

# **SUBORDINATION FORMELLE, SUBORDINATION REELLE : QUAND LE CONTRAT DE TRAVAIL CACHE L'ENTREPRISE**

**Armand HATCHUEL, Blanche SEGRESTIN**

MINES ParisTech, 60, Bd. Saint-Michel, 75272 Paris Cedex 06,

[Armand.hatchuel@ensmp.fr](mailto:Armand.hatchuel@ensmp.fr), [Blanche.Segrestin@ensmp.fr](mailto:Blanche.Segrestin@ensmp.fr)

## **PROJET DE COMMUNICATION - FORUM DE LA REGULATION 2009**

Version du 4 octobre 09

### **DOCUMENT DE TRAVAIL – NE PAS DIFFUSER**

Faut-il réformer le contrat de travail, et comment ? Le contrat de travail est souvent dénoncé en tant qu'outil utilisé par les entreprises pour renforcer l'individualisation, la précarité ou la subordination des salariés (Bessy 2007). Le contrat de travail est ainsi toujours pris entre les désirs de flexibilité des entreprises et les besoins de sécurité du salarié. Mais, lorsqu'il est question, comme en 2008<sup>1</sup>, de le réformer, alors des questions encore plus fondamentales ressurgissent : « le contrat de travail est un échange de subordination contre protection. Veut-on abandonner cette combinaison ou la transformer ? » (Antoine Lyon-Caen, La Tribune, 10/10/2007).

L'une des difficultés de ce débat tient à la notion de subordination. Celle-ci n'est en effet pas définie par le code du travail. C'est une notion éminemment ambiguë, tant dans son objet que dans ses conséquences. Généralement, elle est perçue négativement, comme une menace pour la liberté individuelle et l'autonomie au travail. Mais elle laisse ouvertes des questions fondamentales : comment envisager un contrat qui, pour être valable, suppose l'autonomie de la volonté du salarié tout en l'engageant à soumettre sa propre volonté ? Comment considérer que le salarié n'assume pas les risques de l'entreprise alors même qu'il est censé subordonner son activité et sa carrière aux décisions de gestion ? Comment aussi concilier le principe de la subordination avec les professions créatrices et innovantes ?

Dans cet article, nous voudrions repartir de la subordination pour renouveler les termes du débat sur le droit du travail. Nous souhaitons montrer que la subordination, en droit, est une notion qui a été mobilisée pour encadrer une relation fondamentalement déséquilibrée. Historiquement, le contrat de travail s'est construit sur une représentation partagée de la relation de travail comme relation de louage. Or si le « loueur » décide de louer ses services ou ses capacités en fonction du prix qu'on lui offre pour le travail à fournir, il reste autonome

---

<sup>1</sup> Concrètement, concernant le contrat de travail, le Medef propose trois innovations majeures. Il veut d'abord allonger la durée de la période d'essai pendant laquelle le contrat peut être rompu sans indemnisation, en la portant à trois mois pour les ouvriers et employés et six mois pour les cadres, renouvelable une fois. Il souhaite également créer une nouvelle forme de CDI, à durée indéterminée mais à objectif précis, qui se terminerait automatiquement à la fin d'une mission définie. Il veut enfin que le licenciement puisse se faire à l'amiable. » (La Croix, 13/12/2007).

Enfin, le texte adopté prévoit la possibilité d'un « licenciement à l'amiable » en cas de CDI (la « rupture conventionnelle »), l'employeur pourra aussi allonger la période d'essai *et, dernière nouveauté*, il est créé un nouveau CDD « pour la réalisation d'objet défini » d'une durée maximale de trente-six mois (pour les ingénieurs et cadres notamment).

et gère lui-même ses capacités. Tel n'est plus le cas du travail en entreprise (section 1). La subordination va plus loin que le droit ne le laisse présumer puisque, en pratique, l'individu cède la gestion de ses capacités. Un salarié, en acceptant la subordination, renonce en quelque sorte à décider par lui-même de l'usage de ses capacités, et par suite, de l'avenir de ses capacités. Nous montrerons que cette approche de la subordination conduit à formuler un autre contrat que le contrat de travail, pour rendre compte de la participation des individus à l'entreprise et des risques correspondants (section 2). Nous essaierons alors de discuter quelques unes des implications possibles de notre approche pour une refonte du contrat de travail qui prenne en compte la nature de la subordination et ses effets réels (section 3).

## 1. LE CONTRAT DE TRAVAIL : LA SUBORDINATION DANS L'ÉCHANGE MARCHAND

### 1- LE CRITERE DE LA SUBORDINATION

Dans le code du travail, un livre est consacré au « Contrat de travail ». Pour l'essentiel, il renvoie aux « règles du droit commun » des contrats (art. L. 1221-1). Il précise les conditions de formation et d'exécution du contrat, en indiquant (art. L1221-2) que « le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée ». Mais c'est la jurisprudence qui explicite la spécificité de ce contrat. La définition couramment retenue est la suivante : un contrat de travail est une « *convention par laquelle une personne, appelée employé ou salarié, s'engage, moyennant une rémunération en argent appelée salaire, à exercer une certaine activité au profit et sous la subordination d'une autre personne, appelée employeur ou patron.* »

Au risque de simplifier, on peut caractériser le contrat de travail par trois dimensions essentielles :

- 1) **Le lien de subordination.** La jurisprudence fait du lien de subordination le critère essentiel du contrat de travail : « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ». Le salarié accepte donc le « pouvoir de direction » de l'employeur, ainsi que son pouvoir normatif (règlement intérieur) et disciplinaire, dont la légitimité serait liée à la « propriété » de l'employeur (Verdier 1990).
- 2) **Une rémunération fixée à l'avance.** « La rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minimale, sans son accord » (Soc, 19 mai 1998, Bull n° 265, N° 96-41-573). C'est en quelque sorte le tarif de la location de la capacité de travail. Le travailleur n'a en revanche aucun droit de propriété sur les résultats du travail qui n'entre pas dans les termes de l'échange. S'il y a participation aux résultats, cela ne peut être qu'en complément du salaire déterminé.
- 3) **Un acquittement vis-à-vis des risques de l'entreprise.** Le salarié n'est pas censé assumer les risques de l'entreprise. Les seuls risques que le droit du travail retient sont ceux que l'employeur fait encourir à l'employé dans la manière dont il organise son travail (accident, licenciement...).

