

LE CONTRAT DE TRAVAIL

RÉVISION DU LOUAGE DE SERVICE EN DROIT FRANÇAIS

Olivier THOLOZAN

Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie du droit

Abstract : *The legal concept review is often own features updating with social change . This paper would show how did rental agreement of service transfigure into contract of employment with industrialization. It emphasizes logic flaws of this legal concept.*

Dès l'ancien français, le verbe travailler renvoie à l'idée d'une transformation par l'effort. Travail évoque l'idée de tourment, de peine, d'effort¹. Cette occurrence traduit une prévention héritée de l'antiquité gréco-latine contre cette forme d'activité, uniquement envisagée comme activité manuelle. Le travail caractérise le statut servile ou une situation proche. Sous l'ancien régime, le travail fait déchoir de la noblesse, sommet de la hiérarchie trifonctionnelle.

En moyen français, l'idée de transformation efficace l'emporte sur celle de fatigue ou de peine chez celui qui parle de travailler. Au XVII^e siècle, l'expression significative « faire travailler son argent » commence à être utilisée. Elle préfigure une transformation sociale fondamentale de la société française. Il s'agit du passage d'une société de castes à une société de classe, assise sur une ascension sociale tirée de la détention de l'argent et non plus sur l'appartenance à une élite fermée².

Au XIX^e siècle, le mot travail désigne l'activité humaine organisée à l'intérieur du groupe social et exercée régulièrement. Par métonymie, ce terme est appliqué à l'ensemble des travailleurs et plus spécialement aux travailleurs salariés des secteurs agricoles et industriels. Travail s'oppose alors à Capital. Cette ultime inflexion terminologique fondamentale reflète l'installation de la Révolution industrielle en France. Cette manifestation de la « grande transformation » de Polanyi s'est nourrie de la logique scientifique et technique. En tant que méthode d'allocation des ressources, le capitalisme industriel a concentré les moyens de production. Quant à l'idéologie économique libérale de l'industrialisation, elle s'est appuyée sur la libre concurrence au nom d'une meilleure efficacité. Aussi, avec la Révolution industrielle, la diversité des travaux humains s'est fondue dans une catégorie abstraite. Les produits sont devenus des marchandises comparables et les activités ont été fusionnées au sein d'une notion

¹ Les informations terminologiques sont tirées, sauf indications contraires, de : V^o Travailler, A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1998, T. III.

² R. Mousnier, *Les hiérarchies sociales de 1450 à nos jours*, PUF, 1969.

unique de travail. Ce mouvement d'abstraction a répondu aux exigences de quantification³ propre à la rationalité technoscientifique industrielle.

Ce changement de conception générale du travail est parfaitement illustré par la substitution dans le droit français du contrat de travail au louage de service. Le terme contrat de travail entre officiellement dans le vocabulaire du droit positif français avec une loi du 18 juillet 1901 relative aux conséquences du service militaire obligatoire sur cette forme de contractuelle. En 1910, le titre II du premier Code du travail et de la prévoyance s'intitule : « Du contrat de travail ». Mais la terminologie est loin d'être assurée. Le chapitre II de ce titre est consacré à « Du louage de service » et les dispositions de la section 1 continuent à user de ce vocable.

Cette hésitation traduit en fait un travail intérieur à la matrice conceptuelle du louage de service. Il faut dire que celle-ci était loin de reposer sur des assises logiques et stables. Le louage de service français découle de la *locatio operarum* du droit romain. Celle-ci pouvait apparaître comme une application à un domaine particulier de la catégorie plus générale de la *locatio conductio* (louage). À côté, on distinguait la *locatio rei* (louage de chose) et la *locatio operis faciendi* (louage d'ouvrage). En fait, la méthode consistant à voir dans la *locatio operarum* une utilisation particulière de la *locatio conductio* est une invention ultérieure. C'est une construction intellectuelle du XVII^e siècle élaborée à partir d'une théorie médiévale confuse⁴. Cette assimilation a été reprise par les rédacteurs du Code civil de 1804 influencés par Pothier, au demeurant peu loquace sur le contrat de louage de service.

Ces rédacteurs du Code avaient d'ailleurs du mal à clairement distinguer le louage de service du louage de chose. Ils considéraient que ce dernier contrat était le modèle type du louage. Ils ont donc admis que ses règles s'appliquaient en cas de laconisme du Code en matière de louage de service⁵. Or le louage de chose et de service diffèrent. Ainsi le preneur à bail de service ne peut restituer la chose louée (jours de travail)⁶. Ce même preneur à bail ne peut entrer directement en possession du travail du bailleur. Pour contourner la difficulté, il faut substituer au louage de service l'idée d'un contrat de travail fondé sur la subordination du salarié à l'employeur⁷. Mais alors le cadre formel libéral du louage de service est mis en cause.

³ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Doit social*, n° 2, février 2000, p. 131-132.

⁴ F. Olivier Martin, « Des divisions du louage en droit romain », *Revue historique du droit français et étranger*, 1936, p. 455 ; 469-470 ; 467. Le débat historiographique sur l'unité de la *locatio conductio* (louage) à l'époque romaine est présenté de façon synthétique par : D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 248-249.

⁵ N. Dockès, « Autour des origines du contrat de travail », *Études d'histoire du droit privé. En souvenir de Maryse Carlin*, La mémoire du droit, 2008, p. 324.

⁶ Dans l'Antiquité romaine, le juriste Celse faisait justement remarquer que dans la *locatio operarum* (louage de service), les *operae* (jours de travail) ne sont pas susceptibles d'être restituées (C. Alzon, « Réflexions sur l'histoire de la *locatio conductio* », *Revue historique de droit français et étranger*, T. XLVI, 1963, p. 555, note 10).

⁷ A. Supiot, *op. cit.*, p. 32.

La relation de travail ne peut plus se satisfaire d'un contrat consensuel, synallagmatique reposant sur l'égalité civile des parties fondant un Code civil acquis à l'ordre libéral révolutionnaire. Le contrat d'embauche du salarié met à jour une dissymétrie exacerbée par l'apparition de la question sociale avec le développement de l'industrialisation. Ce difficile passage du louage de service au contrat de travail traduit la pénible réforme sociale si nécessaire à une économie libérale de marché en voie de constitution⁸. Le passage à l'économie post-industrielle ne conduira pas à la remise en cause de la catégorie juridique du contrat de travail mais plutôt à son adaptation aux métamorphoses de la subordination salariale.

La persistance actuelle au sein du vocabulaire juridique français des termes de louage de service et de contrat de travail – ainsi que de leur synonymie – laisse perplexe⁹. La force de l'habitude masque-t-elle une révision des concepts juridiques¹⁰ ? Une réflexion sur la révision des concepts juridiques conduit à s'interroger sur la continuité ou la rupture entre les représentations mentales du droit. Afin d'évaluer le renouvellement apporté par l'émergence de la catégorie du contrat de travail, il conviendra de déceler les faiblesses de la conceptualisation du louage de service (I). Puis il faudra révéler l'ampleur de la signification du critère de subordination nécessaire à la caractérisation du contrat de travail (II).

I. La cristallisation inachevée du concept juridique de louage de service

La systématisation du louage de service s'est toujours heurtée à plusieurs difficultés. La détermination de son objet et de ses destinataires reste largement énigmatique. De surcroît, la particularité de son mode de rupture a suscité nombre de question.

A. La difficile identification de l'objet et des destinataires du louage de service

La façon dont le Code civil de 1804 a imaginé la location du travail est largement héritée du droit romain. Dans la Rome antique, il y avait deux manières d'envisager l'idée du travail, chacune induisant une forme contractuelle particulière. Le terme *opus* (-eris, n.) évoque le travail, l'ouvrage surtout au sens

⁸ Sur la tentative des juristes du début du xx^e siècle d'envisager la question sociale au sein de l'économie libérale : C. Jamin, P-Y. Verkindt, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du xx^e siècle », N. Kasirer (dir.), *Le droit civil avant tout un style ?*, Thémis, Montréal, 2003, p. 101 et s.

⁹ Voir le maintien de cette double appellation dans : V^o Louage de service et contrat de travail, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 3^e éd., 2002.

¹⁰ On s'en tiendra au sens juridique courant du mot réviser. Il s'agit tantôt du réexamen d'un corps de règles en vue de son amélioration, tantôt de la modification d'un acte juridique en vue de son adaptation aux circonstances (V^o Révision, G. Cornu, *op. cit.*).

concret de produit du travail¹¹. Les juristes romains envisageaient ainsi la *locatio operis faciendi*. Il s'agissait du louage d'ouvrage à faire dans lequel un entrepreneur se charge d'effectuer un produit fini pour un autre qui lui fournit en principe la matière première¹². Les romains employaient aussi le terme *opera (ae, f.)*. Il renvoyait ainsi à l'activité du travailleur. Ce mot avait aussi un sens plus concret de journée de travail, de journaliers, de travailleurs¹³. En usant de ce terme, les juristes romains avaient imaginé la *locatio operarum*. Il s'agissait d'un louage de service où un *locator* (bailleur) met son travail à disposition d'un *conductor* (preneur) contre un salaire (*merces*).

Dès l'antiquité, l'objet du louage de service suscite l'hésitation. Il faut dire qu'à l'origine, ce contrat était utilisé par un maître pour louer l'esclave d'une autre personne, assimilé à une chose (*res*). Puis l'homme libre a pu se louer lui-même (*se locare*)¹⁴. Plus tard, les juristes parlent de louer les jours de travail (*locare operas*)¹⁵. L'ambivalence de l'objet du contrat persiste. On n'indique pas si ce qui est loué est le corps ou l'activité du travailleur. On peut même se demander si les romains ont songé à cette délicate distinction, alors qu'à leur époque le travail est essentiellement assimilé aux activités manuelles, socialement dévalorisées¹⁶.

