

# VERS UN NOUVEAU STATUT SOCIAL ATTACHÉ À LA PERSONNE DU TRAVAILLEUR ?

Première partie

## Mise en perspective des réformes depuis 2013

Questions à Alain SUPIOT (1)

**Droit ouvrier : Pouvez-vous nous rappeler l'objet de l'étude Au-delà de l'emploi, entreprise il y a 15 ans sous votre responsabilité (2) ?**

**Alain Supiot** – Le groupe de travail interdisciplinaire – dit « groupe de Madrid » – que j'ai animé à l'époque avait été constitué par la Direction des affaires sociales de la Commission européenne pour réfléchir aux transformations du travail et au devenir du droit du travail en Europe (3). Le point de départ de notre réflexion fut un constat et une hypothèse.

Le constat était double. D'une part, celui de la remise en cause, depuis plusieurs décennies déjà et dans l'ensemble des pays européens, du statut professionnel attaché au traditionnel contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein qui, jusque dans les années 1970, comportait des garanties salariales et une protection sociale ; et, d'autre part, celui de l'inutilité des sacrifices demandés aux salariés par la flexibilisation de leur emploi, entendue comme instrument privilégié de la reprise économique et de la fin du chômage.

En effet, partout en Europe, les pratiques des entreprises, peu à peu légalisées, voire encouragées par les États, développaient le travail précaire, à durée déterminée, le travail à temps partiel, la mise à leur compte de travailleurs plus ou moins indépendants, la pluriactivité, la sous-traitance, le recours à des travailleurs détachés, l'intermittence, etc. Selon les organisations d'employeurs, la difficulté des entreprises à créer de l'emploi s'expliquerait par un droit du travail devenu trop protecteur et trop complexe. On se souvient que, dès 1984, M. Yvon Gattaz,

président du CNPF et père de l'actuel président du Medef, promettait l'embauche de 471.000 salariés moyennant la création d'« emplois nouveaux à contraintes allégées » (ENCA). C'est pour répondre à cette demande que fut supprimée, en 1986, l'auto-risation préalable de licenciement économique, qui ne se solda par aucune création nette d'emplois. L'argument n'en est pas moins repris aujourd'hui par le Gouvernement et par une partie de la doctrine. Il est vrai qu'il est commode pour les dirigeants d'un pays qui s'est privé d'à peu près tous ses autres leviers de politique économique. Mais il occulte les causes profondes de la crise de l'emploi, comme du reste de la complexité du Code du travail (qui résulte pour une bonne part, des mesures de déréglementation, sources d'un labyrinthe d'exceptions et dérogations). Ces causes profondes sont à rechercher dans l'effacement des frontières du commerce, dans la révolution informatique et dans la dictature des marchés financiers, qui se conjuguent pour saper les bases économiques et territoriales de l'État social et pour mettre les travailleurs du monde entier en concurrence, en vue de l'établissement de ce que Friedrich Hayek, l'un des pères de l'ultralibéralisme, a nommé la *catallaxie*, c'est-à-dire « l'ordre engendré par l'ajustement mutuel de nombreuses économies individuelles sur un marché » (4).

(1) Les intertitres sont de la rédaction.

(2) A. Supiot (dir.) *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission Européenne (dir.), Paris, Flammarion, 1999, 321 p.

(3) Ce groupe était composé de quatre juristes : Emilia Casa Belmonte [Espagne], Peter Hanau [Allemagne], Alain Supiot [France] et Paul Van der Heidjen [Pays-Bas] ; deux économistes : Pamela Meadows [Royaume-Uni] et Robert Salais [France] ; deux sociologues : Andres Johansson [Suède] et Enzo Mingione [Italie] ; un philosophe Jean De Munck [Belgique].

(4) F.A. Hayek, *Le mirage de la justice sociale*, [1976], PUF, 1981, p. 131.

## La flexibilisation de l'emploi a échoué comme instrument de lutte contre le chômage et a détruit le système de protection sociale attaché à l'emploi

Quand nous avons entrepris nos travaux, le constat était déjà, depuis plusieurs années, celui de l'échec de toutes les politiques (de droite comme de gauche) de flexibilisation de l'emploi pour lutter contre le chômage. Le développement du travail précaire sous toutes ses formes, les différents dispositifs « ciblés » sur les jeunes, vieux, chômeurs de longue durée... ont été impuissants à enrayer le chômage, en dépit de l'allègement des charges sociales et de la restriction des droits sociaux qu'ils autorisent. Ils ont eu, en revanche, pour effet de réduire le périmètre

et le niveau de la protection sociale attachée à l'emploi. Ils participent aussi du mouvement plus général de mise en concurrence des travailleurs les uns contre les autres : européens contre immigrés, salariés contre fonctionnaires, titulaires d'un CDI contre précaires, jeunes contre vieux, Français ou Allemands contre Polonais ou Grecs... Cette mise en concurrence détruit les solidarités nécessaires à une action revendicative commune, engendre la division syndicale et attise les repliements corporatistes et xénophobes (5).

### La séparation du travail et de la personne du travailleur a conduit à faire du travail l'objet d'un marché spécialisé. Pour un droit du travail centré sur le travail et ses diverses formes plutôt que sur l'emploi

L'hypothèse, déjà développée dans des travaux antérieurs (6), était celle du caractère irréversible de la crise du modèle d'emploi hérité de l'âge « fordiste », c'est-à-dire de la seconde révolution industrielle. La réflexion contemporaine sur l'emploi véhicule une notion de « travail » qui s'est construite il y a un peu plus d'un siècle et ne représente qu'un des avatars de la longue histoire de l'*homo faber*. Cette construction est le produit d'une définition normative du travail, à laquelle ont collaboré, d'une part, le droit (constitution du droit du travail) et, d'autre part, les diverses sciences sociales alors naissantes (en particulier l'économie politique et la sociologie). Séparant le travail de la personne du travailleur (i.e. du sujet de droit), cette définition a permis d'en faire l'objet possible d'un marché spécialisé : le marché du travail. Dès lors, en revanche, que l'activité humaine est référée à des valeurs autres que la valeur marchande (par exemple, la formation de soi-même, l'intérêt de la famille ou de l'enfant, l'intérêt général, la liberté individuelle), elle s'est trouvée exclue de cette définition institutionnelle du travail. Cette exclusion est remise en cause depuis le tournant des années 1980 par un double mouvement : de pénétration du modèle du salariat dans les sphères d'activité qui lui échappaient, et

d'assimilation par le droit du travail des valeurs qui étaient l'apanage du travail non salarié. Dès lors, les dispositifs juridiques fondés sur le paradigme de l'emploi hérité de l'ère industrielle n'ont aucune chance d'atteindre les objectifs qu'on leur assigne, ni en termes de réduction du chômage, ni en termes d'amélioration des conditions de vie. Les transformations profondes des modes de vie et d'organisation du travail obligent à rompre avec une vision purement quantitative et instrumentale du travail, qui ignore la diversité de ses formes et les problèmes que soulève désormais leur articulation.