Cette caractérisation est compatible avec la représentation classique du travail comme une « mise à disposition » ou comme la location d'une certaine capacité ou d'une force de travail. La subordination, dans cette perspective, n'est perçue que comme la résultante d'un déséquilibre entre le vendeur et le « preneur ». Elle ne permet de saisir ni les enjeux réels de la subordination, ni les risques pris par les salariés. Pour comprendre l'origine de cette caractérisation, il convient de voir dans quelles conditions le contrat de travail est né et pourquoi il a pris cette forme.

---

## 2- AUX SOURCES DU CONTRAT DE TRAVAIL, LE CONTRAT DE VENTE

---

Notre propos n'est évidemment pas de faire une histoire du droit du travail, ni même de la subordination, qui a été largement étudiée et bien documentée par ailleurs. Nous cherchons seulement à montrer dans quelles conditions la représentation de la subordination a pu naître. L'invention du contrat de travail date de la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, c'est-à-dire de l'époque où l'entreprise moderne émerge (Hatchuel et Segrestin 2010; Lefebvre 2003).

On peut ainsi distinguer trois temps :

1. Après la Révolution, le Code civil assimile le travail à du *louage*. Cela permet notamment de « contractualiser » la relation de travail et de faire reconnaître une certaine liberté de travail inédite en France.
2. Jusqu'en 1880, le travail est alors conçu comme une prestation marchande. La subordination ne correspond pas à la capacité, pour l'employeur, de définir le contenu du travail et la manière de l'organiser : elle est essentiellement liée à la domination économique et politique de l'employeur.
3. L'invention du contrat de travail en 1880 coïncide avec l'émergence d'une capacité d'organisation du travail qui n'existait pas auparavant : le rapport au travail change profondément. Les juristes prennent acte de cette transformation en qualifiant la relation de travail de « louage de service » (traditionnellement associé à la domesticité) plutôt que de « louage d'ouvrage ». Mais le principe de louage reste prégnant et la subordination ne sera invoquée par la jurisprudence que pour protéger les salariés face à une dissymétrie trop flagrante des relations entre salariés et employeurs.

### A- LA CONQUETE D'UNE RELATION CONTRACTUELLE

Pendant longtemps, les rapports de travail n'ont pas été régis par le droit mais par les « mœurs » et les statuts. Les professions et les « métiers » organisaient un rapport « statutaire », qui engageait l'individu de manière impérative. Depuis la Révolution, la possibilité de rompre la relation de travail constitue une réelle avancée sociale par rapport aux relations de servage ou aux corporations (Didry et Brouté 2006). Dans les faits, la contractualisation de la relation n'a été effective que très progressivement (Deakin 2009; Le Goff 2004). Mais cette orientation est réaffirmée par le Code civil : la relation de travail fait l'objet d'un contrat synallagmatique. Cottureau cite le premier projet de Code civil, proposé par Cambacérès le 22 août 1793 et son article 3 :

*« Le bail de main-d'œuvre est un louage, l'ouvrier qui promet sa peine, le matelot qui s'engage pour une course, l'homme de gage qui loue ses services, sont de vrais bailleurs ; celui qui les emploie est le preneur ».*

Le Code Civil (1804) formalise donc la relation d'emploi comme une relation de louage, en reprenant la vieille notion romaine, qu'il s'agisse de louage *de service* (traditionnellement davantage associé aux travaux des domestiques) ou du louage *d'ouvrage*.

## B- UN CONTRAT MARCHAND : LE LOUAGE D'OUVRAGE

La relation de travail est donc une relation marchande, où, comme dit Supiot, « le travail s'objective en une chose vendue » (Supiot 1994 (2007)). L'analyse marxiste va bien sûr conforter cette vision marchande.

Pour Marx, « le temps pendant lequel l'ouvrier travaille est le temps pendant lequel le capitaliste consomme la force de travail qu'il lui a achetée ». Ce n'est pas le travail, c'est la force de travail que le prolétaire vend<sup>2</sup>. D'où le schéma classique de la production capitaliste : un fabricant utilise la somme d'argent A pour *acheter* de quoi produire la production qu'il veut mettre en œuvre, en l'occurrence des moyens de production (capital constant) et de la force de travail (capital variable). Dans cette vision, le salaire est le prix d'une quantité de travail. Du coup, l'ouvrier n'assume pas les risques économiques : l'*entreprise* est l'affaire de l'employeur et la chose travaillée ne rentre pas dans les termes de l'échange.

Une telle représentation marchande est sans doute cohérente avec la réalité du travail tant que le travailleur reste le seul à décider à la fois de son engagement dans une tâche donnée (liberté contractuelle) et de la manière dont il travaille pour accomplir la tâche qu'on lui confie. C'est le cas jusqu'à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle. La relation se caractérise à la fois par une profonde asymétrie, et en même temps par l'autonomie des individus au travail :

- Bien que libre et censée être conclue entre des citoyens égaux, la relation de louage est très inégalitaire. La dépendance du travailleur est même criante. « L'interdiction faite par la loi Le Chapelier des grèves et des coalitions a été reprise et aggravée dans le Code pénal en 1811 ; le livret ouvrier a été rétabli en 1803 ; et en cas de contestation, le Code civil a établi à l'avance de quel côté est la vérité : “Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire, etc.” » (p.142, (Beaud 1999)). La domination de l'employeur se manifeste notamment au travers des règlements intérieurs et à la discipline que la propriété capitaliste permet d'exercer sur l'ouvrier. Pour Supiot, cela traduit la spécificité du louage en question qui porte non sur un instrument quelconque, mais sur le corps de l'individu directement.

