

# Un droit sans papiers d'identité <sup>1</sup>

Gérard LYON-CAEN

*Professeur émérite à l'Université Paris I*

RÉSUMÉ. — L'**entreprise**, entre le marché et le néo-**corporatisme** (participation - paritarisme). Le salarié de la subordination au collectif. L'État utilise le **droit du travail** retourné en droit de l'**emploi** dans son action contre le chômage. L'échec de la méthode, malgré la flexibilité de la réglementation et les aides.

Le Droit du travail est en pleine période d'introspection ; certains même le somment de confesser ses péchés, dont le péché mortel par excellence : celui d'exister.

Le moment est donc propice pour réfléchir à son *identité*, à sa place au sein des diverses branches du Droit, à son appartenance à la sphère publique ou à la sphère privée –, bref à sa fonction.

S'il se retourne vers son passé, il ne se découvre aucun état civil avéré. Il est probablement né, (en France du moins) de la fécondation du contrat de louage (d'ouvrage, d'industrie, de services) – par la norme de police interdisant les coalitions ; de la cohabitation d'un contrat privé et d'une règle administrative assortie de sanctions pénales ; d'une rencontre fortuite d'un morceau de droit privé et d'un débris de droit public. Bâtard, l'enfant était de toutes manières chétif. Le contrat de louage des gens de travail ne possédait pas d'originalité notable dans l'immense famille des contrats civils ou commerciaux. La prohibition des coalitions n'était qu'un aspect, bien secondaire, d'une conception de la vie publique qui entendait laisser les citoyens, juridiquement égaux et libres, seuls et sans médiation en face de l'État.

Même si les rapports de travail ont fait leur apparition dans l'histoire moderne sans se soucier de savoir s'ils relevaient d'une branche du droit plutôt que d'une autre –, encore n'est-il pas sans intérêt d'insister quelque peu sur leur nature réelle : nous plongent-ils dans la partie de nous-mêmes, qui touche à notre intimité, à nos intérêts privés, à notre liberté personnelle profonde ? Ou en sens inverse nous font-ils basculer du côté du pouvoir ; intéressent-ils par leurs implications, la cité et la politique ?

Si un particulier (peu importe pour l'instant qu'il opère à son compte ou au compte d'un autre) se livre à une activité professionnelle – qu'il élève des poulets ou tourne des poteries – il semble bien que cette activité professionnelle se situe dans le prolongement de sa vie privée. Il a exercé une liberté en choisissant le métier qui lui convenait et lui permettait de vivre. L'intérêt collectif n'est pas concerné. Mais si on prend en considéra-

<sup>1</sup> Un droit « clandestin » ? Opérant « au noir » ?

tion les entreprises (petites, moyennes, grandes) qui fonctionnent à l'intérieur d'un système économique, il apparaît bien difficile (en dehors de tout parti pris idéologique) d'affirmer que l'État peut ou doit les ignorer : l'emploi (mot énorme et creux) est devenu sa principale préoccupation (si elle ne l'a toujours été d'une manière ou d'une autre). L'état de l'économie : voilà qui ne saurait être indifférent aux responsables publics.

En sorte, qu'à mi-chemin entre le privé (la vie sexuelle et familiale, les opinions et croyances, le patrimoine et sa gestion) et le public (la participation aux choix politiques – le fonctionnement de l'État), une région grise, neutre, mal différenciée, (dont le substantif : *activités* et le qualificatif : *professionnelles*, rendent mal compte) –, s'est constituée en zone franche. D'autres institutions tout aussi inclassables sont plus nombreuses qu'on ne le soupçonne. Exemple : la monnaie : symbole même de l'État et de sa souveraineté ; mais aussi instrument des échanges entre personnes privées et d'épargne individuelle, institution de droit public *et* de droit privé, de la vie publique et de la vie privée.

De proche en proche on en arriverait sans doute à la conclusion que la « *summa divisio* » n'a jamais eu de réelle pertinence, autre que pédagogique. L'homme, sujet de droits, vit en société et cette société est organisée par un État ; il agit au sein de la société comme propriétaire, contractant, père de famille, professionnel salarié ou indépendant, chômeur ; il entretient des rapports avec l'État comme électeur, contribuable, malversateur mis en examen ou condamné. Mais c'est par un artifice qu'on distingue en lui le propriétaire du contribuable, car il tient compte de ses intérêts constamment à ce double titre ; et même quand il fait acte d'électeur, il n'oublie pas qu'il est employé ou commerçant. Parce que l'homme n'est pas divisible, le droit ne l'est pas (tout au plus la science du droit a besoin de classements).