Bien qu'il ait été composé d'experts de disciplines et de sensibilités politiques les plus diverses, le groupe de travail s'est accordé sur ce diagnostic. Dès lors, nous nous étions donnés pour tâche de rechercher, à partir de l'observation des transformations déjà en œuvre en droit positif, les principes d'une nouvelle protection sociale indexée sur la vie de travail et la liberté dans le travail, et non plus seulement sur l'emploi et la subordination. Si l'on admet que le modèle « fordiste » d'emploi salarié ne peut plus constituer le cadre exclusif de la sécurité économique des travailleurs dans le monde à venir, on est conduit

(5) De 2006 à 2011, le nombre de travailleurs détachés en France, avec une déclaration en bonne et due forme, a été multiplié par 4, passant de 37.924 salariés à 144.411. Il a augmenté de 8% au cours de la seule année 2014, atteignant 230.000 salariés. Le nombre des détachés « irréguliers » serait à peu près équivalent. L'économie pour l'utilisateur est considérable, puisque le travailleur détaché n'est pas assujéti aux cotisations sociales du pays d'accueil (en France, un ouvrier polonais dans le BTP revient ainsi 30% moins cher que son « concurrent » français ou malien en situation régulière). V. Sénat, Rapport Bocquet, réalisé au nom de la commission des affaires européennes, n° 527 (2012-2013) - 18 avril 2013 ; add. *Les Echos*, 12 févr. 2015.

(6) Cf. not. A. Supiot, *Le travail, liberté partagée*, Droit Social 1993, 715-724 ; *Le travail en perspectives* (Dir.) Paris, LGDJ, 1998, 640 p. ; *Employment, Citizenship and Services of General Public Interest in M. Freedland & S. Sciarra, Public Services and Citizenship in European Law. Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 157-172 ; *Temps de travail : pour une concordance des temps*, Droit Social 1995, pp. 947-954.

à envisager cette sécurité « au-delà de l'emploi » et à remettre le travail – ou plus précisément ce que la Constitution de l'OIT appelle « *un régime de travail réellement humain* » – au centre de la réflexion et de l'action politique et syndicale (7). Celle-ci ne doit pas avoir un train de retard sur la révolution technologique et managériale inhérente au capitalisme, mais un train d'avance. Faute de quoi on ne pourra pas en déjouer les effets les plus mortifères, et encore moins mettre l'économie au service des êtres humains. D'où l'urgence, toujours actuelle, de se ressaisir de la question du travail en tant que tel, de son contenu et de son sens, qui a été délaissée dans l'ère fordiste (8). Ceci exige d'envisager la réforme du droit du travail en tant que telle, et non pas sous l'ombre portée des « politiques de l'emploi ». Plus encore aujourd'hui qu'il y a quinze ans, la priorité devrait être d'élaborer une nouvelle politique du travail (9), qui renouvelle notre conception non seulement de la relation de travail

individuelle, mais aussi de l'entreprise et de ce que Robert Reich a nommé le « *travail des nations* » (10).

Raisonné en termes de travail plutôt que d'emploi incite à concevoir un droit du travail qui ne soit plus seulement le droit du travail salarié, mais qui prenne en considération toutes les formes de travail qu'un homme ou une femme est susceptible d'accomplir au cours de sa vie. Le travail accompli dans la sphère marchande, qu'il soit salarié ou indépendant (11), mais aussi le travail consacré à l'acquisition ou au perfectionnement des connaissances, le travail au service de l'intérêt général réalisé dans la sphère publique (12), le travail associatif et bénévole et même le travail accompli dans la sphère domestique (13), dont l'économisme ambiant nous masque l'importance cruciale. Ignorer les liens étroits entre travail sur le marché et hors marché, c'est ignorer aussi bien les conditions d'existence des hommes que celles du marché.

### « État professionnel de la personne » comme instrument de liberté dans le travail *versus* « flexicurité » comme outil de sécurisation entre deux emplois

Nous avons donc essayé de définir ce que pourrait être un « *état professionnel des personnes* », qui engloberait toutes les formes de travail, depuis la formation initiale jusqu'à la retraite. L'état professionnel ainsi défini n'est évidemment pas un instrument techniquement neutre, il exprime une volonté politique ayant pour ligne d'horizon l'humanisation du travail, telle que la Déclaration de Philadelphie l'a, pour la première fois, fixée en 1944, en faisant obligation aux États et aux organisations internationales de promouvoir « *l'emploi des travailleurs à des occupations où ils aient la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun* ». On ne saurait mieux dire : il s'agit de promouvoir la liberté dans le travail et de faire en sorte que tout être humain puisse se réaliser au mieux dans l'accomplissement de tâches utiles à ses semblables. Nous sommes

loin de la « flexicurité » promue depuis par d'innombrables rapports (14). Celle-ci part des contraintes du marché pour y adapter les êtres humains, au lieu de partir des besoins et capacités de ces derniers pour réglementer les marchés. Elle vise à « accompagner » une évolution sur laquelle nous n'aurions aucune prise, comme on accompagne un malade en fin de vie. Nous sommes loin aussi de la posture, purement défensive, qui consiste à avoir pour seul horizon le *maintien des acquis* d'un temps économique et social révolu. Posture que l'un des membres de notre groupe – Robert Salais – avait plaisamment résumé par le mot d'ordre « *Du futur faisons table rase !* ».

(7) Cf. sur cette notion : A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France 2012-2014*, Paris, Fayard, 2015, chapitre 12, pp. 325 et s.

(8) V. Bruno Trentin, *La Cité du travail. La gauche et la crise du fordisme*, Fayard, 2012, 444 p.

(9) Cf. A. Supiot, *Fragments d'une politique législative du travail*, Droit social 2011, pp. 1151-1161.

(10) Robert Reich, *The Work of Nations* [1991], trad. fr. *L'économie mondialisée*, Paris, Dunod, 1993.

(11) Auquel Gérard Lyon-Caen a consacré un ouvrage pionnier, *Le travail non-salarié*, Paris Sirey, 1991, 208 p.

(12) Cf. J.-L. Bodiguel, Chr. Garbar et A. Supiot, *Le travail au service de l'intérêt général*, Paris, PUF, 2000, 290 p.

(13) Cf. Pascale Vielle, *Le coût indirect des responsabilités familiales*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 633 p.

(14) Cf. entre autres le rapport de la commission de Virville (2004) « Pour un code du travail plus efficace » ; le rapport Cahuc-Kramarz (2005), qui a inspiré la création des contrats nouvelle embauche (CNE) et première embauche (CPE), promis au naufrage politique et juridique que l'on sait ; les rapports Camdessus (2004) et Attali (2008), qui ont relayé en France l'appel des organisations économiques internationales à une « fluidification » du marché du travail susceptible de « dynamiser » la croissance ; le rapport Barthélémy-Cette (2010), qui préconise une « refondation du droit social », émancipant la négociation collective aussi bien de la tutelle de la loi que de la force obligatoire du contrat individuel de travail.