---

<sup>2</sup> « Le capitaliste achète donc (semble-t-il) leur travail avec de l'argent. C'est pour de l'argent qu'ils (les ouvriers) lui vendent leur travail. Mais il n'en est ainsi qu'apparemment. Ce qu'ils vendent en réalité au capitaliste pour de l'argent c'est leur force de travail. Le capitaliste achète cette force de travail pour un jour, une semaine, un mois, etc. Et une fois qu'il l'a achetée, il l'utilise en faisant travailler l'ouvrier pendant le temps stipulé ». Et plus loin « La force de travail est donc une marchandise que son possesseur, le salarié, vend au capital. Pourquoi la vend-il ? Pour vivre » (p. 17-19, Travail salarié et Capital, conférence de Marx à l'Association des ouvriers allemands de Bruxelles en décembre 47) Marx reconnaît bien que le salaire est cependant une avancée en réduisant à de simples rapports d'argent, ce qui pouvaient être auparavant des rapports de domination sociale, de « patriarcal », de même que les travaux supérieurs, intellectuels ou artistiques, perdent de leur prestige...

- Néanmoins, l'histoire montre que les ouvriers « géraient » eux-mêmes leur travail. Depuis 1790, les ouvriers étaient en fait relativement autonomes dans l'organisation de leur travail. On n'était pas du « louage de service », mais dans la technique du « prixfait » qui correspond au louage d'ouvrage. La différence est de taille puisque, depuis la Révolution, l'ouvrier en tant que « citoyen ouvrier », « était attiré à débattre légitimement de l'organisation de son travail, de son exécution et de sa valeur » ((Cottureau 2002), p. 530). On reste donc dans du louage tant que, par exemple, les matelots peuvent refuser un changement d'itinéraires... Et c'est bien le cas dans la plupart des activités du 19<sup>ème</sup> où, comme l'a montré Ph. Lefebvre, la hiérarchie intermédiaire n'existe pas encore (Lefebvre 2003). Ainsi, que ce soit dans la soierie, dans les filatures de coton, à domicile ou à l'intérieur des usines, les ouvriers se considèrent comme des *entrepreneurs d'ouvrage* et les employeurs n'ont à juger que de la qualité du résultat. Pour citer à nouveau Cottureau :

*« Au sein des justices de paix, des conseils de prud'hommes, des tribunaux de commerces, des tribunaux civils, il allait de soi que la plupart des ouvriers – de la grande comme de la petite industrie relevaient de la législation du “louage d'ouvrage” proprement dit, et non du “louage de services”, c'est-à-dire, notamment, des treize articles de la section du Code civil sur les “Devis et marchés” (art. 1787 à 1799), et non des deux articles sur les « “domestiques et gens de travail”. »*

La subordination, si elle fait partie du vocabulaire de l'époque, désigne donc essentiellement le rapport inégal qui s'instaure, notamment du fait du règlement d'intérieur, entre employeurs et salariés.

#### C- LA NAISSANCE DU CONTRAT DE TRAVAIL : LE « GOUVERNEMENT » D'ENTREPRISE

Deux éléments font basculer, vers la fin 19<sup>ème</sup>, le modèle de la « vente d'une force de travail » vers le contrat de travail avec subordination :

- dans les années 1850 et 1860, les abus des règlements intérieurs font ressortir de manière criante le caractère injuste et non bilatéral du louage. Ainsi, une ouvrière à qui deux semaines de salaire sont retirées pour être entrée en sabots dans l'atelier contre la prescription du règlement d'intérieur...
- surtout, Cottureau analyse cette transformation à l'occasion d'un conflit dans les chemins de fer qui donneront lieu à la première loi sur le licenciement le 27 décembre 1890 (Cottureau 2002). C'est la nécessité d'une autorité managériale pour les besoins de l'organisation qui appelle la reconnaissance de la subordination (Deakin 2009). Dans les chemins de fer, « les sujétions particulières aux agents des compagnies, jugées indispensables pour la sécurité des voyageurs, prirent le statut d'un **impératif de gestion**, tant aux yeux de la cour de cassation qu'aux yeux du Sénat ». p 1555.

Le contrat de travail innove donc en faisant admettre la notion de subordination : tandis que la jurisprudence, depuis cent ans, s'efforçait de sortir du louage de service pour ne pas reproduire les relations de servitude, le contrat de travail fait l'inverse. Il rabat au contraire le louage d'ouvrage sur le louage de service (Bessy 2007). Selon Cottureau, on passe alors d'un schéma libéral contractuel fondé sur l'exigence de consentements réciproques à un schéma fondé sur la dissymétrie de l'échange entre « subordination protégée du salarié » d'une part et « gouvernement exclusif de l'entreprise par l'employeur » d'autre part.

Par la suite, le droit s'est continuellement efforcé de corriger la vision purement contractuelle de la relation de travail en essayant de rétablir des éléments « institutionnels » de la tradition germanique. On est ainsi dans une forme d'échange, que Deakin caractérise par un « *open-ended duty of obedience* » contre la prise en charge par l'entreprise, mais aussi très rapidement par l'état (sécurité sociale...) des risques sociaux (Deakin 2009). Aujourd'hui en effet, comme l'a très bien montré Supiot, la relation contractuelle « incorpore » *de facto* des dispositions du droit du travail qui qualifie le « statut » du salarié et lui adjoint tout un ensemble de dispositions obligatoires. Toute la réglementation (hygiène et sécurité, etc.) est associée au contrat qui dote le salarié d'un véritable statut. Le contrat n'est qu'une forme de « déclencheur de l'application systématique d'un ensemble de normes, indépendamment de la volonté des parties (Supiot 1994 (2007)). Malgré tout, la vision contractuelle prime très clairement sur une vision « communautaire ». Et ce primat n'a d'ailleurs cessé d'être réaffirmé et renforcé par la réglementation européenne qui vise à faciliter les conditions d'un « marché » du travail en voyant dans le contrat de travail le moyen d'organiser l'échange entre prestation et rémunération.