Le bonheur commun résulte de la recherche par chacun de sa propre satisfaction ; on peut le concéder à l'utilitarisme. Mais une des leçons de l'histoire c'est aussi qu'il n'existe pas de bonheur privé qui ne soit tributaire du bonheur général. Le plein épanouissement des intérêts privés comme la liberté personnelle supposent un ordre, que seules les procédures étatiques parviennent à instaurer et à garantir. C'est pur fantasme de ne voir en l'État qu'un organisme parasite, freinant l'activité économique par ses interventions intempestives ou oppresseur par nature.

Ces remarques préliminaires acceptées – le seront-elles par tous ? – on partira à la découverte de l'« inquiétante étrangeté » du Droit du travail (élargi au Droit de l'activité professionnelle), en isolant par commodité ses trois utilités : au service de l'entreprise (I) au bénéfice du travailleur salarié (II) comme instrument de l'État. (III).

## I

L'entreprise, qu'on supposera privée (mais la transposition à l'entreprise publique n'est pas difficile) a toujours oscillé en France (et ailleurs) entre le ralliement à l'économie concurrentielle de marché et une économie – sinon administrée, du moins organisée, – l'autorité publique coopérant avec les intérêts privés. C'est le corporatisme aux mille visages.

Les deux orientations ont toujours plus ou moins coexisté, en tous cas alterné.

A. — À l'heure présente la liberté d'entreprendre étant indiscutable, le marché étant la seule « autorité » admise, l'entreprise appartient au seul monde de la liberté privée : elle défend (bien ou mal) sur son marché ses intérêts propres contre la concurrence. De même sur le marché du travail ; elle recrute librement ses collaborateurs et s'en sépare si elle estime que leur présence ne lui est plus profitable – quitte à respecter certaines conditions que la loi impose, comme à toute personne qui exerce une liberté.

Deux phénomènes pourtant ont depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle intrigué les spécialistes du droit privé dans leur analyse des rapports entretenus par l'employeur avec la main d'œuvre qu'il utilise.

D'abord la convention collective de travail (et son appendice : l'extension). Voilà bien une technique apparemment irréductible au droit civil puisqu'une personne se voit imposer des obligations auxquelles elle n'a pas consenti. Mais abstraction faite de discussions aujourd'hui obsolètes –, qui ne voit que la convention collective est l'instrument par excellence de régularisation de la concurrence sur les marchés du travail (« les » marchés car il en existe de nombreux et de ce fait les conventions collectives sont nombreuses). Elle égalise les conditions d'emploi et ainsi permet une saine compétition. Sa fonction n'est pas d'un autre ordre que celle exercée par le conseil de la concurrence. On reste dans le pré carré de la libre activité privée. La convention collective d'entreprise est d'essence différente ; d'origine récente, elle cherche sa voie ; elle appartient à la famille des contrats ordinaires (même si la loi impose une obligation de négociation, respectée de manière plus formelle que réelle).

L'autre interrogation concerne la trop fameuse intervention de l'État. Est-on encore dans la sphère des intérêts privés lorsque l'État impose une législation prenant la forme d'un code du travail de 900 articles, – composé de sédiments législatifs échelonnés sur un siècle ; – et fait surveiller son application par un corps de fonctionnaires ? La discussion mérite d'être ramenée à d'exactes proportions et nécessite clarification :

1. Il existe dans le code du travail un nombre de dispositions qui ne sont que l'équivalent de celles qu'énonce par exemple le code des assurances au sujet du contrat d'assurance ; ou la législation sur les baux relativement au contrat de location d'immeuble à usage d'habitation. Tout contrat privé marche aujourd'hui escorté de sa suite législative ; les contrats de travail (car ils sont multiples) –, comme les autres contrats, sont encadrés de garde-fous législatifs. Rien de spécifique.

