. 22 s.

ARTZ (J.-F.),

- La suspension du contrat à exécution successive : *D. 1979, chron. XV*, p. 95 s.

ASQUINZI-BAILLEUX (D.),

- Les avantages sociaux requalifiés en salaire : *Dr. soc. 2014*, p. 735 s.

ATIAS (C.), LINOTTE (D.),

- Le mythe de l'adaptation du droit au fait : *D. 1977*, p. 251 s.

AUBERT (J.-L.),

- Préface à la Théorie générale du contrat, Mythe ou réalité ? thèse de E. Savaux : *LGDJ 1997*.

AUDI (P.),

- Remarques sur le sentiment d'appartenance : *Les Temps Modernes* 2010, n° 661, p. 146 s.

AUZERO (G.),

- L'exception d'inexécution appliquée au contrat de travail : *Hebdo édition sociale n°55 du 23 janvier 2003, n° N5558AA4.*
- La figure du salarié mis à disposition se précise : *La lettre juridique Lexbase* du 27 nov. 2008.
- Le but lucratif dans les opérations de prêt de main d'oeuvre : *Dr. soc.* 2012, p. 115 s.
- La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire : *Dr. soc.* 2018, p. 154 s.

AZAR-BAUD (M.-J),

- Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe : *Dr. soc.* 2020, p. 353 s.

AVRIL (P.),

- Un homme, une voix : *Pouvoirs* 2007, n° 120, p. 123 s.

BAILLOD (R.),

- Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux : *RTD com.* 1983, p. 395 s.

BANDT (DE) (J.),

- Avant-propos : *Rev. sociologie du travail, hors-série*, 1994, p. 5.

BARBIER (H.),

- L'indisponibilité de la qualité de consommateur ou de professionnel des parties à un contrat : *RTD civ.* 2016, p. 354.

BARGAIN (G.),

- Le revenu socialisé : quand le travail ne paie plus, *in Les dualités de la rémunération*, coord. F. LARONZE : *Bruylant* 2018, p. 121 s.

BARTHELEMY (J.),

- Le référendum en droit social : *Dr. soc.* 1993, p. 89 s.
- Le professionnel parasubordonné : *JCP E* 1996, I, 606.
- Les relations du salaire et du temps de travail : *Dr. soc.* 1997, p. 581 s.
- Solidarité et accord de protection sociale complémentaire, *in Etudes J. Pélissier : Dalloz* 2004, p. 27 s.

BASCOULERGUE (A.),

- La possibilité de cumuler la qualité de victime principale avec celle de victime par ricochet : *D.* 2017, p. 1409 s.

BAUDRY (B.),

- Les mécanismes de participation financière et d'actionnariat salarié : le point de vue d'un économiste, *in La place des salariés dans l'entreprise*, dir. E. MAZUYER : *Mare & Martin* 2019, p. 31 s.

BAUDUIN (B.), BODDAERT (J.),

- L'appréhension de l'égalité par le droit social et le droit civil, *in* Egalité et droit social, dir. J.-F. AKANDJI-KOMBE, collab. L. PECAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLOU : *éd. IRJS 2014*, p. 119 s.

BEAL (S.),

- Le référendum : une solution pragmatique, pas une panacée ! : *SSL 2016*, n° 1716, p. 5.

BEAL (S.), MARGUERITE (M.),

- Egalité de traitement. Ordre des licenciements : traitement identique des salariés à temps complet et à temps partiel : *JCP S 2012*, 1407.

BEAUD (O.),

- Les étrangers exclus du droit de vote. Une telle exclusion est-elle nécessairement anti-démocratique ?, *in* Mél. Hugues Portelli : *Dalloz 2018*, p. 223 s.

BEAUJOLIN-BELLET (R.),

- « Entreprise », *in* Le dictionnaire du travail, dir. A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS : *PUF 2012*, 1^{ère} éd., p. 266.

BECQUE-ICKOWICZ (S.),

- Le droit de préemption de l'indivisaire : *JCP N 2011*, 1264.

BELIER (G.),

- Le référendum : halte au feu ! : *SSL 2016*, n° 1712, p 6 s.

BELLIVIER (F.), PATAUT (E.),

- Compte rendu des mélanges en hommage à François TERRE : *Rev. crit. DIP 1999*, p. 903 s.

BENHAMOU (S.), LARONZE (F.),

- A la recherche d'une cohérence juridique et économique : le cas de l'épargne salariale, *in* De la rémunération salariale à la rémunération non salariale, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2017*, p. 13 s.

BERAUD (J.-M.),

- Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise, *in* Mél. Jean Pélissier : *Dalloz 2004*, p. 65 s.
- Comprendre le mode de scrutin dans les élections professionnelles : *RJS 2016*, p. 649 s.

BERTHOUD (A.),

- Valeur absolue, valeur relative et travail : *Cahiers d'économie Politique / Papers in Political Economy*, 1/2010 (n° 58), p. 83-102
- Travail et pauvreté chez Marx : *Cah. d'économie politique 2010*, p. 141 s.

BESSON (A.),

- La suspension dans le contrat d'assurance, *in* Etudes H. Capitant : *Duchemin 1977*, p. 82 s.

BLAIS (M.-C.),

- Solidarité, une idée politique ?, *in* Solidarité(s) : perspectives juridiques : *Presses de l'Université Toulouse I Capitole 2009*, p. 35 s.

BORENFREUND (G.),

- La représentation des salariés et l'idée de représentation : *Dr. soc.* 1991, p. 685 s.
- Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc.* 2013, p. 486 s.
- La fusion des institutions représentatives du personnel : *RDT* 2017, p. 608 s.

BORGETTO (M.),

- « Solidarité », in Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS : *PUF* 2003, p. 1427.
- L'économie sociale et solidaire : quelle place pour le droit ?, in Les dynamiques de l'économie sociale et solidaire, dir. J.-N. CHOPART, G. NERET et D. RAULT : éd. *La Découverte* 2006, p. 218.

BOSSU (B.),

- Quel(s) droit(s) du salarié sur les documents de l'entreprise qui le concernent ? : *RDT* 2016, p. 74.

BOUBLI (B.),

- Dérégulation ou simplification ? Une ambiguïté à lever : *SSL* 2015, n° 1699, p. 5 s.

BOULLOUX (A.),

- La loi ou le mythe de l'uniformité, in Le singulier en droit du travail, dir. J.-M. BERAUD et A. JEAMMAUD : *Dalloz* 2006, p. 7 s.

BOULMIER (D.),

- Intéressement des salariés : analyse de 62 accords signés dans le Loiret en 1992 : *SSL* 1995, suppl. n° 729.
- Accord d'intéressement et requalification des primes : *SSL* 1998, n° 887.

BOURCIER (B.),

- « Catherine Colliot-Thélène, La Démocratie sans « Demos » : *Terrains/Théories [Online]*, 1 | 2015, <http://journals.openedition.org/teth/444>.

BOUSEZ (F.),

- La prestation, in Les notions fondamentales du droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *EPA* 2009, p. 149 s.

BOUSEZ (F.), MOREAU (M.),

- Performance et relations individuelles de travail : *JCP E* 1997, 654.

BOUSIGES (A.),

- L'évolution de la force majeure en droit du travail, in Ecrits en l'honneur du professeur Savatier : *PUF* 1992, p. 98 s.

BRAUD (P.),

- Théories de la représentation, Introduction, in La représentation, dir. F. D'ARCY : *Economica* 1987, p. 33 s.

BREDIN (J.-D.),

- Remarques sur la doctrine, in Mél. P. Hébraud, t. 1 : *Université des sciences sociales de Toulouse* 1981, p. 111 s.

BRETHER DE LA GRESSAYE (J.),

- Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise : *Dr. soc.* 1960, p. 633 s.

BRISSEY (S.),

- L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié : *Dr. soc.* 2008, p. 434 s.

BRUN (A.),

- Le lien d'entreprise : *JCP* 1962, I, 1719

BUGADA (A.),

- Justice du XXIème : l'action de groupe en matière de discrimination dans les relations de travail : *Procédures* 2017, étude n° 6.

CACIOPPO (S.),

- Une ressortissante ivoirienne obtient la qualité de réfugié en raison de son appartenance à deux groupes sociaux : *RJPF* 2017, n° 7-8, p. 21 s.

CAILLAUD (P.),

- Un « droit à la qualification » enfin effectif ? : *Dr. soc.* 2014, p. 1000 s.

CAMBACERES (J.-J.-R.),

- Discours préliminaire, 3^{ème} projet de Code civil : *Journal de légis. et jurispr.* n° III, 1796, p. 35.

CAMERLYNCK (G.-H.),

- L'autonomie du droit du travail : *D.* 1956, *chron.* p. 23 s.
- La renonciation du salarié : *Dr. soc.* 1960, p. 628 s.
- Préface à l'ouvrage de T. YAMAGUCHI, La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne : *LGDJ* 1963.
- Rapport de synthèse, in Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A : *Luxembourg* 1965, p. 9 s.
- La réforme sociale de l'entreprise. Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre : *D.* 1967, *chron.* XV, p. 101 s.

CANUT (F.),

- La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux : *Dr. soc.* 2017, p. 1033 s.

CARBONNIER (J.),

- Communauté – Communisme – Propriété, in Agriculture et communauté, Paris, Librairie de Médecis, 1944, réimp. in *Écrits (1908-2003)* : PUF, 2008, p. 381 s.
- Préface à l'ouvrage de G. Dole, Les professions ecclésiastiques. Fiction juridique et réalité sociologique : *LGDJ* 1987.
- Sur les traces du non-sujet de droit : *APD* 1989, p. 197 s.

CARLIER (J.-Y.),

- Qui circule ?, in La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé, dir. H. FULCHIRON : *LexisNexis* 2019, p. 23 s., spéc. p. 24 s.

CARRE (S.),

- Le contrôle prud'homal de la légitimité des licenciements économiques : *Dr. soc.* 1993, p. 859 s.

CASSIN (R.),

- Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution : *RTD civ.* 1945, p. 159 s.

CASTEL (R.),

- Centralité du travail et cohésion sociale : *Rev. sociologie du travail, hors-série*, 1994, p. 50 s.
- Travail et utilité au monde, in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT : *LGDJ* 1998, p. 15 s.

CASTOR (C.),

- L'égalité devant le suffrage : *RFD const.* 2012, vol. 90, p. 1 s.

CATALA (P.),

- La réforme de l'indivision. Esprit de la réforme in *Famille et patrimoine* : *PUF* 2000, p. 124.
- Interprétation et qualification dans l'avant-projet de réforme des obligations, in *Etudes offertes à Geneviève Viney* : *LGDJ* 2008, p. 251 s.

CAYLA (O.),

- La qualification, ou la vérité du droit : *Droits* 1993, p. 3 s.
- Ouverture : Le jeu de la fiction entre « comme si » et « comme ça » : *Droits* 1995, p. 3 s.

CHAGNY (Y.),

- La continuité des contrats de travail du personnel d'un marché de prestation de service : *RDT* 2007, p. 78 s.

CHALARON (Y.),

- A propos de l'établissement, in *Mél. J. PELISSIER* : *Dalloz* 2004, p. 153 s.

CHAMOUX (M.-N.),

- Sociétés avec et sans concept de travail : *Rev. sociologie du travail, hors-série*, 1994, p. 63
- Sens et place du travail dans les sociétés, in *Le monde du travail : La découverte*, 1998, p. 16.

CHATARD (D.),

- Etablissement, in *Notions et normes en droit du travail*, dir. B. TEYSSIÉ : *EPA* 2016, p. 109 s.

CHATELAIN (E.),

- Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail : *RTD civ.* 1902, p. 333 s.

CHAUCHARD (J.-P.),

- L'évitement du salaire : *Dr. soc.* 2011, p. 32 s.

CHENEDE (F.),

- De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4 : *Dalloz* 2012, p. 155 s.

CHOPPIN HAUDRY DE JANVRY (S.),

- Assiette des cotisations de sécurité sociale : Des comptes rémunérés aux « retraites chapeaux », quelques éléments récents de jurisprudence, *in* COUR DE CASSATION, Rapport annuel 1994 : *Doc. fr. 1995*, p. 133 s.

CLAVREUL (C.),

- Sieyès et la genèse de la représentation moderne : *Droits 1987*, p. 50.

CLERC (C.),

- Sur la réforme de l'entreprise. L'objet social, objet de réforme sociale : *RDT 2018*, p. 107 s.

CLOT (Y.),

- L'aspiration au travail bien fait : *Le journal de l'école de Paris du management 2013*, n° 99, p. 23-28

COASE (R. H.),

- The Nature of the Firm : *Economica 1937, New Series, vol. 4, n° 16*, p. 386-405.

COHEN-DONSIMONI (V.),

- Le référendum comme mode de validation d'un accord collectif : *Dr. soc. 2018*, p. 422 s.

COLLANGE (J.-F.),

- A la sueur de ton front : le travail et la peine selon Génèse 3, 17-19 : *Autres Temps 1993*, p. 20 s.

CORNIL (G.),

- Réflexions sur le rôle de la fiction dans le droit : *APD 1935*, p. 28 s.

CORNU (G.),

- Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français, *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 14, années 1961-1962 : *Dalloz 1965*, p. 86 s.
- L'embryon humain, *in* L'art du droit en quête de sagesse : *PUF 1998*, p. 6.
- La linguistique au service de la légistique, *in* L'art du droit en quête de sagesse : *PUF 1998*, p. 295 s.

CORRIGNAN-CARSIN (D.),

- La protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : *D. 1981, chron. XXXVI*, p. 255 s.
- Principe d'égalité entre salariés à temps complet et à temps partiel et calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement : *JCP G 2018*, 1083.

COTTEREAU (A.),

- Travail et théorie de l'action : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994*, p. 73.

COUDREAU (D.), GELIN (S.),

- Nouvelle assiette des cotisations : une révolution silencieuse ? : *JCP S 2018*, 1064.

COURSIER (P.),

- La notion de travailleur salarié en droit social communautaire : *Dr. soc. 2003*, p. 305 s.

COUTROT (T.),

- 35 heures, marchés transitionnels, droit de tirage sociaux, du mauvais usage des bonnes idées : *Dr. soc. 1999, p. 659 s.*

COUTURIER (G.),

- Les techniques civilistes et le droit du travail, Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues : *D. 1975 chron. XXIV, p. 151 s.*
- De quoi le salaire est-il la contrepartie ? : *Dr. soc. 2011, p. 10 s.*

COUTURIER (G.), PERULLI (A.),

- Droit des contrats et droit du travail (2ème partie) : *RDT 2007, p. 407 s.*

CUCHE (P.),

- Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail : *Rev. crit. lég. juris. 1913, p. 412 s.*

CUGNO (A.),

- Le sens enfoui du travail : *Rev. projet 2006, n° 291, p. 98.*

DANTI-JUAN (M.),

- Le détachement du travailleur auprès d'une autre entreprise : *Dr. soc. 1985, p. 834 s.*

DAUXERRE (L.),

- L'articulation du référendum avec les normes du droit du travail, in L'articulation des normes en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *Economica 2011, p. 177 s.*

DEBOISSY (F.),

- Le contrat de société in Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat, Tome LV, 2005 : *Dalloz, 2008, p. 119 s.*

DEJOURS (C.),

- Centralité ou déclin du travail ? : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994, p. 48.*

DEJOURS (C.), MOLINIER (P.),

- Le travail comme énigme : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994, p. 40.*

DELALANDE (D.),

- L'identification juridique sous l'influence de l'identité personnelle, in L'identité juridique de la personne humaine, dir. G. AÏDAN ET E. DEBAETS : *L'Harmattan 2013, p. 259 s.*

DEL SOL (M.),

- L'assiette des cotisations sociales : *Bull. soc. Francis Lefebvre 1998, 10/98, p. 486.*
- L'intermédiation de la relation salariale : de nouvelles modalités pour de nouveaux enjeux : *JCP S 2005, 1314.*

DEMOGUE (R.),

- La notion de sujet de droit, caractères et conséquences : *RTD civ. 1909, p. 611 s.*

DEROUSSIN (D.),

- Éléments pour une histoire de l'identité individuelle, in L'identité, un singulier au pluriel, dir. B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO : *Dalloz 2015, p. 7 s.*

DESBARATS (I.),

- La RSE : les salariés comme parties prenantes de l'entreprise, *in* La place des salariés dans l'entreprise : *Mare & Martin 2019, p. 177.*

DESPAX (M.),

- La qualification professionnelle et ses problèmes juridiques : *JCP 1962, I, 1710.*

DIDIER (P.),

- Brèves notes sur le contrat-organisation, *in* Mélanges F. Terré : *PUF, Dalloz-éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 635 et s.*
- « Entreprise », *in* Le dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS : *PUF 2003, 1^{ère} éd., p. 626.*

DJOTANG-NGNIA (R. M.),

- Pour une prise en compte continue et progressive de l'ancienneté du salarié au travail : *Dr. ouv. 2008, p. 97 s.*

DOCKES (E.),

- Notion de contrat de travail : *Dr. soc. 2011, p. 546 s.*

DONNADIEU (R.),

- Les cotisations de sécurité sociale et les activités sociales des comités d'entreprise : *Dr. soc. 1987, p. 37 s.*

DOUAY (S.),

- L'identité personnelle dans la civilisation de réseaux : *D. 2007, p. 2623 s.*

DRAGO (G.),

- « De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise », *in* Mél. C. Champaud : *Dalloz 1997, p. 299 s.*

DREYER (E.),

- La réversibilité des droits de l'homme dans le domaine économique, *in* Droit économique et droits de l'homme, dir. L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIRIAINEN : *Larcier 2008, p. 205 s.*

DUBAR (C.),

- « Identité », *in* Dictionnaire du travail, dir. A. BEVORT, A. JOBERT, M. LALLEMENT, A. MIAS : *PUF 2012, p. 375.*

DUCHANGE (G.),

- Le prêt de main-d'œuvre : *JCP S 2017, 1322.*
- Réflexions sur l'objet du contrat de travail, *in* Mél. Bernard Teyssié : *LexisNexis 2019, p. 145 s.*
- Réformer l'entreprise : contrat de société ou contrat de travail ? Propositions doctrinales à contre-courant : *D. 2019, p. 1296 s.*

DUMONT (F.),

- L'ancienneté : un critère à géométrie variable : *JCP S 2007, 1487.*

DUPEYROUX (J.-J.),

- Quelques questions : *Dr. soc. 1990, p. 9 s.*
- Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance : *Dr. soc. 1990, p. 741 s.*

- Libres propos sur les cotisations : *Dr. soc.* 1993, p. 509 s.

DUPLAT (J.),

- A la recherche des critères de l'intégration étroite et permanente : *SSL* 2008, n°1375, p. 8.

DUPUY (A.-M.), SAFAR (P.),

- Travailleurs mis à disposition : les apports de la loi du 20 août 2008 : *JCP S* 2008, 1462.

DURAND (P.),

- A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail : *JCP* 1944, I, 387.
- Le particularisme du droit du travail : *Dr. soc.* 1945, p. 298 s.
- Rapport sur la notion juridique de l'entreprise, in Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 3, année 1947 : *Dalloz* 1948, p. 45 s.
- La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé : *D.* 1956 *chron.* XV, p. 73 et s.