## 2. ÉLÉMENTS POUR UN NOUVEAU MODELE DE LA SUBORDINATION

---

Bien que la subordination soit devenue le signe distinctif du contrat de travail, son objet reste relativement indéfini. Faute d'en préciser le contenu, le droit a laissé s'installer une représentation de la relation de travail comme une relation d'échange, de vente d'une force de travail. Au risque d'occulter les effets réels de la subordination et d'empêcher de considérer la participation de fait des salariés à l'entreprise. Nous nous efforcerons de proposer un schéma alternatif, en proposant la notion de potentiel pour caractériser l'objet de la subordination.

---

### 1- LA SUBORDINATION MET LE DROIT FACE A UNE « VIDE THEORIQUE »

---

Malgré l'introduction en droit du « contrat de travail » comme un contrat spécial, il est frappant de constater à quel point la subordination reste un concept flou.

- En 1880, elle n'est pas définie par le droit. Elle n'est pas non plus justifiée d'un point de vue juridique : pour Cottureau, affirmer soudainement que les ouvriers de la grande industrie n'étaient concernés que par le « louage de services » relève du coup de force dogmatique (Cottureau, p1526).
- Formellement, c'est la jurisprudence qui invoque la subordination en 1931 pour mettre en cause la responsabilité de l'employeur. L'enjeu est de mettre en évidence la responsabilité des employeurs, notamment dans les accidents du travail (Didry et Brouté 2006).

Mais ce faisant, le droit ne prend pas acte de la transformation radicale qui s'est opérée dans la relation de travail. Dès lors que l'entreprise acquiert la capacité de « gouverner le travail », alors la relation du travailleur n'est plus une relation de louage, ou de vente d'une force de travail. Le travailleur cède au contraire sa capacité de gouverner le travail aux dirigeants de l'entreprise. Faute de saisir cette distinction, le droit n'est pas capable de prendre en compte la véritable nature de la subordination

---

## 2- L'OBJET DE LA SUBORDINATION : LE « POTENTIEL D'ACTION »

---

Si le travailleur confie la gestion de son potentiel de travail, l'objet de la subordination va bien au-delà du corps. Contrairement à ce qu'avance Supiot (Supiot 1994 (2007)), le salarié confie la gestion de ses compétences, de sa capacité créative, de sa réputation, de son employabilité, etc.

Nous proposons de généraliser la notion de « force de travail » en considérant l'ensemble des capacités d'action qui permettent de produire de la valeur. Nous parlerons de « **potentiel d'action** » individuel pour désigner l'ensemble de ces capacités, qui sont autant de promesses de revenus futurs. Ce potentiel d'action individuel renvoie aussi bien :

- Au patrimoine individuel au sens classique
- Aux prestations qui sont dues à l'individu, ou à ses créances, qui font partie de son actif
- Aux compétences, au savoir-faire des individus (J. Barney et al. 2001; Blackler et al. 1993)<sup>3</sup> (leur « capital humain » selon Becker (Becker 1964))
- A leur capacité créative (Florida et Goodnight 2005) (Henard et McFadyen 2008)
- A leurs réseaux, leur réputation, leur « capital social »...

La notion de potentiel généralise ainsi l'idée de patrimoine comme celle de force de travail. Elle a le mérite de sortir du clivage traditionnel entre capital et travail, tout en permettant de revisiter la notion de subordination. En acceptant les directives de l'employeur, on ne cède pas de droit sur son corps ou sur son potentiel. On ne cède pas non plus ses capacités d'action. Pour être plus précis, *on cède le droit de gérer ces capacités*, autrement dit de décider de l'usage qui en sera fait, et donc de leur valeur future.

Jusqu'à la fin du 19<sup>ème</sup>, le travailleur gère lui-même son potentiel d'action. Il reste décideur de la manière dont il use de ses capacités : travailler pour un certain prix ou non, organiser son travail selon son habitude et ses compétences... En revanche, lorsque l'entreprise s'occupe de gouverner son travail, il lui cède cette capacité de gestion. Il ne décide plus des actions à mener et, par suite, il délègue aussi l'avenir de son potentiel d'action. En d'autres termes, la subordination est le mécanisme par lequel un individu confie à un autre le soin de définir non seulement l'usage de son potentiel, mais aussi l'avenir de son potentiel d'action.

---

## 3- CONTRAT DE VENTE OU CONTRAT DE PARTICIPATION : DEUX APPROCHES DE LA SUBORDINATION

---

Dans ces conditions, considérer le salarié comme un fournisseur d'une quantité de travail pour un prix donné, ne revient-il pas à confondre un banquier avec un actionnaire ? Le banquier en effet prête son capital à un taux négocié. L'actionnaire au contraire dispose d'un capital dont il cède la gestion à une entreprise. Mais les risques que prend l'actionnaire ne sont-ils pas du même ordre que ceux du salarié ? Le salarié ne confie-t-il pas lui aussi son potentiel d'action aux dirigeants de l'entreprise ?

---

<sup>3</sup> Daft (1983) "...firm resources include all assets, capabilities, organizational processes, firm attributes, information, knowledge, etc; controlled by a firm that enable the firm to conceive of and implement strategies that improve its efficiency and effectiveness (Daft,1983)." Cité dans(J. B. Barney 1996)

Pour restaurer les effets réels de la subordination, il est nécessaire de distinguer deux approches de la relation de travail : l'approche classique du contrat de travail assimile le travail à une location d'un potentiel d'action, tandis que l'approche « participative » considère au contraire que le salarié délègue la gestion de son potentiel d'action :

- dans le premier cas, le travailleur – comme un banquier ou comme un fournisseur - gère sa capacité d'action et obtient une rémunération définie à l'avance. Cette rémunération ne correspond qu'au tarif de la mise à disposition de son potentiel.
- Dans le second cas au contraire, le travailleur, - comme un actionnaire -, cède sa capacité de gestion de son potentiel. Il obtient un revenu pour la mise à disposition de son potentiel également. Mais il attend aussi que l'entreprise fasse fructifier son patrimoine et qu'elle développe ses capacités.