2. D'autres dispositions sont de pure police et sont de même essence que les autres lois sur l'hygiène et la sécurité (hygiène des denrées alimentaires – sécurité sur la route). Il s'agit de droit administratif pur, et des fonctionnaires veillent à son respect sans qu'il y ait là quelque chose qui puisse choquer. Au demeurant ces règles ont pour objet les « établissements », non des rapports juridiques. S'agit-il réellement du Droit du Travail ? On peut en douter.

3. Le plus remarquable concerne les règles issues de l'autre filiation du droit du travail ; cela fait plus d'un siècle que l'interdiction primitive des coalitions a disparu. Les intermédiaires, c'est-à-dire les groupements de défense, se sont multipliés. Le citoyen travailleur n'est plus seul face à l'État. Un nouveau droit public a remplacé l'ancien. D'où ces dispositions législatives sur les syndicats – les organes élus que sont les délégués du personnel ou les comités d'entreprise – les coalitions (devenues grèves). Ces règles législatives correspondent à des exigences constitutionnelles. Le droit du travail

(comme le droit civil ou le droit pénal) est irrigué par des *normes de valeur constitutionnelle* – (ou internationale). En ce sens, il est exact de constater qu'il ne ressortit plus seulement du droit privé, tel qu'anciennement envisagé, mais d'un nouveau droit public purement constitutionnel. Mais le phénomène intéresse l'ensemble de la sphère considérée naguère comme privée : ainsi le « droit de mener une vie familiale normale » est devenue une norme de droit public insérée dans les relations privées. Tout cela ne change rien : c'est le droit constitutionnel qui est devenu ce qu'il n'aurait jamais dû cesser d'être, ce n'est pas le droit privé qui a changé de nature.

4. Ces discussions ont masqué une transformation d'importance majeure pour le technicien du droit : les lois du travail dans plusieurs domaines (ainsi dans celui des horaires de travail) jusque-là « *impératives* » (avec des degrés divers dans l'impérativité) sont devenues « *dispositives* », mais dispositives au bénéfice des seules parties aux accords collectifs –, non de celles aux contrats individuels. Cette permissivité accuse-t-elle une progression du privé au détriment du public ? Une telle formulation ne serait pas inexacte et de nature à relativiser la « constitutionnalisation » qui s'opère par ailleurs. Mais elle ne rend pas réellement compte du phénomène. La loi d'ordre public après un demi-siècle d'essor continu, est en reflux. L'ordre juridique étatique est moins omniprésent. On estime que les citoyens ont moins besoin d'être protégés ? Pas vraiment. L'État s'efface devant les porte-parole des corps intermédiaires, les représentants des intérêts collectifs, les « partenaires sociaux ». C'est une forme de résurgence du corporatisme. (Seule ligne de résistance de l'ordre public jusqu'ici : le salaire minimum interprofessionnel (SMIC) ; pour combien de temps ?)

B. — Les entreprises n'ont pas toujours dans le passé été unanimes pour laisser jouer les mécanismes des marchés, pour réclamer de l'État qu'il s'abstienne de s'intéresser aux relations du travail, ni pour adorer le Dieu de la concurrence. Il est commode (quoique peu précis) d'appeler néo-corporatiste un état de droit qui d'une part, associe étroitement le pouvoir d'État au pouvoir économique privé, (lequel cherche son appui) et d'autre part fait participer les représentants du « monde du travail » aux côtés de ceux des dirigeants économiques, à des décisions prises en commun, à tous les niveaux. Ce sont alors les « lois » du marché que l'on fuit, car elles ruinent les entreprises. Même si notre temps ne coïncide pas avec une montée des institutions de ce type, et même si celles-ci s'accommodent en général mieux d'un pouvoir autoritaire que d'un régime démocratique –, comment passer sous silence deux tendances majeures du droit social contemporain qui attestent une latence du corporatisme en cette fin de siècle ?

1. Celle qui associe à l'élaboration de la législation et des décisions en matière dite « économique et sociale » « les partenaires sociaux » ; et si insidieusement, que les attributions du Parlement et même de l'exécutif sont progressivement rognées ; *l'accord national interprofessionnel*, depuis une vingtaine d'années, a toujours précédé toute œuvre législative d'importance, la loi se faisant un point d'honneur d'en respecter l'esprit et la lettre. Une figure juridique bien curieuse de convention-règle caractérise ainsi le droit du travail contemporain.