DURKHEIM (E.),

- Communauté et société selon Tönnies : *Revue philosophique* 1889, XXVII, p. 416 s.

DUVAL (H.),

- La situation des salariés mis à disposition : regards croisés du législateur et du juge : *JCP S* 2008, 1504.

EDEL (F.),

- Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité : *Droits* 2009, p. 213 s.

EISENMANN (C.),

- Discussion après le rapport de M. L. J. Hijmans Van Den Bergh, La représentation dans les actes juridiques, in Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 4, année 1948 : *Dalloz* 1949, p. 144.

ESCANDE-VARNIOL (M.-C.),

- La notion de rémunération du salarié. Passé, présent et devenir, in De la rémunération salariale à la rémunération non salariale, coord. F. LARONZE : *Bruylant* 2017, p. 35 s.

ETIENNOT (P.),

- La formation professionnelle pensée autrement : *RDT* 2014, p. 112 s.

FABRE (A.),

- L'application des critères d'ordre des licenciements au niveau de l'entreprise : le choix de la solidarité : *RDT* 2013, p. 559 s.
- L'égalité en droit privé, in *Egalité et droit social*, dir. J.-F. AKANDJI-KOMBE, collab. L. PECAUT-RIVOLIER ET Y. STRUILLLOU: éd. *IRJS* 2014, p. 87 s.

FABRE-MAGNAN (M.),

- Le mythe de l'obligation de donner : *RTD civ.* 1996, p. 85 s.
- Propriété, patrimoine et lien social : *RTD civ.* 1997, p. 583 s.
- Le contrat défini par son objet, in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT : *LGDJ* 1998, p. 101 s.

FADEUILHE (P.),

- La qualité d'employeur en matière associative : *Juris associations 2013*, p. 19.

FAVENNEC-HERY (F.),

- Le travail à temps partiel : *Dr. soc. 1994*, p. 165 s.
- Travail à temps partiel et ordre des licenciements ou l'égalité dans le malheur : *Dr. soc. 1998*, p. 683 s.
- Le temps vraiment choisi : *Dr. soc. 2000*, p. 295 s.
- Collectivité du personnel : quelles représentations ? : *Dr. soc. 2006*, p. 989 s.
- La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ? : *Dr. soc. 2007*, p. 1105 s.
- Vers une libéralisation du prêt ou de la fourniture de main-d'œuvre, in Code pénal et code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire : *Dalloz 2010*, p. 703 s.
- Une question qui fâche : le mille-feuille des IRP : *Dr. soc. 2013*, p. 250 s.
- Les accords de maintien de l'emploi : *JCP S 2014*, 1186
- Jurisprudence et relations professionnelles : l'équilibre compromis ? : *JCP S 2015*, 1289.
- Qualité de vie au travail et temps de travail : *Dr. soc. 2015*, p. 113 s.
- La suspension du contrat de travail : nouveaux horizons ?, in Mél. J.-P. Laborde : *Dalloz 2015*, p. 641 s.
- Ordonnances Macron : un changement de système ? : *SSL 2017*, n° 1782, p. 3 s.
- Le droit du licenciement et les ordonnances portant sécurisation des relations de travail : *JCP S 2017*, 1309.
- Quel régime pour les travailleurs des plateformes : *JCP S 2020*, 2044.

FENOUILLET (D.),

- Egalité, discriminations, état civil : dynamique et incertitudes, in Communautés, discriminations et identité, Huitièmes journées René Savatier, 26 et 27 octobre 2007, Université de Poitiers : *LGDJ 2009*, p. 87 s.
- La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? : *RDC 2011*, p. 644 s.

FIESCHI-VIVET (P.),

- Les éléments constitutifs du contrat de travail : *RJS 1991*, p. 414 s.

FILIPETTO (E.),

- Les politiques de l'emploi face à la crise sanitaire : *RDT 2020*, p. 616 s.

FLAMENT (L.),

- Actes répréhensibles du salarié, poursuites pénales et relation de travail : *JCP S 2007*, 1198.
- Rémunération des inventions de salariés : l'épreuve du temps : *JCP S 2014*, 1055

FREYSSENET (M.),

- Quelques pistes nouvelles de conceptualisation du travail : *Rev. sociologie du travail, hors-série, 1994*, p. 117.

FRIEDMANN (G.),

- Qu'est-ce que le travail : *Annales Economies, sociétés, civilisations 1960*, n° 4, p. 685.

FRIOT (B.),

- Le régime de la contrepartie dans la logique salariale : *Rev. fr. aff. soc. 1996*, p. 65.

FRISON-ROCHE (M.-A.), BARANES (W.),

- De l'injuste au juste, Actes du colloque organisé les 27 et 28 janvier 1995 : *Dalloz 1997*.

FROUIN (J.-Y.),

- L'incarcération du salarié et la relation de travail : *RJS 2001*, p. 3.

FULCHIRON (H.),

- La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité, *in* Droit international privé. Travaux du Comité français de droit international privé, 14^{ème} année 1998-2000 : *Pedone 2001*, p. 175 s.
- La nationalité française entre identité et appartenance : *D. 2011*, p. 1915 s.

GAMET (L.) et ALUOME (L.),

- Le contrat de travail de chantier ou d'opération : *JCP S 2017*, 1355.

GARDES (D.),

- Le bénévolat, un " véritable " travail ? Aspects juridiques : *Empan*, 2/2009 (n° 74), p. 136 s.
- La rémunération : un critère de qualification du contrat de travail ?, *in* Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2018*, p. 91 s.

GARREAU (C.),

- La notion de suspension du contrat, *in* Droit des contrats France, Belgique, t. 1, dir. H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMANN, A. VERBEKE : *LGDJ 2005*, p. 55 s.

GAUDU (F.),

- La notion juridique d'emploi en droit privé : *Dr. soc. 1987*, p. 414 s.
- Du statut de l'emploi au statut de l'actif : *Dr. soc. 1995*, p. 535 s.
- Les notions d'emploi en droit : *Dr. soc. 1996*, p. 569 s.
- Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise : *Dr. soc. 2001*, p. 471 s.

GAURIAU (B.),

- Le référendum, un préalable nécessaire ? : *Dr. soc. 1998*, p. 338 s.

GEA (F.),

- L'ordre des licenciements à l'épreuve de la logique contractuelle : *RDT 2012*, p. 218.
- Communautarisme (religieux) et droit du travail : *Dr. soc. 2015*, p. 661 s.
- Vers une théorie des périmètres en droit du travail : *Dr. ouv. 2018*, p. 594 s.
- À quoi sert le droit du travail ? : *D. 2020*, p. 444 s.

GENEVOIS (B.),

- La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs : *STH 1988*, p. 250 s.

GENICON (T.),

- « Résolution » et « résiliation » dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : *JCP G 2015*, 960.

GEOUFFRE DE LA PRADELLE (DE) (G.),

- Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères, *in* Mél. D. Holleaux : *Litec 1990*, p. 135 s.

GHESTIN (J.),

- L'utile et le juste dans les contrat : *APD 1981*, p. 35 s.
- L'utile et le juste dans les contrats : *D. 1982, chron. I*, p. 1 s.

GHEVONTIAN (R.),

- La notion de sincérité du scrutin : *Cah. constit. 2003*, n° 13, p. 1 s.

GILLIG (P.),

- De quoi une allocation universelle est-elle la rémunération, *in Les dualités de la rémunération*, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2018*, p. 133 s.

GOFFAUX-CALLEBAUT (G.),

- La définition de l'intérêt social : *RTD com. 2004*, p. 35 s.

GOLTZBERG (S.),

- De quoi la fiction indique-t-elle l'absence, *in Les fictions en droit. Actes du colloque du 20 mai 2014* : *LGDJ 2015*, p. 103 s.

GOYARD-FABRE (S.),

- Sujet de droit et objet de droit, défense de l'humanisme, *in Sujet de Droit et objet de Droit*, cah. de philosophie politique et juridique, n° 22 : *PUF 1992*, p. 18.

GRANDVUILLEMIN (S.),

- La rémunération des salariés associés coopérateurs : une originalité à double visage, *in De la rémunération salariale à la rémunération non salariale* : *Bruylant 2017*, p. 177 s.

GRANGÉ (J.),

- La fixation des plafonds d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse : *JCP S 2017, act. 233*.

GRIMALDI D'ESDRA (J.),

- Nature et régime juridiques du référendum en droit social : *Dr. soc. 1994*, p. 397 s.

GROUDEL (H.),

- Le critère du contrat de travail, *in Études G.-H. Camerlynck* : *Dalloz 1978*, p. 49 s.

GUERICOLAS (M.-A.),

- La force majeure en droit du travail, *in Etudes A. Brun* : *Paris, Librairie sociale et économique 1974*, p. 257 s.

GUIOMARD (F.),

- La sécurisation des parcours professionnels, naissance d'une notion : *RDT 2013*, p. 617 s.

GURVITCH (G.),

- Les idées maîtresses de Maurice Hauriou : *APD, 1931*, p. 155 s.

GUYOT (P.),

- L'idée de fiction : *Rev. gén. du droit, de la légis. et de la juris. 1908*, p. 418 s.

HALLER (M.-C.),

- Conditions d'exonération des bourses d'études versées par une association paritaire financée par l'employeur, note sous soc. 11 avr. 2002 : *JSL 2002*, 102.

HAURIOU (M.),

- La théorie de l'institution et de la fondation – Essai de *vitalisme* social – : 4ème des Cahiers de la Nouvelle journée (La cité moderne et les transformations du droit), 1925, p. 2 et s., réimp. in *Miscellanées Maurice Hauriou*, dir. TOUZEIL-DIVINA : *L'Épitoge – Lextenso*, 2013, p. 152 s.

HAUSER (J.),

- Vers une théorie générale du droit familial ? : *D. 1991, chron. XII*, p. 56 s.
- Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? : *RLDC 2011*, p. 69.

HEBRAUD (P.),

- Observations sur la notion du temps dans le droit civil, in *Études Pierre Kayser*, t. 2 : *PUAM 1979*, p. 1 s.

HECQUARD-THERON (M.),

- Du sens dans les termes juridiques, in *Solidarité(é) : Perspectives juridiques*, dir. M. HECQUARD-THERON : *Presses de l'Université Toulouse Capitole 1 2009*, p. 227 s.

HENNION (S.),

- Les dualités de la rémunération. Influences et perspectives pluridisciplinaires. Propos conclusif, in *Les dualités de la rémunération*, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2018*, p. 287 s.

HENRIET (B.),

- Entreprise éclatée et gestion du travail. Nouvelles configurations et pertinence de la gestion des ressources humaines, in *Le travail en perspectives*, dir. A. SUPIOT : *LGDJ 1998*, p. 199 s.

HERON (J.),

- Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit : *RRJ 1992-4*, p. 961 s.

HESSE (P.-J.),

- Les délégués de la sécurité des ouvriers mineurs dans quelques mines de l'Ouest (1890-1940) : *Ann. de Bretagne et des pays de l'Ouest 1997*, vol. 104, n° 3, p. 215 s.

HIEZ (D.),

- Le coopérateur ouvrier ou le principe de double qualité dans les SCOP : *Rev. intern. de l'économie sociale 2006*, p. 38.
- La richesse de la loi Économie sociale et solidaire : *Rev. des soc. 2015*, p. 147.

HOUIN (R.),

- Rapport sur le problème des fictions en droit civil, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 3, année 1947 : *Dalloz 1948*, p. 242 s.

ICARD (J.),

- De l'impuissance du droit social européen. À propos des règles de calcul des effectifs : *Dr. soc. 2014*, p. 408 s.
- Que reste-t-il de la référence au compte 641 ? : *JCP S 2016*, 1315.
- La logique juridique n'est pas absente des jugements prud'homaux sur le barème : *SSL 2019*, n° 1846, p. 38 s.

JAVILLIER (J.-C.),

- L'obligation de loyauté des cadres : *Dr. ouv. 1977*, p. 133.

- Fidélité et rémunération : *Dr. soc. 1991, p. 386.*

JAMIN (C.),

- Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil : *Dr. et patrimoine 1998, n° 58, p. 46 s.*
- Pour en finir avec la formation du contrat !, in *Le contrat. Liberté contractuelle et sécurité juridique : LPA 1998, n° 54.*
- Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal, in *Mél. François Terré : Dalloz, PUF-édition du Jurisclasseur 1999, p. 125 s.*
- Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Etudes Jacques Ghestin : LGDJ 2001, p. 441 s.*

JAUME (L.),

- Autour de Hobbes : représentation et fiction : *Droits 1995, p. 96.*
- La représentation, une fiction malmenée : *Pouvoirs 2007, n° 120, p. 5 s.*

JEAMMAUD (A.),

- La place du salarié individu dans le droit du travail français, in *Etudes H. Sinay : P. Lang 1994, p. 347 s.*
- La renonciation du salarié : *Dr. ouv. 1997, p. 535 s.*
- Le droit du travail en changement. Essai de mesure : *Dr. soc. 1998, p. 211 s.*
- Le temps de travail effectif, entre jurisprudence et législation : *Dr. soc. 1998, p. 744 s.*
- L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail, à propos de l'arrêt Labbane : *Dr. soc. 2001, p. 231 s.*
- Du principe d'égalité de traitement des salariés : *Dr. soc. 2004, p. 694 s.*
- Le contrat de travail, une puissance moyenne ?, in *Mél. J. Pélissier : Dalloz 2004, p. 299 s.*
- Les polyvalences du contrat de travail, in *Études G. Lyon-Caen : Dalloz 1989, p. 299 s.*

JEAMMAUD (A.), LE FRIANT (M.), LYON-CAEN (A.),

- L'ordonnancement des relations de travail : *D. 1998, chron. P359 s.*

JEANSEN (E.),

- Transfert du salarié mis à disposition de l'entité transférée : *JCP S 2011, 1008.*

JESTAZ (P.),

- Le principe d'égalité des personnes en droit privé, in *La personne humaine, sujet de droit. Quatrièmes journées René Savatier. Poitiers 25 et 26 mars 1993 : PUF 1995, p. 159 s.*

JEULAND (E.),

- L'énigme du lien de droit : *RTD civ. 2003, p. 455 s.*
- L'école relationniste du droit : la nouaison ? : *APD 2011, p. 373 s.*
- Sur le lien de droit : *APD 2012, p. 407 s.*
- Introduction, in *Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. IRJS 2013, p. 1 s.*

JEULAND (E.), BOILLOT (C.) (coord.),

- La qualité dans la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle ? : *éd. IRJS 2015, p. 1 s.*

JOHANSSON (A.),

- Le temps de travail effectif : temps productif ou temps « à disposition » ? : *D. 2006, p. 1711 s.*

JOLY (L.),

- Autonomie du salarié et performance économique, *in* Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : *Bruylant 2018, p. 245 s.*

JOSSERAND (L.),

- Sur la reconstitution d'un droit de classe : *D. H. 1937, p. 1 s.*

JOURDAIN (P.),

- Le salarié victime d'un accident du travail ne peut agir contre l'employeur pris en qualité de gardien du véhicule impliqué : *RTD civ. 2015, p. 633.*

JUBAULT (C.),

- Corinne Boismain, Les contrats relationnels : *RTD civ. 2008, p. 750 s.*

JULIEN-LAFERRIERE (F.),

- Nature des droits attachés à la nationalité : *Cah. cons. constit. 2008, p. 82 s.*

KANTOROWICZ (B.),

- Le portage salarial, un dispositif régulièrement encadré : *JCP S 2016, 1309.*

KEIM-BAGOT (M.),

- Le salarié coopérateur : le modèle de la Scop : *Dr. soc. 2014, p. 523 s.*

KELLER (M.),

- Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur : *Dr. ouv. 2015, p. 557 s.*

KERBOURC'H (J.-Y.),

- Assiette de la masse salariale servant au calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise : *JCP S 2008, 1138.*
- Quelle clé de répartition des sièges au sein des collèges électoraux ? : *JCP S 2018, 1348.*

KOCHER (M.),

- Le contrôle juridictionnel de l'ordre des licenciements : entre continuité et ruptures, la recherche de nouveaux équilibres : *RJS 4/18, p. 283.*

KOUBI (G.),

- Contentieux de l'appartenance et mesures de faveur. A propos de la naturalisation et de la réintégration dans la nationalité française, *in* Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers », dir. A. GOTMAN : *Ed. Maison des Sciences de l'Homme 2004, p. 113 s.*

LA PRADELLE (DE) (L.),

- Qu'est-ce qu'un salarié ? : *RPDS 1997, p. 79 s.*

LABORDE (J.-P.),

- Le revenu universel, un objet complexe : *Dr. soc. 2017, p. 287 s.*

LAFORE (R.),

- Réflexions sur la construction juridique de la contrepartie : *Rev. fr. ass. sécurité sociale* 2006, p. 13.

LAFRANCE (G.),

- L'humanisme juridique et le sujet de droit, *in* *Sujet de Droit et objet de Droit*, cah. de philosophie politique et juridique, n° 22 : *PUF* 1992, p. 38.

LAGARDE (P.),

- Débat suivant l'intervention du Pr. Fulchiron, *in* *Droit international privé. Travaux du Comité français de droit international privé*, 14^{ème} année 1998-2000 : *Pedone* 2001, p. 196.

LAITHIER (Y.-M.),

- A propos de la réception du contrat relationnel en droit français : *D.* 2006, p. 1003 s.

LAMBERT-FAIVRE (Y.),

- L'entreprise et ses formes juridiques : *RTD com.* 1968, p. 907 s.

LANGLOIS (P.),

- Contre la suspension du contrat de travail : *D.* 1992, *chron.* XXIX, p. 141 s.

LARDEUX (G.),

- Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du Code civil : *D.* 2016, p. 1659 s.

LARONZE (F.),

- La communauté de travail, le comité d'entreprise, la commission de régulation : trois acteurs, deux possibilités : *RRJ* 2011, n° 2, p. 833 s.
- Le salarié, justiciable au titre de son droit d'option : *Dr. soc.* 2014, p. 534 s.
- Préface à l'ouvrage collectif *De la rémunération salariale à la rémunération non salariale*, coord. F. LARONZE : *Bruylant* 2017, p. 7 s.
- La rémunération, instrument de performance sociale, *in* *Les dualités de la rémunération*, coord. F. LARONZE : *Bruylant* 2018, p. 209 s.
- La communauté de travail : de la diversité constatée à l'unité recherchée des intérêts : *Dr. ouv.* 2019, p. 420 s.

LAROQUE (P.),

- Conclusion du gouvernement, Recours contre une sentence arbitrale en date du 25 mars 1939 : *Gaz. Pal.* 1939, p. 904 s.

LARRIBET (A.),

- La suspension du contrat de travail pendant la période d'essai : *Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, oct. 1993, p. 5.

LARRIEU (J.),

- Propriété du produit du travail du salarié et droit d'auteur : *RDT* 2009, p. 442 s.

LAZERGUES (C.),

- La présomption d'innocence, *in* *Libertés et droits fondamentaux* : *Dalloz* 2008, p. 496 s.