## Les droits de tirage sociaux comme outil de continuité du statut social du travailleur. L'horizon dépassé du « maintien des acquis »

À cet état professionnel, nous rattachions un nouveau type de droits : *les droits de tirage sociaux*. Ce concept, dont j'avais donné une première définition en 1997 (15), permet de penser dans leur unité des dispositifs juridiques dont l'analyse comparative nous avait confirmé l'émergence en droit positif. À la différence des droits à sécurité sociale — qu'ils sont appelés à compléter et non à remplacer — les droits de tirage sociaux permettent à tout travailleur d'exercer certaines *libertés* durant sa vie professionnelle. Par exemple, d'acquérir de nouvelles connaissances, de s'occuper de ses enfants ou de ses parents malades, de créer une entreprise, de prendre une année sabbatique, d'exercer pour un temps donné un mandat syndical ou politique, de changer de métier, etc. Ces droits d'un type nouveau assurent aux travailleurs une continuité de leur statut social, en dépit de la diversité des tâches auxquelles ils se consacrent tout au long de leur vie professionnelle. Ce serait un contresens de les réduire à la seule fonction de transition professionnelle, car ils visent plus largement à donner à chacun une certaine liberté dans la conduite de sa vie de travail, en sorte que celle-ci puisse faire place à toutes les formes de travail, et pas seulement au travail subordonné.

Cet effort pour penser le statut du travail « au-delà de l'emploi » nécessite un changement de paradigme, qui ne va pas sans résistances, ainsi que le montrent certaines des critiques adressées à notre rapport. Celui-ci a, certes, été reçu favorablement dans de larges secteurs de la recherche (16), mais aussi dans le monde syndical (17), où il a pu contribuer à nourrir les revendications de « sécurisation des parcours professionnels » ou de « sécurité sociale professionnelle ». Mais il nous a aussi valu quelques critiques doctrinales virulentes (18), les plus vindicatives nous

accusant d'avoir fait le lit de la finance mondialisée et contribué à « rendre liquide la force de travail » (19). Quand elles étaient de bonne foi (un juriste doit toujours présumer la bonne foi !), ces critiques procédaient, me semble-t-il, d'une lecture inattentive du concept d'état professionnel des personnes, dont j'ai montré, dans des écrits ultérieurs, qu'il s'oppose terme à terme à celui de flexicurité (20). La flexicurité vise à faire disparaître le travail dans l'ordre du marché, sous les espèces du « capital humain », c'est-à-dire, en effet, à le « liquider ». C'est exactement l'inverse que nous préconisons : remettre le travail humain au centre du politique. La Commission européenne ne s'y est, quant à elle, pas trompée. Elle s'est empressée d'enterrer notre rapport, ne m'a plus jamais sollicité et s'est tournée vers d'autres universitaires pour élaborer sa communication de 2007 sur *Les principes communs de flexicurité* (21).

Penser le travail « au-delà de l'emploi », ce n'est pas appeler à la disparition de l'emploi salarié. Pas plus que penser l'emploi « au-delà de la France » ne signifie la disparition de la France. Mais c'est tenir compte, comme y invitait Marx, de la dynamique du capitalisme, qui « finit par détruire toutes les garanties de vie du travailleur, toujours menacé de se voir retirer, avec le moyen de travail, les moyens d'existence » (22). La tâche des juristes du travail, telle que je la conçois, consiste donc à comprendre cette dynamique pour en conjurer les effets les plus mortifères et à jouer de ses contradictions pour promouvoir le respect des hommes et la préservation de leur écoumène (car la surexploitation des hommes et de la nature sont les deux faces d'une même médaille). À cette dimension écologique près, une telle approche n'est pas éloignée de celle de Gérard Lyon-Caen, qui, dès les années 1950, définissait le droit du travail comme

(15) Du bon usage des lois en matière d'emploi, *Droit Social* 1997, 229-242.

(16) Aussitôt traduit en plusieurs langues, l'ouvrage issu de cette recherche a fait l'objet de plusieurs colloques ou séminaires, en France et à l'étranger : en Angleterre (« *The transformation of Work and the future of the employment relationship. On the Supiot's Report* » Society for the Advancement of Socio-Economics, London School of Economics, 8 juill. 2000), en Allemagne (« *Freiheit, Schutz und Zwang : Die Zukunft der Arbeit und die Rolle des Rechts* », Colloque Geschichte und Zukunft der Arbeit, Freie Universität/Humboldt Universität - Berlin, 4-6 mars 1999), en Italie (Fondazione Istituto per il lavoro, Bologne, 7 sept. 1998), aux États-Unis (« *Panel around the report, The Transformation of Labor and the Future of Labor Law in Europe* », conférence on « Social Citizenship in a Global Economy », University of Wisconsin-Madison, 10-11 nov. 2000), aux Pays-Bas (Sinzheimer Lecture, Amsterdam, 23 nov. 2000). Des numéros spéciaux de revues lui ont été consacrés : v. not. en France, *Droit Social*, mai 1999, avec des contributions de R.Castel, J. De Munck, A. Jeammaud, M.-A. Moreau, J.-E. Ray, R. Salais et B. Trentin ; et aux États-Unis *Comparative Labor Law & Policy Journal* vol. 20, n° 4, 1999 (175),

avec des contributions de B. Creighton (Australie), A. Goldin (Amérique latine), T. Inagami (Japon) and A. Verma & S. Slinn (Amérique du Nord).

(17) Cf. not. Bruno Trentin, Un nouveau contrat de travail, *Droit Social* 1999, p. 472.

(18) Cf. Christophe Ramaux, L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité ?, *Droit Social* 2000, p. 66.

(19) Cf. Charley Hannoun, in Antoine Lyon-Caen et Quentin Urban (dir.), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 48-49.

(20) Cf. *La Gouvernance par les nombres*. Cours au Collège de France 2012-2014, op. cit., pp. 344-350.

(21) Commission européenne : « *Vers des principes communs de flexicurité : Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité* » COM [2007] 359 final, du 27 juin 2007.

(22) K. Marx, *Le Capital*, Livre premier, Ch. XV, § 9, in *Œuvres. Économie*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1965, p. 991.

« l'ensemble des règles qui régissent : 1° – l'exploitation du travail humain en régime capitaliste ; 2° – les instruments de la lutte ouvrière contre cette exploitation ; 3° – les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le régime d'exploitation lui-même » (23). Et qui, en 1995, prenant ses distances avec l'idée d'un « sens de l'histoire », se référait à la conception cyclique de Giambattista Vico pour éclairer ce mouvement continu d'avancées et de reculs (24). Cette transformation récurrente des formes de réification du travail oblige, à chaque étape de l'histoire, à imaginer et construire de nouveaux cadres juridiques, susceptibles de limiter les effets mortifères de cette réification et de promouvoir une liberté et une sécurité plus grandes pour ceux qui n'ont, pour vivre, que leur force de travail. Ceci demande, d'une part, de l'imaginer politique et juridique et, d'autre part, de nouvelles formes d'organisation et d'action collective, susceptibles de créer un rapport de forces favorable à l'émergence d'une nouvelle protection sociale. Cette question du renouvellement des formes de l'action collective n'ayant pu – faute de consensus entre les membres du groupe – être traitée dans notre rapport, je l'ai abordée dans un article publié peu après, qui appelait à ne pas les réduire au seul droit de grève (25).