2. Celle qui – sous le nom de *paritarisme* – réunit étroitement patronat et syndicats dans la gestion d'importants capitaux au sein d'organismes dont il n'est plus possible d'affirmer ni qu'ils sont entièrement privés, ni qu'ils sont absolument publics.

Cet entremêlement devenu inextricable des pouvoirs publics et d'intérêts privés, est probablement ce qui constitue l'originalité juridique majeure des rapports de travail ; au point que la question : la part du privé l'emporte-t-elle encore sur la part du public ; ou l'inverse ? – cette question est devenue quasi dépourvue de sens.

Il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples, mais deux mots suffiront à illustrer cette indistinction des intérêts particuliers et de l'intérêt général : la *formation professionnelle* – ; et le *chômage*. Décisions prises de concert entre gouvernement, patronat et syndicats ; – gestion paritaire (avec une pincée d'intervention gouvernementale) des caisses de chômage et des fonds de la formation professionnelle. On est assez loin du règne absolu du marché. Le vocabulaire non juridique accuse encore plus la confusion des genres. On a lancé le mot d'ordre d'« entreprise citoyenne » ; on sous-entend ainsi que l'entreprise privée devait assumer des fonctions d'intérêt général...

Or le corporatisme à la mode nouvelle apparaît dans toute mesure qui tend à occulter que l'entreprise a pour seule fonction de réaliser des profits, de les investir ou de les distribuer. L'entreprise finalement a un adret : le marché, qui manifeste son caractère privé ; et un ubac : sa contribution aux intérêts collectifs, laquelle exprime sa part de public, très variable selon les moments de l'histoire.

## II

Pour les travailleurs salariés, l'opposition privé-public ne peut être que différente. On tentera une interprétation qui, comme toute interprétation, peut être réfutée.

A. — Classiquement le travailleur qui trouve un emploi salarié, entre dans ce qu'on pourrait appeler la sphère des intérêts de son employeur – petit patron ou grande entreprise. Concluant un contrat d'adhésion, sa situation juridique est celle de la *subordination*. Même si cette dernière notion demeure incertaine et fluctuante, il n'est guère douteux que le salarié abdique une partie de sa liberté individuelle, du moins pendant le temps où il travaille et sur les lieux du travail (mais de plus en plus au-delà même de ces limites). Malgré ces caractéristiques, qui ne sont pas celles d'un contractant ordinaire, sa situation est de pur droit privé. Sur lui s'exerce un pouvoir privé dont la théorie a été faite depuis longtemps. Normes internes à l'entreprise s'imposant à lui ; pouvoir disciplinaire, longtemps incontrôlé – aujourd'hui défini et contrôlé –, s'exerçant sur celui qui ne se plierait pas aux ordres ; – aujourd'hui on dirait plutôt, – qui n'accepterait pas les orientations, les méthodes, l'esprit de l'entreprise (sa « culture »). Cette inégalité des parties à un contrat, a autrefois poussé certains courants doctrinaux à souligner les similitudes entre les contraintes subies par les employés et celles qui caractérisent les administrés par rapport à l'administration. Ces observations datent. Ce n'est pas parce que l'une des parties est économiquement plus faible, que l'on sort de l'attraction du droit privé. Parler comme on l'a fait d'un pouvoir législatif – d'un pouvoir exécutif – d'un pouvoir « judiciaire » – au sein de la communauté de travail – c'est parler par pures métaphores. Le règlement intérieur, quoique soumis à vérification de l'inspection

du travail, est aux yeux de la jurisprudence un « acte réglementaire de droit privé ». Les « pouvoirs » d'un chef d'entreprise sont des pouvoirs privés.

Cette situation subordonnée de pur droit privé n'a soulevé – et encore depuis peu – qu'une seule difficulté juridique sérieuse : celle de l'étendue exacte de la subordination. Le propre du contrat est ici de porter sur un objet indissociable de l'homme. C'est la différence entre une prestation « de services » fournie par un indépendant et la prestation « de travail » exigée du salarié : ce dernier cesse d'être entièrement libre. Mais il n'est pas pour autant un esclave. D'où les litiges nombreux relatifs à la vie privée du salarié laquelle demeure hors d'atteinte de la direction de l'entreprise.