LE BALLE (R.),

- Préface à la thèse de François Terré, L'influence de volonté individuelle sur les qualifications : *LGDJ 1957, rééd. LGDJ 2014.*

LEBRET (J.),

- Suspension et résolution des contrats : *Rev. crit. lég. juris. 1924, p. 581 s. et p. 597 s.*

LECLERC (O.),

- La dépendance économique en droit du travail : *D. 2006, p. 891 s.*

LECLERC (O.), PASQUIER (T.),

- La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé (première partie) : *RDT 2010, p. 83 s.*

LE CROM (J.-P.),

- Retour sur une vaine querelle : le débat subordination juridique – dépendance économique dans la première moitié du XX^{ème} siècle, *in* La subordination dans le travail : *La documentation française 2003, p. 59 s.*

LE DIGOL (C.), VOILLIOT (C.),

- L'analyse politique et les élections professionnelles, *in* L'essor du vote dans les relations professionnelles, dir. A. LYON-CAEN et O. LECLERC : *Dalloz 2011, p. 41 s.*

LEQUETTE (Y.),

- La nationalité française dévaluée, *in* Mél. F. Terré : *Dalloz-PUF 1999, p. 349 s.*
- Bilan des solidarismes contractuels, *in* Mél. P. Didier : *Economica 2008, p. 247 s.*
- Réflexions sur la nationalité française : *Cahiers du cons. constit. 2008, n° 23.*

LEROYER (A.-M.),

- Les nouveaux liens de famille : entre idéalisme et réalisme, *in* Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : *éd. IRJS 2013, p. 129 s.*

LHERNOULD (J.-P.),

- Le chantier des discriminations en raison de l'âge : *RJS 7/07, p. 595 s.*
- Droit du travail et communautarismes : *RJS 1/08, p. 9 s.*
- Droit du travail et communautarismes, *in* Communautés, discriminations et identité, Huitièmes journées René Savatier, 26 et 27 octobre 2007, Université de Poitiers : *LGDJ 2009, p. 201 s.*
- Application de la directive transfert dans le contexte d'un groupe de sociétés : *Liaisons soc. Europe 2010, n° 263, p. 5.*

LIBCHABER (R.),

- Les nouveaux rapports : l'attraction exercée par le contrat, *in* Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : *éd. IRJS 2013, p. 51 s.*

LOCHAK (D.),

- L'appartenance saisie par le droit, *in* Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers », dir. A. GOTMAN : *éd. Maison des Sciences de l'Homme 2004, p. 33 s.*

LOISEAU (G.),

- Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats : *JCP G 2016, 602.*

LOKIEC (P.),

- La personne de confiance : *RDSS 2006, p. 865 s.*

- La décision et le droit privé : *D. 2008, p. 2293 s.*
- Les transformations du droit du temps de travail : Le temps comme unité de mesure, Le temps comme objet de règle : *Dr. ouv. 2009, p. 418 s. et 484 s.*
- De la subordination au contrôle : *SSL 2019, supplément n° 1841, p. 12 s.*

LUBET (P.), d'ALLENDE (M.)

- L'évaluation des salariés : *JCP S 2011, 1240.*

LUTTRINGER (J.-M.),

- La part du droit dans la réforme de la formation professionnelle : *Dr. soc. 2014, p. 969 s.*
- La difficile naissance du compte personnel d'activité : *Dr. soc. 2016, p. 800 s.*

LYON-CAEN (A.),

- L'égalité et la loi en droit du travail : *Dr. soc. 1990, p. 68 s.*
- Le droit et la gestion des compétences : *Dr. soc. 1992, p. 573 s.*
- Action de groupe et droit du travail :
- Droit constitutionnel et participation et délimitation des collectivités de travail : *RDT 2007, p. 84 s.*
- A la recherche des travailleurs mis à disposition : *SSL 2008, n° 1375, p. 11 s.*
- Vote et relations professionnelles, *in* L'essor du vote dans les relations professionnelles, dir. A. LYON-CAEN et O. LECLERC : *Dalloz 2011, p. 4 s.*

LYON-CAEN (A.), de MAILLARD (J.),

- La mise à disposition de personnel : *Dr. soc. 1981, p. 320 s.*

LYON-CAEN (A.), VACARIE (I.),

- Droits fondamentaux et droit du travail, *in* Mél. J.-M. Verdier : *Dalloz 2001, p. 421 s.*

LYON-CAEN (G.),

- Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel, *in* Études J. Hamel : *Dalloz, 1961, p. 133 s.*
- Défense et illustration du contrat de travail : *APD 1968, p. 59 s.*
- Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail : *RTD Civ. 1974, p. 229 s.*
- Les travailleurs et les risques économiques : *D. 1974, chron. XI, p. 47 s.*
- Préface à la thèse d'Isabelle Vacarie, L'employeur : *Sirey 1979.*
- Qualis labor, talis qualitas : *Droits 1993, p. 67 s.*
- L'obligation implicite : *APD, 2000, p. 109 s.*

LYON-CAEN (G.), LYON-CAEN (A.),

- La « doctrine » de l'entreprise, *in* Dix ans de droit de l'entreprise, dir. J.-M. MOUSSERON et B. TEYSSIE : *Librairie technique 1978, p. 601 s.*

MACNEIL (I. R.),

- The many futures of contract : *Southern California Law Review 1974, p. 725 s.*

MAGGI-GERMAIN (N.),

- L'idée de solidarité dans l'économie sociale, *in* Mél. J.-P. Laborde : *Dalloz 2015, p. 421 s.*

MAGORD (C.), ICARD (J.),

- Le revenu universel, une alternative au contrat de travail ? : *Dr. ouv.* 2019, p. 605 s.
- MAILLARD (DE) (J.), MANDROYAN (P.), PLATTIER (J.-P.), PRIESTLEY (T.),**
- L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes d'« extériorisation de l'emploi » : *Dr. soc.* 1979, p. 323 s.
- MARIE (R.),**
- Vers une nécessaire redéfinition du droit de la mise à disposition : *JCP S* 2009, 1131.
- MARQUET DE VASSELLOT (L.), MARTINON (A.),**
- Les apports de la loi du 8 août 2016 en matière de durée : *JCP S* 2016, 1294.
- MARTIN (R.),**
- Personne et sujet de droit : *RTD civ.* 1981, p. 785 s.
 - Personne et individu (un arrière-plan de la bioéthique), in Etudes Jacques Béguin : *Litec* 2005, p. 481 s.
- MARTIN (D. R.),**
- De l'ouverture de crédit : *Rev. dr. banc. et fin.* 2004, 100014, n° 7 s.
- MASSE-DESSEN (H.),**
- Le corps électoral : *Dr. ouv.* 1986, p. 199 s.
- MASSON (P.),**
- Vive la communauté de travail : *SSL* 2009, n° 1400, p. 9.
- MATHIEU (C.), NICOD (C.),**
- L'individu confronté à l'organisation collective du travail, in Le singulier en droit du travail, dir. J.-M. BERAUD ET A. JEAMMAUD : *Dalloz* 2006, p. 51 s.
- MAZAUD (A.-L.), MAZEAUD (A.),**
- Vers un déclin de la règle de maintien des contrats de travail en cas de transferts d'entreprise ? : *RDT* 2017, p. 302 s.
- MAZEAUD (A.),**
- Le déploiement de la relation de travail dans les groupes de sociétés : *Dr. soc.* 2010, p. 738 s.
- MAZEAUD (D.),**
- Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in Mél. F. Terré : *Dalloz, PUF-édition du Jurisclasseur* 1999, p. 603 s.
- MAZEAUD (H.) et (L.),**
- Jurisprudence française en matière de droit civil : *RTD civ.* 1957, p. 333 s.
- MAZEAUD (L.),**
- De la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs de droits : *RTD civ.* 1929, p. 17 s.
- MAZERES (J.-A.),**
- La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué, in Études J. Mourgeon : *Bruylant*, 1999, p. 239 et s.
- MEDA (D.),**
- Une mise en perspective de la valeur travail, in Le travail en perspectives, dir. A. SUPIOT : *LGDJ* 1998, p. 33 s.

- Comment mesurer la valeur accordée au travail ? : *Rev. Sociologie [En ligne]*, n°1, vol. 1, 2010 : URL : <http://sociologie.revues.org/237>.

MESSAÏ-BAHRI (S.),

- La relation d'affaires ou relation commerciale, *in* Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : éd. IRJS, 2013, p. 19 s.

MESTRE (J.),

- D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration : *RTD civ.* 1986, p. 100 s.
- Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat, *in* Le juge et l'exécution du contrat, colloque I. D. A. 1993 : *PUAM* 1993, p. 97.

MEYER (F.), SACHS-DURAND (C.),

- L'évolution du rapport salarial, *in* Etudes H. Sinay : *P. Lang* 1994, p. 369 s.

MEYRAT (I.),

- Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente : *Dr. ouv.* 2002, p. 343 s.

MIGNOT (M.),

- De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? : *RRJ* 2004, n° 4, p. 2153 s.

MOIZARD (N.),

- Détermination du cédant : *RJS* 1/11, p. 8 s.
- Le périmètre des salariés consultés sur les accords minoritaires : les salariés « couverts » ou seulement ceux « concernés » par l'accord ? : *SSL* 2017, n° 1786, p. 10.

MONNIER (J.-M.), VERCELLONE (C.),

- Fondements et faisabilité du revenu social garanti : *Multitudes* 2006/4, p. 73 s.

MONTEIL (P.-O.),

- Considérations sur le travail aujourd'hui, sous l'angle de son action civilisatrice : *Autres Temps* 2003, vol. 76, p. 175-190.

MORIN (M.-L.),

- Gestion du parcours professionnel du salarié et nouvelles formes d'organisation des entreprises : le rôle du juge : *LPA* 21 avril 2005, n° 79, p. 13.
- Effectif et électorat : de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 : *RDT* 2007, p. 229 s.

MORVAN (P.),

- Décompte des salariés mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice : *JCP S* 2006, 1477.
- Groupe d'entreprise et rémunérations du travail : *Dr. soc.* 2010, p. 748 s.
- Transfert d'entreprise et information individuelle des salariés : *JCP S* 2010, 1047.
- Le juste en droit du travail, *in* Standards, principes et méthodes en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *Economica* 2010, p. 23 s.
- Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés : *Dr. soc.* 2011, p. 888 s.

MOULY (J.),

- Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique *in* Études C. Lombois : *Pulim*, 2004, p. 359 s.
- Réticence ou mensonge du salarié sur son état de santé lors de l'embauche et nullité du contrat de travail : *JCP G* 2005, 10163.
- La renonciation du salarié entre ordre public social et déréglementation : un nouvel état des lieux, *in* La volonté du salarié, dir. T. SACHS : *Dalloz* 2012, p. 113 s.
- Validité d'une clause de mobilité géographique prévue pour la France entière : *Dr. soc.* 2014, p. 857 s.
- La fondamentalisation du droit du travail : *RDA* 2015, p. 93 s.

MRAOUAHI (S.),

- La rémunération, vecteur de responsabilisation du salarié, *in* Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : *Bruylant* 2018, p. 193 s.

MUIR WATT (H.),

- Du contrat « relationnel », réponse à François Ost, *in* La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant – Journée de Nantes, t. 4, année 1999 : *LGDJ*, 2001, p. 169 s.

MULLER (F.),

- Cotisations de sécurité sociale dues sur les allocations décès et invalidité versées par l'employeur au salarié invalide et à ses ayants droit : *RDSS* 2001 p. 640 s.

NADAL (S.),

- Grèves de solidarité internes : quelques précisions : *RDT* 2011, p. 254 s.

NEAU-LEDUC (C.),

- Préface à l'ouvrage collectif, Les dualités de la rémunération, coord. F. LARONZE : *Bruylant* 2018, p. 9 s.
- La coopération et la participation en droit du travail, *in* La cause en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *EPA* 2013, p. 253 s.

NIEL (S.),

- Peut-on s'opposer à la religion en entreprise ? : *Les cah. du DRH* 2010, n° 163, p. 12 s.

NICOLAS BRISSIER (M.-J.),

- La protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : *D.* 1982, *chron. XXIV*, p. 147 s.

NOIRIEL (G.),

- Socio-histoire d'un concept. Les usages du mot « nationalité » au XIX^{ème} siècle : *Genèses* 1995, p. 4 s.

ODOUL-ASOREY (I.),

- Le principe de participation des travailleurs devant le Conseil constitutionnel : *Dr. ouv.* 2016, p. 426 s.

OLSZAK (N.),

- Les SCOP : une institution historique pleine d'avenir... : *D.* 2012, p. 728.

PAGNERRE (Y.),

- Prise en compte des salariés mis à disposition dans l'entreprise d'accueil : *JCP S* 2011, 1172.

- L'intérêt de l'entreprise en droit du travail, *in* Standards, principes et méthodes en droit du travail, dir. B. TEYSSIE : *Economica 2010*, p. 63 s.

PAGNERRE (Y.), JEANSEN (E.),

- « Détachement et expatriation », *in* Guide des clauses du contrat de travail, dir. B. TEYSSIE : *LexisNexis 2014*, p. 85.
- La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme : *RDT 2018*, p. 358 s.

PAGNERRE (Y.), SAINCAIZE (G.),

- L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets : *JCP S 2009*, 1368

PAILLUSSEAU (J.),

- Le droit moderne de la personnalité morale : *RTD civ. 1993*, p. 705 s.
- La modernisation du droit des sociétés commerciales : *D. 1996*, p. 287 s.
- Comment les activités économiques révolutionnent le droit et les théories juridiques : *D. 2017*, p. 1004 s.

PANET (A.),

- Désintérêt de l'homme dont la paternité est judiciairement déclarée et nom de famille : heurs et malheurs de l'intérêt supérieur de l'enfant : *Dr. fam. 2016*, *comm. 139*.

PASQUIER (T.),

- Sens et limites de la qualification du contrat de travail, de l'arrêt Formacad aux travailleurs ubérisés : *RDT 2017*, p. 95 s.
- Le salariat dans les Scop. Auscultation d'une utopie concrète, *in* La place des salariés dans l'entreprise : *Mare & Martin 2019*, p. 221 s.

PATAUT (E.),

- La nationalité : lien contesté, *in* Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : *éd. IRJS 2013*, p. 153 s.

PAUGAM (S.),

- Introduction *in* De la division du travail social : *PUF 2013*, p. 16.

PECAUT-RIVOLIER (L.),

- La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel : *JCP S 2012*, 1305.
- L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2013*, p. 502 s.
- Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique : *RDT 2014*, p. 101 s.
- Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de « démocratie sociale » : *CSB 2017*, n° 302, p. 39 s.

PECAUT-RIVOLIER (L.), PONS (D.),

- Rapport au ministère de la Justice sur les discriminations collectives en entreprise. Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif : *Doc. fr. 2013*.

PELISSIER (J.),

- Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail, *in* Etudes André Brun : *Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 427 s.*
- La relation de travail atypique : *Dr. soc. 1985, p. 531 s.*
- Droit civil et contrat individuel de travail : *Dr. soc. 1988, p. 387 s.*

PELLETIER (B.),

- Incarcération du salarié : *Cah. du DRH 2011, n° 177.*

PENNARUN (S.),

- La nationalité, droit objectif ou droit subjectif ?, *in* L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé : *Bruylant 2002, p. 499 s.*

PERREAU (H.),

- Le contrat de travail et le Code civil, Association nationale française pour la protection légale des travailleurs, Examen des textes que la commission du travail de la chambre des députés propose d'introduire au Code civil (collectif) : *Alcan, 1908, p. 85.*

PERRINEAU (P.),

- Les usages contemporains du vote : *Pouvoirs 2007, n° 120, p. 29 s.*

PESKINE (E.),

- A la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement : *RDT 2019, p. 19 s.*

PETIT (B.),

- Le sort du contrat de travail des directeurs régionaux : *Dr. soc. 1991, p. 463 s.*

PETIT (F.),

- L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2000, p. 603 s.*
- Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation : *D. 2005, p. 1815 s.*
- L'option de vote des salariés mis à disposition, obs. sous Soc. 26 mai 2010 : *Dr. soc. 2010, p. 826 s.*
- L'émergence d'un droit électoral professionnel : *Dr. soc. 2013, p. 480 s.*
- Du droit électoral politique au droit électoral professionnel, *in* Mél. J.-C. Masclet : *LGDJ 2013, p. 337 s.*
- L'application sélective du Code électoral dans l'entreprise : *Dr. ouv. 2014, p. 22 s.*
- Le référendum en entreprise comme voie de secours : *Dr. soc. 2016, p. 903 s.*
- La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise : *Dr. soc. 2017, p. 156 s.*
- Les conditions d'organisation du référendum dans l'entreprise : *Dr. soc. 2018, p. 417 s.*

PEUCHOT (E.),

- Droit de vote et condition de nationalité : *RDP 1991, p. 481 s.*

PIC (P.),

- De la rupture ou de la suspension d'exécution du contrat de travail : Par l'effet des grèves ouvrières ou des lock-out patronaux : *RTD civ. 1905, p. 26 s.*

PICHOT (A.),

- Biologie et solidarité, *in* La solidarité - Enquête sur un principe juridique, dir. A. SUPIOT : O. Jacob, Coll. Collège de France, 2015, p. 69 s.

PICOD (Y.),

- L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat : *JCP G 1998, 3318.*

PIEDELIEVRE (A.),

- Remarques sur la notion de qualité, *in* Annales de l'Université de Clermont-Ferrand : Paris, Dalloz 1969, p. 217 s.

PIERRE-CAPS (S.),

- Représenter la société civile ?, *in* Représentation et représentativité, dir. A.-M. LE POURHIET, B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU : *Dalloz 2008, p. 27 s.*

PIGNARRE (G.),

- Le régime juridique de la créance de salaire : *Dr. soc. 1997, p. 589 s.*
- A la redécouverte de l'obligation de praestare : *RTD civ. 2001, p. 41 s.*

PIGNOL (C.),

- Robinson Crusoe, Usage et mésusage d'un roman, Alternatives économiques 2018 : *L'Economie Politique, n° 079.*

PIMONT (S.),

- Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemples en droit du contrat : *RTD civ. 2009, p. 417 s.*

PIROVANO (A.),

- La « boussole » de la société Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? : *D. 1997, p. 189 s.*

POIRAT (F.),

- « Etat », *in* Le dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS : *PUF 2003, 1^{ère} éd., p. 642*

PONTIER (J.-M.),

- La qualité du droit, *in* Mél. Oberdorff : *LGDJ 2015, p. 241 s.*

POULAIN (G.),

- Le travail intermittent par conclusion de contrats à durée déterminée : *Dr. soc. 1989, p. 300 s.*

POUSSON (A.),

- L'identité professionnelle, *in* L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé : *Bruylant 2002, p. 565 s.*

POUSSON-PETIT (J.),

- La personne humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres, *in* Liber amicorum M.-T. Meulders-Klein : *Bruylant, 1998, p. 505 s.*

PRADEL (J.),

- La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs, *in* Mél. J.-H. Robert : *LexisNexis 2012, p. 605 s.*

PRETOT (X.),

- Le financement de la Sécurité sociale : jurisprudence récente en matière de cotisations : *Dr. soc.* 1986, p. 164 s.

PUIG (P.),

- Pour un droit commun spécial des contrats, in Mél. J. Foyer : *Economica* 2008, p. 825 s.
- L'excès de proportionnalité : *RTD civ.* 2016, p. 70.
- Le contrat d'entreprise, in Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, dir. L. ANDREU et M. MIGNOT : *Institut Varenne* 2017, p. 115 s.