Aussi le droit romain considérait que les professions honorables, comme les médecins, les professeurs, les avocats, les arpenteurs sont engagés par un mandat rétribué. Ils ne sont donc pas gratifiés par un salaire (*merces*) mais récompensés par des honoraires dépendant uniquement de la reconnaissance du client (*honor remunerandi gratia*). Cette solution était loin d'être absolue puisqu'en cas de faute personnelle, le médecin voyait sa responsabilité engagée sur la base du louage (*ex locato*)¹⁷.

Pourtant la solution du mandat rétribué remettait en cause le principe fondamental de la gratuité de l'activité du mandataire, censée être motivée par l'amitié. Ce décalage logique visait à opérer une distinction sociale entre un domaine d'activités honorables, qualifié des siècles plus tard d'arts libéraux, et les arts mécaniques (manuels) méprisés. Cette volonté se heurtait à l'esprit de lucre qui s'était diffusé dans l'ensemble de la société romaine après le développement du commerce consécutif aux grandes conquêtes méditerranéennes. Au I^{er} siècle ap. J.-C., le philosophe Sénèque dénonce les risques de

¹¹ V^o Opus, A. Ernout et A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 2001.

¹² Si les romains n'utilisaient pas de façon générique l'association de mots *locatio operis faciendi*, ils en exprimaient l'idée en employant dans chaque cas particulier le verbe *locare*, le nom de la chose louée et un adjectif verbal indiquant l'action à accomplir (*faciendi, transportandum, aedificandum*) (D. Deroussin, *op. cit.*, p. 255).

¹³ V^o Opéra, A. Ernout et A. Meillet, *op. cit.*

¹⁴ C. Alzon, *op. cit.*, p. 587.

¹⁵ J. Macqueron, *Histoire des obligations. Droit romain*, Publication du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité classique, série mémoires et travaux, n^o 1, 2^e éd., p. 157.

¹⁶ Sur la difficulté des romains à envisager la rétribution des travailleurs intellectuels lire : G. Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milan, 1994.

¹⁷ *Ibid.*, p. 161 et 181.

« mercantilisation » des futurs arts libéraux. Dans *Les Bienfaits*, il soutient que « ces gens qui ne s'occupent des affaires d'autrui que pour faire les leurs n'obligent pas ceux à qui ils sont utiles »¹⁸. Sans remettre en cause l'idée d'honoraire, le moraliste va justifier la rétribution de certains dispensateurs d'arts libéraux par un salaire (*merces*). Il écrit en ce sens que

« si le médecin ne fait rien de plus que de me prendre le pouls et de me mettre sur la liste de ceux qu'ils visite, s'il me prescrit ce qu'il faut faire ou éviter sans la moindre sensibilité, je ne lui dois rien au-delà, parce qu'il ne voit pas en moi un ami mais un client. Je n'ai pas lieu de vénérer mon précepteur s'il me tient confondu dans le troupeau de ses élèves, s'il ne me juge pas digne d'une sollicitude propre et individualisée »¹⁹.

Ces linéaments d'une modélisation intellectuelle du louage seront la source à laquelle puisera Pothier, grand inspirateur du Code civil de 1804. Sans reprendre l'habile distinction de Domat entre louage de travail (*locatio operarum*) et d'industrie (*locatio operis faciendi*), il s'efforce de synthétiser les catégories romaines, ne distinguant plus que louage de chose et louage d'ouvrage. Ce dernier devient une catégorie générale dans laquelle il voit « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre à faire un certain ouvrage pour un certain prix que l'autre s'oblige à payer »²⁰.

Cette mémoire juridique pluriséculaire va nourrir les rédacteurs du Code civil de 1804. Ils vont l'utiliser afin d'insérer le louage de service au sein d'une idéologie libérale révolutionnaire. Il est significatif de relever que l'article 1780 du Code civil sur le louage de service est inséré au sein du Livre III sur les « différentes manières dont on acquiert la propriété ». On retrouve un thème cher à l'École du droit naturel²¹, tout particulièrement popularisé par Locke²² : l'accès à la propriété, et donc à la liberté, par le travail. Animés par le souci libéral dû aux conventions et à la liberté individuelle, les rédacteurs du Code civil de 1804 restent discrets sur le louage de service. Ils ne lui accordent que deux articles : 1780 et 1781. Ce lourd silence traduit aussi leur embarras face à la notion. L'unité terminologique est loin de caractériser l'ensemble du Code. Le louage de service est introduit dans le titre VIII du Livre III du Code consacré au louage. Le louage de service est rangé implicitement au sein de la catégorie plus générale du louage d'ouvrage défini, en modifiant à peine Pothier, comme « le contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles » (article 1710 du Code civil). L'article 1711 du Code civil distingue parmi les formes du louage, le « louage du travail ou du service ». Le louage de service est plus précisément rangé parmi les formes du louage d'ouvrage et d'industrie par le chapitre III du titre VIII du

¹⁸ IV, XIII. Nous utilisons l'édition Arléa, 2005 confrontée à l'édition Belles lettres, 1961.