Seule sa vie professionnelle peut se voir influencée par l'autorité à laquelle il est subordonné. Cependant qui ne voit qu'il y a de multiples interférences entre l'une et l'autre ? ne serait-ce qu'à travers l'exemple de la maladie : celle-ci relève de la vie privée par excellence ; mais elle entraîne parfois une absence au travail, qui retentit sur l'activité professionnelle. Celui qui est embauché par un employeur est ainsi coupé en deux : comme personne privée, et hors vie de travail, il est un sujet de droits comme chacun ; – comme travailleur, il abandonne une part de sa liberté personnelle ; sa situation demeure pourtant de droit privé. Ce dernier adjectif est de ce fait polysémique – puisqu'il qualifie à la fois la *vie privée* qui échappe à l'employeur contractant, et la *vie professionnelle* qui est définie par celui-ci en fonction d'autres intérêts privés qui sont les siens propres mais qu'il impose à son subordonné. Il y a proprement un dédoublement de la personnalité (qui peut se rencontrer, quoique plus rarement, même chez celui dont l'activité professionnelle est indépendante).

L'inclusion de toute activité professionnelle dans le domaine privé (et non pas public) incite à réunir en une entité hypostatique travail subordonné et travail indépendant. Le tintamarre de la rhétorique actuelle sur le travail indépendant et sa nécessaire promotion, ne doit pas illusionner : « que les salariés privés d'emploi créent leur propre entreprise ! » entend-on dire. Voire. Ce qui en est résulté, ce sont de nouvelles catégories de personnes actives ou pluriactives juridiquement indépendantes alors qu'économiquement dépendantes des besoins d'une entreprise dominante. Le rapport entre un donneur d'ordre (mot révélateur) et un sous-traitant est situé sur une ligne de crête entre un versant qui penche vers les rapports du commerçant avec ses clients et un autre versant qui incline du côté des rapports de l'employeur et de son personnel salarié. Situation devenue fréquente, propice aux opérations de requalification. Situation qui démontre qu'il sera incessamment nécessaire de s'occuper du travail économiquement dépendant quoique presté hors toute subordination. On en retiendra seulement pour notre propos que les activités professionnelles sont plus que jamais du domaine de la libre volonté des agents – une libre volonté qui n'a même jamais été plus grande, tant l'ingéniosité des hommes est sans limite. Trop grande ?

B. — Chacun sait qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, les salariés en réaction contre cette situation qui, au nom de la liberté contractuelle, abdiquaient leur autonomie et se soumettaient aux décisions d'autrui –, tentèrent de s'en affranchir. Et ceci selon *deux voies* d'importance inégale selon les pays.

1. Électeurs dans un État devenu démocratique, ils n'étaient pas dépourvus de moyens de pression. Le Parlement comportait des partis dits « ouvriers » : le rapport

de travail, sur un siècle, se juridicisa. On feignit de croire que la finalité des règles législatives nouvelles qui se multipliaient était de « protéger » le salarié. Présentées par la suite comme trop pesantes, ces règles furent dénoncées comme contraires à une économie de compétition, où toute charge et toute contrainte sont pénalisantes. Derrière ces rhétoriques successives, la réalité sociale est plus simple.

En premier lieu, il n'est pas exact que la législation du travail ait été adoptée afin de défendre le salarié contre l'arbitraire de l'employeur. Si la loi a autorisé les sociétés de travail temporaire, favorisé le recours au contrat à durée déterminée, c'est que ces mesures étaient utiles pour donner aux entreprises plus de souplesse, en ne recrutant que « précairement ». Il est vrai que – en contrepartie – diverses limites ont été assignées à ces formes d'embauche dans l'intérêt des salariés concernés. C'est seulement la preuve que toute norme relative au travail (ancienne et nouvelle) est toujours à double fin et à double sens. Il n'est pas exact non plus que le contrat de travail rigidifie la gestion du personnel, puisqu'il a toujours pu être modifié en cours d'exécution ; ni que la convention collective apporte toujours plus d'avantages à ses ressortissants, puisque la loi vient encore récemment d'en faciliter la révision – (en s'écartant grandement des principes du droit civil qu'avait rappelés quelques mois auparavant la Cour de Cassation en formation plénière). L'idée que la juridicisation du rapport de travail s'effectue pour protéger une des parties est donc inexacte. Comme est inexacte l'affirmation que la norme constitue un carcan paralysant la gestion. Les prières adressées au législateur le sont par les deux côtés, et même plus fréquemment par les employeurs.