RADE (C.),

- Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité, in Le solidarisme contractuel, dir. L. GRYNBAUM ET M. NICOD : *Economica* 2004, p. 75 s.
- La possibilité d'une île : *Dr. soc.* 2009, p. 930 s.
- Des critères du contrat de travail – « Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? » : *Dr. soc.* 2013, p. 202 s.

RAUWEL (A.),

- La communion des saints : fondements théologiques et manifestations rituelles d'une solidarité spirituelle, in La solidarité - Enquête sur un principe juridique, dir. A. SUPIOT : *O. Jacob, Coll. Collège de France*, 2015, p. 65 s.

RAYMOND (G.),

- L'ancienneté de services : *Dr. soc.* 1967, p. 164 s.

REMY (P.),

- De nouveaux rapports de droit en droit du travail ? A la lumière d'une comparaison des droits français et allemand du travail, in Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : *éd. IRJS* 2013, p. 71 s.
- Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ? : *Dr. soc.* 2017, p. 1050 s.

REMY (P.), SEIFERT (A.),

- Le droit des conflits collectifs : *RDT* 2010, p. 250 s.

RENUCCI (J.-F.),

- L'identité du cocontractant : *RTD com.* 1993, p. 441 s.

REVEL (T.),

- L'objet du contrat de travail : *Dr. soc.* 1992, p. 859 s.

REYMANN (A.),

- Le marketing des ressources humaines. Attirer, intégrer et fidéliser les salariés : *Cah. DRH* 2013, n° 203, p. 47 s.

REYNES (B.),

- L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives : *RDT* 2007, p. 702 s.

RICHARD (L.),

- Licéité et gestion du prêt de main d'œuvre : retour sur quelques difficultés pratiques : *BJT* 2019, p. 29 s.

RICHARD (P.),

- Appartenance et transitivité ou le vertige de Procuste..., *in* Les contentieux de l'appartenance : *L'Harmattan 2006, p. 193 s.*

RICHEZ-PONS (A.),

- La notion de résidence : *Dr. et pat. 2005, n° 138.*

RIOCHE (S.),

- Le conseil d'entreprise, la vraie révolution de l'ordonnance n° 2017-1386 ? : *Gaz. Pal. 2018, n° 10, p. 77 s.*

RIPERT (G.),

- Discussion de séance (10 avril 1948), La représentation dans les actes juridiques, *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 4, année 1948 : *Dalloz 1949, p. 150.*

RIVERO (J.),

- Apologie pour les faiseurs de système : *D. 1951, chron. XXIII, p. 99 s.*

ROBE (J.-P.),

- L'entreprise en droit : *Droit et société 1995, 117 s.*

ROCHFELD (J.),

- Les modes temporels d'exécution du contrat : *RDC 2004, p. 47 s.*
- Les nouveaux rapports de droit : éléments de synthèse, *in* Les nouveaux rapports de droit, dir. E. JEULAND et S. MESSAÏ-BAHRI : *éd. IRJS 2013, p. 235 s.*

ROGER (G.),

- De la fiction dans le droit : *Gaz. Pal. 1939, doct., p. 37 s.*

ROUAST (A.),

- La notion de contrat de travail et la loi sur les assurances sociales : *JCP 1930, I, 329.*

ROUSSILLON (H.),

- Contre le référendum ! : *Pouvoirs, n° 77, 1996, p. 184 s.*

ROZEC (P.),

- Avantages accordés aux salariés à temps partiel : égalité rime avec proportionnalité : *JCP S 2017, 1327.*

SAINCAIZE (G.),

- L'intégration des salariés mis à disposition : éléments de méthodologie : *JCP S 2009, 1369.*

SAINSAULIEU (R.),

- L'identité au travail : *Presses de la fondation nationale des sciences politiques 1977, spéc. p. 302 s.*

SAINT-ALARY (R.),

- Elements distinctifs de la société coopérative : *RTD com. 1952. p. 485 s.*

SAINT-JOURS (Y.),

- Œuvres sociales des comités d'entreprise et cotisations de Sécurité sociale : *RTDSS 1985, p. 64 s.*

SALAIS (R.),

- Liberté du travail et capacités : une perspective pour la construction européenne ? : *Dr. soc. 1999, p. 467 s.*

SANCHEZ DE LA TORRE (A.),

- Qu'en est-il de la réalité du droit ? : *APD 1999, p. 13 s.*

SARGOS (P.),

- L'homme n'est pas une île : *Dr. soc. 2004, p. 86 s.*
- La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise, in COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2004, La vérité : *Doc. fr. 2004, p. 109 s.*

SAVATIER (C.),

- Salariés en difficulté... comment les aider ? : *Cah. Lamy CE 2013, 126.*

SAVATIER (J.),

- Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail, in Études A. Brun : *Librairie sociale et économique 1974, p. 527 s.*
- L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique : *Dr. soc. 1990, p. 515 s.*
- Reconnaissance et perte de la qualité d'établissement distinct au regard du droit des comités d'entreprise : *Dr. soc. 1992, p. 39 s.*
- Vers l'exonération de cotisations sociales pour les avantages procurés par les comités d'entreprise ? : *Dr. soc. 1993, p. 80 s.*
- Libertés religieuses et relations de travail, in Mél. J.-M. Verdier : *Dalloz 2001, p. 455 s.*
- Incarcération du salarié, incarcération de l'employeur : quelles incidences sur la poursuite du contrat de travail ? : *Dr. soc. 2004, p. 729 s.*
- Le travail non marchand : *Dr. soc. 2009, p. 73 s.*

SAVATIER (R.),

- Vers une socialisation du contrat de louage d'industrie ? : *D. 1934, chron., p. 37 s.*
- La vente de service : *D. 1971, chron., p. 223 s.*

SAVAUX (E.),

- La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux : *LPA 2012, n° 238, p. 4 s.*

SCHMIDT (D.),

- De l'intérêt commun des associés : *JCP E 1994, 404.*

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.),

- Les fictions en droit privé : *APD 1975, p. 273 s.*

SCHWEITZER (S.),

- Le référendum d'entreprise démode-t-il le syndicalisme ? : *Dr. soc. 2018, p. 410 s.*

SILANCE (L.),

- Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplificante in Le problème des lacunes en droit, dir. C. PERELMAN : *Bruylant 1968, p. 489 s.*

SINTOMER (Y.),

- Pouvoir et autorité chez Hannah Arendt : *L'homme et la société* 1994, p. 117-131.

SUPIOT (A.),

- Pourquoi un droit du travail : *Dr. soc.* 1990, p. 485 s.
- L'identité professionnelle, in *Écrits Jean Savatier* : PUF 1992, p. 409 s.
- Le travail, liberté partagée : *Dr. social* 1993, p. 715 s.
- Temps de travail : pour une concordance des temps : *Dr. soc.* 1995, p. 947 s.
- Du bon usage des lois en matière d'emploi : *Dr. soc.* 2001, p. 229 s.
- La contribution du droit social au droit commun des contrats, in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, dir. A. WIJFFELS : Bruylant 2005, p. 47 s.
- Les salariés ne sont pas à vendre. En finir avec l'envers de l'article L. 122-12, alinéa 2 : *Dr. soc.* 2006, p. 264 s.
- La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative : *Dr. soc.* 2010, p. 525 s.
- Introduction : L'entreprise face au Marché total, in *L'entreprise dans un monde sans frontières : perspectives économiques et juridiques*, dir. A. SUPPIOT : Dalloz 2015, p. 15 s.
- Introduction, in *La solidarité - Enquête sur un principe juridique*, dir. A. SUPPIOT : O. Jacob, Coll. Collège de France, 2015, p.7 s.

TAQUET (F.),

- Le capital décès et les allocations d'invalidité absolue et définitive versés aux salariés où à leurs ayants droit doivent être intégrés dans l'assiette des cotisations sociales de l'employeur : *JCP G* 2001, II, 10497.

TERRE (F.),

- Réflexions sur la notion de nationalité : *Rev. crit. DIP* 1975, p. 197 s.
- L'inutile et l'injuste, in *Mél. J. Ghestin* : LGDJ 2001, p. 865 s.
- Retour sur la qualification, in *Mél. Jean Buffet* : *Petites affiches* 2004, p. 419 s.

TEYSSIE (B.),

- act. Droit et gestion : *JCP* 1983, CI, n° 4 p. 396.
- La réduction du salaire : *Dr. soc.* 1984, p. 695 s.
- L'entreprise et le droit du travail : *APD* 1997, p. 355 s.
- Préface à la thèse de Pascal Puig, La qualification du contrat d'entreprise : *EPA* 2002.
- L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail : *D.* 2004, p. 1680 s.
- (dir.), Standards, principes et méthodes en droit du travail : *Economica* 2010, p. 1 s.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.),

- Libres propos sur la transformation du droit des contrats : *RTD civ.* 1997, p. 357 s.

THOLOZAN (O.),

- Tradition holiste du droit social et référendum d'entreprise : *Dr. soc.* 2018, p. 405 s.

TISSANDIER (H.),

- L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, chronique : *RJS* 2/07, p. 121 s.

TONQUEDEC DE (J.),

- De la qualité : *Rev. de Métaphysique et de morale* 1960, p. 247 s.

TOURNAUX (S.),

- Le chemin tortueux de la mobilité volontaire sécurisée : *Dr. soc.* 2013, p. 713 s.

- Quelle(s) solidarité(s) en droit du travail ?, in Mél. J.-P. Laborde : *Dalloz* 2015, p. 503 s.
- Le CDI intérimaire : histoire d'un hors-la-loi protégé par... la loi : *Dr. soc.* 2018, p. 810 s.

TOUZE (S.),

- La « quasi-nationalité », réflexions générales sur une notion hybride : *RGDIP* 2011-1, p. 5 s.

TREILLARD (J.),

- De la suspension des contrats, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, études de droit privé, dir. P. DURAND : *LGDJ* 1960, p. 59 s.

TRIGEAUD (J.-M.),

- La personne : *APD* 1989, p. 103 s.

TRUC (G.),

- Simmel, sociologue du cosmopolitisme : *Tumultes* 2005, n° 24, p. 49 s.

VACARIE (I.),

- La renonciation du salarié : *Dr. soc.* 1990, p. 757 s.

VACHET (G.),

- Les avantages versés par le comité d'entreprise au regard de l'assiette des cotisations de sécurité sociale : *RDSS* 1991, p. 87 s.
- La notion de rémunération au regard de la sécurité sociale, in Mél. M. Despax : *Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 2001, p. 359 s.
- Chronique de droit de la sécurité sociale : *JCP E* 2001, 1764.
- L'appartenance à l'entreprise, in Les contentieux de l'appartenance : *L'Harmattan* 2006, p. 49 s.
- Avantages en nature et cotisations : *JCP S* 2010, 1420.

VACHET (G.), MORAND (M.),

- Bilan jurisprudentiel 2016 sur la durée du travail à la lumière de la loi Travail : *JCP S* 2017, 1046.

VALLEE (G.),

- La notion d'ancienneté en droit du travail français : *Dr. soc.* 1992, p. 871 s.

VASSEUR-LAMBRY (F.),

- L'identité de la personne humaine : *LPA* 2004, n° 91, p. 5.

VATINET (R.),

- L'expression des salariés, in Etudes G. Lyon-Caen : *Dalloz* 1989, p. 395 s.
- Des hypothèses de non cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : *Rev. des soc.* 1999, p. 273 s.
- La mise à disposition de salariés : *Dr. soc.* 2011, p. 656 s.

VEDEL (G.),

- Démocratie politique, démocratie économique, démocratie sociale : *Dr. soc.* 1947, p. 41 s.
- Comparaison du régime juridique des élections sociales et du régime juridique des élections politiques : *Rev. fr. de sciences pol.* 1953, p. 231 s.

VERICEL (M.),

- Définition du travail effectif : *RDT 2016, p. 349 s.*

VERKINDT (P.-Y.),

- La nullité du contrat de travail : *RDTSS 1994, n° 20, p. 1 s.*
- Les allocations de décès et d'invalidité sont soumises à cotisations sociales : *RDSS 2001, p. 535 s.*
- Du statut des bourses d'études versées par l'employeur : *RDSS 2002, p. 534.*
- Le travail à temps partagé (L. n°2005-882, 2 août 2005, art. 22) ou « Pourquoi faire simple quand... » : *JCP S 2005, 1118.*
- L'égalité au risque de la diversité : *APD 2008, p. 141 s.*
- Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux. Petite chronique d'humeur pour commencer pour l'année : *JCP S 2009, act. 41.*
- L'entreprise, *in* Les notions fondamentales du droit du travail : *EPA 2009, p. 43 s.*
- Les élections professionnelles dans l'entreprise : *Dr. soc. 2009, p. 648 s.*
- La représentation du personnel dans les groupes de société : *Dr. soc. 2010, p. 771 s.*
- La collectivité de travail ou la « belle inconnue » : *Dr. soc. 2012, p. 1006 s.*
- A propos du télétravail et du télétravailleur... : *Cah. DRH 2012, n° 187.*
- La construction du contrat, *in* Le temps en droit du travail : *EPA 2017, p. 87 s.*

VIGOUROUX (C.),

- Présomption d'innocence, *in* Mél. J.-P. Costa : *Dalloz 2011, p. 657 s.*

VILLEY (M.),

- Préface historique : *APD 1981, p. 1 s.*

WACHSMANN (P.),

- « Qualification », *in* Le dictionnaire de la culture juridique, dir. D. ALLAND et S. RIALS : *PUF 2003, 1^{ère} éd., p. 1277.*

WAQUET (P.),

- La prime d'intéressement peut-elle être réduite pour fait de grève ? : *Dr. soc. 1991, p. 952 s.*
- Le renouveau du contrat de travail : *RJS 5/1999 n° 95, p. 383.*
- Le temps de repos : *Dr. soc. 2000, p. 288 s.*
- Le principe d'égalité en droit du travail : *Dr. soc. 2003, p. 276 s.*
- Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir : *RDT 2006, p. 304 s.*

WAUQUIER (V.),

- La validité des clauses de variation de la rémunération : *D. 2003, p. 391 s.*

WICKER (G.),

- Le nouveau droit commun de la représentation : *D. 2016, p. 1942 s.*

WOLMARK (C.),

- Quelle place pour le travail dans le droit du travail : *Dr. soc. 2016, p. 439 s.*

ZENATI (F.),

- Préface à La force de travail : *Litec, 1992, p. 1*
- L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil : *D. 2002, p. 15 s.*

AVIS, CONCLUSIONS, NOTES, OBSERVATIONS

ANCIAUX (N.),

- note sous Soc. Avis, 3 avr. 2019, pourvoi n° 19-70.001 : *JCP G 2019, 487.*
- note sous CA Montpellier, 6 juin 2019, RG n°15/07625 : *BJT 2019, p. 10.*

ARSEGUEL (A.), COURET (A.),

- note sous Soc. 25 févr. 1993 : *JCP E 1993, II, 505.*

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.),

- note sous Civ. 2^{ème}, 24 janv. 2013, pourvoi n° 11-26.946, Bull. II, n° 16 : *JCP S 2013, 1187.*

AUZERO (G.),

- note sous Soc. 8 janvier 2003, inédit, pourvoi n° 00-46736 : *Hebdo édition sociale n°55 du 23 janvier 2003, n° N5558AA4.*
- obs.sous Com. 15 mars 2011, pourvoi n° 10-13.824, Bull. IV, n° 39 : *RDT 2011, p. 306.*

BARBIERI (J.-F.),

- note sous Soc., 16 sept. 2008 : *RDS 2009, p. 102.*

BEAUGENDRE (S.),

- note sous Civ. 3^{ème}, 22 févr. 2005 : *D. 2006. p. 2972.*

BELLESCIZE DE (D),

- note sous Cons. const. 6 mars 2011, n° 2011-128 QPC : *Constitutions 2011, p. 396.*

BOULMIER (D.),

- obs. sous Soc. 18 mars 2007, pourvoi n° 07-40.835, Bull. V, n° 67 : *Dr. ouv. 2008, p. 302.*

BOUSEZ (F.),

- note sous Soc. 30 mai 2007, pourvoi n° 05-41.802, inédit : *JCP S 2007, 1810.*
- note sous Soc. 9 mai 2019 : pourvoi n° 17-27.493, Bull. V, à paraître : *JCP S 2019, 1210.*

CHENU (D.),

- note sous Soc. 15 avr. 2015, pourvoi n° 14-20.200 : *JCP S 2015, 1292.*

CIZAIRE (C.),

- note sous Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2014, pourvoi n° 13-24.384, inédit : *rev. Construction, urbanisme 2015, comm. 44.*

CORRIGNAN-CARSIN (D.),

- note sous Soc. 21 nov. 2000 : *JCP G, 2001, II, 10468, n° 4.*

COLIN (A.),

- note sous Civ. 15 mai 1907 : *DP 1907, I, p. 370.*

DAVERAT (X.),

- note sous Cass. soc., 17 avr. 1996 : *JCP G 1997, II, 22762.*

DEUMIER (P.),

- obs. sous Soc. avis, 17 juill. 2019, pourvoi n° 19-70.010 : *RTD civ. 2019, p. 59.*

FAGES (B.),

- obs. sous Com. 15 mars 2011, pourvoi n° 10-13.824, Bull. IV, n° 39 : *RTD civ. 2011*, p. 348.

FAVENNEC (F.),

- obs. sous Soc. 7 juin 2006, pourvoi n° 04-45.846, Bull. V, n° 209 : *Dr. soc. 2006*, p. 926.

FERRIES (S.),

- note sous Soc. 26 avril 2000 : *JCP E 2001*, p. 472.

GAUDRAT (P.),

- note sous Civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015, pourvoi n° 13-23.566, Bull. I, n° 11 : *RTD com. 2015*, p. 307.

GAURIAU (B.),

- obs. sous Soc. 18 mai 1999 : *Dr. soc. 1999*, p. 736.

GREVY (M.),

- obs. sous Soc. 13 nov. 2008, pourvoi n° 06-44.608, Bull. V, n° 211 : *RDT 2009*, p. 117.

HAMELIN (J.-F.),

- note sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 2020, pourvoi n° 18-17.721, Bull. I, à paraître : *LEDC juill. 2020*, n° 113f8, p. 7.

HAUSER (J.),

- obs. sous Soc. 8 oct. 1996 : pourvoi n° 93-44.672, Bull. V, n° 317 : *RTD civ. 1997*, p. 633.

HIEZ (D.),

- chron. sous CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 avril 2013, JurisData n° 12/04737 : *JCP E 2015*, 1607, n° 8.

HUGLO (J.-G.),

- note sous CJCE 25 juill. 1991 Stoeckel : *D. 1991*, p. 443.

INES (B.),

- note sous Com. 15 mars 2011, pourvoi n° 10-13.824, Bull. IV, n° 39 : *D. 2011*, p. 1261.

JOSTE (M.),

- note sous TGI Saverne 2 juill. 2014, n° 14/0043 : *CSB 2014*, n° 268, p. 646.

LAHALLE (T.),

- note sous Soc. 18 mars 2007, pourvoi n° 07-40.835 : *JCP S 2008*, 1327.

LAIGRE (P.),

- obs. sous Soc. 12 oct. 1995, pourvoi n° 93-16.993, Bull. V, n° 270 : *Dr. soc. 1996*, p. 438.