### La crise de 2008 était due à la déréglementation des marchés financiers et non aux protections extravagantes dont jouiraient les travailleurs et les chômeurs

Nécessaire tout d'abord pour remédier à cette explosion des inégalités et à la privation de tout travail décent pour des masses humaines entières, dont énormément de jeunes ainsi poussés au désespoir ou à l'émigration, quand ce n'est pas à la délinquance, à la violence anémique ou au fanatisme religieux (faut-il rappeler que c'est l'expérience des guerres mondiales qui a conduit le Traité de Versailles en 1919, puis la Déclaration de Philadelphie en 1944 à affirmer solennellement « qu'il n'est pas de paix durable sans justice sociale » ?).

Nécessaire aussi pour mettre au service du progrès social la révolution informatique, qui porte en elle le meilleur et le pire. Le meilleur, si l'informatisation et la robotisation sont utilisées pour réduire la peine des hommes et augmenter l'autonomie et la réalisation de soi dans le travail. Le pire, dès lors qu'on pense l'homme sur le modèle de l'ordinateur, au lieu

### Droit Ouvrier : Qu'est-ce qui a changé depuis la publication du Rapport ? Ses conditions de mise en œuvre sont-elles les mêmes qu'il y a 15 ans ?

**Alain Supiot** – Depuis la remise du rapport est intervenue la crise de 2008 – crise bancaire d'abord, crise de l'euro et des dettes souveraines ensuite. Il faut noter le jeu de bonneteau politique qui a consisté à faire oublier qu'elle était due à la déréglementation des marchés financiers pour l'imputer à la « sur-réglementation » des marchés du travail et aux protections extravagantes dont jouiraient les travailleurs et les chômeurs dans nos pays. Ce tour de passe-passe explique pourquoi le droit du travail n'est plus guère envisagé – y compris par certains des juristes les plus en vue – qu'en termes de rigidités ou de complexités nuisibles à l'emploi, et non plus en termes de projet politique, porteur de plus de justice sociale dans le monde du XXI<sup>e</sup> siècle. L'aggravation vertigineuse des inégalités, dont la conscience inquiète affleure partout dans le monde (le succès planétaire de l'excellent livre de Thomas Piketty en est un symptôme), mais aussi les progrès des nouvelles technologies, rendent la définition à nouveaux frais du « régime de travail réellement humain » plus nécessaire encore qu'il y a 15 ans.

de penser l'ordinateur comme un moyen d'humaniser le travail. Assujetti au temps instantané de l'informatique, absorbé dans une représentation virtuelle du monde et évalué à l'aune d'indicateurs de performance sans rapport avec les conditions de son exécution, le travailleur est enfermé dans un système de signifiants sans signifiés, qui exige de lui une « réactivité » et une « compétitivité » sans limite, en même temps qu'il les prive de toute réelle capacité d'agir librement, à la lumière de l'expérience et au sein d'une communauté de travail unie par le sens de l'œuvre à accomplir. Il y a là des formes nouvelles de déshumanisation du travail qui concernent aussi le travail indépendant et l'emploi public (y compris celui des universitaires, qui avaient échappé au taylorisme) et qui appellent des réponses nouvelles (26). Elles ne sont envisagées que sous l'angle défensif des obligations de préservation de la santé mentale pesant sur les employeurs, alors qu'elles ouvrent aussi une voie

(23) G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », publié par le Dr. Ouv. de janv. 1951, reproduit au Dr. Ouv. de févr. 2004, p. 52, sous le dernier texte « testament » que l'auteur, mort quelques semaines après sa rédaction, avait tenu à voir publié au Droit Ouvrier sous l'intitulé « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », Dr. Ouv. 2004.49 (l'ensemble est disp. sur le site de la Revue).

(24) Cf. Gérard Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995, p. 7.

(25) V. Revisiter les droits d'action collective, Droit Social 2001, pp. 687-704.

(26) On trouvera ce point développé in *La Gouvernance par les nombres*, op. cit., pp. 329-333.

offensive pour réinsérer la question du contenu et du sens du travail dans le périmètre de la négociation collective.

Ce nouveau droit du travail ne sortira pas, en effet, de la tête des experts, mais de l'action politique et syndicale, telle qu'elle se déploie dans des configurations historiques et culturelles singulières. « *Si le dépassement du modèle de l'emploi*, écrivions-nous dans le rapport, *est une donnée commune à tous les pays européens, on ne saurait évidemment prédire*

*les formes juridiques singulières qu'il empruntera dans chacun des pays* ». C'est pourquoi le rapport ne prétendait pas construire un modèle, mais tentait de « *définir un cadre conceptuel dans lequel pourrait s'inscrire ce dépassement* ». Un tel dépassement suppose, en effet, de redéfinir le rôle de l'État et des partenaires sociaux et l'articulation de la loi et de la négociation collective. Tout ne se négocie pas, pas avec n'importe quel « partenaire », ni à n'importe quel niveau professionnel ou territorial.

## La CJUE attise la mise en concurrence des législations sociales

Qu'en est-il aujourd'hui de ces capacités d'action politique et syndicale ? À la fin des années 1990, lorsque le rapport a été élaboré, il y avait encore une ambition sociale affichée de la Communauté européenne. L'Europe se voulait encore « sociale » et la position ultralibérale anglaise était minoritaire en son sein. Ces opportunités ont disparu à partir de son élargissement aux pays sortis de l'emprise soviétique, qui a scellé ce que j'ai appelé les noces du capitalisme et du communisme (27). La jurisprudence de la Cour de justice européenne, dont les équilibres internes ont été bousculés par cet élargissement, est, depuis ses arrêts *Laval* et *Viking* de 2007/2008, le fer de lance d'une politique d'« *intégration négative* » (28), qui détruit les solidarités et les protections nationales sans en construire de nouvelles au plan européen. La Cour attise, autant qu'elle le peut, la mise en concurrence des législations sociales (y compris sur un même territoire, faisant ainsi ressurgir – au mépris de l'égalité de traitement – le principe médiéval de la personnalité des lois). Elle fait aussi systématiquement prévaloir les libertés économiques sur les libertés collectives et les droits sociaux. Tous les *jus laboristes* connaissent la longue litanie des décisions prises en ce sens, dont les plus récentes, à ce jour, sont ses arrêts *Association de Médiation sociale* (qui prive de tout effet direct le droit à consultation des travailleurs garanti par la Charte de Nice) (29) et *Martin Meat* (qui étend le champ d'appli-

cation de la directive « Détachement » à de simples opérations de prêt international de main-d'œuvre, ouvrant ainsi grandes les portes au marchandage du travail humain à l'échelle européenne) (30). La situation n'est pas différente du côté de la Commission, du Conseil européen, de l'Eurogroupe ou de la BCE, dont les prétentions à indexer le social sur des calculs économiques ne cessent de s'étendre. Réunis en quateron, les présidents de ces institutions non élues viennent d'appeler à la création, dans chaque pays européen, d'une Autorité indépendante, qui serait chargée de déterminer si les salaires évoluent en accord avec la productivité (31). Bel exemple « *d'économie communiste de marché* » (32), qui tend à soustraire la détermination des salaires du champ de la liberté syndicale et de la négociation collective pour l'ajouter à la liste déjà impressionnante des questions « techniques » relevant d'une gouvernance par les nombres. Et ne parlons pas de la « *troïka* » qui, sans égard pour les limites de compétences de l'UE, entend imposer à certains États des politiques qui violent des normes sociales européennes ou internationales ratifiées par ces États (33).