¹⁹ VI, XVI.

²⁰ N. Dockès, *op. cit.*, p. 322-323.

²¹ A.-J. Arnaud, « Réflexion sur l'occupation », *Revue historique de droit français et étranger*, 1968, p. 183-210.

²² Second traité du gouvernement civil, V, 27-32.

Code civil. L'article 1779-1° évoque le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un. Mais finalement les deux dispositions relatives au louage de service sont rassemblées dans la section I consacrée au louage des domestiques et ouvriers. Le terme de louage de service apparaît explicitement enfin dans l'article 1780 alinéa 2 du Code civil.

Cette fluctuation terminologique a sensiblement compliqué la détermination du champ d'application de ce type de contrat. Ce dernier pouvait entrer en concurrence avec d'autres. En effet, les ouvriers qui s'engageaient à la pièce ou à la tâche relevaient, comme des entrepreneurs autonomes, des devis et marchés²³, plus tard qualifiés de louage d'ouvrage stricto sensu (excluant ainsi le louage de service). Ce contrat a permis l'embauche dans l'industrie au moins jusqu'au milieu du XIX^e siècle²⁴.

La fluctuation des mots du Code civil a aussi contribué à la remise en cause de la limitation du louage de service aux professions classées parmi les arts mécaniques. Il faut dire que l'assimilation du travail intellectuel à de la propriété, sous la Révolution²⁵, ne pouvait qu'encourager à étendre le louage de service aux arts libéraux dont la spécificité était justifiée par le caractère non manuel. Ainsi en plein XIX^e siècle, Dalloz se fera l'écho de cette thèse, dans sa grande encyclopédie juridique, en examinant de façon critique les arguments du libéral Duvergier en faveur du louage de service des professions rangées parmi les arts libéraux. Ce dernier se fonde sur le fait que le travail intellectuel est appréciable en argent. Il souligne d'ailleurs que les poètes et artistes vendent la production de leur talent. Il ajoute que l'intelligence ne contribue pas qu'à des productions abstraites. Elle peut conduire à la création d'objets matériels. Ainsi la réflexion intellectuelle joue un plus grand rôle dans la fabrication des machines que dans la composition d'un grand livre. Conservateur, Dalloz n'adhère pas à cette opinion mais est bien obligé de reconnaître que « les tendances de la société » donnent raison à Duvergier²⁶. Dans sa thèse de doctorat de 1866, Albert Lachièze, futur député libéral progressiste, ajoute des arguments politiques en faveur de cette position. Selon lui, la distinction entre professions intellectuelles et mécaniques est « un contresens avec nos principes modernes, avec l'égalité civile de toutes les classes proclamée par la Révolution »²⁷. L'idée de rétribuer les professions libérales en recourant au mandat salarié prévu à l'article 1986 du Code civil et non au louage de service lui semble être un non-sens.

La difficulté la plus aiguë à laquelle se sont heurtées les interprètes du Code civil porte sans conteste sur l'« obscur objet » du louage de service²⁸. En droit romain, il avait paru difficile de différencier le louage du corps du

²³ D. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence*, 1853, T. XXX, p. 546, n° 18. Les devis et marchés étaient réglementés par les articles 1787 et s.

²⁴ A. Dewerpe, *Le monde du travail en France (1800-1950)*, Armand Colin, 1998, p. 50.

²⁵ O. Lalignant, « La Révolution française et le droit d'auteur », *Revue de la recherche juridique Droit prospectif*, 1989-2, PUAM, p. 343 et s.

²⁶ D. Dalloz, *op. cit.*, p. 543-544, n° 5.

²⁷ A. Lachièze, *Du louage de service*, Thèse droit, Toulouse, 1866, p. 123.

²⁸ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2002, p. 51.

travailleur du louage de son activité²⁹. Le mépris pour le travail, assimilé aux activités manuelles déconsidérées, n'allait pas inciter les juristes à clarifier la question. En considérant, à la suite de Pothier, que les règles du louage de chose pouvaient s'appliquer en matière de louage de service, les rédacteurs du Code civil de 1804³⁰ oblitéraient la question de la particularité de l'objet de ce contrat. L'expression ambivalente de louage de gens de travail de l'article 1779-1^o pouvait conduire à se demander si la location porte sur le sujet de droit ou le produit de son travail³¹. Dalloz aborde la question et distingue le louage de chose qui « a pour objet la jouissance d'un objet matériel » et le louage de service qui « a pour objet un acte ». Il indique implicitement que l'objet de ce dernier contrat n'est pas l'auteur mais le résultat de son labeur en rappelant que

« la contrainte (par corps) ne peut être appliquée à l'exécution du louage d'ouvrage (*lato sensu*, comprenant le louage de service)... et qu'ainsi l'inexécution de ce contrat se résout en dommage-intérêt, par application de l'article 1142 du Code civil »³².