LAROQUE (P.),

- concl. pour le Gouvernement dans le cadre d'un recours contre une sentence arbitrale en date du 25 mars 1939 : *Gaz. pal. 1939*, p. 904 s.

MARTIN (D.),

- note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 1981 : *D. 1982 p. 481.*

MAZEAUD (A.),

- obs. sous Soc. 15 juin 1999, pourvoi n° 96-44772, Bull. V, n° 279 : *Dr. soc. 1999, p. 843.*

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.),

- obs. sous Civ. 27 novembre 1958 : *RTD civ. 1959, p. 732.*

MAZIERE (A.),

- obs. sous Soc. 25 juin 2013, pourvoi n° 12-13.968, Bull. V, n° 165 : *Dr. ouv. 2014, p. 100.*

MESTRE (J.),

- obs. sous Soc. 8 oct. 1996, pourvoi n° 93-44.672, Bull. V, n° 317 : *RTD civ. 1997, p. 655.*

MORIN (C.),

- note sous Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2010, pourvoi n° 09-14.364, Bull. II, n° 132 : *JCP S 2011, 1424.*

MORVAN (P.),

- note sous Soc. 27 mai 2009, pourvoi n° 08-42.555, Bull. V, n° 136 : *JCP S 2009, 1357.*

PATAUT (E.),

- note sous CJUE 29 mars 2012 aff. C-7/10 et 9-10 : *Rev. crit. DIP 2012, p. 917.*

PECAUT-RIVOLIER (L.),

- obs. sous Soc. 14 avril 2010, pourvoi n° 09-60.367, Bull. V, n° 99 : *Dr. soc. 2010, p. 721.*

PELISSIER (J.),

- obs. sous Soc. 22 mars 2006, pourvoi n° 04-48.264, Bull. V, n° 118 : *RDT 2006, p. 21-22.*

PETTITI (J.-C.),

- note sous CJCE, 2 août 1993, *Lévy : D. 1993, p. 577.*

PIC (P.),

- note sous Civ. 6 juillet. 1931 : *D. I. 121.*

PICCA (G.), SAURET (A.),

- note sous Soc. 21 nov. 2000, pourvoi n° 98-41.788, Bull. V, n° 383 : *LPA 2001, n° 73, p. 4.*

RADE (C.),

- obs. sous ass. plén. 26 janv. 2001, pourvoi n° 99-11.758, Bull. AP, n° 2 : *Dr. soc. 2001, p. 460.*

RAYMOND (G.),

- note sous Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2014, pourvoi n° 13-24.384, inédit ; *CCC 2015, comm. 103.*

SAINT-JOURS (Y.),

- note sous Soc. 18 janv. 1979, pourvoi n° 77-13.381, Bull. n° 58 : *JCP E 1979, 19203.*

- note sous 25 mars 1985, pourvoi n° 83-13.596, Bull. V, n° 209 : *D. 1985*, p. 476.
- note sous Soc. 11 mai 1988, pourvoi n° 86-18.667, Bull. V, n° 287 : *D. 1988*, p. 550.
- note sous Ass. Plén. 8 janvier 1993, pourvoi n° 87-20.036, Bull. AP, n° 2 : *JCP G 1993, II*, 22010.
- note sous Soc. 2 déc. 1993, pourvoi n° 91-16.576, Bull. V, n° 302 : *JCP G 1994*, 22278.

SAVATIER (J.),

- obs. sous Cass. soc. 16 juillet 1964 : *Dr. soc. 1965*, p. 106.
- obs. sous Mixte 25 oct. 1968, pourvoi n° 66-60.055, Bull. ch. Mixte, n° 1 ; *Dr. soc. 1969*, p. 176.
- obs. sous Soc. 24 mars 1993, pourvoi n° 88-42.887, Bull. V, n° 98 : *Dr. soc. 1993*, p. 746.
- obs. sous Soc. 8 oct. 1996, pourvoi n° 93-44.672, Bull. V, n° 317 : *Dr. soc. 1997*, p. 89.

SAVATIER (R.),

- note sous Civ. 27 juill. 1937 : *D. 1938, I*, 5.

SCHAEFFER (E.),

- note sous Soc. 13 janv. 1972, Bull. n° 28 : *D. 1972*, p. 425.

SOULEAU (H.),

- note sous Civ. 3^{ème}, 19 avril 1972, Bull. civ. n° 247 : *D. 1973, I*, p. 205.

STOFFEL-MUNCK (P.),

- note sous Com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21.172, inédit : *D. 2002*, p. 1974 s.
- note sous Com. 6 mai 2002, pourvoi n° 99-14.093, Bull. IV, n° 81 : *JCP G 2002*, 10146.

TAQUET (F.),

- note sous Soc. 14 oct. 2015, pourvoi n° 14-10.960, Bull. V, n° 295 : *JSL 2015*, n° 399-400, p. 27.

TOURNAUX (S.),

- obs. sous Soc. 3 juin 2009, pourvois n° 08-40.981 et a., Bull. V, n° 141 : *Dr. soc. 2009*, p. 588.

VACHET (G.),

- note sous Soc. 11 mai 1988, pourvoi n° 86-18.667, Bull. V, n° 287 : *JCP E 1988, II*, 15345.

VATINET (R.),

- note sous Civ. 2^{ème}, 20 sept. 2005, pourvoi n° 03-30.709, Bull. V, n° 223 : *JCP S 2005*, 1417.

VERDIER (J.-M.),

- note sous Mixte 25 oct. 1968, pourvoi n° 66-60.055, Bull. ch. Mixte, n° 1 : *JCP 1971*, 2422.

VERON (M.),

- note sous Crim. 23 févr. 2005, pourvoi n° 03-87.387, inédit : *Dr. pén. 2005*, n° 6, comm. 98.

- note sous Crim. 5 oct. 2005, pourvoi n° 04-85.448, inédit : *Dr. pén. 2006, n° 1, comm. 15.*

WAQUET (P.),

- obs. sous Soc. 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 01-01.395, Bull. V, n° 129 : *Dr. soc. 2003. p. 651.*

RAPPORTS

COMMISSION DES COMPTES DE LA SECURITE SOCIALE

- Rapport de septembre 2014.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL,

- La place du travail : *Doc. fr. 2003*.

COUR DE CASSATION,

- Rapport annuel 2004, La vérité : *Doc. fr. 2005*.
- Rapport annuel 2008, Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation : *Doc. fr. 2009*.
- Rapport annuel 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation : *Doc. fr. 2009*.
- Rapport annuel 2014, Le temps : *Doc. fr. 2015*.
- Rapport annuel 2018, Le rôle normatif de la Cour de cassation : *Doc. fr. 2018*.

DARES,

- Résultats, Les licenciements et les ruptures conventionnelles des contrats des salariés protégés, principaux indicateurs : mars 2017, n° 018, disponible en ligne <http://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2017-018.pdf>.

GOLLAC (M.), GUYOT (S.), VOLKOFF (S.),

- A propos du travail soutenable : *Rapport de recherche du centre d'études de l'emploi, 2008*.

GUIDE DE L'EPARGNE SALARIALE,

- https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/guide_es-juin2014_maj-10-juillet2014.pdf, 2014.

TABLE DE JURISPRUDENCE

ARRÊTS DE LA CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION

Avant 1977

- Soc. 28 juin 1951, pourvoi n° 51-01.661, Bull. n° 524.
- Soc. 31 mai 1957 : *Dr. soc. 1956, p. 489.*
- Soc. 27 nov. 1958 : Bull. IV, n° 1259.
- Soc. 11 janv. 1962 : *JCP 1962, II, 12564.*
- Soc. 9 nov. 1965 : Bull. n° 767.
- Soc. 31 mai 1967.
- Soc. 3 juillet 1967 : Bull. n° 544.
- Soc. 2 déc. 1971 : pourvoi n° 71-60235, Bull. n° 709.
- Soc. 13 janv. 1972, Bull. n° 28.
- Soc. 17 déc. 1974 : pourvoi n° 74-60.121, Bull. n° 617.
- Soc. 14 mai 1975 : pourvoi n° 73-14.938, Bull. n° 261.

1977

- Soc. 27 janvier. 1977, n° 75-14.797, Bull. n° 72.
- Soc. 11 mai 1977 : pourvoi n° 76-10.231, Bull. n° 310.
- Soc. 6 juill. 1977 : pourvoi n° 77-60.512, Bull. n° 472.
- Soc. 20 juillet 1977 : pourvoi n° 77-60.543, Bull. V, n° 496.

1978

- Soc. 10 mai 1978 : pourvoi n° 78-60.049, Bull. n° 347

1979

- Soc. 18 janv. 1979 : pourvoi n° 77-13.381, Bull. n° 58.
- Soc. 10 oct. 1979 : Bull. V, n° 704.
- Soc. 11 oct. 1979 : pourvoi n° 78-10.471, Bull. V, n° 730.

1980

- Soc. 24 janv. 1980 : pourvoi n° 78-15.145, Bull. n° 83.
- Soc. 18 avril 1980 : pourvoi n° 78-60.800, Bull. V, n° 329.
- Soc. 25 juin 1980 : pourvoi n° 79-40.292, Bull. V, n° 557.
- Soc. 22 juillet 1980 : pourvoi n° 80-60.024, Bull. n° 672.
- Soc. 3 oct. 1980 : pourvoi n° 79-40.129, Bull. V, n° 704.

1981

- Soc. 12 fév. 1981 : pourvoi n° 79-15.344, Bull. n° 134.
- Soc. 25 juin 1981 : pourvoi n° 79-42.240, Bull. V, n° 604.
- Soc. 15 oct. 1981 : pourvoi n° 80-14.681, Bull. n° 796.
- Soc. 16 déc. 1981 : pourvoi n° 79-41.300, Bull. V, n° 968.

1982

- Soc. 18 mars 1982 : Bull. V, n° 182.
- Soc. 5 mai 1982 : pourvoi n° 81-12.424, inédit.

1983

- Soc. 5 oct. 1983 : pourvoi n° 80-42.218, Bull. n° 474.
- Soc. 7 déc. 1983 : pourvoi n° 81-41.626, Bull. civ. n° 592.

1984

- Soc. 12 déc. 1984 : pourvoi n° 83-10.113, Bull. V, n° 490. 1985

1985

- Soc. 7 janv. 1985, n° 82-41427, Bull. V, n° 3.
- Soc. 13 févr. 1985 : pourvoi n° 82-41.899, Bull. V, n° 109.
- Soc. 13 mars 1985 : pourvoi n° 84-60.731, Bull. V, n° 172.
- Soc. 25 mars 1985 : pourvoi n° 83-13.596, Bull. V, n° 209.
- Soc. 20 nov. 1985 : pourvoi n° 84-11.727, Bull. IV, n° 547

1986

- Cass. Soc. 3 juillet 1986 : pourvoi n° 84-42.978, Bull. V, n° 346.
- Soc. 20 novembre 1986 : pourvoi n° 84-43.243, Bull. V, n° 555.1987

1987

- Soc. 8 oct. 1987 : Bull. V, n° 541.

1988

- Soc. 7 janvier 1988 : pourvoi n° 84-42.448, Bull. V, n° 10.
- Soc. 4 févr. 1988 : pourvoi n° 84-43.429, Bull. V, n° 91.
- Soc. 11 mai 1988 : pourvoi n° 86-18.667, Bull. V, n° 287.
- Soc. 14 déc. 1988 : pourvoi n° 86-10.310, inédit.

1989

- Soc. 6 juin 1989 : pourvoi n° 86-40.349, Bull. V, n° 426.
- Soc. 21 juin 1989 : pourvoi n° 86-18.717, Bull. V, n° 460.
- Soc. 13 juill. 1989 : pourvoi n° 86-43.373, inédit.

1990

- Soc. 11 janvier 1990 : pourvoi n° 87-16.181, Bull. V, n° 10.
- Soc. 23 janv. 1990 : pourvoi n° 86-43.817, Bull. V, n° 21.
- Soc. 20 mars 1990 : pourvoi n° 89-61.448, inédit.
- Soc. 28 mars 1990 : pourvoi n° 87-43.744, inédit.
- Soc. 24 avril 1990 : pourvoi n° 87-44.817, inédit.
- Soc. 10 juill. 1990 : pourvoi n° 86-42.819, Bull. V, n° 361.
- Soc. 9 oct. 1990 : pourvoi n° 88-19.804, Bull. V, n° 419.

- Soc. 25 oct. 1990 : pourvoi n° 87-14.869, inédit.
- Soc. 29 nov. 1990 : pourvoi n° 87-40.184, Bull. V, n° 597.
- Soc. 12 déc. 1990 : *Dr. soc. 1991, p. 463.*
- Soc. 20 déc. 1990 : pourvoi n° 88-44.505, inédit.

1991

- Soc. 12 févr. 1991 : pourvoi n° 87-45.259, Bull. V, n° 61.
- Soc. 7 mars 1991 : pourvoi n° 88-20.309, inédit.
- Soc. 21 mars 1991 : pourvoi n° 88-20.222, inédit.
- Soc. 17 avril 1991, pourvoi n° 88-40.121, Bull. V, n° 200.
- Soc. 17 avr. 1991 : pourvoi n° 90-42.636, Bull. V, n° 201.
- Soc. 15 mai 1991 : pourvoi n° 90-60.483, Bull. V, n° 240
- Soc. 10 juill. 1991 : pourvoi n° 89-43.147, Bull. V, n° 349.
- Soc. 12 nov. 1991 : pourvoi n° 90-43.801, inédit.
- Soc. 27 nov. 1991 : pourvoi n° 88-43.161, Bull. V, n° 537.

1992

- Soc. 11 Mars 1992 : pourvois n° 91-60.160 et n° 91-60.163, Bull. V, n° 174.
- Soc. 1 avril 1992 : pourvoi n° 88-45.752, Bull. V, n° 233.
- Soc. 8 avr. 1992 : pourvoi n° 90-41.276 ; Bull. V, n° 256.
- Soc. 8 avril 1992 : pourvoi n° 91-60.264, Bull. V, n° 263.
- Soc. 8 avril 1992 : pourvoi n° 90-60.531, Bull. V, n° 264.
- Soc. 9 juin 1992 : pourvoi n° 89-18.539, Bull. V, n° 373.
- Soc. 9 juill. 1992 : pourvoi n° 90-16.427, inédit.
- Soc. 9 juill. 1992 : pourvoi n° 91-42.039, inédit.
- Soc. 12 nov. 1992, n° 89-45.090, inédit.

1993

- Soc. 8 janvier 1993 : pourvoi n° 87-20.036, Bull. AP, n° 2.
- Soc. 4 fév. 1993 : pourvoi n° 91-14.075, inédit.
- Soc. 4 fév. 1993 : pourvoi n° 91-14.438, Bull. V, n° 46.
- Soc. 24 févr. 1993 : pourvoi n° 91-60.313, inédit.
- Soc. 25 fév. 1993 : pourvoi n° 90-17.628, Bull. V, n° 71.
- Soc. 17 mars 1993 : pourvoi n° 89-41.974, inédit.
- Soc. 24 mars 1993 : pourvoi n° 88-42.887, Bull. V, n° 98.
- Soc. 27 mai 1993 : pourvoi n° 91-14.639, inédit.
- Soc. 16 nov. 1993 : *Dr. soc. 1994, p. 35.*
- Soc. 1^{er} déc. 1993 : pourvoi n° 92-60.278, Bull. V, n° 300.
- Soc. 2 déc. 1993 : pourvoi n° 91-16.576, Bull. V, n° 302.
- Soc. 2 déc. 1993 : pourvoi n° 91-16.576, Bull. V, n° 302.

1994

- Soc. 13 janvier 1994 : pourvoi n° 91-10.149, inédit.
- Soc. 27 janv. 1994 : pourvoi n° 91-20.294, inédit.
- Soc. 10 févr. 1994 : pourvoi n° 91-18.391, inédit.
- Soc. 17 févr. 1994 : pourvoi n° 91-20.945, inédit.
- Soc. 17 mai 1994 : pourvoi n° 93-60.329, inédit.

- Soc. 21 juin 1994 : pourvoi n° 93-40.362, inédit.
- Soc. 2 nov. 1994 : pourvoi n° 94-60.053, inédit.

1995

- Soc. 12 avr. 1995 : pourvoi n° 92-12.373, Bull. V, n° 131.
- Soc. 13 avr. 1995 : pourvoi n° 93-15.295, Bull. V, n° 138.
- Soc. 12 juill. 1995 : pourvoi n° 93-12.775, Bull. V, n° 243.
- Soc., 12 oct. 1995 : pourvoi n° 93-16.993, Bull. V, n° 270.
- Soc. 9 nov. 1995 : pourvoi n° 93-20.784, inédit.

1996

- Soc. 17 avr. 1996 : pourvoi n° 94-17.315, inédit.
- Soc. 9 mai 1996 : pourvoi n° 93-21.888, Bull. V, n° 182.
- Soc. 13 mai 1996 : pourvoi n° 95-60.738, inédit.
- Soc. 23 mai 1996 : pourvoi n° 94-15.177, Bull. V, n° 200.
- Soc. 30 mai 1996 : pourvoi n° 94-17.170, inédit.
- Soc. 10 juillet 1996 : pourvoi n° 93-41.137, Bull. V, n° 278.
- Soc. 8 oct. 1996 : pourvoi n° 93-44.672, Bull. V, n° 317.
- Soc. 13 nov. 1996 : pourvoi n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386.
- Soc. 17 déc. 1996 : pourvoi n° 92-44.203, inédit.

1997

- Soc. 23 janv. 1997 : pourvoi n° 95-15.134, inédit.
- Soc. 13 févr. 1997 : pourvoi n° 95-16.648, Bull. V, n° 63.
- Soc. 24 avril 1997 : pourvoi n° 95-18.039, Bull. V, n° 145.
- Soc. 6 mai 1997 : pourvoi n° 94-42.012, inédit.
- Soc. 14 mai 1997 : pourvoi n° 94-41.814, Bull. V, n° 170.
- Soc. 18 juill. 1997 : pourvoi n° 94-20.586, inédit.
- Soc. 14 mai 1997 : pourvoi n° 94-41.814, Bull. V, n° 170.
- Soc. 18 juin 1997 : pourvoi n° 94-43.985, Bull. V, n° 229.
- Soc. 1er juill. 1997 : pourvoi n° 94-45.102, Bull. V, n° 240.
- Soc. 28 oct. 1997 : pourvoi n° 94-42.054, Bull. V, n° 340.

1998

- Soc. 3 mars 1998 : pourvoi n° 95-41.610, Bull. V, n° 113.
- Soc. 24 mars 1998 : pourvoi n° 95-44.738, Bull. V, n° 171.
- Soc. 25 mars 1998 : pourvoi n° 95-45.503, inédit.
- Soc. 3 juin 1998 : pourvoi n° 95-41.744, inédit.
- Soc. 9 juin 1998 : pourvoi n° 97-60.307, Bull. V, n° 312.
- Soc. 18 juin 1998 : pourvoi n° 96-18.605, inédit.
- Soc. 24 juin 1998 : pourvoi n° 97-60.077, Bull. V, n° 341.
- Soc. 1^{er} juill. 1998 : pourvoi n° 87-10.667, Bull. V, n° 388.
- Soc. 16 juill. 1998 : pourvoi n° 97-43.484, Bull. V, n° 394.
- Soc. 20 oct. 1998 : pourvoi n° 95-44.290, Bull. V, n° 435.
- Soc. 26 nov. 1998 : pourvoi n° 96-19.367, inédit.
- Soc. 2 déc. 1998 : pourvoi n° 96-44.258, Bull. V, n° 535.

