



HAL
open science

Le droit social, miroir des transformations de l'Etat-providence français

Philippe Martin

► **To cite this version:**

Philippe Martin. Le droit social, miroir des transformations de l'Etat-providence français. Hubert BONIN. Les enjeux du social et du sociétal Hommage à Robert Lafore, Le Bord de l'eau. Territoires du politique, pp.115-137, 2023, 9782356879790. hal-04370706

HAL Id: hal-04370706

<https://hal.science/hal-04370706v1>

Submitted on 3 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit social, miroir des transformations de l'Etat-providence français

Philippe Martin

Directeur de recherche CNRS

COMPTRASEC - UMR CNRS 5114- Université de Bordeaux

Robert Lafore a dédié son intense activité universitaire d'enseignant et de chercheur à l'exploration du droit social en tant que discipline juridique mais aussi en tant qu'invention sociale liée à l'avènement et au développement de l'État providence. Si le droit social est bien un objet ou une matière juridique, il doit en effet être saisi aussi dans sa dimension politique et historique. C'est ce qu'indique la formule de Michel Borgetto et de Robert Lafore selon laquelle « Le droit social, forme juridique prise en France par l'État-providence, est apparu lors de sa fondation comme une alternative globale aux impasses du droit issu de la Révolution »¹. Le droit social est au fond le révélateur d'une certaine conception de l'Etat et des rapports sociaux qui a émergé au cours du 19^e siècle et qui s'est affirmée et consolidée au 20^e siècle.

L'État-providence² n'est évidemment pas une forme figée. Il se transforme et se trouverait même « en crise » depuis une trentaine d'années³. L'objet de ce papier peut paraître démesurément ambitieux, car il se propose de donner une lecture des transformations de l'Etat-providence à travers les évolutions et recompositions du droit social en France. Le propos sera plus modeste et on se contentera d'illustrer les grandes tendances, d'esquisser les grandes lignes sans rentrer dans les détails les plus techniques.

On partira de la proposition selon laquelle la notion de droit social, son appréhension aussi bien dans la sphère savante des juristes que dans la société-même revêt en France une tournure particulière qui ne trouve peut-être pas son équivalent dans d'autres pays. Le droit social est en effet intimement lié à l'idée de société salariale telle que décrite notamment par Robert Castel⁴, qui a joué un rôle moteur dans la construction du « modèle social français », lequel a articulé étroitement emploi et droits sociaux⁵. D'où le lien fort établi au plan académique, en France, entre le droit du travail et le droit de la sécurité sociale et leur ancrage

1 Michel Borgetto & Robert Lafore, « L'État-providence, le droit social et la responsabilité », *Lien social et Politiques*, 2001, (46), 31–42. <https://doi.org/10.7202/000321ar>

2 Certains, à l'instar de Robert Castel, préfèrent utiliser le terme d'État social, moins connoté. Dans ce papier, nous utilisons à dessein le terme d'État-providence en ce qu'il permet de caractériser l'approche et la réponse française à la question sociale.

3 V. Pierre Rosanvallon, *La Nouvelle Question Sociale. Repenser l'État Providence*, Paris, Seuil, 1995. La thèse de la crise de l'Etat-providence est toutefois discutée (v. Michel Borgetto, Robert Lafore, « L'Etat-providence, le droit social et la responsabilité », op. cit.).

4 Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995.

5 On peut considérer qu'en Europe, les systèmes nationaux relevant de ce qu'on appelle le modèle bismarckien sont ceux qui articulent le plus nettement emploi et protection sociale (Allemagne, Autriche, Belgique, France, Luxembourg, Pays-Bas, France). Mais c'est en France que le financement de la protection sociale par les cotisations sociales a eu le plus de poids : jusqu'en 1997, les cotisations représentaient 80% des recettes totales de la protection sociale (v. Bruno Palier, *Gouverner la sécurité sociale. Les réformes du système français de protection sociale depuis 1945*, PUF, Paris, 2002, p. 426-427).

dans le droit privé, ce qui peut paraître surprenant en ce qui concerne le droit de la sécurité sociale⁶. Dans cette perspective, le droit social est plus qu'une simple branche du droit ou qu'une discipline juridique ; il est pratiquement une métaphore de l'État-providence français construit sur l'idée de la société salariale.

On s'attachera ensuite à repérer les grandes transformations et recompositions du droit social français depuis une trentaine d'années en retenant, d'une part, le phénomène d'étatisation de la sécurité sociale et, d'autre part, celui d'un déclin de la souveraineté de la loi et d'un bouleversement de la hiérarchie des normes en droit du travail. On tentera à cet égard de décrypter le sens de ces transformations qui pourraient être vues *a priori* comme paradoxales en ce qui concerne la place et le rôle de l'État. Celui-ci s'affirme en effet sur le terrain de la sécurité sociale – ce qui s'explique en partie par la dynamique d'universalisation à l'oeuvre – mais il se veut moins présent sur le terrain du droit du travail avec un recul de la réglementation étatique protégeant le salarié dans la relation de travail.

1 - Le droit social comme métaphore de l'Etat-providence français

Aujourd'hui, tout particulièrement en France, l'idée de droit social est fortement ancrée dans la société et renvoie généralement à l'existence d'un socle ou un bloc d'*acquis sociaux*, de *droits sociaux*, de *protections* diverses contre les aléas et risques de la vie au travail ou, plus largement, de la vie sociale. Ces acquis, droits, protections sont perçus comme étant nécessairement garantis par l'Etat. Ils sont l'expression-même de l'Etat-providence. Pour les individus, ils sont aussi un élément de la citoyenneté – on parle de citoyenneté sociale⁷ - et revêtent par là une dimension politique. Dans l'imaginaire collectif, ils sont en effet le fruit des luttes sociales passées ayant conduit à leur reconnaissance législative, souvent à l'issue de grands « compromis sociaux »⁸. Cela peut expliquer que toute réforme ou tentative de réforme

6 A l'étranger, le droit de la sécurité sociale est plus souvent considéré comme relevant du droit public, du moins dans les pays dans lesquels la sécurité sociale a d'emblée été conçue comme une organisation étatique, sur le modèle beveridgien. En France, l'ancrage du droit de la sécurité sociale dans le droit privé n'a fort heureusement pas empêché des professeurs de droit public, à l'instar de Robert Lafore ou de Michel Borgetto, d'investir ce champ académique !

7 Notion dégagée par T.-H. Marshall qui postule que la pleine citoyenneté, dans un Etat, suppose que les individus jouissent des droits politiques, des droits civils, mais aussi des droits sociaux qui permettent d'accéder à un niveau de vie et de sécurité économique et sociale standard. T.-H. Marshall, *Citizenship and social class*, Cambridge, 1950. Robert Castel reprendra cette notion de citoyenneté sociale, y voyant un registre complémentaire de la citoyenneté politique. Les individus doivent disposer d'un minimum de ressources et de droits indispensables pour s'assurer une certaine indépendance sociale (Castel, Robert. « La citoyenneté sociale menacée », *Cités*, vol. 35, no. 3, 2008, pp. 133-141.)

8 On pensera notamment au « compromis social de 1945 », fondateur du modèle social français et issu du programme du Conseil National de la Résistance adopté le 15 mars 1944 libellé en ces termes (extraits): « Les représentants des mouvements, groupements, partis ou tendances politiques groupés au sein du CNR proclament qu'ils sont décidés à rester unis après la Libération afin d'établir le gouvernement provisoire de la République formé par le général de Gaulle [...] [et] afin de promouvoir les réformes indispensables : sur le plan économique : l'instauration d'une véritable démocratie économique et sociale, une organisation rationnelle de l'économie assurant la subordination des intérêts particuliers à l'intérêt général (...) Sur le plan social : le droit au travail et le droit au repos (...) un plan complet de sécurité sociale avec gestion appartenant aux représentants des intéressés et de l'État, la réglementation des conditions d'embauche et de licenciement, une retraite permettant aux vieux travailleurs de finir dignement leurs jours... »

du Code du travail ou de la sécurité sociale, en France, soit une opération politiquement périlleuse dès lors qu'il s'agit de revenir sur les protections acquises. La notion ou l'idée de droit social est donc « chargée » de sens, mais la perception n'en est sans doute pas la même selon qu'on l'appréhende du point de vue du droit, en tant que branche ou discipline juridique⁹, ou qu'on s'attache à en saisir la signification et la portée d'un point de vue sociologique. Il est à cet égard utile et éclairant de l'aborder comme constituant un champ juridique dans lequel interagissent différents acteurs – professionnels du droit, acteurs politiques, acteurs économiques, « interlocuteurs sociaux » - et dans lequel se jouent des relations de pouvoir dans la fabrication des idées juridiques¹⁰.