Toutefois le problème ne se résout pas aussi aisément. A. Supiot souligne que le contrat de travail vise l'aliénation de l'énergie musculaire et de l'énergie mentale. Le travailleur se trouve soumis à une « discipline » physique³³. D'ailleurs la législation du travail a pour but de protéger le corps du travailleur, notamment dans le domaine de l'hygiène et la sécurité. Aussi, la doctrine française reste partagée : un courant soutient encore aujourd'hui que l'objet du louage de service est le corps du travailleur ; un autre courant estime que cet objet n'est que la force de travail³⁴. On ne peut nier en tous les cas que la question du corps laborieux hante la mise en œuvre du contrat de louage de service. La spécificité de son mode de rupture l'atteste.

B. La double signification de la rupture unilatérale du louage de service

Les conventionnels ont proclamé de la façon la plus éclatante l'abolition de la servitude. L'article 18 de la déclaration des droits de la Constitution de 1793 prévoit que tout homme peut engager ses services et son temps ; sa personne n'est pas une propriété aliénable. Suivant la même inspiration, la loi consulaire du 22 germinal an XI (12 avril 1803) sur la police des manufactures s'efforce d'être plus précise. Son article 15 dit que l'engagement d'un ouvrier ne pourra excéder un an, à moins qu'il ne soit contremaître, conducteur des autres

²⁹ A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. 699-700, n° 471.

³⁰ N. Dockès, *op. cit.*, p. 323-324.

³¹ A. Supiot, *Critique...*, *op. cit.*, p. 52-53.

³² D. Dalloz, *op. cit.*, p. 542, n° 3. L'article 1142 du Code civil prévoit que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommage-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

³³ A. Supiot, *Critique...*, *op. cit.* 54.

³⁴ *Ibid.*, p. 56-59. De façon plus détaillée voir : X. Gusmao, *Salariat et subordination. Étude historique*, Thèse droit, Paris I, 2004, sous dir. de P. Rodière.

ouvriers, ou qu'il n'ait de traitement et des conditions stipulés par un acte exprès. Mais l'acte juridique exprès n'autorise pas l'engagement perpétuel. L'article 1780 du Code civil de 1804 indique qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties. Le louage de service sans détermination de durée déroge donc à l'article 1184 du Code civil qui n'autorise que la résolution bilatérale des contrats synallagmatiques. L'égalitarisme formaliste est mis à l'épreuve par la logique libérale du louage de service. La garantie de la liberté du travailleur, exaltée par la loi Le Chapelier de 1791, traduit paradoxalement la limite et la puissance de la volonté. Mais en même temps, l'exercice de la liberté du travail est le mode légitime d'accès à la propriété. Or cette dernière garantit, comme l'avait postulé Locke, le droit naturel le plus fondamental, celui à l'autoconservation³⁵.

Le libéralisme conçoit donc, *ab initio*, que le travail libre a pour fonction principale d'assurer la vie de ceux qui le réalisent. Aussi, la France libérale devait ressentir la contradiction posée par la rupture unilatérale du louage de service lorsque les débuts de l'industrialisation suscitent l'émergence de la question sociale. Dès le second Empire, les juges furent choqués par la possibilité de licencier des travailleurs impuissants du fait de leur pauvreté. La Cour de cassation elle-même considérait qu'un louage de service à durée indéterminée n'autorise pas pour autant une rupture trop brusque du contrat. A partir de son arrêt Falcoz de 1872, elle précisait toutefois de façon restrictive les conditions d'une indemnisation. Tantôt, le congé est donné brusquement, sans respecter l'usage local ou professionnel ; tantôt les circonstances du renvoi laissent apparaître une faute de son auteur. Cependant, dans ce dernier cas, le salarié limogé doit prouver la faute conformément à l'article 1315 du Code civil³⁶.

La rigueur de cette solution suscita l'indignation des syndicats de plus en plus puissants sous la III^{ème} république. La ligne libérale de la Cour de cassation ne s'infléchit pas pour autant. La loi du 27 décembre 1890 ajoute simplement à l'article 1780 du Code civil que la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages et intérêts. Elle énumère les éléments pris en cause pour évaluer l'indemnité. Dès 1895, la Cour de cassation refuse de remettre en cause son interprétation classique mais la loi va l'inciter à faire appel à la théorie de l'abus de droit pour multiplier les cas de ruptures fautives. Il faudra attendre la loi du 13 juillet 1973 sur la procédure de licenciement pour que la charge de la preuve de la faute soit renversée. Toutefois à ce moment-là, le louage de service d'inspiration libérale s'était transfiguré depuis fort longtemps en contrat de travail.