1999

- Soc. 13 janvier 1999 : pourvoi n° 97-40.353, inédit.
- Soc. 3 févr. 1999 : pourvoi n° 97-40606 ; Bull. V, n° 56.
- Soc. 16 févr. 1999 : pourvoi n° 96-45.565, Bull. V, n° 74.
- Soc. 30 mars 1999 : pourvoi n° 96-42.912, Bull. V, n° 142.
- Soc. 1 avril 1999 : pourvoi n° 97-12.912 et 97-12.990, Bull. V, n° 149.
- Soc. 1^{er} juin 1999 : pourvoi n° 96-44.955, Bull. V, n° 254.
- Soc. 15 juin 1999 : pourvoi n° 96-44772, Bull. V, n° 279.
- Soc. 5 oct. 1999 : pourvoi n° 97-42.882, inédit.
- Soc. 10 nov. 1999, pourvoi n° 97-42.487, inédit.
- Soc. 23 nov. 1999 : pourvoi n° 97-42.979, Bull. V, n° 454.

2000

- Soc. 26 avril 2000 : pourvoi n° 97-44.241, Bull. V, n° 152.
- Soc. 2 mai 2000 : pourvoi n° 99-60.085, Bull. V, n° 163.
- Soc. 18 juill. 2000 : pourvoi n° 99-60.353, Bull. V, n° 299.
- Soc. 21 nov. 2000 : pourvoi n° 98-41.788, Bull. V, n° 383.
- Soc. 28 nov. 2000 : pourvoi n° 98-20.700, inédit.
- Soc. 19 déc. 2000 : pourvoi n° 98-40.572 : Bull. V, n° 437.

2001

- Soc. 16 janvier 2001 : pourvoi n° 98-44.647, Bull. V, n° 10.
- Soc. 27 févr. 2001 : pourvoi n° 99-40.219, Bull. V, n° 60.
- Soc. 24 janv. 2001 : pourvoi n° 99-40.596, inédit.
- Soc. 6 févr. 2001 : pourvoi n° 98-46.345, Bull. V, n° 43.
- Cass. Soc. 13 mars 2001 : pourvoi n° 99-40.110, Bull. V, n° 84.
- Soc. 9 mai 2001 : pourvoi n° 98-46.158, Bull. V, n° 155.
- Soc. 22 mai 2001 : pourvoi n° 99-12.902, Bull. V, n° 179.
- Soc. 29 mai 2001 : pourvoi n° 98-46.341, Bull. V, n° 183.
- Soc. 27 juin 2001 : pourvoi n° 99-42.801, inédit.
- Soc. 3 juill. 2001 : pourvoi n° 99-41.738, Bull. V, n° 244.
- Soc. 23 oct. 2001 : pourvoi n° 99-43.379, inédit.
- Soc. 27 nov. 2001 : pourvoi n° 00-60.252, Bull. V, n° 364.

2002

- Soc. 28 févr. 2002 : pourvoi n° 00-41.220, Bull. V, n° 82.
- Soc. 20 mars 2002 : pourvoi n° 00-60.315 ; Bull. V n° 95.
- Soc. 20 mars 2002 : pourvoi n° 00-60.176, Bull. V, n° 97.
- Soc. 11 avril 2002 : pourvoi n° 00-13.023, Bull. V, n° 125.
- Soc. 30 avril 2002 : pourvoi n° 00-41526, inédit.
- Soc. 12 juin 2002 : pourvoi n° 01-60.058, Bull. V, n° 204.
- Soc. 2 juill. 2002 : pourvoi n° 00-13.111, Bull. V, n° 229.
- Soc. 10 juillet 2002 : pourvoi n° 00-42.368, inédit.
- Soc. 26 sept. 2002 : pourvoi n° 01-60.708, Bull. V, n° 286.
- Soc. 10 oct. 2002 : pourvoi n° 01-60.723, inédit.
- Soc. 29 oct. 2002 : pourvoi n° 00-14.787, Bull. V, n° 324.

- Soc. 5 déc. 2002 : pourvoi n° 01-20.943, inédit.

2003

- Soc. 8 janvier 2003, inédit : pourvoi n° 00-46736.
- Soc. 15 janv. 2003 : pourvoi n° 01-40.939, inédit.
- Soc., 28 janv. 2003, pourvoi n° 00-46.745, inédit.
- Soc. 6 mars 2003 : pourvoi n° 01-20.939, inédit.
- Soc. 18 mars 2003 : pourvoi n° 01-41.343, inédit.
- Soc. 20 mars 2002 : pourvoi n° 00-60.315, Bull. V, n° 95.
- Soc. 26 mars 2003 : pourvoi n° 02-60.372, inédit.
- Soc. 1^{er} avril 2003 : pourvoi n° 01-01.395, Bull. V, n° 129.
- Soc. 10 juin 2003 : pourvoi n° 01-40.985, Bull. V, n° 192.
- Soc. 9 juillet 2003 : pourvoi n° 01-41.326, Bull. V, n° 230.
- Soc. 16 septembre 2003 : pourvoi n° 02-300.11, inédit.
- Soc. 23 sept. 2003 : pourvoi n° 01-44.159, inédit.
- Soc. 29 oct. 2003 : pourvoi n° 02-60.632, inédit.
- Soc. 17 déc. 2003 : pourvoi n° 02-60.394, inédit.
- Soc. 17 déc. 2003 : pourvoi n° 01-46.251, Bull. V, n° 317.

2004

- Soc. 23 mars 2004 : pourvoi n° 01-45.225, inédit.
- Soc. 5 mai 2004, pourvoi n° 02-41.871, inédit.
- Soc. 26 mai 2004 : pourvoi n° 03-60.125, Bull. V, n° 140.
- Soc. 30 juin 2004 : pourvoi n° 02-41.720, Bull. V, n° 187.
- Soc. 29 sept. 2004 : pourvoi n° 02-40.027, Bull. V, n° 234.

2005

- Soc. 15 mars 2005 : pourvoi n° 03-41.371, Bull. V, n° 88.
- Soc. 18 mai 2005 : pourvoi n° 03-40.579, inédit.
- Soc., 12 juillet 2005 : pourvoi n° 03-43.354, Bull. V, n° 243.
- Soc. 18 oct. 2005 : pourvoi n° 04-30.194, inédit.
- Soc. 1^{er} déc. 2005 : pourvoi n° 04-41.277, Bull. V, n° 348.
- Soc. 7 déc. 2005 : pourvoi n° 04-46.625, Bull. V, n° 359.

2006

- Soc. 25 janv. 2006 : pourvoi n° 04-42.124, inédit.
- Soc. 2 févr. 2006 : pourvoi n° 04-12.336, Bull. V, n° 52.
- Soc. 15 mars 2006 : pourvoi n° 04-47.379, Bull. civ. V, n° 110.
- Soc. 22 mars 2006 : pourvoi n° 04-48.264, Bull. V, n° 118.
- Soc. 23 mai 2006 : pourvoi n° 05-60.119, Bull. V, n° 182.
- Soc. 7 juin 2006 : pourvoi n° 04-45.846, Bull. V, n° 209.
- Soc. 20 juin 2006 : pourvoi n° 04-4.932, Bull. V, n° 219.
- Soc. 14 sept. 2006, pourvoi n° 05-11.840, Bull. V, n° 234.
- Soc. 15 nov. 2006 : pourvoi n° 04-47.156, Bull. V, n° 340.

2007

- Soc. 28 févr. 2007 : pourvoi n° 06-60.171, Bull. V, n° 34.
- Soc. 18 mars 2007, pourvoi n° 07-40.835, Bull. V, n° 67.
- Soc. 30 mai 2007 : pourvoi n° 05-41.802, inédit.
- Soc. 13 juin 2007 : pourvoi n° 04-44.551, inédit.
- Soc. 20 juin 2007 : pourvoi n° 03-47.587, inédit.
- Soc. 18 oct. 2007 : pourvoi n° 06-44.251, Bull. V, n° 163.
- Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.795, inédit.

2008

- Soc. 1^{er} avril 2008 : pourvoi n° 07-60.287, Bull. V, n° 77.
- Soc. 10 juin 2008 : pourvoi n° 06-46.000, Bull. V, n° 130.
- Soc. 11 sept. 2008 : pourvoi n° 07-18.792, Bull. II, n° 194.
- Soc. 16 sept. 2008 : pourvoi n° 07-20.444, Bull. V, n° 161.
- Soc. 24 sept. 2008 : pourvoi n° 07-40.717, inédit.
- Soc. 29 oct. 2008, pourvoi n° 07-44766, Bull. V, n° 206.
- Soc. 13 nov. 2008 : pourvoi n° 07-60.465, Bull. V, n° 218.
- Soc. 13 nov. 2008 : pourvoi n° 06-44.608, Bull. V, n° 211.
- Soc. 13 nov. 2008 : pourvoi n° 08-60.331, Bull. V, n° 220.
- Soc. 16 déc. 2008 : pourvoi n° 07-43.875, Bull. V, n° 255.

2009

- Soc. 13 janv. 2009 : pourvoi n° 06-45.562, Bull. V, n° 4.
- Soc. 13 janv. 2009 : pourvoi n° 06-46.208, Bull. V, n° 12.
- Soc. 21 janv. 2009 : pourvoi n° 07-43.452, Bull. V, n° 15.
- Soc. 28 janv. 2009 : pourvoi n° 07-45.481, Bull. V, n° 26.
- Soc. 31 mars 2009 : pourvoi n° 08-60.494, Bull. V, n° 96.
- Soc. 9 avril 2009 : pourvoi n° 08-60.577, inédit.
- Soc. 18 mai 1999 : pourvoi n° 96-44.315, Bull. n° V, n° 219.
- Soc. 27 mai 2009 : pourvoi n° 08-42.555, Bull. V, n° 136.
- Soc. 3 juin 2009 : pourvoi n° 08-40981, 08-40982, 08-40983, 08-41712, 08-41713, 08-41714 ; Bull. V, n° 141.
- Soc. 24 juin 2009 : pourvoi n° 07-45.245, inédit.
- Soc. 16 sept. 2009 : pourvoi n° 08-42.816, inédit.
- Soc. 17 sept. 2009 : pourvoi n° 08-12.071, Bull. V, n° 220.
- Soc. 21 oct. 2009, pourvoi n° 08-42.544, inédit.
- Soc., 10 nov. 2009, n° 08-40.088, Bull. V, n° 254.

2010

- Soc. 20 janvier 2010 : pourvoi n° 08-42.207, Bull. V, n° 15.
- Soc. 28 janv. 2010 : pourvoi n° 08-21.783, Bull. II, n° 23.
- Soc. 18 fév. 2010 : pourvoi n° 08-20.547, inédit.
- Soc. 14 avril 2010 : pourvoi n° 09-60.367, Bull. V, n° 99.
- Soc. 26 mai 2010 : pourvoi n° 09-60.400, Bull. V, n° 114.
- Soc. 7 juillet 2010 : pourvoi n° 09-41.281, inédit.
- Soc. 15 sept. 2010 : pourvoi n° 08-45.050, Bull. V, n° 181.
- Soc. 22 sept. 2010 : pourvoi n° 09-60.454, Bull. V, n° 196.
- Soc. 20 oct. 2010 : pourvoi n° 08-40.822, Bull. V, n° 239.

- Soc. 9 nov. 2010 : pourvoi n° 09-42.967, inédit.
- Soc. 16 nov. 2010 : pourvoi n° 09-69.485, Bull. V, n° 258.
- Soc. 30 nov. 2010 : pourvoi n° 08-70.390, Bull. V, n° 270.
- Soc. 14 déc. 2010 : pourvoi n° 10-60.221, Bull. V, n° 292.

2011

- Soc. 5 janvier 2011 : pourvoi n° 10-10.685, Bull. V, n° 1.
- Soc. 26 janv. 2011, pourvoi n° 09-43.193, Bull. V, n° 32.
- Soc. 1^{er} février 2011 : pourvoi n° 09-67.959, inédit.
- Soc. 8 juin 2011 : pourvoi n° 10-14.650, Bull. V, n° 140.
- Soc. 8 juin 2011, pourvoi n° 09-67051, Bull. V, n° 142.
- Soc. 22 juin 2011 : pourvoi n° 09-69.021, inédit.
- Soc. 28 sept. 2011 : pourvoi n° 10-27.374, Bull. V, n° 201.
- Soc. 6 oct. 2011 : pourvoi n° 11-60.035, Bull. V, n° 228.
- Soc. 25 oct. 2011 : pourvoi n° 10-15.560, inédit.
- Soc. 3 nov. 2011 : pourvoi n° 10-14.702, Bull. V, n° 246.
- Soc. 9 nov. 2011 : pourvoi n° 10-25.766, Bull. V, n° 254.
- Soc. 7 déc. 2011 : pourvoi n° 10-30.222, Bull. V, n° 289

2012

- Soc. 25 janv. 2012, n° 10-26.502, inédit.
- Soc. 8 févr. 2012 : pourvoi n° 11-14.802, Bull. V, n° 60.
- Soc. 21 mars 2012, pourvoi n° 10-15.553, Bull. V, n° 103.
- Soc. 27 mars 2012 : pourvoi n° 95-42.419, inédit.
- Soc. 27 mars 2012 : pourvoi n° 11-14.223, Bull. V, n° 108.
- Soc. 16 mai 2012 : pourvoi n° 10-17726, Bull. V, n° 151.
- Soc. 20 juin 2012 : pourvoi n° 11-60.228, inédit.
- Soc. 4 juillet 2012 : pourvoi n° 11-12.045, Bull. V, n° 211.
- Soc. 4 juill. 2012 : pourvoi n° 11-60.229, Bull. V, n° 214.
- Soc. 26 sept. 2012 : pourvoi n° 11-11.247, inédit.
- Soc. 10 oct. 2012 : pourvoi n° 11-10.455, Bull. V, n° 258.
- Soc. 14 nov. 2012 : pourvoi n° 11-22.644, inédit.
- Soc. 5 déc. 2012 : pourvoi n° 12-13.828, Bull. V, n° 323.

2013

- Soc. 17 avril 2013 : pourvoi n° 12-14.635, inédit.
- Soc. 24 avr. 2013 : pourvoi n° 12-11.825, Bull. V, n° 110.
- Soc. 25 juin 2013 : pourvoi n° 12-13.968, Bull. V, n° 165.
- (Soc. 26 juin 2013 : pourvoi n° 12-13.368, inédit.
- Soc. 16 oct. 2013 : pourvoi n° 13-11324, Bull. V, n° 237.
- Soc. 23 oct. 2013 : pourvoi n° 12-14.237, Bull. V, n° 248.
- Soc. 29 oct. 2013 : pourvoi n° 12-22.447, Bull. V, n° 252.

2014

- Soc. 22 janvier 2014 : pourvoi n° 12-13.966, inédit.
- Soc. 29 janv. 2014 : pourvoi n° 12-15.925, inédit.

- Soc. 2 juill. 2014 : pourvoi n° 13-15.208, Bull. V, n° 159.
- Soc. 9 juill. 2014 : pourvoi n° 13-11.906, Bull. V, n° 183.
- Soc. 29 sept. 2014 : pourvoi n° 13-13.661, Bull. V, n° 209.
- Soc. 30 sept. 2014 : pourvoi n° 13-16.297, Bull. V, n° 219.
- Soc. 15 oct. 2014 : pourvoi n° 11-22.251, Bull. V, n° 241.
- Soc. 15 oct. 2014 : pourvoi n° 12-29.235, Bull. V, n° 242.

2015

- Soc. 3 mars 2015 : pourvoi n° 13-23.857, inédit.
- Soc. 15 avr. 2015 : pourvoi n° 14-20.200, inédit.
- Soc. 9 juin 2015 : pourvoi n° 13-26.834, inédit.
- Soc. 23 sept. 2015 : pourvoi n° 14-26.262, Bull. V, n° 216.
- Soc. 23 sept. 2015 : pourvoi n° 14-26.262, Bull. V, n° 216.
- Soc. 14 oct. 2015 : pourvoi n° 14-10.960, Bull. V, n° 295.
- Soc. 28 oct. 2015 : pourvoi n° 14-15.262, Bull. V, n° 391.
- Soc. 4 nov. 2015 : pourvoi n° 13-14.411, inédit.
- Soc. 8 déc. 2015 : pourvoi n° 14-17.759, inédit.

2016

- Soc. 12 janv. 2016 : pourvoi n° 13-26.318, Bull. V, n° 6.
- Soc. 3 nov. 2016 : pourvoi n° 15-18.444, Bull. V, n° 206.
- Soc. 23 nov. 2016 : pourvoi n° 15-21.942, Bull. V, n° 224.
- Soc. 7 déc. 2016 : pourvoi n° 14-27.232, Bull. V, n° 234.

2017

- Soc. 25 janv. 2017 : pourvoi n° 14-26.071, Bull. V, n° 15.
- Soc. 1^{er} févr. 2017 : pourvoi n° 16-10.459, Bull. V, n° 18.
- Soc. 1^{er} mars 2017 : pourvoi n° 15-28.641, inédit.
- Soc. 9 mars 2017 : pourvoi n° 15-14.416, inédit.
- Soc. 4 mai 2017 : pourvoi n° 16-18.297, inédit.
- Soc. 12 oct. 2017 : pourvoi n° 16-18.836, inédit.
- Soc. 22 nov. 2017 : pourvoi n° 13-19.855, Bull. V, n° 200.

2018

- Soc. 9 mai 2018 : pourvoi n° 17-14.088, Bull. V, à paraître.
- Soc. 6 juin 2018 : pourvoi n° 17.27.175, Bull. V, à paraître.
- Soc. 6 juin 2018 : pourvoi n° 17-14.372, Bull. V, à paraître.
- Soc. 11 juillet 2018 : pourvoi n° 17-12.747, Bull. V, à paraître.
- Soc. 26 sept. 2018 : pourvoi n° 17-11.102, Bull. V, à paraître.
- Soc. 14 nov. 2018 : pourvoi n° 17-20.659, Bull. V, à paraître.
- Soc. 21 nov. 2018 : pourvoi n° 16-27.690, Bull. V, à paraître.
- Soc., 28 nov. 2018 : pourvoi n° 17-15.379, Bull. V, à paraître.
- Soc. 19 déc. 2018 : pourvoi n° 18-23.655, Bull. V, à paraître.

2019

- Soc. 30 janvier 2019 : pourvoi n° 17-23.851, inédit.

- Soc. 30 janvier 2019 : pourvoi n° 17-27.240, inédit
- Soc. 9 mai 2019 : pourvoi n° 17-27.493, Bull. V, à paraître.
- Soc. 26 juin 2019 : pourvoi n° 17-28.328, Bull. V, à paraître.

2020

- Soc. 4 mars 2020 : pourvoi n° 19-13.316, Bull. V, à paraître.
- Soc. 8 juill. 2020 : pourvoi n° 18-23.743, Bull. V, à paraître.