Le tableau suivant compare les deux approches :

	<b>Contrat de travail classique</b> <i>Location d'un potentiel d'action</i>	<b>Contrat de Participation</b> <i>Délégation de la gestion d'un potentiel d'action</i>
Gestion du potentiel d'action individuel	Le salarié	Les dirigeants de l'entreprise
Risque	Risques économiques nuls	Risque de potentiel d'action dégradé
Droits du salarié	Potentiel d'action indemne ?  Aucun droit sur les résultats de l'entreprise.  Une rémunération fixe pour la mise à disposition du potentiel individuel	Potentiel d'action développé ?  La participation à l'entreprise donne un droit sur les résultats.  Une rémunération fixe pour la mise à disposition du potentiel individuel

Dans la partie suivante, nous allons montrer comment l'approche classique empêche de prendre en compte les effets réels de la subordination et emprisonne le droit dans une série de contradictions, vis-à-vis des réalités empiriques comme vis-à-vis de sa propre cohérence. Notre thèse est que la subordination, dès lors qu'elle est envisagée comme la condition de la participation au projet d'entreprise, devrait permettre au contraire de fonder un droit plus en phase avec les réalités concrètes de l'entreprise et plus juste.

### 3. LE CONTRAT DE PARTICIPATION : UNE VOIE POUR SORTIR LE DROIT DE SES CONTRADICTIONS

Il y a aujourd'hui un enjeu considérable à définir le contenu de la subordination et à prendre en compte ses effets réels. Car, s'il n'explique pas tout, le contrat de travail, en laissant

indéterminé l'objet de la subordination, introduit de graves biais dans la manière d'appréhender l'entreprise et ses acteurs :

- il fait comme si les salariés ne prenaient pas de risques, malgré l'évidence des faits.
- En niant les risques pris par les salariés, il ne peut leur reconnaître de droits sur les résultats de l'action collective.
- Ce faisant, il entrave le développement de l'entreprise car il empêche de fonder un intérêt commun aux différentes parties.
- Et il contribue à faire de l'entreprise un champ de confrontation et de déséquilibres où les plus faibles sont contraints à soumettre leur volonté et à abdiquer leur rationalité.

Dans cette partie, nous voudrions repartir des contradictions que le droit entretient pour voir dans quelle mesure notre approche de la subordination permettrait de restaurer une cohérence avec les faits et de surmonter en partie ces problèmes.

---

## 1- LA RECONNAISSANCE DES RISQUES : L'ENJEU DU CONTRAT DE PARTICIPATION

---

En droit, le salarié n'est pas censé assumer les risques de l'entreprise, qui n'est d'ailleurs pas son entreprise. « L'employeur détient l'autorité et en revanche tire les profits et court les risques économiques » (Verdier 1990). La « mise à la charge du patron des risques de l'entreprise » serait ainsi le caractère distinctif du contrat de travail au sein des contrats de louage. Le contrat de travail serait même censé apporter la sécurité que recherchent les salariés. Et des économistes, comme Bastiat n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner l'association perfectionnée que permettait le contrat de travail :

*« le travail trouve la certitude d'une rémunération, la fixité de position si précieuse aux hommes tandis que le capital y gagne, « en prenant tous les risques de l'entreprise, d'en avoir le gouvernement exclusif » (Bastiat, Harmonies économiques, 1879). » cité par Cottureau.*

Dans cette perspective, le salarié ne prendrait d'autres risques que celui des accidents corporels. Comme le remarque Supiot, « dans la relation de travail, le travailleur, à la différence de l'employeur, ne risque pas son patrimoine, il risque sa peau » (Supiot 1994 (2007)).

Mais cette position, à l'évidence, ne résiste pas à l'épreuve des faits. Et le droit est bien forcé de reconnaître les risques encourus par les salariés :

- le droit ne reconnaît-il pas, pour certaines professions, le fait que les salariés mettent en risque leurs « intérêts moraux » ? La clause de conscience des journalistes leur permet par exemple de rompre leur contrat si orientation nouvelle du journal qui peut « porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou d'une manière générale à ses intérêts moraux » (code du travail L761-7).
- De même, les catastrophes provoquées par les licenciements qui renvoient sur le marché des individus devenus « inemployables » ont bien forcé le droit à prendre en compte le risque de la perte d'un emploi. Il a mis en place toute une réglementation pour encadrer les licenciements par la justification d'une cause « réelle et sérieuse ».

Par rapport au principe de départ, le droit se trouve dans une position instable où l'encadrement des risques réels est difficile à justifier de manière rigoureuse. Or, pour être

cohérent avec la réalité et reconnaître les risques réels des salariés, il faut reconsidérer la nature de subordination : le salarié travaille et a droit, en contrepartie, à une rémunération juste de sa contribution. Mais en parallèle, le salarié confie son potentiel aux dirigeants de l'entreprise. Ceux-ci peuvent donc utiliser ce potentiel pour créer de la valeur. Ils peuvent aussi le sacrifier si c'est nécessaire pour la survie de l'entreprise. Le salarié, comme l'actionnaire d'ailleurs, accepte l'autorité de gestion : cela signifie qu'ils acceptent aussi les décisions qui pourraient endommager leurs potentiels.

La participation, en tant que délégation de gestion de son potentiel d'action, permet de rendre compte des risques pris par les individus quant à leur réputation, leur employabilité, leur carrière, etc. Il est indispensable de prendre en considération les risques de la participation, non seulement pour être plus réalistes, mais aussi pour être en mesure de fonder des règles de solidarité.