Pour les juristes, le droit social est aujourd'hui, sans conteste, une discipline reconnue en tant que telle, recouvrant un champ matériel assez vaste et dont le point d'ancrage est la question du travail et des droits qui y sont attachés. Si cette discipline a pu conquérir son autonomie, c'est que les questions nouvelles abordées ont donné lieu à une élaboration théorique originale. Le droit social est donc aussi un concept dans lequel se mêlent étroitement le juridique et le politique. C'est la raison pour laquelle la notion de droit social n'est pas vraiment universelle. Elle est fortement liée à la manière dont les états ont abordé la question sociale. De ce point de vue, les caractéristiques du droit social français sont sans doute révélatrices de ce qu'on pourrait appeler la « voie républicaine ».

A. Le droit social comme discipline juridique et comme concept

Le droit social est à la fois un concept forgé en Europe dans les années 1930 et une discipline juridique qui a émergé avec l'avènement de la société industrielle et la prise en considération de la question sociale. Le concept est volontiers disruptif dans la mesure où il prétend invalider la conception individualiste du droit telle qu'héritée de la Révolution française et développée au cours du 19^e siècle. La discipline s'est constituée lentement, - d'abord comme une nouvelle « branche du droit » - dès la seconde moitié du 19^e siècle, par touches successives, avant d'acquérir une pleine reconnaissance et une autonomie par rapport au droit civil.

1°) Une discipline juridique autonome

9 Sur la différence entre branche du droit et discipline juridique, v. « Jacques Chevallier. Ce qui fait discipline en droit. Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Evolution et recomposition des disciplines juridiques dans les facultés de droit », Lextenso, pp.47-59, 2018, 978-2- 275-04672-3. hal-03021303. Les branches du droit constituent des subdivisions du domaine juridique, fruits du travail de classification opéré par les juristes dans le but de livrer une présentation ordonnée et systématique du droit (cf. la *summa diviso* entre droit privé et droit public). Cette approche suppose et promeut l'idée d'unité et de cohérence du droit. La référence à des disciplines juridiques multiples, au sein-même du champ juridique, critique et contredit cette conception. Elle suppose l'existence de valeurs, de principes et de méthodes spécifiques à certains domaines du droit et donc l'existence de sous-ensembles relativement autonomes.

10 Sur la notion de champ juridique, v. Mauricio García Villegas, « Champ juridique et sciences sociales en France et aux Etats Unis », *L'année sociologique*, 2009/1, vol. 59, p. 29-62.

On observera que le droit social a commencé à se constituer en tant que discipline juridique avant-même que ne s'élabore une véritable théorie du droit social. Considérons que pour que naisse une branche ou une discipline juridique, il faut avant tout que se constitue un corpus législatif spécifique et repérable en tant que tel. On estime en général que la loi du 22 mars 1841 [relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers] constitue l'acte de naissance du droit social français¹¹. L'apparition de lois ouvrières au cours de la seconde moitié du 19^e siècle marque bien une transformation de l'Etat libéral et de son rôle dans la société industrielle, mais cela ne suffit pas à en faire d'emblée une nouvelle discipline juridique. Il faut pour cela que la communauté savante des juristes, ce qu'on nomme « la doctrine », s'en empare pour conférer à ce corpus législatif et aux décisions de justice afférentes des soubassements théoriques, une consistance systémique et, finalement, une forme de légitimité qui lui confère une place et un espace spécifique au sein des autres branches plus traditionnelles du droit (le droit civil, le droit commercial, le droit pénal, etc.). F. Lekeal observe à cet égard, s'agissant du droit social : « Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, son contenu va néanmoins s'étoffer au point de susciter l'attention de plus en plus soutenue de la part des juristes français qui vont en accompagner la naissance, dans un premier temps, et la consécration académique, dans un second temps »¹².

Observons que le terme de *droit social* ne s'est pas immédiatement imposé dans la doctrine juridique¹³. En France, les juristes commentateurs de la loi ont d'abord qualifié l'objet de leur étude de « législation industrielle ». Puis est apparu le terme de « législation ouvrière » ou de « droit ouvrier ». Le législateur, par un décret du 24 juillet 1889, introduit officiellement les cours de législation industrielle au titre des nouveaux enseignements optionnels de la licence en droit. Mais à cette période, ces cours délivrés dans les facultés de droit connaissent des appellations différentes : législation ouvrière, législation du travail, législation sociale. Ces tâtonnements terminologiques sont en réalité révélateurs de différentes attitudes et ambitions. Certains professeurs de droit s'en tiennent à la stricte description des « lois industrielles » là où d'autres tentent de mettre en évidence leur logique, leur singularité qui tient à ce qu'elles abordent de nouvelles questions sociales liées à la condition ouvrière. Deux grands ouvrages apparaissent à la fin du 19^e siècle. L'un, de la main de Paul Pic, dans une veine solidariste justifiant le rôle actif et protecteur de l'État¹⁴, l'autre sous la plume de Georges Bry, qui professe l'idée selon laquelle les lois industrielles doivent être régies par le principe de liberté de la concurrence¹⁵. L'opposition est nette et le débat est toujours vivant plus d'un siècle plus tard.

Ce qui s'opère à ce moment et qui retiendra ici l'attention, c'est l'émergence d'une nouvelle branche du droit sous l'impulsion de cette doctrine qu'on qualifie aujourd'hui de

11 Farid Lekeal, « Les juristes français et la naissance du droit social », Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, <https://tinyurl.com/y4wpjz24>

12 V. Farid Lekeal, *op. cit.*

13 On relèvera néanmoins la publication par Jeanne Deroin d'un *Cours de droit social pour les femmes* en 1848 (Imprimerie de Plon).

14 Paul Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paris, Rousseau, 1894.

15 Georges Bry, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, Larose, 1895.

« travailliste ». Paul Pic, dans la seconde édition de son traité, en 1903, écrit : « La législation dite ouvrière constitue dès aujourd'hui une branche du droit autonome, très différente par son esprit (puisqu'elle n'est que de l'économie sociale appliquée) et de par ses méthodes de toutes les autres branches du droit »¹⁶. Tout un courant émerge alors, chez les juristes, qui met en évidence les insuffisances du droit civil et du principe de l'égalité des parties au contrat pour appréhender la réalité des relations de travail. Ce courant sera particulièrement fort en France, puisqu'en 1910, est promulgué le Code du travail et de la prévoyance sociale, alors que dans des pays comme l'Allemagne ou l'Italie, les questions du travail demeureront traitées dans le Code civil. En 1938 est créée la revue *Droit social*, une revue de juristes, d'économistes et de praticiens, emblématique de cette conception d'un droit ancré dans les réalités économiques et sociales et « qui rompt avec les règles de l'individualisme juridique »¹⁷. Paul Durand, professeur de droit privé, participe à la création de cette revue qu'il dirigera et animera. L'oeuvre de Paul Durand, au départ orientée vers l'étude des assurances sociales, a puissamment contribué à la jonction entre droit du travail et droit de la protection sociale¹⁸. Après la Seconde Guerre mondiale et avec la mise en place de la Sécurité sociale par l'ordonnance du 4 octobre 1945, le vocabulaire se stabilise : pour les juristes français, le droit social est la branche du droit dédiée à l'étude du droit du travail et du droit de la protection sociale¹⁹.