ARRÊTS DE LA CHAMBRE COMMERCIALE DE LA COUR DE CASSATION

- Com. 19 déc. 1962 : Bull. n° 523.
- Com. 21 janv. 2004 : pourvoi n° 01-01.129 ; Bull. IV n° 13.
- Com. 3 nov. 2004 : pourvoi n° 00-14.271, inédit.
- Com. 22 févr. 2005 : pourvoi n° 03-11.027, Bull. IV, n° 35.
- Com. 12 nov. 2008 : pourvoi n° 07-19.298, inédit.
- Com. 15 mars 2011 : pourvoi n° 10-13.824, Bull. IV, n° 39.
- Com. 12 févr. 2013 : pourvoi n° 12-12.898, inédit.
- Com. 9 juill. 2013 : pourvoi n° 12-22.157, Bull. IV, n° 121.
- Com. 4 oct. 2016 : pourvoi n° 15-15.996, inédit.

ARRÊTS DE LA CHAMBRE CRIMINELLE DE LA COUR DE CASSATION

- Crim. 29 déc. 1949.
- Crim. 3 juill. 1951 : *D. 1951. p. 542.*
- Crim. 22 nov. 1956.
- Crim. 18 juill. 1968 : pourvoi n° 67-91.361, Bull. crim., n° 233.
- Crim. 26 juin 1974 : pourvoi n° 74-90.152, Bull. crim., n° 240.
- Crim. 10 oct. 1977 : pourvoi n° 77-90.459, Bull. crim., n° 298.
- Crim. 3 juillet 1980 : pourvoi n° 79-91.742, Bull. crim., n° 215.
- Crim. 27 janv. 1987, n° 84-95.098, Bull. crim., n° 46.
- Crim. 10 juin 1991 : pourvoi n° 90-85.003, Bull. crim., n° 247.
- Crim. 15 oct. 1991 : pourvoi n° 90-87.520, inédit.
- Crim. 8 avril 1999 : pourvoi n° 98-81.505, inédit.
- Crim. 10 avril 1997 : pourvoi n° 96-82.336, Bull. crim., n° 137.
- Crim. 11 mai 2004 : pourvoi n° 03-85.521, Bull. crim., n° 117.
- Crim. 23 févr. 2005 : pourvoi n° 03-87.387, inédit
- Crim. 5 oct. 2005 : pourvoi n° 04-85.448, inédit.
- Crim. 16 juin 2011 : pourvoi n° 10-85.079, Bull. crim., n° 134.
- Crim. 12 nov. 2015 : pourvoi n° 14-82.765, Bull. crim., n° 252

ARRÊTS DE LA CHAMBRE CIVILE, DE LA CHAMBRE DES REQUÊTES ET DE LA PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION

- Req. 13 févr. 1872 : *DP 1872, I, 187.*
- Civ. 15 févr. 1888, *Sté Le Languedoc c. Guilhem* : *DP 1888, I, 203*
- Civ. 7 juill. 1905, *Leduc c. Burlot.*

- Civ. 4 août 1915 : *DP 1916, I, 22.*
- Req. 12 déc. 1922 : *DP 1924, I, 186.*
- Civ. 6 juill. 1931 : *D. I, p. 121.*
- Civ. 27 nov. 1933 : *Gaz. Pal. 1934, p. 132.*
- Civ. 7 fév. 1934 : *Gaz. Pal. 1934, p. 652.*
- Civ. 3 déc. 1934 : *DH 1934, p. 84.*
- Civ. 1^{ère}, 19 févr. 1975 : pourvoi n° 73-11.042, Bull. n° 72.
- Civ. 1^{ère}, 24 févr. 1981 : Bull. I, n° 65.
- Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995 : pourvoi n° 93-19.142, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993 : pourvoi n° 91-12.131, Bull. I, n° 42.
- Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1998 : pourvoi n° 96-11.223, Bull. I, n° 15.
- Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998 : pourvoi n° 96-21.485, Bull. I, n° 300.
- Civ. 1^{ère}, 6 nov. 2002, pourvoi n° 99-21.203, Bull. I, n° 258.
- Civ. 1^{ère}, 10 déc. 2002, pourvoi n° 99-20.719, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2004, pourvoi n° 01-13.906, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2013 : pourvoi n° 12-25.763, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2014 : pourvoi n° 13-24.384, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015 : pourvoi n° 13-23.566, Bull. I, n° 11.
- Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2015 : pourvoi n° 14-20.760 et n° 14-21.873, Bull. I, n° 538.
- Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2016 : pourvoi n° 14-28.034, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2016 : pourvoi n° 15-14.059, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 25 mars 2020 : pourvoi n° 18-17.721, Bull. I, à paraître.

ARRÊTS DE LA DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION

- Civ. 2^{ème}, 30 nov. 1961 : pourvoi n° 59-11.962, Bull. II, n° 818.
- Civ. 2^{ème}, 25 févr. 1966 : Bull. civ., n° 273.
- Civ., 2^{ème}, 13 janv. 1988 : pourvoi n° 86-18.317 ; Bull. II, n° 12.
- Civ. 2^{ème}, 12 sept. 2003 : pourvoi n° 12-23.520, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 16 sept. 2003 : pourvoi n° 02-30.011, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 18 oct. 2005 : pourvoi n° 04-30.194, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 20 sept. 2005 : pourvoi n° 03-30.709, Bull. II, n° 223.
- Civ. 2^{ème}, 11 sept. 2008 : pourvoi n° 07-18.792, Bull. II, n° 194.
- Civ. 2^{ème}, 17 sept. 2009 : pourvoi n° 08-21.005, Bull. II, n° 218.
- Civ. 2^{ème}, 14 janvier 2010 : pourvoi n° 09-12.361, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 28 janv. 2010 : pourvoi n° 08-21.783, Bull. II, n° 23.
- Civ. 2^{ème}, 12 mai 2010 : pourvoi n° 09-13.634, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2010 : pourvoi n° 09-14.364, Bull. II, n° 132.
- Civ. 2^{ème}, 22 sept. 2011 : pourvoi n° 09-15.756, Bull. II, n° 171.
- Civ. 2^{ème}, 24 janv. 2013, pourvoi n° 11-26.946, Bull. II, n° 16.
- Civ. 2^{ème}, 12 sept. 2013 : pourvoi n° 12-23.530, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 23 mars 2017 : pourvoi n° 15-25.585, Bull. II, n° 61.

ARRÊTS DE LA TROISIÈME CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION

- Civ. 3^{ème}, 19 avril 1972 : Bull. civ. n° 247.

- Civ. 3^{ème}, 13 oct. 2004 : pourvoi n° 03-12.035, Bull. III, n° 170.
- Civ. 3^{ème}, 22 févr. 2005 : pourvoi n° 05-12.032, Bull. III, n° 46.
- Civ. 3^{ème}, 15 oct. 2013 : pourvoi n° 12-23.126, inédit.
- Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2015 : pourvoi n° 14-25.523, Bull. III, n° 582.
- Civ. 3^{ème}, 9 mai 2019 : pourvoi n° 18-17.334, Bull. III, à paraître.

ARRÊT DE LA CHAMBRE MIXTE DE LA COUR DE CASSATION

- Mixte 25 oct. 1968 : pourvoi n° 66-60.055, Bull. ch. Mixte, n° 1.

ARRÊTS DE L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DE LA COUR DE CASSATION

- Ass. Plén. 28 janv. 1972 : pourvoi n° 70-13.261, Bull. AP, n° 1.
- Ass. plén. 29 févr. 1980 : pourvoi n° 79-60.051, Bull. AP, n° 2.
- Ass. Plén. 4 mars 1983 : pourvoi n° 81-15.290, Bull. AP, n° 3.
- Ass. Plén. 5 nov. 1993 : pourvoi n° 92-60.595, Bull. AP, n° 14.
- Ass. Plén. 8 déc. 2000 : pourvoi n° 97-44.219, Bull. AP, n° 11.
- Ass. plén. 26 janvier 2001 : pourvoi n° 99-11.758, Bull. AP, n° 2.
- Ass. Plén. 26 janv. 2001 : pourvoi n° 99-13.397, Bull. AP, n° 2.
- Ass. Plén. 14 avr. 2006, pourvoi n° 02-11.168, Bull. AP, n° 5.
- Ass. plén. 25 juin 2014 : pourvoi n° 13-28.369, Bull. AP, n° 1.

DÉCISIONS DE JURIDICTIONS DU FOND

- Rennes, 9 mai 1871, *Deschamps c. Dano*.
- Rouen, 5 juin 1871, *Milon c. Tilloy-Delaune et comp.*
- Rouen, 26 juin 1871 : *Rungeard et Cottard c. Gaillard et comp.*
- Req. 7 mai 1872, *Moutet c/ Samuel et a.*
- Caen, 2 févr. 1915.
- Caen, 24 févr. 1915, *Le Goadet c. Gosselin*.
- Trib. com. de la Seine, 15 juin 1915, *SA Carbonisation c. Saint-Gobain*.
- Bordeaux, 10 janv. 1917, *Aquitaine c. Ravand*.
- Nancy, 20 juin 1918 *Malinen c. Calm.c*
- CA Paris, 11 juin 1987.
- Paris, 14 mai 1993, Juris-Data n° 1993-021694.
- CA Versailles 28 juin 1994 : *RJS 11/94, n° 1259, p. 757*.
- CA Paris 5 oct. 1994 : *RJS 1995, n° 280*.
- Paris, 4 déc. 1998, RG n° S/96/43294.
- CA Grenoble, 13 nov. 2002, RG n° 02/02794.
- CA Versailles 7 juill. 2010, RG n° 09/00325.
- CA Dijon 5 mai 2011, RG n° 10/00527.
- CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 avril 2013, JurisData n° 12/04737.
- CA Lyon, 21 févr. 2014, RG n° 12/06988.
- TGI Saverne 2 juill. 2014, RG n° 14/0043.
- CA Colmar 19 avril 2016, RG n° 14/05932.
- CA Colmar 26 janv. 2017, RG n° 15/00486.

- TI Chartres, 9 mars 2017, RG n° 11-17000066.
- TI Puteaux, 2 juin 2017, RG n° 12-17000127.
- CA Nîmes 20 juin 2017, RG n° 16/00137.
- CA Besançon 15 sept. 2017, RG n° 16/01761.
- CA Aix en Provence 15 sept. 2017, RG n° 16/15782.
- CA Montpellier, 29 janvier 2020, RG n° 16/02350.
- CA Montpellier, 6 juin 2019, RG n° 15/07625.
- CA Montpellier, 16 oct. 2019, RG n° 17/01722.
- TJ Clermont-Ferrand 30 juin 2020, RG n° 20/00316.
- CA Montpellier, 16 sept. 2020, RG n° 17/00448.
- CA Montpellier, 4 nov. 2020, RG n° 16/00320.

DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const., 17 janv. 1979, n° 78-101, DC : *JORF 19 janv. 1978, p. 173.*
- Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132, DC : *JORF 17 janv. 1982, p. 299.*
- Cons. const., 18 nov. 1982, n° 82-146, DC : *JORF 19 nov. 1982, p. 3475.*
- Cons. const., 8 août 1985, n° 85-196, DC : *JORF 8 août 1985, p. 9125.*
- Cons. const., 23 août 1985, n° 85-197, DC : *JORF 24 août 1985, p. 9814.*
- Cons. const., 18 nov. 1986, n° 86-218, DC : *JORF 19 nov. 1986, p. 13769.*
- Cons. const., 7 juill. 1987, n° 87-227, DC : *JORF 8 juill. 1987, p. 7456.*
- Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325, DC : *JORF 18 août 1993, p. 11722.*
- Cons. const., 2 juill. 1996, n° 86-208, DC : *JORF 3 juill. 1986, recueil p. 78.*
- Cons. const., 6 nov 1996, n° 96-383, DC : *JORF 13 nov. 1996, p. 16531*
- Cons. const., 10 janv. 2001, n° 2000-438, DC : *JORF 16 janv. 2001, p. 784.*
- Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545, DC : *JORF 31 déc. 2006, p. 20320.*
- Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568, DC : *JORF 21 août 2008, p. 13079.*
- Cons. const., 18 févr. 2010, n° 602-2010, DC : *JORF 24 févr. 2010, p. 3385.*
- Cons. const., 6 mars 2011, n° 2011-128, QPC : *JORF 7 mars 2011, p. 7852.*
- Cons. const., 14 juin 2013, n° 2013-320/321, QPC : *JORF 16 juin 2013, p. 10025.*
- Cons. const., 26 juill. 2013, n° 2013-333 QPC : *JORF 28 juill. 2013, p. 12663.*
- Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC : *JORF, 7 août 2015, p. 13616.*
- Cons. const., 19 janv. 2018, n° 2017-686, QPC : *JORF 20 janv. 2018, texte n° 75.*
- Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761, DC : *JORF 31 mars 2018, texte n° 2*
- Cons. const., 20 déc. 2019, n° 2019-794, DC : *JORF 26 déc. 2019, texte n° 2.*

DÉCISIONS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

- CJCE 17 oct. 1989, Danfoss, aff. C.-109/88 : *Rec. p. 3220.*
- CJCE 25 juill. 1991 *Stoeckel*, aff. C-345/89 : *Rec. p. 4062.*
- CJCE 2 août 1993 *Lévy*, aff. C-158/91 : *Rec. p. 4287.*
- CJCE 13 mars 1997, aff. C-197/96 : *Rec. p. 1489.*
- CJCE 3 oct. 2006, aff. C-17/05, *Cadman* : *Rec. p. 9583.*
- CJCE 13 sept. 2007, aff. C-458/05 : *Rec. p. 7301.*
- CJUE 21 oct. 2010, aff. n° C-242/09, *Albron Caterin* : *Rec. p. 10309.*

DÉCISIONS DU CONSEIL D'ÉTAT

- CE 29 juin 1983 : n° 37591.
- CE 30 mai 2016 : n° 386798.
- CE 7 déc. 2017 : n° 406760, 408221 et 408226.

Index

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

Absence du salarié, 513, 562, 563

Abstraction, 17, 174 s.

Accident de travail, 287

Ancienneté, 40, 42, 106, 113, 202, 385, 398, 436

Appartenance

- A l'entreprise (définition), 200, 204, 578
- De fait, 51 et s.
- Dérivée, 225, 227, 247 s., 255
- En général, 4 et s.
- Juridique, 5 et s.
- Lien avec le contrat, 59 et s., 66, 144
- Objectivité, 63, 67, 198
- Primaire, 206, 207, 255

Assistance à l'entretien préalable, 515

Barème, 106, 115

Catégories juridiques, 201

Catégories professionnelles, 104

Cession de contrat, 149

Circonscriptions politiques, 477

Clause de mobilité, 550 s.

Clause de variabilité, 377

Co-emploi, 251

Cogestion, 13

Collectivité de travail, 13, 202, 534

Collèges électoraux, 451, 452, 472, 473

Comité d'entreprise, 425

Comité social et économique, 426

Commissions, 363,

Communauté de travail, 14, 202, 234, 254, 264, 533 s.

Compétence du conseil de prud'hommes, 64, 65

Comptes,

- épargne temps, 48
- compte personnel d'activité, 48
- compte personnel de formation, 111

Concurrence entre salariés, 516 s.

Conscience, 540

Contractualisme, *V. Entreprise (Théorie contractualiste)*

Contrat d'association, 525

Contrat de travail

- A durée déterminée, 151, 202
- Apparent, 169
- Critères, 126
- Notion, 9, 10, 524

Contrat d'intérêt commun, 525

Contrat relationnel, 526

Contrat saisonnier, 114

Contribution du salarié, 541

Conseil d'entreprise, 427

Corps électoral

- Expression, 430
- Délimitation,
v. Electorat/Eligibilité

Cotisations sociales

- Assiette, 30 et s.
- Nature juridique, 46
- Notion, 29

Délégation (heures de), 48

Délégués du personnel, 425

Détention provisoire, 289, 305, 325, 560

Doctrine, 17

Documents appartenant à l'entreprise,
511

Don de jours de congés, 505 s.

Droit électoral politique, 463

Droit de tirages sociaux, 48 s.

Droit du travail

- Particularisme, 18

Économie sociale et solidaire, 565

Effectifs, 169, 232 s.,

Egalité

- Abstraite, 412
- Concrète, 412
- par tête, 413

- dans le scrutin, 447 s.
- de valeur, 416
- devant le scrutin, 418 s.

Élections professionnelles, 165, 421,

Électorat / Éligibilité du salarié, 115,
235 s.,

- comité social et économique,
433 s.
- référendum, 441 s.

Emploi, 41, 42

Entreprise

- Activité, 268
- Bouversement de ses
frontières, 87
- Cercle, 103, 155, 414, 579
- Désorganisation, 135
- Notion, 11 et s., 266, 267, 579
- Personnalité juridique, 13
- Plurale, 134 s.
- Théorie institutionnaliste, 14,
578
- Théorie contractualiste, 14,
578

Essai (période d'-), 339

Établissement, 13

Exception d'inexécution, 308 s.

Expérience professionnelle, 104 et s.

Fiction, 175

Force de travail, 14, 131 et s.,

Force majeure, 312 s.

Force obligatoire, 329

Formation professionnelle, 111 et s.

Gouvernance d'entreprise, 271

Grève

- Grève de solidarité, 501
- Grève du salarié mis à disposition, 225
- Grève tournante, 135
- Retenue sur salaire, 359
- Suspension du contrat de travail, 288

Groupe, 13, 114

Harcèlement moral, 340

Heures supplémentaires, 371

Horizontalité, 156

Hypothèse logique, 17, 437

Identité, 193 s.

Industrie, 79

Intégration étroite et permanente, 116, 228 s., 246, 254

Intéressement, 378 s.

Insertion dans l'entreprise, 229

Institution, *V. Entreprise (Théorie institutionnaliste)*.

Invalidité, 57

Invention du salarié, 369 s.

Juste

- Définition négative, 320 s.
- Définition positive, (impossibilité) 319 s.

Jurisprudence, 33

Liberté d'entreprendre, 334

Licenciement

- Indemnité de-, 106
- Pour faute, 510 s., 561 s.
- Pour motif économique, 552 s.

- Pour motif personnel, 558 s.
- Ordre des, 554 s.

Lien

- Contractuel, 261
- D'entreprise, 156, 578
- D'instance, 158
- De droit, 42, 145 et s.
- De salariat, 39

Liste électorale, 435 s.

Maladie du salarié, 287, 559

Masse salariale, 245, 246

Mise à disposition, 169, 212 s., 253

Mutation, *V. clause de mobilité*

Nationalité

- Concurrence de la résidence, 50, 52
- Modèle d'appartenance, 6, 79, 169, 201, 580
- Notion, 6 et s., 84, 145

Négociation collective, 543 s.

Obligation

- de faire, 83, 333
- de résultat, 130
- de sécurité 223, 229
- de soin, 520
- de loyauté, 343
- secondaires, 342 s.

Ordre juridique, 197

Participation (aux résultats de l'entreprise), 386 s.

Participation (principe de), 265, 458

Place, 159, 160,

Position, *V. Place*.

Présence du salarié, 120 s.

Présomption, 199

Prime

- D'objectifs, 364
- De productivité, 364
- De saint Eloi, 61

Principe général du droit électoral
(absence de), 450, 460

Principe « un homme, une voix »

- En politique, 459 s.
- En entreprise, 476 s.