---

## 2- LES SUBORDONNES ONT UN DROIT SUR LES RESULTATS DE L'ENTREPRISE

---

Au niveau des résultats, le droit est dans la même difficulté que pour les risques. *A priori*, les salariés n'ont aucun droit sur les résultats de l'entreprise. Le salarié vend sa force de travail : *c'est le travail qui est payé, pas son résultat*. Dans la vision traditionnelle du contrat de travail, « le salarié n'acquiert à aucun moment de droit sur la chose travaillée. Cette dernière ne participe jamais de l'échange des prestations » (Supiot, p.60). Le résultat de l'entreprise reviendrait alors légitimement aux actionnaires. Cette approche a évidemment été relayée par l'approche néo-classique : la gestion serait d'autant plus efficace qu'elle serait confiée aux individus rémunérés par le profit de l'entreprise (Alchian et Demsetz 1972). Cela serait donc cohérent avec le fait que les dirigeants soient nommés et contrôlés par la société d'actionnaires, à l'exclusion de toute autre partie de l'entreprise.

Mais là encore, la position est intenable d'un point de vue théorique : comme on l'a vu, le droit de propriété des actionnaires sur le profit ne peut être justifié par le fait qu'ils assument seuls les risques. Tout individu qui confie la gestion de son potentiel à l'entreprise assume les risques. Il est d'usage de justifier que le salarié n'a pas de droit sur les résultats de son travail par le fait qu'il ne mettrait en œuvre que le patrimoine d'autrui. Mais on sait aujourd'hui combien les potentiels apportés par les salariés sont aujourd'hui indispensables à la performance de l'entreprise (« critical assets » (Kochan et Rubinstein 2000)) notamment dans une économie de l'innovation et de la connaissance, à l'entreprise<sup>4</sup>.

D'ailleurs, en matière d'innovation et de création, le droit est amené à se contredire lui-même : faute de reconnaître les droits des salariés sur les résultats de l'entreprise, il est incapable de prendre en compte la possibilité d'une création salariée. La création salariée supposerait d'aller à l'encontre du droit de la propriété intellectuelle. En pratique, le droit a élaboré un arrangement ad hoc assez instable (Drai 2005) : normalement, c'est l'employeur qui possède l'œuvre. Mais si l'on peut montrer que le salarié y a apporté sa marque, en dehors de toute prescription de son employeur, alors en principe, le contrat de travail ne déroge ni à la jouissance, ni à l'exercice du droit moral et du droit patrimonial de l'individu. Toutefois,

---

<sup>4</sup> Pour ces auteurs, les individus sont des « *genuine stakeholders* » dès lors qu'ils apportent des ressources critiques pour la marche de l'entreprise, suffisamment critiques pour obtenir un pouvoir de négociation important dans la gestion et risqués : "*the value of the assets must be affected by the fate of the enterprise so that its owners can legitimately claim a "property right" for putting their assets at risk* ».

les ambiguïtés demeurent et les divergences du droit d'un pays à l'autre sont significatifs d'une défaillance théorique majeure (Béjean et al. 2009).

Face à ces contradictions, il est nécessaire de reprendre la question des résultats de l'entreprise et de leur propriété :

- d'abord, les fruits de l'entreprise ne se limitent pas aux résultats comptables. La notion de potentiel force à considérer la variété des contributions individuelles, mais aussi la diversité des résultats des entreprises. Celles-ci génèrent non seulement du profit, mais aussi des compétences, des réseaux, de la réputation, etc.
- Ensuite, à partir du moment où l'action collective crée des résultats, aucune partie ne peut être valablement tenue pour la seule propriétaire de ces résultats. La notion de « créance résiduelle », d'emblée, se trouve devoir être rejetée : ce qui est créé par la gestion est créé grâce à la subordination des parties et ne peut être imputé à l'une seule des parties. Les droits sur les résultats sont nécessairement partagés entre tous ceux qui ont avec l'entreprise un contrat de participation.
- On peut noter que dans cette perspective, le salariat n'est pas nécessairement incompatible avec la création individuelle. Et l'action collective peut aider la création individuelle en développant les potentiels individuels (notamment la réputation d'un salarié) (Béjean 2008) dans l'intérêt collectif...

---

### 3- LA LATITUDE MANAGERIALE COMME GARANTIE DE L'INTERET COMMUN

---

La discussion précédente indique que la subordination peut être la condition de l'action collective. D'une certaine manière, l'approche classique du contrat de travail empêche de donner sens à la notion d'intérêt social et on peut craindre que la communauté d'intérêts soit entravée par la représentation classique des relations dans l'entreprise.

En droit, l'employeur est normalement le seul juge de l'intérêt de l'entreprise (arrêt de la cour de cassation, du 31 mai 1956, arrêt Brinon<sup>5</sup>). Mais en droit, la notion d'intérêt social reste assez insaisissable (Goffaux-Callebaut 2004). Et en pratique, à partir du moment où c'est la société qui nomme et révoque les dirigeants, ceux-ci peuvent difficilement construire une stratégie neutre. Ce sont aux actionnaires que les dirigeants doivent rendre des comptes (Kaufman et Englander 2005).

L'intérêt collectif est d'ailleurs d'autant plus difficile à faire vivre que les dirigeants sont vus comme des « agents ». Cette perspective conduit au pire à générer de l'injustice si les dirigeants représentent une seule partie ; au mieux, elle soumet les dirigeants à des pressions contradictoires. La théorie des parties prenantes a tendance à considérer que chaque partie devrait pouvoir plaider sa cause et influencer les décisions des dirigeants. Mais on aboutit là à des blocages de l'action managériale (Tirole 2001), et la gestion risque de devenir une mission impossible face à la divergence des intérêts (Gomez 2003).