On observera cependant que cette conception académique n'a rien d'universel. Le terme et la notion de droit social sont peu voire non usités dans le monde juridique anglo-saxon dans lequel les questions de travail et de protection sociale ne sont pas nécessairement liées et systématisées par la reconnaissance d'une branche du droit : le terme de *social law* ne désigne pas vraiment un ensemble ou un sous-ensemble du système juridique dont les frontières seraient bien identifiées par l'existence d'un corpus législatif, jurisprudentiel et doctrinal qui lui est propre. D'un côté, on aura la sphère ou la discipline du droit du travail (classiquement *Labour law* ou *Employment law* dans une formulation plus récente), d'un autre côté on aura le domaine du droit des politiques sociales (*Social Welfare Law*) qui correspond plutôt, en général, aux lois d'assistance et d'aide envers les publics dits vulnérables et relève du droit public. On observera que le monde anglo-saxon ne connaît pas vraiment ce que les européens continentaux appellent le droit de la sécurité sociale car les assurances sociales ne s'y sont pas développées comme en Europe continentale²⁰. On rencontre plutôt des législations spécifiques visant différents aspects : la santé (*healthcare*), les retraites (*pensions*), le chômage (*unemployment*). Du reste, s'il existe bien des législations (*Acts*) qui fondent et sous-tendent l'action publique dans ces domaines, le terme de *law* qui désigne le

16 Paul Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, Les Lois Ouvrières, Paris, Arthur Rousseau, 1903, p. 8.

17 *Droit social*, N° 1, Janvier 1938.

18 V. Laroque, Michel, et Olivier Vernier. « En souvenir du professeur Paul Durand, pionnier de l'enseignement de la Sécurité sociale », *Revue d'histoire de la protection sociale*, vol. 6, no. 1, 2013, pp. 105-122.

19 V. Farid Lekeal, *op.cit.*

20 Aux Etats-Unis, notamment, la sécurité sociale désigne les éléments de protection sociale établis au niveau fédéral par la loi du 14 août 1935 – le *Social Security Act* – sous la forme d'assurances sociales : assurance chômage et assurance vieillesse et sous la forme de programmes d'aide sociale sous condition de ressources conçus pour soutenir les familles.

droit leur est rarement appliqué²¹. En Allemagne, la notion de droit social – *sozialrecht* – renvoie à l'étude des régimes de sécurité sociale. Dans les pays « latins », les termes *derecho social* (en espagnol) et *diritto sociale* (en italien) sont usités, mais le plus souvent pour désigner les législations et règles qui visent à protéger les catégories sociales dites vulnérables ou économiquement faibles. Il s'agit donc d'une conception théorique et dynamique qui permet de donner corps à l'Etat social (*Estado de bienestar* en espagnol), notamment au travers de la consécration de droits sociaux reconnus par la Constitution.

2°) Un concept disruptif : les droits sociaux et le politique

La doctrine juridique, s'agissant en tout cas de l'oeuvre des juristes qui se sont volontairement écartés de la démarche classique consistant à se limiter à l'exégèse des textes, a contribué à l'élaboration d'une théorie du droit social. Périlleuse entreprise tant il est difficile pour ne pas dire impossible, pour les théoriciens du droit, de faire totalement abstraction de leur vision morale ou politique. Si on ne retrouve guère, dans la doctrine, l'empreinte révolutionnaire et anarchiste se revendiquant d'un *droit social*²², les idées solidaristes véhiculées dans les milieux radicaux-socialistes, la recherche d'une troisième voie entre le socialisme et le capitalisme sauvage ont inspiré une bonne partie des travaux des pionniers du droit social. Toujours est-il que certains juristes et penseurs se sont donnés comme projet scientifique d'élaborer une théorie du droit novatrice et en rupture franche avec le droit individualiste du Code civil. Il ne s'agit donc pas, simplement, de dessiner le périmètre d'une nouvelle branche du droit dédiée aux problèmes du travail, mais bien de rénover la conception-même du droit. Deux grandes figures de cette théorie du droit fondée sur le concept de droit social se détachent dans les années 1930. On mentionnera l'oeuvre du philosophe du droit et homme politique allemand Gustav Radbruch, ainsi que l'oeuvre de Georges Gurvitch, sociologue et juriste né en Russie et qui, après avoir étudié à Berlin, fit l'essentiel de sa carrière universitaire en France.

La démarche de Radbruch fut, dans un premier temps, marquée par son engagement politique. Radbruch fut en effet député puis ministre de la Justice de la République de Weimar. Celui-ci s'intéresse d'abord à l'émergence du droit social en tant que pièce du programme politique social-démocrate en faveur des travailleurs au cours des années 1920. Mais après une période de maturation de sa pensée, aiguillonnée par un questionnement sur la crise du droit sous Weimar, Radbruch en vient à élaborer un véritable concept de droit social. Ce concept lui permet d'analyser la transformation structurelle à l'oeuvre dans le droit, à savoir le passage d'un droit essentiellement tourné vers l'individu pris isolément – le paradigme de l'individualisme libéral – à un droit *social* en ce qu'il considère désormais l'individu en fonction de sa situation sociale, de sa place ou de sa position au sein de la communauté. Ce concept sera formulé et exposé dans un article publié en 1930, « Du droit individualiste au

21 Ainsi, notamment, le terme de *Pensions law*, renvoie le plus souvent aux règles gouvernant les plans de pension privés, en particulier au Royaume-Uni.

22 *Le Droit social*, fut le nom d'un journal anarchiste lyonnais apparu en 1882 mais dont l'existence sous cette appellation fut éphémère, du fait des condamnations et amendes dont il fit l'objet.

droit social »²³. Nul doute que ces travaux influencèrent les juristes déjà tournés vers l'étude du droit du travail et de la sécurité sociale, et notamment les fondateurs de la revue *Droit social* en France.

Dans la même période, Georges Gurvitch travaille à *l'idée de droit social* qui est le sujet des deux thèses qu'il soutient en 1931 et 1932²⁴. Tout comme Radbruch, Gurvitch entend faire la critique de l'individualisme dominant dans la science juridique. Il y opposera le réalisme du droit social. Gurvitch n'est pas un adepte du positivisme juridique qui postule l'autonomie du droit par rapport aux sciences sociales. Il établit au contraire un lien étroit entre le juridique et le politique dès lors qu'il s'agit des droits sociaux qui constituent un domaine particulier du droit, distinct des autres sphères²⁵. Chez Gurvitch, les droits sociaux sont appréhendés « juridiquement » car ils sont pour lui des droits subjectifs, mais ils sont aussi le nom de la politique qu'il appelle de ses vœux²⁶. Son œuvre fut marquée par le contexte de son époque. Pour lui, les juristes se devaient de chercher de nouvelles catégories juridiques au regard des menaces totalitaires du moment, notamment le risque de voir la régulation juridique submergée par le despotisme administratif. Il estime que la conception individualiste et unilatérale du droit qui prévalait alors ne permettait pas de préserver le droit de la destruction. Gurvitch propose un droit social-entendu comme un « droit de l'intégration ».

Cette vision qui mêle le politique et le juridique, voire qui – comme chez Gurvitch – tend à considérer le droit comme une production de la société et des groupes sociaux n'est pas propre à satisfaire pleinement la communauté scientifique. Il y a sans doute une « idéologie du droit social » qui en brouille quelque peu l'objet²⁷. On peut néanmoins estimer que l'émergence, d'une part, d'une nouvelle discipline juridique tournée vers l'étude des questions du travail et de la protection sociale et, d'autre part, d'une nouvelle théorie du droit ont permis d'accompagner la naissance et le développement de l'État social en France et de par le monde, et même d'en constituer le substrat²⁸. Pour reprendre une expression de Robert

23 V. Nathalie Le Bouëdec, « Le concept de « droit social » : Gustav Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar », *Asterion* [En ligne], 4 | 2006, URL : <http://journals.openedition.org/asterion/497> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/asterion.497>

24 Georges Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1932 ; G. Gurvitch, *L'idée du droit social, Notion et système du droit social, Histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Sirey, 1932.

25 Georges Gurvitch, « The problem of social law », *Ethics*, 1941, vol. 52 n°1, The University of Chicago Press, p. 17-40

26 V. Miguel Herrera, « Droits sociaux et politique chez Georges Gurvitch », *Droit et Société*, 2016/3, n° 94, p. 513-524.

27 Mauro Zamboni, « The social in social law. An analysis of a concept in disguise », *Journal of Law and Society*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2007, p. 516-538, <https://scandinavianlaw.se/pdf/50-33.pdf>

28 Cela ne signifie pas que ces travaux doctrinaux et théoriques aient eu pour objet de soutenir de manière inconditionnelle l'interventionnisme étatique dans le domaine économique et social. L'œuvre de Paul Pic montre des inflexions à cet égard. Quant à la pensée de Georges Gurvitch et ses travaux sur le pluralisme juridique, elle témoigne d'une distance vis à vis du courant dominant consistant à considérer que l'État est la source exclusive du droit moderne (v. notam. Garance Navarro-Ugé, *L'idée du droit social de Georges Gurvitch. La société comme source de droit*, Thèse de doctorat soutenue le 22 octobre 2021, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne et EHESS).