³⁵ L. Strauss, *Droit naturel et Histoire*, Flammarion, 1986, p. 206.

³⁶ A. Lunel, « L'abus de droit et la redéfinition des rapports juridiques entre patrons et ouvriers en droit français (seconde moitié du XIX^e siècle - premier quart du XX^e siècle) », *Revue historique de droit français et étranger*, 87 (4), oct-déc 2009, p. 521-522.

II. La subordination de l'employé à l'employeur : fondement d'un changement de terminologie juridique

L'idée de qualifier le louage de service de contrat de travail semble être le fait d'un avocat belge, Emile Delecroix, en 1855. Le juriste français Glasson va diffuser cette substitution terminologique³⁷. Au début des années 1890, le terme de contrat de travail est utilisé dans les thèses françaises de doctorat en droit³⁸. Et, le grand initiateur de la discipline universitaire « Droit de la législation ouvrière », P. Pic popularise la nouvelle expression³⁹. Si le terme passe dans le droit positif français, c'est qu'il précise la relation dissymétrique des parties au louage de service. L'inégalité n'est pas forcément économique ; nombre d'employeur ne font pas systématiquement partie d'une haute classe sociale. Toutefois l'impossibilité dans le louage de service de remettre la force de travail à l'employeur implique l'instauration d'un rapport de subordination.

A. La difficile délimitation de la subordination

Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, le louage de service s'impose progressivement comme le contrat d'embauche avec le développement du salariat⁴⁰. Le rapport de subordination impliqué par ce type de contrat se marie bien avec la division du travail initiée par l'industrialisation. En effet, cette division accroît les distinctions de pouvoir au sein du processus productif. Cette subordination transparait en creux dans une législation sociale qui, dès ses origines durant la Monarchie de juillet, oppose la liberté des conventions aux abus du pouvoir disciplinaire patronal⁴¹. La mise en lumière de cette dimension du contrat de travail est, au demeurant, ambivalente. Elle peut être analysée comme la volonté patronale d'imposer une discipline aux salariés de la société industrielle⁴². En même temps, on ne peut nier que l'existence de la

³⁷ A. Cottureau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France XIX^e siècle) », *Annales HSS*, nov-déc 2002, n° 3, p. 1524.

³⁸ O. Tholozan, « L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901) », J-P Le Crom (dir.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, PUR, 2004, p. 59-68 ; O. Tholozan, « L'ancrage de la catégorie du contrat de travail dans les thèses des facultés de droit françaises (1905-1910) », *Cahiers de l'Institut régional du travail Aix-en-Provence*, n° 12, 2004, p. 65-86.

³⁹ F. Hordern, « De la législation industrielle au droit du travail (1890-1960) », F. Hordern (dir.), *Construction d'une histoire du droit du travail*, *Cahiers de l'Institut régional du travail Aix-en-Provence*, n° 9, avril 2001, p. 47.

⁴⁰ La rétribution du travail à la pièce n'est plus le mode de paiement du louage d'ouvrage. Ce mode de rétribution est assimilé au salaire du louage de service. L'article 15 de la loi du 7 décembre 1909 sur le paiement des salaires des ouvriers et employés prévoit le paiement tous les 15 jours pour le travail à la pièce de plus de 15 jours. Sur les tentatives d'établir le paiement à la pièce sous forme de salaire au rendement lire : A. Dewerpe, *op. cit.*, p. 104-105. Le travail à domicile, à la pièce persistera mais sera juridiquement mal protégé.

⁴¹ Ph. Sueur, « La loi du 22 mars 1841. Un débat parlementaire : l'enfance protégée et la liberté offensée », *Mélanges Jean Imbert*, PUF, 1989, p. 493-708.

⁴² A. Cottureau, *op. cit.*, p. 1521-1557.

subordination est la cause d'une législation du travail protectrice du co-contractant économiquement le plus faible.