Tous les pays européens sont ainsi engagés dans ce que le Premier ministre britannique a récemment appelé un *global race*, une course mortelle, où les plus faibles resteront sur le carreau (34). Ce *global*

(27) Cf. A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie*, Paris, Seuil, 2010, Ch. 1, pp. 229 et s. ; *La Gouvernance par les nombres*, op. cit. pp. 169-172.

(28) Sur cette notion, v. Fritz Scharpf, *Gouverner l'Europe*, Presses de Science Po., 2000, 238 p.

(29) V. CJUE 15 janv. 2014, *Association de médiation sociale c/ CGT* et l'analyse de cet arrêt par Pierre Rodière in SSL n° 1618 du 17 févr. 2014, p. 11 ; I. Meyrat, *Le droit fondamental à l'information et à la consultation des travailleurs : quelle justiciabilité ?*, Dr. Ouv. 2014, p. 546.

(30) CJUE 18 juin 2015, aff. C-586/13.

(31) *Liaisons sociales Europe*, n° 380 du 25 juin 2015.

(32) Sur cette notion, v. *L'esprit de Philadelphie*, op. cit., pp. 38 et s.

(33) Ces violations ont été censurées par divers organes, tels le Comité européen des droits sociaux (CEDES, déc. n° 65 et 66/2011 du 19 oct. 2012, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité, GENOP-DEI et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics ADEDY c/ Grèce*), ou le tribunal constitutionnel portugais (Cf. A. Monteiro, *Le droit du travail au centre de la crise : un arrêt de la Cour constitutionnelle portugaise*, Rev. dr. comp. trav. et sec. soc., 2015/1, p. 48) et le Parlement européen lui-même s'en est ému (Cf. Résolution du Parlement européen du 13 mars 2014 sur le rapport d'enquête sur le rôle et les activités de la troïka, 13 mars 2014).

(34) « *La vérité est que nous sommes aujourd'hui dans un global race. Et pour un pays comme le nôtre, cela sonne l'heure des comptes. Couler ou nager (...) Nous sommes testés. Comment sortir gagnants ? Ce n'est pas compliqué. Travailler dur* » : David Cameron, Discours au Congrès du parti conservateur (*The Telegraph* du 9 oct. 2012).

race est le vêtement neuf de la « mobilisation totale », dans lequel Ernst Jünger avait vu le principal legs de la Première guerre mondiale à l'organisation des sociétés en temps de paix. La différence est que l'engagement de toutes « les ressources humaines » dans la « guerre de la compétitivité » ne sert pas un État total, mais un marché total, qui s'étend à tous les aspects de la vie dans tous les pays du monde. Dans ce contexte de darwinisme social, le droit *du* travail est aujourd'hui, plus que jamais, dénoncé en Europe comme le seul obstacle à la réalisation du droit *au* travail (35). Cette dénonciation est particulièrement virulente dans les États de la zone euro, qui se sont privés de tous les autres instruments de politique publique susceptibles de peser sur l'activité économique. D'où cet agrippement frénétique au seul levier qu'ils ont encore entre les mains : celui de la déréglementation des marchés du travail.

**Droit Ouvrier – Peut-on rapprocher la proposition d'« état professionnel des personnes » de 1999 et le dispositif de « sécurisation des parcours professionnels des salariés » de l'ANI/loi de 2013 qui, 15 ans après, se donne lui aussi pour objet de remédier à la discontinuité du rapport de travail et, pour ce faire, emprunte un certain nombre de concepts du rapport Supiot ? Le dispositif de 2013 emprunte, en effet, au rapport la notion de « droits**

**rechargeables » reconnus aux chômeurs, qui, s'ils retravaillent pendant la période d'indemnisation, verront « rechargés » les droits acquis et ainsi leur durée d'indemnisation allongée (36). Ou encore le compte « personnel » de formation, alimenté en heures de formation chaque année, et qui suit la personne de son premier emploi à 16 ans jusqu'à sa retraite, le salarié prenant l'initiative de l'utiliser selon ses besoins. Et, enfin, le mécanisme de « portabilité » de la complémentaire santé (maladie, maternité et, prochainement, portabilité de la complémentaire-prévoyance), qui permet aux salariés quittant l'entreprise de bénéficier du maintien des garanties complémentaires de leur ancienne entreprise.**

**Alain Supiot** - Ces dispositifs de « sécurisation des parcours professionnels » témoignent de la tension déjà évoquée entre deux conceptions opposées de l'évolution du droit du travail : d'une part, celle de la *flexicurité*, qui raisonne en termes d'adaptabilité, d'efficacité économique, de marché, de capital humain et d'employabilité ; d'autre part, celle d'état professionnel des personnes, qui raisonne en termes de liberté, de justice sociale, de droit, de travail et de capacités. François Gaudu avait bien perçu cette tension lorsqu'il parlait de ces réformes comme d'un seul lit pour deux rêves (37).

## La « sécurisation des parcours professionnels » entre flexicurité et droits personnels adossés à des mécanismes de solidarité

La tendance lourde est, évidemment, celle de la « réforme des marchés du travail » dans le sens de la flexibilisation. La loi *Macron* en est une illustration presque caricaturale. Mais d'autres textes sont un peu plus équilibrés et font une certaine place au sort des travailleurs sur la longue durée. D'où la multiplication des « comptes personnels » et autres « droits rechargeables ». C'est sous le signe d'un tel équilibre qu'ont voulu se placer les auteurs – les négociateurs de l'ANI, puis le Parlement – de la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Le titre premier de cette loi résonne comme un coup de cymbale en proclamant de « *nouveaux droits individuels pour la sécurisation des parcours* ». Mais il faut bien reconnaître que la principale avancée sociale qu'elle contient – la généralisation de la complémentaire-santé – a surtout pour but de pallier l'effritement de la couverture du « petit risque » maladie par la Sécurité

sociale. Rien de bien nouveau dans ce droit, qui relève d'une logique de risque et non de droits de tirage.

Toutefois les avatars de cette généralisation – notamment la décision du Conseil constitutionnel interdisant les clauses de désignation dans les accords de branche, au mépris du haut degré de solidarité visé par la loi (38) – aident à mettre le doigt sur un enjeu crucial dans la définition de ces nouveaux droits. Faut-il y voir – ainsi qu'y invite le vocabulaire bancaire mobilisé pour les désigner – des droits individuels de nature patrimoniale ? Ou bien faut-il, au contraire, les concevoir comme des *droits collectifs s'exerçant individuellement*, c'est-à-dire des droits dont ne peut user qu'en vertu de mécanismes de solidarité et sous les conditions qu'ils fixent ? Il n'est pas possible de donner une réponse globale à cette question, car ces droits sont, en principe, inces-

(35) Gérard Lyon-Caen en faisait déjà le constat il y a bientôt trente ans : « Le droit au travail est le justificatif du repli du Droit du travail » (*in Les sans-emploi et la loi hier et aujourd'hui*, Quimper, Calligrammes, 1987, p. 212).