Lafore, le droit social peut être vu comme un ensemble normatif réalisant un codage de l'action publique²⁹.

B. Les grandes caractéristiques du droit social français

Le droit social français revêt certaines caractéristiques qui peuvent être perçues comme étant la marque de la voie suivie par la société française dans la mise en place de l'Etat-providence. On sait que l'appareil d'Etat a recherché d'abord une légitimité politique dans la construction d'une République sociale³⁰. Cela l'a conduit à développer progressivement un corpus législatif au service de véritables « politiques du travail » alimentées par l'expertise et l'action remarquable d'une Administration du travail et des affaires sociales aux facettes multiples³¹. Le rôle de l'Etat dans la prise en charge des questions du travail, de l'emploi et de la protection sociale est – à juste titre – décrit comme particulièrement fort en France. En réalité, les chercheurs et spécialistes de ces questions le savent, les choses sont complexes dans l'agencement entre l'acteur étatique, qui n'est d'ailleurs pas une entité unique et homogène³², et les acteurs sociaux que sont les organisations patronales et syndicales, sans compter les autres entités de la société civile intervenant dans les différentes politiques sociales. Il serait faux d'imaginer que le modèle social français est un modèle purement et simplement étatique.

Sur le terrain du droit du travail, il est patent qu'en France, l'État, à travers la loi et l'activité réglementaire, a cherché à garantir une protection minimale, un *statut* à l'ensemble des travailleurs salariés, qui s'impose par-delà toutes dispositions contractuelles. Paul Durand y verra là un mouvement de publicisation du droit du travail qui, dès lors, ne peut pas ou plus être considéré comme relevant purement et simplement du droit privé³³. Le droit du travail français est donc fortement hétéronome. Concernant la protection sociale et plus précisément la sécurité sociale, le choix français a consisté à organiser celle-ci sur le mode bismarckien des assurances sociales, ce qui implique d'une part que les droits sociaux sont très étroitement liés à la situation d'emploi mais aussi familiale des individus ; cela implique d'autre part que la couverture des risques sociaux et des charges n'est pas directement fournie par l'État, comme dans le modèle beveridgien, mais confiée à des organismes de droit privé - les caisses

29 Robert Lafore, « La juridicisation des problèmes sociaux : la construction juridique de la protection sociale, *Informations Sociales*, 2010/1, n° 157, p. 18-27

30 Sur l'appréhension juridique de la question sociale et le rôle de la doctrine solidariste sous la III^e République, v. Michel Borgetto et Robert Lafore, *La République Sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, PUF, 2000.

31 Alain Chatriot, Odile Join-Lambert, Vincent Viet (dir.), *Les politiques du Travail (1906-2006). Acteurs, institutions, réseaux*, Presses Universitaires de Rennes, 2006.

32 L'Etat, c'est aussi bien le politique, l'administratif, le judiciaire, chacune de ces sphères fonctionnant avec sa logique propre. La notion d'Etat, particulièrement en France, renvoie à un appareil centralisé au sein duquel se fabriquent les politiques publiques censées s'appliquer de manière verticale et uniforme. Mais les politiques publiques, ou du moins certaines d'entre elles, relèvent aussi des collectivités territoriales par effet de la décentralisation, et c'est notamment le cas des politiques d'aide sociale (Robert Lafore, « La décentralisation de l'action sociale. L'irrésistible ascension du « département providence » », *Revue française des affaires sociales*, no. 4, 2004, pp. 17-34).

33 Paul Durand et René Jaussaud, *Traité de droit du travail*, Tome I, Dalloz, 1947, p. 250-251.

de sécurité sociale - gérant un service public. La « voie française » a consisté à lier étroitement travail (ou plutôt emploi) et protection sociale.

1°) Un droit du travail fortement hétéronome

Le droit du travail que nous connaissons a bien opéré une rupture avec la conception des relations de travail issue de la Révolution française. On peut néanmoins estimer qu'il porte en lui certains caractères de la tradition jacobine et a conservé un certain héritage révolutionnaire : l'affirmation de la primauté absolue de la loi produite par la représentation nationale, l'Etat étant le garant de l'intérêt général et l'individu sujet de droit ; une conception unitaire et centralisée de la réglementation et des formes de contrôle du système, avec un fort rôle de l'Administration d'Etat. Certes, dans la dernière partie du 19^e siècle, la République fera une place aux groupements et syndicats prohibés par la législation révolutionnaire (la « loi Le Chapelier » du 14 juin 1791), mais il faudra un long temps de maturation des relations sociales avant que ne se créent les conditions favorables au développement de la négociation collective et de ce qu'on appelle aujourd'hui le dialogue social entre patronat et organisations syndicales³⁴.

Il y a, en quelque sorte, une « voie républicaine » française dans la construction du droit du travail. Sous la III^e République, un accord politique s'est dessiné qui, selon les termes d'Antoine Lyon-Caen, « a pour fin un équilibre, pour objet les droits sociaux, et pour stratégie la technique parlementaire, on dirait aujourd'hui l'action législative ou réglementaire »³⁵. Au tournant du 19^e et du 20^e siècle, l'État se pose comme agent pacificateur des relations – alors très conflictuelles - entre patronat et monde ouvrier³⁶. Puis il va rapidement prendre la main et devenir l'acteur majeur³⁷. La loi étatique s'impose comme la source principale du droit du travail français. Le Code du travail est emblématique de cette importance du « droit légiféré »³⁸. Il a vocation à régler l'ensemble des aspects – individuels et collectifs – des relations de travail. On a souvent mobilisé la thèse de la faiblesse des

34 La CGT ne commencera à s'acclimater à la négociation collective que vers 1914. La loi du 25 mars 1919 apporte un premier cadre légal à cette pratique contractuelle. L'organisation des relations collectives de travail s'opère progressivement dans l'entre-deux guerres. V. Michel Dreyfus, *Histoire de la CGT*, Editions complexes, 1995.

35 Antoine Lyon-Caen, « Changement politique et changement du droit du travail », *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 3.

36 En 1900, Alexandre Millerand déclara : « Il y a un intérêt de premier ordre à instituer entre les patrons et les collectivités des ouvriers des relations suivies qui permettront d'échanger à temps les explications nécessaires et de régler certaines natures de difficultés. De telles pratiques ne peuvent qu'aider à acclimater les nouvelles mœurs que l'on voudrait en honneur. En les introduisant, le gouvernement de la République reste fidèle à son rôle de pacification et d'arbitre » (cité in Jacques Le Goff, *Du silence à la parole*, ed. Caligrammes, Quimper, 1992).

37. V. Philippe Auvergnon, « L'État créateur et gardien du droit des relations de travail », in P. Auvergnon, P. Martin, P. Rozenblatt, M. Tallard, *L'État à l'épreuve du social*, Ed. Syllepse, 1998, p. 262-278.

38 Le premier Code du travail a été adopté le 28 décembre 1910. Il devait inclure une partie sur la prévoyance sociale (travaux sur ce point jusqu'en 1922) mais cette partie ne fut jamais adoptée. Une recodification a eu lieu avec la loi du 2 janvier 1973. Le Code de 1973 était initialement constitué de huit livres avant d'en recevoir un neuvième sur la formation professionnelle. Puis, la loi du 9 décembre 2004 a ouvert un nouveau chantier de recodification qui s'est finalement achevé avec l'entrée en vigueur du nouveau code du travail 1^{er} mars 2008. Le Nouveau Code du travail comprend huit parties.

syndicats, de leur fracturation pour expliquer la place marginale accordée, dans un premier temps, à la négociation collective et pour justifier le rôle de la loi et de l'Administration du travail³⁹. Il est vrai que la CGT refusa longtemps de jouer le jeu de la social-démocratie. Elle ne voulut pas participer aux expériences réformistes des gouvernements de la III^e république afin de ne pas compromettre les chances d'une révolution ouvrière⁴⁰. D'autres courants, à l'instar de la CFTC créée le 1^{er} novembre 1919, adoptèrent une position différente, ce qui accrédite l'idée d'un mouvement ouvrier pluriel et fracturé. Dans ce contexte, la négociation collective peinera à se développer comme une véritable source autonome du droit du travail, au sens d'un droit contractuel issu de la volonté collective des organisations patronales et syndicales. Si le cadre juridique de la négociation collective instauré par la loi de 1919 se montra très souple et « libéral », les choses prirent une autre tournure à partir de la loi du 24 juin 1936 qui renforça notablement la négociation collective tout en affirmant le rôle de l'État comme garant et arbitre⁴¹.