Propriété originaire du travail, 100

Qualification juridique

- en général, 192
- de contrat de travail, 9, 199

Qualification professionnelle, 110

Qualité juridique

- abstraction, 174 s., 187
- caractères, 177 s.
- définition, 153 s., 173, 180, 190
- double qualité, 569
- fausse qualité, 179
- lien avec le contrat, 160, 203
- pluralité, 184 s.
- procédurale, 158
- reconnaissance, 192

Qualité de salarié

- autonomie, 170, 200, 201
- lien avec le contrat, 169, 199, 578
- notion, 160, 181, 184, 195, 198
- reconnaissance, 196 s.
- suspension du contrat de travail, 298
- unicité dans la mise à disposition, 225, 250, 252

Référendum dans l'entreprise

- Notion, 428
- Cas, 429

Relation de travail

- Doctrine allemande, 14, 578
- Transfert de contrats de travail, 257 s.

Relation synallagmatique, 37

Rémunération

- Du salarié à temps partiel, 105, 490
- Logique synallagmatique, 355 s., 366 s.
- Notion (sécurité sociale), 30
- Notion (droit du travail), 350
- Proportionnalité, 359, 384
- Salaire de base, 355

Répartition proportionnelle des sièges

- Comité d'entreprise européen, comité de société européenne, et comité de la société coopérative européenne, 453
- Comité social et économique, 454 s., 461

Représentation, 467 s.

Résolution (du contrat), 303 s.

Retraite, 56

Revenu universel, 390 s.

Salarié

- Assimilation, 199
- Mis à disposition, v. Mise à disposition
- Notion, 9, 10, 579
- Salarié-individu, 527

Science juridique, 77, 90

Secours, 48, 60 et s.

Sentiment (d'appartenance), 5, 85, 194, 394, 483, 540

Sièges (répartition), 452, 454, 457, 476 s.

Société coopérative, 567

Société coopérative de production, 187, 568

Solidarité,

- Notion, 497 s.
- Solidarité incidente (existence), 548 s.
- Solidarité sociétaire (existence), 571 s.
- Solidarité spontanée (inexistence), 508 s.

Stock-options, 186

Subordination, 9, 10, 119, 127 et s., 251

Substance, 188

Sujet de droit, 189

Suspension du contrat de travail, 149, 168, 281 s., 296, 299

Temps de travail effectif, 118 et s.

Théorie de « l'employeur seul juge », 270, 579

Tirage, V. *Droits de tirage sociaux*

Transfert du contrat de travail, 149, 341

Travail

- A temps partiel, 409, 487 s.
- « A travail égal, salaire égal », 115, 135
- Activité contrainte, 82
- Aliéné, 94
- Anthropologie, 76
- Bénévole, 395
- Capitalisé, 45 et s.
- Centralité, 85
- Économie, 76
- *Facio*, 83, 135
- Geste travail, 88, 135, 204, 482, 578, 579
- Improductif, 96 Théologie, 76, 83
- Invisible, 392
- Psychologie, 76
- Sociologie, 76
- Travail égal, 5, 135, 415
- Valeur travail, 134 s., 345, 396

Verticalité, 156

Votations professionnelles

- Appréhension, 408
- Notion, 418, 419

Table des matières

Remerciements	6
Liste des abréviations.....	7
Sommaire.....	11
Introduction.....	12
§1 Les mots	15
I. L'appartenance	15
II. Le salarié	28
III. L'entreprise	32
§2 Le mode	44
Partie 1 : Ce qui fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise	53
<i>Titre 1 : La dissociation d'avec le travail.....</i>	<i>55</i>
Chapitre 1 : Manifestation.....	56
Section 1 : L'origine prétorienne de l'expression de l'appartenance à l'entreprise.....	56
§ 1 La voie ouverte par le législateur.....	57
I. L'assiette des cotisations sociales	57
II. Les sommes versées à l'occasion du travail	59
§ 2 La construction jurisprudentielle	62
I. L'appartenance à l'entreprise affirmée.....	62
II. L'appartenance à l'entreprise concurrencée	68
§ 1 L'hypothèse abandonnée d'un travail capitalisé.....	72
I. La cotisation.....	73
II. Les droits de tirages sociaux	74
§ 2 L'hypothèse confirmée d'un détachement du travail.....	79
I. Absence d' « appartenance de fait » par la présence du salarié dans l'entreprise	80
A. La présence du salarié dans l'entreprise	80
B. Inadéquation d'une éventuelle « appartenance factuelle » à l'appartenance à l'entreprise	82
1. L'avantage consenti à l'ayant droit.....	83
2. L'avantage consenti au salarié retraité.....	84
3. L'avantage consenti au salarié invalide	85
4. Explication commune	88
II. Existence d'une appartenance juridique par le contrat.....	89
A. La notion de secours : raisonnement <i>a contrario</i>	89
B. Compétence du conseil de prud'hommes : raisonnement par analogie	95
Chapitre 2 : Démarcation	99
Section 1 : Identifier le travail pour cerner <i>a contrario</i> l'appartenance du salarié à l'entreprise.....	100
§1 : La définition du travail	101
I. La diversité des définitions du travail	101
A. Diversité des définitions extra-juridiques.....	102
B. Diversité de ses manifestations juridiques.....	104
II. La recherche d'une définition générale du travail	109
§2 : La place du travail dans l'entreprise.....	114
Section 2 : Relativiser le travail pour autoriser l'appartenance du salarié à l'entreprise	119
§1 : La défiance envers le travail.....	120
I. La défiance conceptuelle.....	120
A. Le travail en tant que fin.....	120
1. Le travail aliéné.....	121

2. Le travail improductif	123
B. Le travail en tant que moyen	125
II. La défiance contextuelle.....	127
§2 : L'insuffisance de la notion de travail	132
I. Inscription dans l'espace-temps	132
A. L'inscription dans l'espace : la qualification professionnelle	133
1. La formation professionnelle	135
2. L'expérience dans l'entreprise	137
B. L'inscription dans le temps : le travail effectif.....	141
1. La définition du temps de travail effectif.....	141
2. La balance entre le travail et la présence	143
II. Compétition de la subordination	146
A. Le critère du contrat de travail : le travail... oui mais dirigé.....	147
1. L'insuffisance du critère-travail.....	147
2. La prééminence du critère-subordination	148
B. L'objet du contrat de travail : le travail... oui mais objectif	150
III. L'indétermination de la valeur travail	155
<i>Titre 2 : La révélation de la qualité de salarié</i>	<i>161</i>
Chapitre 1 : L'appartenance primaire.....	163
§1. Le lien contractuel : un lien de droit.....	164
I. Le lien de droit	164
II. Le lien contractuel.....	168
§2. Le dépassement du lien de droit : la qualité.....	172
I. Le nécessaire dépassement du lien salarié - employeur	172
II. L'extension de la qualité	177
A. L'exemple du lien d'instance	177
B. L'extension de la place.....	179
§1. La mobilisation de la qualité de salarié	182
I. Le recours à la qualité de salarié par la jurisprudence.....	182
A. Dans le cadre des élections professionnelles	182
B. En dehors du cadre des élections professionnelles	183
II. La liaison entre la qualité de salarié et le contrat de travail.....	185
§2. La signification de la qualité de salarié	188
I. La qualité, une manière d'être.....	189
A. Une condition juridique objective	190
1. Abstraction.....	190
2. Caractères	193
a. Caractère particulier.....	193
b. Caractère concentrique	196
A. Un découpage juridique.....	199
1. Pluralité de qualités.....	199
a. La succession de qualités.....	200
b. Le cumul de qualités	200
2. Conservation de la substance	204
II. La détention de la qualité de salarié	210
A. Qualité et identité	213
B. Qualité et reconnaissance juridique.....	215
1. La notion de reconnaissance en général.....	215
2. La reconnaissance du salarié en particulier.....	218
Chapitre 2 : L'appartenance dérivée	229
Section 1 : L'unicité de la qualité	230
§ 1 Appréhension de la mise à disposition	231
I. Définition de la mise à disposition	231
II. Justification de la mise à disposition	234
III. Recours à la mise à disposition	237
A. L'interdiction de principe de la mise à disposition.....	237
§2 Existence d'une qualité unique dans la mise à disposition	240
Section 2 : Le mécanisme de dérivation	246

§1 L'intégration	247
I. La situation ordinaire d'insertion dans l'entreprise	248
II. La notion spécifique d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail	250
A. L'inclusion dans les effectifs	251
B. La participation au scrutin professionnel	256
1. Electorat des salariés extérieurs	256
2. Eligibilité des salariés extérieurs	258
C. Le prix de cette conception réaliste	259
§2 Une dérivation	261
I. L'intégration n'est pas une deuxième forme d'appartenance à l'entreprise	262
A. Un mécanisme reposant sur une dérivation	262
B. Un mécanisme aux effets limités	266
II. L'intégration ne doit pas être une deuxième forme d'appartenance à l'entreprise	270
A. Le risque d'une consécration de la relation de travail	271
1. L'arrêt Albron	271
2. La « relation de travail », un cas de perte du lien contractuel	275
B. Une consécration injustifiée	277
1. Une réalité sociologique fantasmée	277
2. Une activité commune fantasmée	281
Partie 2 : Ce que fonde l'appartenance du salarié à l'entreprise	296
<i>Titre 1 : En raison de la qualité même</i>	297
Chapitre 1 : La suspension	298
Section 1 : L'identification de la notion de suspension	298
§1 : L'identification par l'approche fonctionnelle	302
I. La systématisation des causes de suspension	302
A. La suspension résultant d'une perturbation : conserver le salarié	303
B. La suspension résultant d'un congé : éloigner le salarié	306
II. Systématisation des finalités de la suspension	309
§2 : L'identification par l'approche ontologique	313
I. L'ontologie par comparaison en droit civil	314
A. La théorie de la suspension-résolution	314
B. La théorie de la suspension-exception d'inexécution	319
C. La théorie de la suspension-événement de force majeure	324
II. L'ontologie par détermination en droit du travail	329
A. Une inexécution	329
B. Une juste inexécution	333
1. L'adjectif	333
2. Le résultat de l'adjonction	337
Section 2 : La vérification du fondement de la suspension	340
§1 : Le rejet du fondement de la force obligatoire	340
§2 : Le fondement de l'appartenance du salarié à l'entreprise	344
I. La démonstration du fondement	344
A. Le dépassement de la fourniture de la prestation de travail	345
B. Compter en tant que tel	348
1. De lege lata : la continuité de droits et d'obligations	348
a. Le bénéfice de droits	349
b. Le maintien d'obligations	351
2. De lege ferenda : le développement de la suspension du contrat de travail	352
II. L'exportation du fondement ?	353
Chapitre 2 : La rémunération	360
Section 1 : Déclin de la rémunération-contrepartie du travail	363
§1 Le principe de la corrélation entre travail et rémunération	363
I. La logique synallagmatique : la récompense du travail réalisé	363
II. La mise en œuvre de la logique synallagmatique	365
A. Réduction de rémunération	365
B. Augmentation de la rémunération	367
§2 : L'atténuation de la logique synallagmatique	370

I.	La récompense d'un travail non réalisé.....	371
II.	La double récompense du travail réalisé.....	372
	Section 2 : Essor de la rémunération-contrepartie de la qualité de salarié.....	375
	§1 Les expressions de la rémunération collective, indifférente à la valeur du travail fourni par le salarié.....	376
I.	L'intéressement.....	376
A.	Intéressement par voie de clause.....	377
B.	Intéressement par voie d'accord.....	377
1.	Le principe d'une répartition collective et universelle.....	378
2.	La possibilité d'une répartition particulière.....	380
II.	La participation aux résultats de l'entreprise.....	383
	§2 La justification de la rémunération collective par l'appartenance du salarié à l'entreprise.....	385
I.	Escompter en raison de la qualité de salarié : <i>de lege lata</i>	386
A.	Le rejet d'autres causes.....	387
B.	La récompense de la qualité de salarié.....	391
II.	Escompter en raison de la qualité de salarié : <i>de lege lata</i>	393
	<i>Titre 2 : En raison de la même qualité</i>	397
	Chapitre 1 : L'égalité entre salariés.....	399
	Section préliminaire : De la possibilité d'une égalité générale dans l'entreprise.....	401
	§1 La notion d'égalité.....	401
	§2 La vitalité de la qualité juridique face à l'ordonnancement de l'entreprise.....	405
	Section 1 : Compter pour un dans l'urne.....	408
	§1 : Égalité devant le scrutin.....	408
I.	Le champ électoral.....	409
A.	L'élection des membres de la délégation du personnel du comité social et économique.....	410
1.	L'essor du vote.....	411
2.	La réduction des occasions de voter.....	414
B.	Le référendum.....	417
II.	Le corps électoral.....	422
A.	Le corps électoral de l'élection du comité social et économique conditionné de façon fondamentale à l'appartenance à l'entreprise.....	423
1.	Être salarié : l'exigence légale.....	423
2.	Appartenir à l'entreprise : l'exigence jurisprudentielle.....	425
a.	L'appartenance à l'entreprise, mention obligatoire de la liste électorale.....	426
b.	Compter pour un, devant le scrutin, par la détention de la qualité de salarié.....	428
B.	Le corps électoral du référendum conditionné exclusivement à l'appartenance à l'entreprise.....	430
1.	Principe : compter pour un par la détention de la qualité de salarié.....	431
2.	Exception : le renvoi à la notion d'électeur au sens des dispositions gouvernant l'élection.....	432
	§2 : Égalité dans le scrutin.....	436
I.	Absence de garantie d'égalité entre salariés.....	437
A.	Égalité entre salariés-électeurs.....	438
1.	Absence de règle juridique assurant la répartition proportionnelle des sièges au sein des collèges.....	439
a.	Comité d'entreprise européen, comité de société européenne et comité de la société coopérative européenne.....	441
b.	Comité social et économique.....	441
2.	Fondements juridiques pouvant assurer la répartition proportionnelle des sièges au sein des collèges.....	445
B.	Égalité entre salariés-candidats.....	448
II.	Proposition visant à l'établissement du principe d'égalité entre salariés.....	450
A.	Le droit politique, un droit de référence.....	450
1.	Une même condition fondamentale : l'appartenance juridique.....	452
2.	Un même résultat : la représentation.....	458
a.	La différence d'objet.....	459
b.	La similitude d'effet.....	462

i. L'indifférence quant à la différence de lieu et de portée de la représentation	462
ii. L'équivalence d'actions et de décisions établie par la représentation	466
B. La transposition en entreprise du principe démocratique « un homme, une voix ».....	469
1. Un homme, une voix.....	469
2. La déclinaison « un salarié, une voix ».....	474
Section 2 : Compter pour un en dehors de l'urne	480
§1. Le principe d'égalité de droits entre les salariés à temps partiel et à temps complet.....	482
I. Le principe d'égalité dans le travail à temps partiel	482
II. Le régime d'égalité : compter pour un en raison de la qualité de salarié	485
§2 Compter pour un : de lege ferenda	489
Chapitre 2 : La solidarité entre salariés	493
Section 1 : Absence de solidarité spontanée entre salariés	497
§1 De quelques dispositifs de solidarité spontanée.....	497
I. La grève de solidarité interne	499
II. Le don de jours de congés	500
§2 Absence de solidarité spontanée.....	502
I. La revue des hypothèses de solidarité spontanée	503
A. Assister un ou plusieurs autres salariés de l'entreprise.....	503
B. Ne pas desservir un ou plusieurs autres salariés de l'entreprise	509
II. Les obstacles au développement d'une solidarité spontanée.....	513
A. Absence de terrain naturel pour la solidarité	514
1. L'indépendance du salarié dans l'entreprise	514
a. Le contrat de travail, siège de l'individualisme	515
II découle de ces quatre raisons évoquées que le contrat relationnel n'a pas sa place en droit du travail et qu'aucune solidarité spontanée ne pourrait se développer par son entremise.....	520
b. La promotion du salarié-individu	520
2. L'absence de communauté.....	523
a. La notion juslaboriste de « communauté de travail »	524
b. Absence des caractères communautaires traditionnels.....	531
i. Absence de logique communautaire entre salariés.....	531
ii. Absence de critère communautaire entre salariés	532
B. Absence de lieu propice à la manifestation de la volonté du salarié.....	538
Section 2 : Existence d'une solidarité objective	541
§1 La solidarité incidente générée par la qualité unique de salarié.....	542
I. Dilution dans la collectivité du risque de mobilité et de licenciement	542
A. La mutation.....	543
B. Le licenciement pour motif économique	545
II. Absorption du risque de licenciement par la collectivité.....	549
A. Absence du salarié en raison de la suspension de son contrat de travail	550
B. Absence du salarié injustifiée ou refusée.....	553
§2 La solidarité sociétariaire générée par la double qualité du coopérateur	557
I. La coopérative	557
II. Le principe de la double qualité	561
Conclusion générale	570
Bibliographie	576
Index.....	647
Table des matières.....	653

Résumé : L'appartenance du salarié à l'entreprise

Si l'appartenance du salarié à l'entreprise possédait déjà une positivité en ce qu'elle était expressément mobilisée dans le discours du Droit, notamment par le juge du travail dans les contentieux relatifs aux élections professionnelles et à l'assiette des cotisations de sécurité sociale, elle n'avait jamais encore fait l'objet d'une définition. Cette étude en avance une pour la première fois. L'appartenance du salarié à l'entreprise se révèle à nos yeux par une dissociation d'avec la prestation de travail et traduit un rattachement à l'entreprise par la détention de la qualité de salarié générée par le contrat de travail. Il en ressort une notion juridique abstraite, formelle et objective, qui permet de renouveler la place, la position du salarié au sein de l'entreprise. Le salarié peut ainsi, du seul fait de son appartenance à l'entreprise, prétendre à une suspension de son contrat (l'amenant à *compter en tant que tel*), une rémunération additionnelle, (l'amenant à *escompter*), une égalité par tête (l'amenant à *compter pour un*), voire une solidarité objective (l'amenant à *compter sur l'autre*). Dans une relation de travail qui se focaliserait sur l'exécution de la prestation de travail, ces effets seraient inexplicables ; la systématisation de la notion d'appartenance à l'entreprise permet, au contraire, leur juste appréhension.

Mots-clefs : salarié ; entreprise ; contrat de travail ; lien de droit ; collectivité de travail ; communauté de travail ; qualité juridique ; travail ; nationalité ; rémunération ; élections professionnelles ; élections politiques ; suspension du contrat ; solidarité ; égalité ; temps partiel.

Abstract : Employee's belonging to the company

The terms “employee's belonging to the company” are used by Law, in particular within case-law regarding professional elections and the base of social security contributions. Nonetheless, “employee's belonging to the company” has never been properly defined. This thesis develops its definition for the first time. “Employee's belonging to the company” reveals itself through a dissociation with the notion of work. It represents a connecting factor to the company through the detention of the legal quality of employee created by the employment contract. “Employee's belonging to the company” can be characterized as an abstract, formal and objective notion. It contributes to reshape the employee's situation and role within the company. Because of it, the employee is eligible for suspension of his/her employment contract, additional compensation, equality in terms of election, and solidarity in an objective way. The legal theory of the working relationship fails to explain the previous rights and effects. Only the systematization of the notion of “employee's belonging to the company” does.

Keywords : employee ; company ; firm ; legal bond ; employment contract ; work community ; legal quality ; work ; citizenship ; remuneration ; professional elections ; political elections ; solidary ; equality ; employment contract suspension ; part-time work.