(36) C'est, du moins, le mécanisme théorique ; pour ses dérives pratiques, v. *infra* Emilie Videcoq et Florent Hennequin.

(37) F. Gaudu, La Sécurité sociale professionnelle, un seul lit pour deux rêves, Droit Social 2007.393.

(38) C. const., décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, Dr. Ouv. 2013, p.613 n. P.-Y. Gahdoun, p.626, spec. p.629, n. J.-P. Chauchard.

sibles et insaisissables et relèvent de la zone grise qui sépare les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux (39). Mais le critère du degré de solidarité qu'ils mobilisent permet de distinguer ceux qui répondent à la définition des droits de tirage *sociaux*, c'est-à-dire qui reposent sur la mobilisation d'un ou plusieurs cercles de solidarité. Ces droits donnent une forme moderne à une sorte de richesse bien connue de nombreuses sociétés traditionnelles, où est considéré comme riche non pas celui qui a amassé un tas d'or, mais celui qui a tissé suffisamment de liens avec autrui pour pouvoir compter sur l'entraide. Le riche, c'est celui qui « a beaucoup de gens » sur lesquels il peut compter (40). Cela ne dissuade pas de l'effort de prévoyance, mais c'est la solidarité de ceux qui sont tour à tour créanciers et débiteurs qui constitue la garantie la plus sûre de l'égalité et de la sécurité de chacun.

Comme l'a montré l'alignement du Conseil constitutionnel sur les positions de l'Autorité de la concurrence en matière de complémentaire-santé, la pression sera évidemment énorme pour vider ces nouveaux droits de cette dimension sociale et solidaire et en orienter le financement vers le marché de la « bancassurance ». L'ultralibéralisme ne vise pas, en effet, à démanteler les prélèvements obligatoires, mais à les privatiser. Le Gouvernement conservateur de M. Cameron vient ainsi d'annoncer son projet d'encourager la création de comptes d'épargne individuels assurant aux salariés un revenu de substitution en cas de maladie ou de chômage (41).

L'évolution des droits à formation professionnelle montre pourtant qu'une bonne dose de solidarité est indispensable à l'efficacité de ces garanties. La loi *Delors* du 16 juillet 1971 avait cru pouvoir confier la mise en œuvre de ces droits à un marché de la formation, plutôt qu'à un régime de solidarité à but non lucratif. En dépit des très nombreuses réformes dont ce système complexe et opaque a fait l'objet depuis 45 ans, son efficacité a toujours souffert des grandes inégalités qu'il autorise dans l'accès à la formation. L'effet *Matthieu* y joue à plein, au détriment des femmes, des chômeurs, des salariés les moins qualifiés et des petites entreprises. Le système est tellement peu redistributif que, selon un

rapport sénatorial de 2014, les PME de 10 à 49 salariés financent à hauteur de 50 millions d'euros par an la politique de formation des entreprises de plus grande taille (42). Ce bilan montre la dynamique inégalitaire dans laquelle engage l'éviction du principe de solidarité. C'est pourquoi, en matière de formation professionnelle, la réforme décidée par les partenaires sociaux (ANI du 18 décembre 2013) et légalisée par le Parlement (loi du 5 mars 2014) a, au contraire, eu pour objet de fonder sur une solidarité plus grande les droits nouveaux qu'elle reconnaît aux travailleurs. Et ce reflux de la logique du marché au profit de la solidarité n'a nullement empêché l'amélioration des droits à la formation attachés à la personne. Bien au contraire, la loi nouvelle a créé un compte personnel de formation, ouvert à toute personne ayant terminé sa scolarité, et destiné à fonctionner jusqu'à son départ en retraite.

L'évolution de l'assurance-chômage témoigne, elle aussi, de ce que le principe de solidarité – en l'espèce l'obligation de s'affilier à un *régime* – n'est pas un obstacle, mais bien plutôt une condition de l'égalité et de la reconnaissance de nouveaux droits sociaux susceptibles de « sécuriser les parcours professionnels » de tous les salariés. Tel est la visée des « droits rechargeables » à l'assurance-chômage introduits par l'ANI du 11 janvier sur la sécurisation de l'emploi.

Asseoir ainsi la sécurité économique sur des liens de solidarité entre les personnes plutôt que sur la propriété individuelle d'un capital est directement contraire à la dogmatique libérale. Celle-ci se représente la société comme une collection de sujets entourés d'objets et elle fait de la propriété individuelle l'alpha et l'oméga de notre rapport à la nature. Elle a donc énormément de mal à penser l'inscription des sociétés humaines dans leur milieu, et est viscéralement hostile à toutes les formes de solidarité. Selon Hayek, « une grande Société n'a que faire de la solidarité au sens propre du mot, c'est-à-dire de l'union de tous sur des buts connus. Elles sont même incompatibles » (43). À l'heure où il est question de fusionner plusieurs de ces « nouveaux droits » dans un unique « compte personnel d'activité », la nature de ce compte dépendra de la place accordée à la solidarité dans son abondement et sa mise en œuvre.

(39) Cf. P. Catala, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, RTD civ. 1966, 185 ; J. Audier, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, Th. LGDJ 1979, préf. Kayser ; J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd. par J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, Paris, LGDJ, 1994, n°217 s., pp.170 et s.

(40) J. Nguebou Toukam et M. Fabre-Magnan, La tontine : une leçon africaine de solidarité, in *Du droit du travail aux droits de l'humanité, Études offertes à Philippe-Jean Hesse*, PUR, 2003, p.299. Add. D. Liberski-Bagnoud, Les formes africaines de la solidarité, in A. Supiot (dir.) *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Odile Jacob, 2015, pp.167-181.

(41) *The Guardian*, 13 juill. 2015.

(42) Sénat, Rapport n°359 (2013-2014) de M. Claude Jeannerot, réalisé au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 12 févr. 2014.

(43) F.A. Hayek, *Le Mirage de la justice sociale*, op. cit., p.131. Pour une critique de cette position, v. les contributions réunies in *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, prec.

**Pour conclure : Quelles sont aujourd'hui les perspectives de mise en œuvre de certaines préconisations de votre rapport ?**

**Alain Supiot** – Comme nous venons de le dire, la loi *Rebsamen* en cours d'adoption au Parlement prévoit qu'au 1<sup>er</sup> janvier 2017, « *chaque personne dispose d'un compte personnel d'activité qui rassemble, dès son entrée sur le marché du travail et tout au long de sa vie professionnelle, indépendamment de son statut, les droits sociaux personnels utiles pour sécuriser son parcours professionnel* » (44). Selon l'exposé des motifs, ce compte devrait regrouper les principaux droits sociaux attachés à l'exercice d'une activité (notamment le compte personnel de formation et le compte personnel de prévention de la pénibilité) pour consolider la logique des droits individuels portables, et donner ainsi plus de continuité à un système de droits jugé aujourd'hui trop compartimenté. Une négociation interprofessionnelle sur le sujet devrait s'ouvrir à l'automne.