Pour expliquer, mais aussi pour justifier ce rôle majeur de l'État et de la loi dans le champ des relations de travail en France, la doctrine juridique a élaboré un concept qui revêt une signification particulière et qu'on ne retrouve guère dans d'autres droits nationaux (notamment anglo-saxons) : le concept d'ordre public social⁴². C'est l'idée que la relation de travail, bien que relevant d'un ordre privé (le contrat), est enchâssée dans des règles d'ordre public - voire des « lois de police » - garanties de l'intérêt général. Cela a notamment pour conséquence juridique que les parties au contrat n'ont pas la liberté de qualifier ce contrat. Le salarié lui-même ne peut pas convenir avec l'employeur qu'il se soustrait à l'application du droit du travail. Si objectivement la situation relève du travail salarié – c'est à dire si on peut considérer qu'il y a subordination juridique – le droit du travail s'applique quoiqu'en aient décidé les parties. Leur intention ne joue ici aucun rôle. Le concept d'ordre public social forgé par la doctrine et repris par la jurisprudence des tribunaux invite au fond à considérer que les arrangements interindividuels (par contrat) qui ne sont pas conformes à la réalité sont susceptibles de constituer une atteinte à l'intérêt général. De tels arrangements consistant le plus souvent à considérer le travailleur comme un indépendant peuvent avoir pour effet – si ce n'est pour objet – d'écarter l'application des règles protectrices instaurées au profit de la « partie faible ». C'est pourquoi ils doivent être invalidés. Mais on peut aller plus loin en estimant qu'ils doivent être combattus dans la mesure où ils tendent au fond à ruiner le compromis politique instituant la société salariale. D'où la place et le rôle particulier de la source législative (le Code) dans le droit du travail français. On observera que ce concept

39 Les raisons de la forte intervention de l'Etat français dans le jeu des relations professionnelles sont notamment développées par Marie-Thérèse Join-Lambert et alii, *Politiques sociales*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques et Dalloz, 1994, p. 43 et suiv. Les auteurs mettent en exergue le blocage prolongé du dialogue social (p. 45).

40 Position exprimée lors du Congrès d'Amiens de la CGT, tenu les 8-14 octobre 1906, qui donna lieu à l'adoption de la Charte d'Amiens, document dans lequel la CGT affirme l'indépendance des syndicats vis-à-vis des organisations politiques (notamment la SFIO créée en 1905).

41 V. Jean-Pierre Lecrom, « L'évolution du rôle de l'État en matière de relations professionnelles (1936-1950), in *L'État à l'épreuve du social*, op.cit. p. 206-218.

42 Ce concept clef pour les juristes français du travail serait cependant d'apparition assez tardive - en 1958, dans le Traité de droit du travail de André Brun et Henri Galland - et résulterait d'une suite d'approximations (v. François Gaudu, « Préface » in Florence Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007).

continue d'être efficient, alors-même que les réformes récentes du Code du travail ont tendu à relativiser la place de la loi étatique et son caractère impératif (sur ce point, v. *infra*). A titre d'illustration, les récentes décisions de justice sur les livreurs agissant pour le compte de plateformes⁴³.

Du concept d'ordre public social dérive aussi le *principe de faveur* consacré par la loi (l'article L. 2251-1 du Code du travail) qui veut que la convention ou l'accord collectif de travail ne puisse déroger aux dispositions d'ordre public établies par les lois et règlements en vigueur, et donc ne puisse qu'établir des dispositions plus favorables aux salariés. L'ordre juridique ainsi instauré est un ordre vertical exprimé par l'idée de « hiérarchie des normes ». Il y a donc en droit français du travail une affirmation extrêmement marquée du rôle de la loi étatique et de son caractère impératif⁴⁴.

2°) Une articulation étroite entre droit du travail et Sécurité sociale

Pour les juristes français, on l'a dit, le droit social est une notion qui réunit et articule le droit du travail et celui de la Sécurité sociale. Alain Supiot considère à cet égard que ces deux ensembles constituent des branches distinctes, mais qu'elles « se conjuguent dans le statut salarial » bâti au 20^e siècle. Dans une perspective très « Castélienne », A. Supiot relève les liens forts qui unissent objectivement le droit du travail et la sécurité sociale : les protections contre les risques sociaux – vieillesse, maladie, charges de famille – ne peuvent se concevoir sans travail et, à l'inverse, il n'y a pas de force de travail (hormis celle des machines) qui ne doive se former et s'entretenir tout au long de la vie humaine, ce qui est la fonction de la sécurité sociale. Il écrit : « C'est cette structure profonde du statut salarial qui donne unité au droit social et consistance à ce qu'on appelle improprement l'Etat providence »⁴⁵. On peut dès lors considérer que la Sécurité sociale, tout particulièrement telle qu'elle a été organisée en France, est fondamentalement une institution du marché du travail. Elle fournit des protections sous la forme de prestations fondées sur la situation d'emploi⁴⁶ qui suppose l'affiliation des travailleurs et le versement de cotisations sociales qui sont gérées au sein de caisses gouvernées par les représentants du monde du travail. On remarquera d'ailleurs que les cotisations sociales, aujourd'hui considérées comme des *charges sociales* dans le discours entrepreneurial, sont avant tout du salaire socialisé, ce qui a justifié qu'historiquement, on en

43 V. notam. Isabelle Desbarats, « Les travailleurs des plateformes numériques en France : le juge, arbitre de leur statut ? », *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité sociale*, n°2, 2019, p. 24-31.

44 On observera aussi qu'en France, s'est fortement développé un droit pénal du travail qui incrimine un certain nombre d'infractions à la législation du travail par les employeurs, là où la plupart des droits étrangers ont instauré de simples sanctions civiles ou administratives.

45 Alain Supiot, « L'avenir d'un vieux couple : travail et sécurité sociale », *Droit social* n° 9/10, septembre-octobre 1995.

46 Nombre de prestations de sécurité sociale, telles que les indemnités journalières de maladie, les indemnités de chômage, la pension de retraite, sont qualifiées de revenus de remplacement. Leur montant correspond à un certain pourcentage du salaire perçu par le salarié éligible à ces prestations qui, de ce point de vue, reproduisent (plus ou moins) les différences et les hiérarchies salariales. Le système britannique, par exemple, dans lequel sont octroyées des prestations d'un montant forfaitaire (chômage, retraite) repose sur une tout autre logique dans laquelle le salaire et la protection sociale sont disjoints.

confie la gestion aux acteurs du marché du travail légitimes pour négocier les salaires, à savoir les organisations syndicales et patronales⁴⁷.

Ce point est d'importance car il montre combien l'approche française de la Sécurité sociale, telle qu'elle s'est manifestée dans les travaux du CNR et concrétisée en 1945, a relevé d'une conception politique et juridique tout à fait originale. Il s'est en effet agi de bâtir une « démocratie sociale », au-delà du simple objectif consistant à assurer la protection des travailleurs contre les principaux risques sociaux. Dans cette conception, les travailleurs et, plus largement, les assurés sociaux sont des citoyens devant être étroitement associés aux décisions les concernant. L'idée est bien exprimée par la déclaration de Pierre Laroque selon laquelle « les principes mêmes du plan de Sécurité sociale que nous voulons édifier [...] veulent que l'organisation de la Sécurité sociale soit confiée aux intéressés eux-mêmes. C'est précisément parce que le plan de Sécurité sociale ne tend pas uniquement à l'amélioration de la situation matérielle des travailleurs, mais surtout à la création d'un ordre social nouveau dans lequel les travailleurs aient leurs pleines responsabilités »⁴⁸. Cette conception de la Sécurité sociale est clairement en opposition avec l'idée d'étatisation : le principe en est la gestion par les intéressés au sein de caisses primaires qui sont d'ailleurs des organismes de droit privé (exerçant certes des missions de service public)⁴⁹. Ce principe prévalut pendant les premières années, avec néanmoins des dissensions syndicales qui retardèrent la mise en place de véritables élections des représentants des travailleurs au sein des caisses ; les employeurs eurent d'abord la portion congrue avant que ne s'instaure le paritarisme en 1967⁵⁰.