Il y a donc quelque hypocrisie dans le nouveau mot d'ordre lancé : celui de *déréglementation*. Les normes juridiques donnant forme et contenu au rapport de travail constituent plus des facilités de gestion que des charges ou des contraintes. Les entreprises auraient en général beaucoup à perdre à revenir au seul article 1780 du code civil, et à son étoile polaire l'article 1134 du même code. Pour un juriste, les mots réglementation et déréglementation n'ont, à la réflexion, pas de sens : des normes de droit civil, de droit constitutionnel – mais aujourd'hui surtout de droit économique, régissent les contrats de travail. Les juges en sont sans doute plus fréquemment saisis qu'il y a 100 et même 50 ans. Faut-il le déplorer ou y voir plutôt un recul de l'« épreuve de force » ? Supprimer ces normes n'étant pas praticable, – déréglementer, c'est seulement substituer d'autres règlements aux anciens. Il n'est en tous cas pas sérieux de voir dans la demande de lois – de quelque horizon qu'elle provienne –, puis dans la demande de moins de lois, – provenant parfois de mêmes milieux – le signe d'un changement dans la nature des rapports de travail.

2. Ce qui constitue l'originalité fondamentale du rapport de travail au regard des autres rapports de droit – c'est que les tout premiers ils ont revêtu un caractère collectif. Par l'action ou la négociation collectives, les salariés ont tenté de réduire leur subordination. Le fait est assez connu et n'appellera que deux remarques. D'abord rien n'autorise à y voir un recul de la dominante privée de ces relations juridiques. Tout au plus le droit du travail se présente-t-il comme un droit des groupes, un droit collectif (l'assurance groupe, – l'épargne collective, – les groupes de sociétés, – les « *class actions* », – les groupements d'actionnaires –, montrent bien que le reste du droit privé a suivi la trace).

Seconde observation : la négociation collective a été comme une balle reprise au bond par les entreprises. Le développement récent d'une négociation sur l'emploi

(réduction du temps de travail ou réduction du salaire, – contre maintien des emplois, ou contre nouvelles embauches) témoigne de l'utilité réciproque du procédé <sup>2</sup>.

### III

Même si en France la question n'est pas l'objet d'un débat constitutionnel (comme en RFA), l'opinion dominante est qu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle l'État n'a pas à intervenir dans les relations du *travail*. Cela n'entre pas dans sa mission. S'il s'y est risqué jadis, c'est que la paix sociale (civile) semblait en balance. Les tentatives récentes se sont soldées par des mécomptes (semaine de 39 heures – retraite à 60 ans...). Les rapports du travail à l'instar des rapports d'affaires, relèvent des activités économiques privées auxquelles un État moderne ne se mêle plus.

L'observateur superficiel aura effectivement eu son attention retenue par la disparition de l'autorisation administrative naguère requise pour les licenciements économiques ; la privatisation des entreprises dont le capital appartenait à l'État, laquelle entraîne une gestion plus souple des personnels, (c'est du moins ce que beaucoup croient même si cela n'est pas toujours exact). La fonction de l'État n'est plus d'arbitrer en ces matières et la paix sociale n'a pas besoin de sa présence.

Et pourtant avec plus de trois millions de chômeurs, l'État est sommé d'avoir une politique sinon du travail, du moins de l'*emploi*, de « lutter » contre le chômage, donc d'être n'importe quoi sauf un État abstentionniste. Et un certain consensus, au moins tacite, s'est manifesté pour utiliser comme instrument de cette politique de l'emploi..., le Droit du travail ; un Droit du travail parfois requalifié en « Droit de l'emploi » pour les besoins de la cause. C'est ainsi que toutes sortes d'institutions, de mécanismes, de règles nouvelles ont vu le jour ; que par ailleurs des manipulations ont été effectuées sur des institutions anciennes, des mécanismes traditionnels, des règles éprouvées ; avec pour finalité d'améliorer la situation (les statistiques) de l'emploi. Le droit du travail qui réglait la situation des hommes au travail – est *utilisé pour en donner à ceux qui n'en ont pas*. Deux orientations peuvent être discernées pour plus de clarté – l'une comme