Cette ambivalence explique le consensus de la société française libérale autour de cette idée de la subordination au travail. La Cour de cassation n'a donc pas hésité à faire de ce caractère du louage de service le critère d'un contrat rebaptisé de façon plus générale contrat de travail. Contrairement à une légende doctrinale initiée par P. Cuhe⁴³, il faut rappeler que les juges de cassation n'ont jamais eu une conception rigide et restrictive de la subordination juridique. Au tournant de Belle époque, ils ont été soucieux de précision terminologique mais ont eu conscience de la nécessité d'établir un critère souple du louage de service progressivement re-dénoté contrat de travail⁴⁴. Au début des années 1930, la Cour de cassation détermine les conditions de la subordination juridique :

1. Le juge du fond devra déterminer si les travailleurs se livrent régulièrement au travail visé de manière à en tirer sa principale source de gain.
2. Le juge du fond contrôle si le travailleur doit prendre du travail et l'exécuter à date fixe.
3. Il faut chercher si la personne travaille habituellement seule ou avec d'autres sans tirer bénéfice du travail de ces derniers.
4. Il faut relever les conditions dans lesquelles s'exercent le contrôle de l'employeur une fois la tâche terminée⁴⁵.

La Cour allait résumer l'esprit de son investigation, en déclarant qu'il fallait « caractériser l'état de dépendance »⁴⁶. Cette souplesse visait à étendre le champ d'application du contrat de travail, non à le restreindre, tout en évitant scrupuleusement la facile confusion entre travailleur subordonné et indépendant⁴⁷.

Cette position de la Cour de cassation n'est d'ailleurs pas si audacieuse qu'on pourrait le penser. En réalité, les juges, ravalés en France depuis la Révolution au rang de bouche de la loi, restent attentistes face au législateur social⁴⁸. Ils s'efforcent simplement de réguler des relations caractérisées par une

⁴³ H. Groutel, « Le critère du contrat de travail », *Tendances du droit du travail contemporain. Études offertes à G. H. Camerlinck*, Dalloz, 1978, p. 49-61.

⁴⁴ O. Tholozan, « La plasticité du contrat de travail dans la rhétorique du palais », *Cahiers de l'Institut régional du travail Aix-en-Provence*, n° 13, mai 2005, p. 47-61.

⁴⁵ Civ. 22 juin 1932 (3 espèces), 1^{er} août 1932 (5 espèces), 30 juin 1932 (1 espèce), *DP*. 1933.1.46 et s.

⁴⁶ Civ. (*Compagnie des bois déroulés et contre plaqués Océan/Fraissinet*), 3 août 1935, *DH*. 1935.523.

⁴⁷ O. Tholozan, « Le travailleur moderne au miroir de la jurisprudence française, de la Belle époque à la crise des années 1930 », *Gens de robe et gibier de potence du Moyen âge à nos jours*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence (14-16 octobre 2004), Archives départementales des Bouches du Rhône, Image en manœuvre éditions, 2007, p. 101-114.

⁴⁸ O. Tholozan, « La justice de la Cour de cassation et du Conseil d'État face au monde moderne du travail (1890-Première Guerre mondiale) », S. Dauchy *et alii* (dir.), *Histoire, Justice et Travail*, Centre d'histoire judiciaire, 2005, p. 215-226. Cet attentisme des juges se vérifie lorsque dans les années 1940, ils se montrent de plus en plus libéraux dans leur approche de la subordination juridique face à la volonté du gouvernement d'étendre la législation sociale au maximum de travailleurs (Y. Delbrel, « De la subordination juridique à la dépendance économique. Les assurances sociales contre le droit ouvrier (1928-1945) », G. Aubin *et alii* (dir.), *Assistance et*

lutte constante au sein de l'entreprise entre patron et salarié pour le contrôle du processus de travail. La conception de la subordination est un enjeu important car elle justifie l'existence de l'autorité au travail. Le bouleversement de cette notion au tournant des XX^e et XXI^e siècles doit d'autant plus être décrypté.

B. Métamorphose paradoxale de la subordination : entre soumission volontaire et voile protecteur

La subordination révélait le déséquilibre entre l'autorité patronale et l'obéissance salariale. La démocratisation des sociétés occidentales a influencé la mue de la notion de subordination dans le travail. En effet, la Démocratie prétend de façon contradictoire établir une soumission fondée sur l'émancipation des gouvernés. Lorsque l'air du temps pénètre par les fenêtres de l'entreprise, les implications sont importantes.

D'une part, les théories du management encouragent l'autonomisation du salarié afin de le responsabiliser. On assiste à un recul du pouvoir discrétionnaire patronal en matière de licenciement, de droit de contrôle des représentants du personnel, d'accroissement du rôle des juges dans les litiges du travail. On constate aussi le reflux de la centralisation au profit d'une distribution du pouvoir. L'organisation de l'entreprise en réseaux favorise ce dessein. L'idée centrale est l'allégeance dans l'indépendance, quitte à inféoder la liberté retrouvée grâce à une normalisation des comportements fondée sur le respect des objectifs (trop uniquement financiers ?) de l'entreprise⁴⁹.