Comme on le verra, le lien entre travail et Sécurité sociale s'est depuis distendu en ce qui concerne la gouvernance de la sécurité sociale. Il est toutefois demeuré puissant dans la conception juridique des droits sociaux et des prestations sociales. Cette conception est restée durablement marquée par la référence au statut d'emploi ainsi que par ce qu'on appelle la familialisation des droits sociaux⁵¹. La citoyenneté sociale à la française s'est en effet construite sur le devoir de travailler et le droit à l'emploi posés par le préambule de la Constitution de 1946, mais aussi sur la dépendance des femmes et des enfants vis-à-vis du « *male breadwinner* ». Dans cette perspective générale, le droit de l'aide et de l'action sociale, c'est à dire le volet assistanciel de la protection sociale, a été conçu comme un filet de sécurité minimal, subsidiaire – il s'agit de combler les lacunes du système corporatiste de protection sociale- et donc résiduel⁵². L'Etat et (surtout) les collectivités territoriales (communes,

47 Sur la notion de salaire socialisé et la relation entre cotisation sociale et emploi, v. Bernard Friot, *Puissances du salariat. Emploi et protection sociale à la française*, Paris, La Dispute, 1998.

48 Pierre Laroque, « Le plan français de Sécurité sociale », *Revue française du travail*, n° 1, avril 1946.

49 L'architecture française de la Sécurité sociale est toutefois complexe au plan juridique, car les caisses nationales (notamment la Caisse Nationale d'Assurance Maladie, la Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse) sont des établissements publics administratifs soumis au contrôle des autorités compétentes de l'État.

50 Sur ces aspects et sur les différentes déclinaisons de l'idée de démocratie sociale au fil du temps, v. Bruno Valat et Michel Laroque. « La démocratie sociale dans la gestion de la Sécurité sociale de 1945 à 1994 », *Vie sociale*, vol. 10, no. 2, 2015, pp. 89-107.

51 V. Marie-Thérèse Lanquetin, « Individualisation- « familialisation » des droits sociaux et droits fondamentaux », *Retraite et société*, vol. no 38, no. 1, 2003, pp. 224-228.

52 Didier Renard note à cet égard: « L'opinion selon laquelle les assurances sociales doivent rendre inutiles les institutions d'assistance est majoritaire dès le tournant du siècle, et s'est définitivement imposée à la fin de la

départements) ont avant tout pris en charge les « incapables au travail » via les dispositifs d'assistance sociale.

2. Les grandes transformations du droit social français

Si le droit social s'est assez profondément transformé au tournant du 20^e et du 21^e siècle, c'est en grande partie dû à un renouvellement de l'approche des politiques économiques et sociales et, partant, du rôle de l'État dans la gouvernance et la régulation du « social ». On ne développera pas ce point ici et on se contentera d'observer que ce renouvellement est certainement à mettre en lien avec la montée en puissance des théories néolibérales en Europe, le triomphe des politiques de l'offre, notamment sur le terrain de l'emploi, mais qu'il s'est aussi alimenté de travaux et réflexions mettant en exergue les failles du système social français, ses effets parfois excluants à l'égard de certaines catégories⁵³. Dans cette dynamique de réforme de l'État-providence français, le droit social semble avoir connu une transformation paradoxale: d'un côté, on observe une étatisation de la Sécurité sociale alors que sur le terrain du droit du travail, on assiste à un recul des protections instaurées par la législation étatique. Ce paradoxe n'est peut-être qu'en trompe l'oeil. L'État demeure le « chef d'orchestre », celui qui pose les cadres d'actions, donne la direction générale, définit les procédures. Ce faisant, il remodèle les protections telles qu'elles avaient été conçues au 20^e siècle. Le droit de la sécurité sociale s'éloigne du schème corporatiste et se détache du droit du travail qui, de son côté, se flexibilise au point que s'estompe le fameux ordre public social.

A. L'étatisation de la sécurité sociale

Le rôle de l'État vis à vis de la sécurité sociale est en vérité complexe et difficile à décrypter. Si on peut parler d'étatisation dans le cas français, c'est qu'on assiste à un processus, du reste assez progressif, de transformation d'une institution – la Sécurité sociale - initialement conçue comme distincte de l'État et de sa bureaucratie, et résolument ancrée dans le rapport salarial. Ce processus s'illustre dans des réformes successives qui se sont exercées dans trois grandes directions assez convergentes : d'un côté, on s'est employé à agir sur le financement de la Sécurité sociale, l'étatisation procédant d'une fiscalisation. En parallèle, le mode de gouvernance de la Sécurité sociale s'est vu modifié, avec un certain recul du paritarisme. L'État agit enfin sur l'organisation générale de la prise en charge des risques sociaux, visant l'universalisation de la couverture et s'attachant en outre à reconnaître de nouveaux risques, ce qui a entraîné un certain brouillage des frontières entre assurance et assistance sociale.

1°) La fiscalisation de la sécurité sociale

guerre » (Didier Renard, « Les rapports entre assistance et assurance dans la constitution du système de protection sociale français », MiRE, 1995, p. 105-125).

53 V. notam. Pierre Rosanvallon, *La Nouvelle Question Sociale. Repenser l'État Providence*, op. cit.

La sécurité sociale française s'est construite sur la base des assurances sociales, selon le modèle dit bismarckien. Si elle mit un certain temps à s'imposer⁵⁴, la cotisation sociale – patronale et salariale – constitue la source de financement principale, sinon exclusive. On la déjà noté, parmi les pays « bismarckiens », la France est sans doute celui qui a la plus longtemps maintenu la primauté de la cotisation sociale dans le financement de la Sécurité sociale. Cependant, de successives réformes ont conduit à ce que le financement de la Sécurité sociale s'hybride, faisant une place de plus en plus importante à l'impôt.

En 2019, le montant des ressources de la protection sociale s'élevait à 823,2 milliards d'euros. La part des impôts et taxes affectées y représentait 36 %, celle des cotisations 56 %, le reste étant constitué de transferts reçus des administrations publiques centrales et locales⁵⁵. Le financement de la protection sociale est donc devenu mixte, ce qui est principalement le fruit d'un processus continu de fiscalisation, engagé depuis une trentaine d'années. Sans revenir sur le détail de ce processus, on rappellera qu'il a commencé avec la création en 1991 de la contribution sociale généralisée (CSG) qui s'est en premier lieu substituée à une partie des cotisations sociales familiales. L'assiette de la CSG a ensuite été élargie et son taux plusieurs fois relevé pour contribuer au financement des prestations en nature de la branche maladie, ainsi qu'à celui de certaines prestations de solidarité non contributives, comme le Fonds de solidarité vieillesse. En 1996, est créée la contribution pour le remboursement de la dette sociale (CRDS) qui est aussi un impôt affecté, prélevé à la source sur la plupart des revenus. D'autres impôts et taxes affectés à la sécurité sociale ont par ailleurs mobilisés (il en existe aujourd'hui une cinquantaine). Ce mouvement de fiscalisation du financement de la sécurité sociale est guidé par plusieurs objectifs assumés par l'État : diversifier les ressources afin d'accompagner une restructuration du champ de la sécurité sociale (la place respective de la sphère assurantielle et de la sphère assistancielle, le rôle accru de la protection sociale complémentaire), maîtriser les dépenses, redonner de la compétitivité aux entreprises mais aussi du pouvoir d'achat aux salariés en réduisant les cotisations. La réforme de 2018 supprimant les cotisations salariales d'assurance maladie et d'assurance chômage illustre certainement ce dernier aspect⁵⁶. La conséquence en est que les droits sociaux - au sens de droits aux prestations de sécurité sociale – se détachent du rapport salarial pour se diluer dans d'autres formes et circuits de régulation relevant des finances publiques.