<sup>2</sup> Si l'inscription de la vie professionnelle (que l'activité soit salariée ou indépendante) dans la vie privée et non dans la vie publique ne semble guère discutable, encore importe-t-il de relever que ce débat n'est pas académique : il conduit à confronter *profession* et *fonction*. Pour certaines personnes l'activité professionnelle s'identifie avec la gestion des intérêts généraux de l'État et de sa souveraineté (les « fonctionnaires publics » au sens véritable) ; mais d'autres travaillent pour l'État ou les collectivités publiques et ne sont que des salariés à statut spécifique, fonctionnaires par extension. L'intérêt de cette nuance est déjà apparu en droit européen dans le cadre de la faculté pour les États de réserver certaines « fonctions » aux nationaux : les fonctions de souveraineté peuvent être réservées (fermées), pas les autres pour lesquelles la fonction publique n'est qu'une formule juridique qui cache une activité professionnelle pure et simple. La distinction profession-fonction n'est donc pas la même en droit interne et en droit de l'Union.

Ce n'est donc pas sans surprise qu'on a appris récemment du tribunal des conflits que tous les agents (dorénavant sans distinction) dont l'activité s'exerce dans les services publics administratifs, étaient liés par un contrat du droit public à leur employeur. L'ensemble n'est pas pleinement cohérent. La profession (la sphère privée) devrait logiquement l'emporter sur la fonction (la sphère publique).

l'autre exprimant *un retour offensif de l'État* au cœur de relations d'ordre purement privé ; retour qu'il conviendra ensuite d'évaluer.

A. — Les autorités publiques ne sont plus absentes

1. D'une part le législateur n'a cessé de retoucher le droit du travail en vue d'alléger le coût de la main d'œuvre, censé dépendre de l'état des normes juridiques. La plus connue de ces interventions à finalité de « dégrèvement normatif » est la loi quinquennale du 20 décembre 1993 ; mais elle a eu des précédents (loi du 31 décembre 1992) et a connu des imitations (loi du 4 août 1995 portant mesures d'urgence pour l'emploi). Ces lois sont des pots-pourris ou plutôt des lois touche-à-tout. La norme juridique n'est retenue que pour ses effets attendus, son aptitude instrumentale prétendue – (cette aptitude étant elle-même, certainement surestimée) Ainsi pour ne pas décourager l'embauche, la loi citée fusionne dans certaines conditions, délégués du personnel et comités d'entreprise en une « délégation unique » : le coût de la main d'œuvre sera, présume-t-on, de la sorte allégé et un frein à l'embauche sautera. Apparaît ainsi au détour du chemin une conception du droit que ni les Romains, ni les canonistes n'avaient prévue : la *règle de droit* devient un *mode d'action du politique sur l'économie*. Ce n'est en tous cas pas non plus ce qu'avaient envisagé les fondateurs de l'économie politique libérale...

Dans le même ordre d'idées pouvoirs exécutif et législatif, très imaginatifs, ont créé des situations juridiques inédites ; tels les stages ; ou des contrats de travail nouveaux, moins onéreux (contrats d'adaptation, de qualification, d'emploi-solidarité, d'initiative-emploi, contrat de travail « à temps partiel annualisé » qui fait du contrat de travail une sorte de contrat aléatoire pour le salarié) ; ou des conventions dont l'objet n'est plus le travail mais au contraire l'éviction du marché du travail, comme ces trop fameuses conventions de mise en préretraite conclues entre l'État et l'entreprise (parfois les syndicats) et acceptées par les salariés ; conventions qui dans leur dernier état (loi du 24 février 1996) doivent être corrélées à une embauche compensatoire ; conventions que l'on a, pendant vingt ans, considérées comme des électuaires à la crise de l'emploi.