D'autre part l'assimilation de la subordination à un point d'imputation de la protection sociale aboutit, même pour de justes raisons, à dénaturer la notion classique de travail. Comme cela a déjà été évoqué, travailler renvoie à l'origine à l'idée d'effort et de désagrément. Le travail est loin d'être pour la généralité une partie de plaisir. Il implique une discipline contraignant le désir. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle celui qui a les moyens fait travailler autrui pour lui. Dans un arrêt du 3 juin 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation a remis en cause la perception du sens commun⁵⁰. Le litige concernait une émission de télé-réalité, « L'île de la tentation ». La société productrice se trouvait en litige avec les participants à propos de leur rétribution. Le règlement-participant, accepté par les partis, prévoyait que 4 couples sur une île exotique accepteraient d'être tentés à l'adultère durant 12 jours. A l'issue du séjour, ils devraient faire le point sur leurs sentiments. Il n'y avait ni gagnant, ni prix. Les participants cédaient leur droit à l'image à la société de production. Ils reconnaissaient ne pas intervenir à titre professionnel. La convention collective de travail des

Assurance : heurs et malheurs de la protection sociale en France, Cahiers d'histoire de la sécurité sociale, n° 4, 2008, p. 382 et s.). En fait dans un souci de sécurité juridique, la Cour de cassation a défini un critère de subordination juridique bien plus précis que la notion de dépendance économique défendue par l'Administration.

⁴⁹ A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 251-267.

⁵⁰ Soc. 3 juin 2009 (*Mme A. et MM. M. et L.*), *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 2009, p. 780-791 avec l'avis de l'avocat général Allix.

artistes interprètes engagés dans les émissions de télé était inapplicable. En effet, les participants acceptaient d'être filmés dans leur intimité mais ne créaient pas une œuvre. La société de production prenait en charge les frais d'entretien des participants durant le temps de l'émission. Ces derniers percevaient forfaitairement 1 525 euros. Après le tournage, les participants se sont ravisés et ont assigné la société devant les prud'hommes pour que soit reconnu l'existence d'un contrat de travail aux fins de percevoir les salaires impayés.

L'affaire était suffisamment exotique pour susciter les railleries de l'avocat général à la Cour de cassation qui concluait au rejet de la demande. La Cour de cassation passa outre. Elle releva que les participants devaient prendre part aux activités et réunions du programme, qu'ils devaient obéir aux règles du jeu définies unilatéralement par le producteur. Les juges firent aussi valoir que les demandeurs étaient orientés dans l'analyse de leur conduite, que certaines scènes étaient répétées pour valoriser les moments essentiels. Enfin on imposait aux participants une disponibilité permanente avec interdiction de sortir du site de l'émission et de communiquer avec l'extérieur. Les heures de réveil et de sommeil étaient fixées par la production. La Cour en concluait qu'il y avait bien relation de travail et donc subordination.

Cette solution s'explique en réalité par la situation injuste créée par la société de production. Il y a disproportion manifeste entre les sommes perçues grâce à l'exploitation d'une émission de télévision et une rétribution des participants proche du SMIC. Toutefois, on ne peut que rester frappé par les moyens d'obtenir la solution. La conception de l'effort est largement discutable. Surtout le lien de travail est déplacé dans l'antichambre de l'intimité. Enfin, on peut se demander si ici, l'objet du contrat de travail n'est pas plus le corps vu que l'activité du travailleur. En tous les cas, les limites du champ d'application du contrat de travail deviennent onduoyantes.

CONCLUSION

En droit romain, le louage de service se caractérisait par le salaire (*merces*). Cependant, son objet est déjà difficile à préciser : du corps du travailleur on passe à son activité. Cette ambiguïté n'est toujours pas levée en doctrine aujourd'hui. Le louage de service a pu aussi être caractérisé, dans le Code civil de 1804, par son mode de résolution unilatérale en cas de durée indéterminée. Toutefois la question sociale posée par la Révolution industrielle a contribué à estomper ce trait⁵¹. Enfin le passage du louage de service au contrat de travail a permis de mettre en lumière la subordination qui l'a toujours caractérisé

⁵¹ Certes la loi du 13 juillet 1973 sur la procédure de licenciement semble avoir remis en cause l'idée de rupture unilatérale du contrat de travail. Cependant, depuis la crise amorcée dès 1974 et l'installation et le développement du chômage structurel, on ne cesse de réclamer un assouplissement du contrat de travail permettant de faciliter le licenciement, quitte, pour certains, à étendre la protection sociale. Il s'agit de la flex-sécurité.

implicitement ab initio. L'employeur exerce son pouvoir disciplinaire pour compenser son impossibilité d'entrer en possession du travail.

La révision du concept de louage de service a donc consisté successivement dans la mise-en-avant de divers traits correspondant à son époque. Le changement d'appellation en contrat de travail a reposé sur la nécessité de rendre opérationnel le critère de la subordination, sans abolir pour autant les caractéristiques précédentes du louage de service. L'utilisation du nouveau vocable est plus large et a permis l'extension du champ d'application du louage de service dans une société de division du travail en voie de salarisation.