---

<sup>5</sup> L'arrêt rappelle le pouvoir de l'employeur "seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation (...), aucune disposition légale ne lui (faisant) l'obligation de maintenir son activité à la seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi pourvu qu'il observe à l'égard de ce qu'il emploie les règles édictées par le Code du travail" (cour de Cass. Soc. 31/05/1956)

Pour envisager un intérêt commun, il est nécessaire, là encore, de restaurer le principe de la subordination : la subordination est le moyen de fonder l'action collective. Elle donne à l'action managériale la latitude nécessaire pour construire une dynamique créatrice collective. La gestion mobilise les potentiels qui lui sont confiés pour décider, avec le plus de latitude possible, des actions à conduire en vue de « l'intérêt commun ». Et la raison n'est pas seulement morale : elle tient surtout à ce que l'espace de décision du dirigeant est d'autant moins contraint qu'aucune présomption n'est faite quant aux valeurs qui seront créées (il ne s'agit pas nécessairement d'un résultat comptable !), et que les potentiels mis à disposition peuvent être mobilisés, voire endommagés si cela contribue à générer de nouveaux potentiels au niveau collectif.

Ainsi, si l'efficacité économique est d'habitude attribuée aux incitations et à l'allocation des droits de propriété, la nouvelle modélisation de la subordination permet de redonner corps à la notion d'intérêt commun.

---

#### 4- LA PARTICIPATION RESTAURE LA RATIONALITE DE LA SUBORDINATION

---

Le droit classique se trouve encore en déséquilibre sur la question de la rationalité individuelle. Il cède en effet sur une contradiction majeure puisque la subordination suppose la *soumission* de la volonté là où la conclusion d'un contrat impose l'*autonomie* de la volonté. Dans le droit romain, lorsque l'homme libre se met par contrat au service d'autrui, il est à lui-même son propre esclave. Il y a donc une forme d'irrationalité lorsque le travailleur renonce à sa volonté autonome, en acceptant de la soumettre à l'autre partie, et ceci, malgré la profonde « indétermination des obligations concrètes qui pèseront sur lui pendant l'exécution du contrat. » (p120 (Supiot 1994 (2007))).

Certains auteurs vont même jusqu'à affirmer que le droit *organise* une distorsion de la rationalité individuelle : « *The employee is required to act "only for the benefit" of the employer in all matters connected with her employment* » écrit Freeland. Selon lui, la loi confère 3 caractéristiques à la relation de travail : 1) obéissance à l'employeur, 2) agir au nom et dans l'intérêt de l'employeur et non dans le sien propre ; 3) en tant que mandataire, il doit agir pour le compte de l'employeur et non pour le sien. Un employé peut par exemple être puni de ne pas donner d'information ou de ne pas révéler sa compétence (Freeland 2009).

Pour autant, cette apparente distorsion, si elle est inexplicable dans la vision marchande de la relation de travail (pourquoi un individu se ferait-il volontairement esclave d'un autre ??), peut se justifier si l'on adopte l'autre vision de la subordination.

- Cela suppose d'abord de reconnaître que la rationalité individuelle ne consiste pas seulement à maximiser une « utilité » abstraite, mais plus simplement à augmenter ses capacités, autrement dit, son potentiel d'action. Au lieu de ne considérer que les opportunités de revenus, on est alors conduit à considérer son aspiration à un « potentiel » d'actions, potentiel qui pourra donner lieu, le cas échéant, à des revenus ou à d'autres formes de bénéfices.
- Par rapport à l'approche économique classique, les individus conservent bien une rationalité maximisatrice puisqu'ils cherchent à augmenter leur potentiel personnel. Mais cette rationalité est enrichie et peut prendre en compte des aspirations variées, et pas uniquement financières.

- La subordination est un acte rationnel dès lors que l'action individuelle, en s'inscrivant dans un collectif coordonné, ouvre davantage de perspectives à l'individu. En acceptant de se subordonner, un individu exprime sa confiance dans la capacité d'une autorité de gestion à créer davantage de richesses que si les individus agissaient chacun à leur propre niveau.

Ainsi, si l'on reconnaît au contraire les capacités des individus à gérer les potentiels d'action, alors on peut reconnaître que la subordination est un acte d'adhésion volontaire et rationnel. Et cette perspective permet de mettre en évidence les conditions dans lesquelles l'autorité de gestion peut être acceptable.

- Un individu n'adhérera à un projet d'entreprise que dans la mesure où il peut, non pas influencer les décisions de gestion ou contraindre l'espace de choix des dirigeants, mais au contraire participer au choix du gérant et, le cas échéant, à son congédiement.
- Ensuite, les risques liés à la subordination ne sont acceptables que si on lui adjoint un principe de solidarité. En acceptant l'autorité de gestion, les individus prennent en effet le risque de voir leur fonds ou leurs compétences « sacrifiées ». Il faut alors des règles de partage équitable des résultats qui prennent en compte l'ensemble des potentiels qui ont permis de générer des richesses. En particulier, si un salarié est licencié pour le bien commun, ne devrait-il pas bénéficier ultérieurement des profits que son sacrifice a permis de réaliser ?

Le tableau suivant résume les différentes perspectives induites par une nouvelle approche de la subordination.

	<b>Contrat de travail</b> Entendu comme « location » d'un potentiel d'action	<b>Contrat de Participation</b> Entendu comme délégation de la gestion de son potentiel
<b>Risques reconnus pour le salarié</b>	Essentiellement les risques corporels et de licenciement	Les risques corporels et de licenciement, Les risques de dégradation de son potentiel (ou de non développement)
<b>Droit sur les résultats de l'entreprise</b>	Résultats financiers Droits nuls sur les résultats  sauf si accord de participation aux résultats financiers (toujours en complément du salaire)	Résultats pas seulement financiers : tous les potentiels d'action créés.  Droits partagés sur les résultats entre tous ceux qui participent à l'entreprise
<b>Intérêt social</b>	Difficile à construire juridiquement.  En pratique, intérêt de la société Intérêts divergents des parties	Intérêt commun = but de la gestion  L'action collective crée plus de richesse si une autorité commune de gestion l'organise
<b>Rationalité individuelle</b>	Distordue : l'employé doit agir pour le compte et dans l'intérêt d'autrui...	Restaurée : Attente d'une valorisation du potentiel d'action Avec un droit de révocation du gérant et un principe de solidarité pour rendre acceptable le risque

#### 4. CONCLUSION : PROPOSITION POUR UN NOUVEAU CONTRAT DE PARTICIPATION

---

Le droit du travail s'est construit de manière historique et pragmatique, pour faire face notamment aux transformations de l'entreprise. Mais l'examen montre qu'il ne s'est pas établi sur une base théorique solide. La subordination reste une notion éminemment difficile à appréhender. Et les effets de la subordination vont en pratique bien au-delà du contrat de travail. Ce déséquilibre amène le droit à se contredire lui-même et à manquer de cohérence. Mais surtout, le flou juridique laisse la place à des théorisations problématiques de la relation de travail, qui s'avèrent à la fois très éloignées des réalités empiriques, et préjudiciables pour les individus comme pour l'entreprise.