2. L'autre procédé illustre plus encore (on est en pleine période d'économie de marché (et le traité de Rome condamne les aides de l'État) – le paradoxe de ce droit du travail nouveau : c'est celui des *aides* financières. Aide aux travailleurs privés d'emploi qui créent ou reprennent une entreprise. Aide aux entreprises qui embauchent un premier salarié. Aide au premier emploi des jeunes. Surtout ces aides prennent la forme d'exonérations de cotisations sociales ; ces exonérations, totales ou partielles, provisoires ou durables, sont ainsi prévues pour l'embauche de travailleurs peu ou pas qualifiés, difficiles à placer ; pour l'embauche de travailleurs qui ne travailleront qu'à temps partiel ; en dernier lieu (loi du 11 juin 1996 modifiant la loi « quinquennale » précitée) elles bénéficieront aux entreprises qui auront consenti à une réduction de la durée du travail. Ceci appelle deux remarques : l'État prive de ressources la sécurité sociale, pour favoriser certaines embauches : l'emploi et la protection sociale sont ainsi placés, non sans danger, en position d'adversaires. L'État non seulement incite directement à l'embauche, mais favorise une réduction des horaires –, *dont on espère* qu'elle conduira à des embauches. Ici la mesure est fondée sur un pari : sur le pari d'un partage du travail qui semble être devenu la ligne inspiratrice de ce nouveau droit de l'emploi. L'entreprise

ne s'est engagée qu'à éviter des licenciements, à maintenir des emplois. (Et quelle est la valeur d'un tel engagement s'il ne pouvait être tenu ?).

B. — Avant cette nouvelle orientation il existait des hommes pourvus d'un emploi (ou exerçant une activité) et des hommes privés d'emploi (chômeurs ou inactifs). L'obscurité a gagné du terrain : dorénavant le chômeur peut – sans perdre l'aide qui lui est accordée – se livrer à une activité « occasionnelle ou réduite » venant en déduction de son indemnité ; quant à celui qui travaille, il travaille de plus en plus souvent en allant de tâche en tâche, c'est-à-dire temporairement et occasionnellement ou dans le cadre d'un horaire réduit (donc d'un salaire réduit). La frontière devient sinueuse entre situations autrefois clairement circonscrites : le travailleur est *aussi* un chômeur et le chômeur *aussi* un travailleur ! Ce n'est qu'un exemple des effets produits par l'utilisation du droit du travail par les pouvoirs publics dans leur « politique de l'emploi ». Mais il n'est pas interdit de dresser plus brutalement le constat : depuis un quart de siècle, on légifère en matière d'embauche et de recrutement, on multiplie les contrats « atypiques », on prodigue des aides à des parties privées, on réforme la législation sur le licenciement économique, le régime de la révision des conventions collectives, de la modification du contrat de travail ; l'indemnisation du chômage comme le marché du travail forment un chantier à ciel ouvert où les démolitions succèdent aux constructions provisoires ; la représentation du personnel est touchée ; la durée du travail est déréglementée, le temps partiel pas seulement accepté mais encouragé ; et ainsi de suite. Le Droit n'est qu'*un outil*. Mais le plus fort, c'est qu'on *s'est trompé d'outil*. Le droit du travail, les faits sont là – a beau être trituré, rogné et raboté – le chômage ne diminue pas pour autant ; l'embauche n'a pas lieu ; et les licenciements se succèdent. En sorte que l'on est autorisé à affirmer que le droit du travail (qui régit des rapports économiques privés bien définis) *n'est pas* le moyen adéquat pour agir sur l'activité économique générale, l'investissement, le développement de la compétitivité. Il reste encore à supprimer le SMIC ; jusqu'à présent nul n'est allé jusque-là et, aussi bien, on voit mal en quoi cela provoquerait la création de postes de travail. *Le changement des normes juridiques est impuissant à créer des postes de travail*. Il faut sans doute regarder ailleurs vers la fiscalité, le gouvernement des sociétés et des groupes de capitaux, l'épargne, les institutions monétaires, les relations économiques internationales. Quant au droit du travail, il faut le renvoyer à sa niche dont il n'aurait jamais dû sortir. Cela n'a servi à rien de le fondre dans un vaste droit public économique, alors qu'il aurait dû rester un droit privé collectif<sup>3</sup>.

12 place du Panthéon  
75005 Paris

<sup>3</sup> Ce n'est pas seulement une querelle de docteurs : si le droit du travail avait rendu quelque service en se sacrifiant sur l'autel de la politique économique, et de l'emploi, on s'inclinerait volontiers. Mais l'évaluation de cette « nouvelle » intervention de l'État est franchement négative. Ce « nouveau » droit, issu de la déréglementation, à identité mal établie, ne mérite pas d'être « régularisé » ; seulement d'être « reconduit à la frontière ».