**« Transformisme » ou réformisme ?**

Ce sera l'occasion, pour les différentes organisations syndicales, d'avancer leurs idées en ce domaine. La référence à la « sécurisation des parcours » dans

la loi nouvelle, comme dans celle de 2013, reprend plutôt le vocabulaire de la CFDT, la CGT mettant, quant à elle, en avant le projet d'une « *sécurité sociale professionnelle* » (45). Ces notions s'inscrivent dans les perspectives que nous avons tracées en 1999, tout en se distinguant de nos préconisations. Elles déclinent, en effet, toutes deux, l'idée de sécurité, sans mettre en avant l'objectif d'une plus grande liberté dans la vie de travail. La « sécurisation des parcours » restreint l'horizon de la réforme aux « accidents de parcours », et sa mise en œuvre risque de se limiter à un accompagnement social de la précarisation de l'emploi. Plus proche de l'idée d'état professionnel des personnes, la notion de « sécurité sociale professionnelle » a, certes, l'avantage de mettre l'accent sur la solidarité nationale et la citoyenneté sociale, mais elle enferme dans une logique de *risque*, alors que l'idée de droits de tirage sociaux visait d'abord à conférer plus de *liberté* dans la vie de travail. Cette question de la liberté dans le travail est essentielle si l'on veut s'arracher à ce que Bruno Trentin appelait le « transformisme » (46) (i.e. une politique réduite à la soumission aux contraintes du marché et à l'évolution des mœurs) pour renouer avec un véritable réformisme, c'est-à-dire avec une action politique et syndicale animée par la représentation d'un monde plus libre et plus juste.

(44) Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, art. 21, Doct. Ass. nat. n° 2739 du 22 avr. 2015.

(45) Sur ces notions, v. *Sécurité professionnelle, Sécurité sociale, sécurité sociale professionnelle*, Entretien en hommage au professeur Jean-Pierre Chauchard, Droit social 2011, pp. 1292-1305, avec les contributions de J.-P. Le Crom, P.-Y. Verkindt et J.-C. Le Duigou.

(46) B. Trentin, *La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale*, Rome, Editori riuniti, 2004, p. 128.

Annexe

**Extraits du rapport *Au delà de l'emploi* (47)**

On ne saurait prédire les formes juridiques singulières qu'empruntera dans chaque pays le dépassement du modèle de l'emploi, mais on peut définir le cadre conceptuel dans lequel s'inscrira ce dépassement. Il ne saurait donc être question d'avancer des recettes juridiques qui seraient directement applicables aux différents pays. Notre objectif est autre : il est de réfléchir à des catégories de pensée qui se dégagent de l'analyse des transformations actuelles des statuts professionnels, et soient suffisamment précises pour être opératoires, mais suffisamment générales pour que chaque pays puisse se les approprier selon son génie propre.

**1. Emploi, travail, activité**

Pour échapper à l'emprise de la notion d'emploi dans notre conception de l'état professionnel des personnes, il faut commencer par prendre une vue compréhensive de la vie de travail, qui ne se limite pas au seul travail salarié. La notion d'emploi s'est construite en rejetant dans l'ombre toutes les formes non marchandes de travail, telles que la formation de soi-même ou le travail à titre gratuit. Elle s'est aussi construite par opposition au travail indépendant et par incorporation de la division privé/public. La raison en est que l'emploi salarié, en tant qu'état profes-

(47) A. Supiot (dir.) *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, pp. 85-92.

sionnel, n'est que la projection de l'Emploi en tant que valeur d'échange sur le marché du travail. Dès lors, la relation de travail n'est prise en compte par le droit du travail que dans la mesure où le travail y apparaît comme l'objet d'un contrat. La difficulté, aujourd'hui, est de prendre une vue de l'état professionnel des personnes qui dépasse l'engagement contractuel de leur travail pour embrasser la diversité des formes de travail expérimentées dans la vie humaine.

Les formes non marchandes de travail sont, en effet, les plus vitales pour l'humanité. On peut concevoir qu'une grève générale paralyse momentanément le marché, sans mettre pour autant en péril la survie d'un pays. En revanche, la société ne pourrait survivre plus de quelques jours à l'interruption du travail qui, dans la sphère domestique, assure la vie quotidienne. C'est ce travail gratuit qui porte véritablement sur ses épaules la vie économique des marchés. (...) Ignorer ces liens étroits entre travail sur le marché et travail hors marché, c'est ignorer aussi bien les conditions d'existence des hommes que celles du marché, et se préparer des lendemains catastrophiques. Car traiter le travail comme une "ressource" indéfiniment flexible compromet non seulement les conditions de vie des travailleurs mais aussi les conditions d'éducation de leurs enfants.

Aussi, la question de l'état professionnel doit-elle intégrer aujourd'hui les exigences de l'égalité entre hommes et femmes, de la formation continue, de l'engagement dans des missions d'intérêt général ou de la liberté professionnelle. Ce qui suppose d'appréhender les diverses formes de travail davantage au travers de ce qui les unit que de ce qui les sépare. C'est dans cette voie qu'on peut espérer définir un état professionnel qui concilie la diversité et la continuité de la vie de travail. (...)

La seule notion qui déborde l'emploi sans englober la vie toute entière est la notion de travail, et c'est donc la seule qui puisse fonder un état professionnel. La distinction du travail et de l'activité n'est pas à rechercher dans la nature de l'action accomplie (la même course en montagne est une récréation pour le touriste, un travail pour le guide qui l'accompagne). Le travail se distingue de l'activité en ce qu'il répond à une obligation, que cette dernière soit volontairement souscrite ou légalement imposée. Cette obligation peut être de nature contractuelle (salarié, travailleur indépendant) ou statutaire (fonctionnaire, moine) ; elle peut être souscrite à titre onéreux (emploi) ou à titre gratuit (bénévolat, stage) ; mais le travail s'inscrit toujours dans un lien de droit. C'est ce qui autorise à parler de travail scolaire dès lors que la scolarité est obligatoire, de travail dans la sphère domestique dès lors que l'éducation des enfants est un devoir attaché à l'autorité parentale, de travail de l'élue dès lors que des

procédures de déchéance visent celui qui n'accomplit pas convenablement son mandat, etc. Il faut et il suffit qu'à un engagement d'agir soient attachés des effets de droit pour que cette action puisse être qualifiée de travail. Cette qualification se trouve, en fin de compte, dépendre soit d'un engagement volontairement souscrit, soit de la loi qui consacre ainsi l'utilité sociale de certaines tâches.