Il y a donc un enjeu très important à revenir sur le modèle de la subordination pour montrer que la relation de travail n'est pas nécessairement une relation de louage et qu'elle implique un engagement risqué de la part des salariés. Dans cet article, nous avons montré qu'il pouvait être éclairant de distinguer deux types de contrats : d'une part un contrat d'activité (une capacité mise à disposition contre rémunération pour mener certaines activités décidées par l'employeur) et d'autre part un contrat de participation (par lequel un individu confie son potentiel au gérant pour bénéficier de la production de nouveaux potentiels qui pourraient en résulter).

L'intérêt de cette distinction est multiple : elle permet d'abord de restaurer les risques pris par les salariés et de surmonter les clivages traditionnels entre actionnaires et salariés. Ils se retrouvent en effet également participants à l'entreprise. Au-delà, cette distinction permet aussi de sortir le droit du travail de certaines de ses contradictions. Notre travail indique alors à réfléchir sur les conditions de la subordination et sur les règles de droit qui rendraient légitime le gouvernement des entreprises, et acceptables les risques pris par les salariés.

Alchian, Armen A. et Demsetz, Harold (1972), 'Production, Information costs and economic organization', *The American economic Review*, December, pp. 777-95.

Barney, Jay, Wright, Mike, et Ketchen Jr, David J. (2001), 'The resource-based view of the firm: Ten years after 1991', *Journal of Management*, 27 (6), 625.

Barney, Jay B. (1996), 'The Resource-based Theory of the Firm', *Organization Science*, 7 (5), 469-69.

Beaud, Michel (1999), *Histoire du capitalisme* (Points; Paris: Seuil).

Becker, Gary (1964), *Human Capital: a Theoretical and Empirical analysis* (Columbia University Press).

Béjean, Mathias (2008), 'Le management des entreprises à prestations artistiques ', Thèse de doctorat (Ecole des Mines).

- Béjean, Mathias, Segrestin, Blanche, et Hatchuel, Armand (2009), 'Artist and employee: revisiting the employees' status through the case of art-based firms', *EURAM* (Liverpool).
- Bessy, Christian (2007), *La contractualisation de la relation de travail* (Paris: Droit et Société).
- Blackler, Franck, Reed, Michael, et Whitaker, Alan (1993), 'Knowledge workers and contemporary organizations', *Journal of Management Studies*, vol. 30-6 (Novembre).
- Cottureau, Alain (2002), 'Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle)', *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, Vol. 57 (n°6), pp. 1521-57.
- Deakin, Simon (2009), 'Legal origin, juridical form and industrialization in historical perspective: the case of the employment contract and the joint-stock company', *Socio-Economic Review*, Vol. 7, pp. 35-65.
- Didry, Claude et Brouté, Rémi (2006), 'L'employeur en question, les enjeux de la subordination pour les rapports de travail dans une société capitaliste', in Héloïse Petit and Nadine Thévenot (eds.), *Les nouvelles frontières du travail subordonné, approche pluridisciplinaire* (Paris: La Découverte), pp. 47-70.
- Drai, Laurent (2005), *Le droit du travail intellectuel* (Bibliothèque constitutionnelle et de science politique; Paris: LGDJ) 304 p.
- Florida, Richard et Goodnight, Jim (2005), 'Managing for Creativity', *Harvard Business Review*, 83 (7/8), 124-31.
- Freeland, Robert F. (2009), 'The social and legal bases of managerial authority: the development of the modern employment relation in anglo-american law', (Madison: University of Wisconsin).
- Goffaux-Callebaut, Géraldine (2004), 'La définition de l'intérêt social', *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n°1 (Janvier/ Mars), pp. 35-46.
- Gomez, Pierre-Yves (2003), 'Jalons pour une histoire des théories du gouvernement des entreprises', *Finance Contrôle Stratégie*, Vol. 6 (n°4), pp. 183-208.
- Hatchuel, Armand et Segrestin, Blanche (2010), 'L'entreprise, une épistémê. Pour une lecture gestionnaire et historique du phénomène', *Entreprises et Histoire*, à paraître.
- Henard, David H. et McFadyen, M. Ann (2008), 'MAKING KNOWLEDGE WORKERS MORE CREATIVE', *Research Technology Management*, 51 (2), 40-46.
- Kaufman, Allen et Englander, Ernie (2005), 'A team production model of corporate governance', *Academy of Management Executive*, Vol. 19 (n°3), pp. 9-24.
- Kochan, Thomas A. et Rubinstein, Saul A. (2000), 'Toward a stakeholder theory of the firm: the Saturn partnership', *Organization Science*, Vol. 11 (n°4 July-August), pp. 367-86.
- Le Goff, Jacques (2004), *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail* (Rennes: Presses Universitaires de Rennes).
- Lefebvre, Philippe (2003), *L'invention de la grande entreprise : Travail, hiérarchie, marché. France, fin XVIIIème-début XXème siècle* (Sociologies: PUF).
- Supiot, Alain (1994 (2007)), *Critique du droit du travail* (Quadrige; Paris: PUF).
- Tirole, Jean (2001), 'Corporate governance', *Econometrica*, 69 (1), 1-35.
- Verdier, Jean-Maurice (1990), *Droit du travail* (Paris: Dalloz).