2°) Le recul du paritarisme

Une précision terminologique s'impose ici. Le vocable de paritarisme recouvre en effet plusieurs modes de gouvernance dans lesquels les organisations syndicales et patronales, souvent désignés comme « partenaires sociaux », jouent un rôle majeur. De manière un peu

54 On pensera notamment aux résistances à l'application de la loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes et à l'hostilité de la CGT vis à vis de la cotisation salariale (Pierre Saly, "Les retraites ouvrières et paysannes (loi de 1910)", in *Contribution à l'histoire financière de la sécurité sociale*, sous la direction de Michel Laroque, Comité d'histoire de la sécurité sociale, La Documentation française, 1999).

55 V. Conseil d'État, *Gouvernance et financement de la protection sociale. Actes du colloque du 12 février 2021*, La documentation française, 2022.

56 Réforme contenue dans la Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018.

simplifiée, on distinguera le mode de gouvernance de la sécurité sociale proprement dite, telle qu'instaurée par les ordonnances de 1945, et la gouvernance des régimes complémentaires obligatoires de retraite ou encore de l'assurance chômage qui constituent des pans importants de la protection sociale française de type contributif, mais qui se sont construits de manière autonome.

La gouvernance de la sécurité sociale proprement dite a connu des évolutions au fil du temps⁵⁷. La première phase est celle de la démocratie sociale au sens des pères fondateurs. Il s'agit alors d'éviter le « risque bureaucratique »⁵⁸, et la gestion de la sécurité sociale se voit confiée aux intéressés eux-mêmes (il revient toutefois à l'État de fixer le niveau des cotisations et des prestations). En 1945, les caisses seront dirigées par des conseils d'administration composés aux deux tiers de représentants des salariés et d'un tiers de représentants des employeurs, tous désignés par les organisations représentatives. La règle est modifiée en 1946 (loi du 30 octobre 1946) qui instaure l'élection des représentants des salariés et leur attribue les trois quarts des sièges dans les conseils d'administration. Avec les ordonnances Jeanneney de 1967 s'ouvre une autre phase, celle du paritarisme, avec la règle de la représentation strictement paritaire des salariés et des employeurs au sein des caisses. Par contre, les représentants ne sont plus élus, mais désignés par les organisations. Les ordonnances Jeanneney emportent par ailleurs une logique de professionnalisation dans la gestion de la sécurité sociale et redonnent un certain poids à l'Administration : à la Caisse nationale de la sécurité sociale de 1945 se substituent quatre caisses nationales spécifiques, dont la direction est confiée à des hauts fonctionnaires. Les élections des représentants au sein des caisses seront réinstaurées en 1982 et organisées en octobre 1983. Mais le renouvellement des mandats par voie d'élection sera ensuite repoussé à plusieurs reprises jusqu'à ce que la réforme Juppé de 1995 impose à nouveau la désignation des représentants salariés et employeurs. La démocratie sociale imaginée à l'origine a fait long feu, et le paritarisme instauré dans les années 1960 aura plutôt débouché sur un « tripartisme de fait » dans les années 1990⁵⁹. Depuis lors, nous sommes entrés dans une ère de gouvernance dans laquelle l'État a repris la main, notamment avec le rôle confié au Parlement qui, depuis 1996, vote annuellement des lois de financement de la sécurité sociale. Celles-ci constituent un cadre juridique censé oeuvrer à la maîtrise des dépenses de sécurité sociale, en premier chef les dépenses de santé.

Plus récemment, on a pu observer des incursions de l'État dans des espaces de la protection sociale qui, historiquement, avaient été investis et organisés de manière autonome par les organisations patronales et syndicales dans le cadre d'institutions nationales paritaires. On

57. Sur ces aspects, v. notam. Bruno Palier, *Gouverner la sécurité sociale*, PUF, Paris, 2002, p. 83-92.

58 Exposé des motifs accompagnant la demande d'avis sur le projet d'organisation de la Sécurité sociale, dépôt du 5 juillet 1945 à l'Assemblée constituante provisoire, *Bulletin de liaison du comité d'histoire de la Sécurité sociale*, 14, p. 59.

59 Marie-Thérèse Joint Lambert (dir.), *Politiques sociales*, Paris, Dalloz, 1997, p. 454.

pensera à l'assurance chômage, gérée par l'UNEDIC⁶⁰, ainsi qu'aux régimes complémentaires obligatoires de retraite organisés au sein de l'AGIRC-ARRCO⁶¹.

Depuis sa création, le régime d'assurance chômage est une affaire de négociation collective, les « partenaires sociaux » renégociant tous les deux ou trois ans l'accord national interprofessionnel qui établit les règles d'admission au régime, le niveau des cotisations et des allocations, sous l'égide de l'État via la procédure d'agrément de ces accords collectifs. Le système a fonctionné de la sorte, dans un *modus vivendi* entre autonomie collective et rôle de l'État, ce dernier s'assurant de la conformité des accords conclus vis-à-vis de la loi et de leur cohérence au regard des politiques de l'emploi. En 2019, cependant, on a assisté à une sorte de reprise en main par l'État, d'ailleurs annoncée par Emmanuel Macron lors de la campagne présidentielle de 2017. Le gouvernement a conduit une réforme de l'assurance chômage exprimée par le décret du 26 juillet 2019⁶². Cette réforme s'inscrit plus ou moins dans la ligne de la « flexicurité » impulsée en Europe par la Commission européenne à partir de 2007 et qui continue d'inspirer nombre de dirigeants politiques. En substance, avec la réforme de 2019, il s'agit à la fois de pénaliser le recours abusif aux contrats à durée déterminée (système de bonus-malus sur les contributions des employeurs), de rendre le travail « payant » (*making work pay*) via la dégressivité de l'allocation mais aussi avec le durcissement des conditions d'accès (allongement de la durée de travail avant chômage exigée pour l'ouverture des droits), d'offrir une couverture forfaitaire pour les travailleurs indépendants ayant perdu leur activité, d'ouvrir des droits pour les salariés qui démissionnent avec un projet de reconversion.

Cette intervention de l'État en matière d'assurance chômage a engagé une réflexion sur le devenir-même du paritarisme dans ce champ de la protection sociale. La note du Conseil d'Analyse Economique en date du 12 janvier 2021 est à cet égard fort significative⁶³. Le Conseil suggère en effet de réintroduire l'État dans la gestion de l'assurance chômage et d'en finir avec la gestion paritaire instaurée en 1958. Il tire argument de ce qui s'est passé avec la crise sanitaire pour montrer les incohérences de notre système : c'est l'État qui a décidé des dépenses (en l'occurrence, le déploiement du chômage partiel pour un coût de 10 milliards d'euros), et c'est l'UNEDIC qui a été chargée de payer. Le CAE prône dès lors la mise en

60 Le plan de sécurité sociale de 1945 ne comprenait pas d'assurance chômage. Celle-ci a été mise en place par accord collectif national interprofessionnel signé le 31 décembre 1958. La gestion du régime a été confiée à une association loi 1901 - l'UNEDIC - administrée de manière paritaire par les organisations syndicales et patronales signataires de l'accord (à l'époque le CNPF, FO, la CGT, la CFTC et la CGC).

61 Les retraites complémentaires se sont constituées, en France, sur la base de grands accords collectifs nationaux interprofessionnels. Le 14 mars 1947 est signée la convention collective nationale des cadres qui, entre autres, crée un régime complémentaire de retraite pour cette catégorie socioprofessionnelle. L'accord crée une structure paritaire, l'AGIRC, en charge de la gestion du régime qui fédère un certain nombre de caisses professionnelles. Sur le même modèle sera instauré le régime de retraite complémentaire des salariés non-cadres, avec l'accord national interprofessionnel du 8 décembre 1961 qui crée l'ARRCO. La loi du 29 décembre 1972 généralise l'affiliation obligatoire de tous les salariés à l'AGIRC et/ou l'ARRCO désormais fusionnés (depuis le 1^{er} janvier 2019). Ces régimes fonctionnent toutefois de manière autonome, notamment pour ce qui est de la détermination des cotisations et des prestations.

62 Reportée à plusieurs reprises, notamment du fait de la pandémie de 2020, la réforme est finalement entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2021.