## 2. Les quatre cercles du droit social

Face à l'avenir du droit social (entendu au sens large : droit du travail et de la sécurité sociale), certains tablent sur un retour de l'emploi, qui serait seul à même de remplir à nouveau les caisses de la Sécurité sociale et de rendre à tous une véritable identité professionnelle. D'autres préconisent, au contraire, de déconnecter complètement la protection sociale du travail, en généralisant les minima sociaux et en renvoyant tout le reste aux lois du marché. L'inconvénient de ces thèses est de mettre tous les droits sociaux dans le même sac, alors que l'histoire montre, au contraire, qu'il faut distinguer selon les risques en matière de sécurité sociale et selon les degrés de dépendance en matière de relation de travail. Elles pêchent aussi par leur confusion du travail et de l'emploi : entre l'emploi et la citoyenneté, il n'y aurait rien sur quoi asseoir des droits sociaux spécifiques. Tout cela est largement démenti par l'observation fine du droit positif, où les droits sociaux se rangent déjà en quatre cercles concentriques.

- Le premier cercle est celui des droits sociaux « universaux », c'est-à-dire garantis à tous, indépendamment de tout travail. Cette couverture « universelle » a un périmètre variable selon les pays européens. Elle est à peu près réalisée en matière d'assurance maladie ; elle demeure à l'état de pétition de principe pour ce qui est du droit à la formation professionnelle ;

- Le deuxième cercle est celui des droits fondés sur le travail non professionnel (charge de la personne d'autrui, formation de soi-même, travail bénévole, etc.). Car ce travail est loin d'être méconnu du droit social. De très nombreux textes attachent, en effet, des droits ou avantages sociaux à l'exercice d'une activité socialement utile (i.e. d'un travail non professionnel : par exemple avantages retraites liés à l'éducation des enfants ; couverture accidents du travail pour certaines activités bénévoles etc.) ;

- Le troisième cercle est celui du droit commun de l'activité professionnelle, dont certains fondements sont déjà posés en droit communautaire (par exemple, hygiène et sécurité) ;

- Le quatrième cercle est celui du droit propre au travail salarié (l'emploi), qui ne devrait contenir que les dispositions directement liées à la subordination,

et faire place à une gradation des droits en fonction de l'intensité de cette subordination.

Quant au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, il s'applique indistinctement aux quatre cercles.

Cette typologie pourrait fournir un cadre utile à la définition d'un état professionnel accompagnant les personnes du berceau à la tombe, et couvrant tout aussi bien les périodes d'inactivité proprement dites que les périodes de formation, d'emploi, de travail indépendant ou de travail hors marché. Au paradigme de l'emploi serait ainsi substitué un paradigme de l'état professionnel des personnes, qui ne se définisse pas par l'exercice d'une profession ou d'un emploi déterminé, mais englobe les diverses formes de travail que toute personne est susceptible d'accomplir durant son existence.

### 3. Les droits de tirage sociaux

Cet état professionnel des personnes doit intégrer les exigences de la liberté du travail, entendue comme liberté concrète, et faciliter le passage d'un type de travail à un autre. Ceci est indispensable pour éviter les risques d'enfermement dans une situation de travail donnée. Faire place à la liberté individuelle dans la définition des droits sociaux oblige à rompre avec la conception dominante de ces droits, qui ont été conçus comme la contrepartie de risques ou de sujétions particulières. Cette conception a partie liée avec la figure passive de l'employé, qui subit tout à la fois les risques de l'existence et le poids de la subordination.

Mais, ici encore, l'observation fine du droit positif montre l'émergence d'une figure juridique différente, celle du travailleur en droit de passer d'une situation de travail à une autre. Le premier mécanisme instituant ce droit d'initiative a, sans doute, été celui des crédits d'heures attribués aux salariés titulaires d'un mandat d'intérêt collectif (représentants du personnel). Relèvent de la même veine : les congés spéciaux et droits d'absence (qui se sont multipliés ces dernières années) ; le crédit formation ; les comptes épargne-temps ; les aides aux chômeurs créateurs ou repreneurs d'entreprise ; les chèques formation, etc. On assiste bien ici à l'apparition d'un nouveau type de droits sociaux, référés au travail en général (travail dans la sphère familiale, travail de formation, travail bénévole, travail indépendant, travail d'utilité publique, etc.). L'exercice de ces droits est enfermé dans les limites d'une créance antérieurement constituée, mais leur réalisation relève d'une libre décision de leur titulaire et non pas de la surveillance d'un risque. Cette double caractéristique se marque dans le vocabulaire fréquemment employé pour désigner ces droits : il est question de compte,

de crédit, d'épargne, de chèque, etc. Aussi, ces droits nouveaux pourraient-ils être définis comme autant de droits de tirage sociaux.

Droits de tirage, car leur réalisation dépend d'une double condition : la constitution d'une « provision » suffisante, et la décision de leur titulaire d'user de cette provision. Droits de tirage sociaux, puisqu'ils sont sociaux aussi bien dans leur mode de constitution (abondement diversifié de la provision) que dans leurs objectifs (utilité sociale). À la différence du titulaire d'un effet de commerce, le « tireur » n'a ici de droit qu'au regard d'une finalité sociale déterminée. Son droit de créance est un « droit fonction », ce qui permet de comprendre que cette créance ne puisse être librement endossée au profit d'un tiers. En revanche, l'utilité sociale attribuée à cette fonction justifie l'abondement de la provision par la collectivité ou par l'entreprise. Il faudrait systématiser cette notion en distinguant les deux facettes de ce type de droits.

Ils opèrent, en premier lieu, une libération du temps, dont les modalités diffèrent actuellement selon que ces droits sont utilisés dans le cadre de l'exécution du contrat de travail ou dans celui de sa suspension, ou bien en dehors de ce contrat (généralement après sa rupture). Le problème de la continuité du statut professionnel se pose en des termes différents selon ces hypothèses. Pris dans le cadre d'un contrat de travail, ce temps peut être assimilé à du temps de travail pour tous les avantages liés à la continuité du contrat. En dehors de ce cadre, on a recouru à des techniques diverses, dont l'assimilation à du temps de travail au regard du droit de la sécurité sociale.

Les droits de tirage sociaux permettent, en second lieu, le financement d'un travail hors marché. Ce financement se révèle être, le plus souvent, un cofinancement. La provision peut ainsi être alimentée : par l'État (cas de la plupart des missions d'intérêt général) ; par la Sécurité sociale (ex. : prestation sous condition de personne à charge) ; par des organismes paritaires de mutualisation (congés formation, par exemple) ; par les entreprises (continuité du contrat de travail, crédit d'heures, allocations parentales, etc.) ; ou par le travailleur lui-même, invité à compléter les autres apports (compte épargne-temps ; mobilisation des droits acquis à congé ; renoncement à une partie du revenu antérieur, etc.).

Manque encore à cet ensemble hétérogène de dispositions un cadre cohérent, qui tirerait toutes les conséquences des principes de continuité et de mobilité de l'état professionnel des personnes. Mais l'employé, la subordination à temps plein et à durée indéterminée, ne sont certainement pas des modèles insurpassables de vie de travail. À l'horizon du droit se distingue vaguement une autre figure, celle d'un travailleur conciliant sécurité et liberté.