63 Pierre Cahuc, Stéphane Carcillo, Camille Landais, « Repenser l'assurance-chômage : règles et gouvernance », *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 6, janvier 2021.

place d'un « Conseil de négociation » qui se substituerait à l'UNEDIC. Le système pourrait en outre être piloté par un « Haut Conseil de l'assurance chômage » à l'image du Conseil d'Orientation des Retraites dont les analyses et les avis visent au maintien de l'équilibre financier des retraites au fil du temps, en fonction des données démographiques et économiques. L'idée d'un tel pilotage de l'assurance-chômage semble faire son chemin. La nouvelle réforme projetée pour l'automne 2022 s'appuie en effet sur l'exemple du système canadien qui permet une modulation des allocations en fonction de la conjoncture économique et de la situation du marché du travail. Il reviendrait désormais au pouvoir exécutif de faire ainsi moduler les allocations. Le droit à l'assurance-chômage, certes reconnu par la loi, mais organisé jusque-là dans le cadre de la négociation collective est en passe de changer de visage.

Le paritarisme instauré dans les régimes complémentaires de retraite (AGIRC-ARRCO) a aussi été menacé de disparition à l'occasion de la réforme de 2020 visant à instaurer un système universel de retraite commun à tous les assurés. Rappelons que ce projet, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale en mars 2020 mais finalement « gelé » du fait de la crise sanitaire, entendait substituer à la multiplicité des régimes actuels un régime unique de retraite par points. Les cotisations censées produire des « points de retraite » devaient elles-mêmes être amenées à un taux unique englobant les actuelles cotisations au régime de base (CNAV) et aux régimes complémentaires (AGIRC-ARRCO) pour les salariés. C'était donc la disparition annoncée de ces régimes complémentaires régulés par la négociation collective. La gouvernance du régime unique devait être confiée à une Caisse nationale de retraite universelle prenant en compte la diversité des acteurs de la retraite et ménageant donc une place aux organisations syndicales et patronales représentatives aux côtés d'autres acteurs et parties prenantes. Si cette réforme avait abouti, le droit social – du moins le droit à la retraite – en aurait été transformé par l'action de l'État souhaitant, entre autres motifs, gommer la dimension corporatiste (la retraite des salariés, la retraite des indépendants, des professions libérales, des fonctionnaires...) pour instaurer un droit plus universel.

3°) Universalisation et prise en charge de nouveaux risques

Au fil des réformes et sous l'action législative de l'Etat, la sécurité sociale française s'universalise dans le sens où elle s'affranchit de la conception initiale qui consistait à couvrir de manière quasi exclusive les travailleurs et leur famille par la technique des assurances sociales (des droits à prestations contributives sur la base de cotisations sociales gérées par des caisses). Désormais, elle s'adresse aussi bien aux travailleurs qu'aux personnes « résidant en France de façon stable et régulière »⁶⁴. En réalité, coexistent désormais au sein de la sécurité sociale des dispositifs de couverture des *risques* selon la technique des assurances

⁶⁴ Cf. art. L. 111-1 du Code de la sécurité sociale dans sa rédaction actuelle : « La sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale. Elle assure, pour toute personne travaillant ou résidant en France de façon stable et régulière, la couverture des charges de maladie, de maternité et de paternité ainsi que des charges de famille et d'autonomie ».

sociales – et cela vaut notamment pour les allocations de vieillesse et les prestations d'accident du travail et de maladie professionnelle – et des dispositifs permettant aux individus de faire face à des *charges* telles que la maladie, la maternité, la paternité, les charges de famille ou celles liées à la perte d'autonomie. Cette seconde catégorie de dispositifs se caractérise par le fait que les prestations prévues par la loi ne sont pas liées à l'affiliation à un régime obligatoire et que leur financement est très largement fiscalisé.

On a donc là une autre facette de l'étatisation de la sécurité sociale : l'Etat en remodèle en quelque sorte les contours tout en modifiant sa nature originelle. La sécurité sociale est en effet appelée à s'étendre à de nouveaux risques ou à de nouvelles charges. C'est typiquement le cas avec la dépendance des personnes âgées ou « perte d'autonomie ». Ce problème social avait, depuis 1997 avec la Prestation Spécifique Dépendance, puis 2001 avec l'Allocation Personnalisée d'Autonomie, été pris en charge dans le cadre de l'aide sociale, certes selon un montage assez inédit⁶⁵. Mais la loi du 7 août 2020 relative à la dette sociale et à l'autonomie a fait entrevoir l'intégration de la perte d'autonomie dans la sécurité sociale, ce que confirme l'ordonnance du 1^{er} décembre 2021 « relative à la mise en œuvre de la création de la cinquième branche du régime général de la sécurité sociale relative à l'autonomie ». On peut se questionner sur la nature-même de cette branche dont la gestion est confiée à la CNSA et qui n'est pas organisée comme une véritable assurance sociale⁶⁶. Il faut peut-être admettre que c'est la conception-même de la sécurité sociale qui évolue, celle-ci faisant désormais place à des prestations sociales universelles et non contributives. En d'autres termes, la frontière classique entre sécurité sociale et assistance sociale vole en éclat.

B. Une nouvelle architecture des sources du droit du travail

Contrairement à un certain nombre de pays qui ont réformé de manière drastique leur droit du travail lors de la crise économique des années 2008 et suivantes, la France ne s'est pas engagée dans cette voie durant cette période. C'est à partir de 2016, donc au sortir de la crise, que les gouvernements successifs ont en France engagé un important processus de réforme du droit travail. Se dessine depuis lors une nouvelle architecture des sources: la loi étatique fait aujourd'hui une place plus importante à la négociation collective – notamment à la négociation au niveau de l'entreprise - pour régler le contenu de la relation de travail. En d'autres termes, l'hétéronomie cède du terrain au profit de l'autonomie collective dans l'idée de rendre le droit plus flexible, plus adapté aux réalités et besoins des entreprises. Ce mouvement de « décentralisation normative » s'est en vérité enclenché depuis plus longtemps⁶⁷, mais il a certainement pris toute sa dimension avec la loi n° 2016-1088 du 8 août

65 La prestation APA est de nature hybride en ce qu'elle emprunte certaines caractéristiques au droit de la sécurité sociale (son octroi n'est pas assujéti à condition de ressources) tout en s'inscrivant dans le champ de l'aide sociale. V. Philippe Martin, « Dépendance et vieillesse : les ambitions et les zones d'ombre d'une réforme », *Droit social*, n° 7/8, 2014, p. 634-640).

66 V. Robert Lafore, « La structure institutionnelle de la nouvelle branche autonomie », *Revue de droit sanitaire et social*, n°1, 2021, p. 24-32.

67 Cette dynamique a été impulsée par des lois antérieures, comme la loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, qui a réorganisé l'articulations entre les accords d'entreprise et les accords de niveau supérieur (accords de branche). La loi du 20 août 2008 portant rénovation de

2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (dite « Loi El Khomri »), suivie des cinq ordonnances adoptées le 22 septembre 2017 réformant en profondeur le Code du travail, la première de ces ordonnances (n° 2017-1385 « relative au renforcement de la négociation collective ») abordant spécifiquement la question de l'articulation entre accords collectifs de branche et accords d'entreprise.

L'ordre public social tel que conçu au siècle précédent, avec l'idée d'une protection des droits des salariés absolument garantie par la loi, les accords collectifs et individuels ne pouvant qu'améliorer cette protection, est singulièrement remis en cause. La nouvelle architecture des sources du droit du travail est en vérité complexe. Pour faire simple, on dira que les possibilités de déroger au statut légal par la négociation collective, y compris dans un sens moins favorable aux salariés, se concentrent dans certains domaines, tout particulièrement celui de la durée et de l'organisation du temps de travail. Dans ce domaine, la loi fixe désormais les grands principes mais n'en donne plus le contenu qui est désormais établi par l'accord d'entreprise ou, à défaut, par l'accord de branche. On observera au passage que la négociation collective de branche qui permettait d'harmoniser les conditions d'emploi et de travail entre les entreprises d'un même secteur est elle-même en recul au profit de l'accord d'entreprise. Ce n'est qu'à défaut d'accord (d'entreprise ou de branche) que s'appliquent des dispositions supplétives qui, selon les cas, peuvent provenir d'un décret ou bien d'une décision unilatérale de l'employeur.

La loi continue néanmoins de jouer un rôle impératif dans les matières d'ordre public « absolu » telles que le respect du SMIC ou encore la durée maximale du travail : un accord collectif ne peut prévoir une rémunération inférieure au SMIC ou fixer une durée hebdomadaire supérieure à 48 heures. Mais quand la loi l'autorise explicitement un accord collectif peut désormais prévoir des dispositions moins favorables que les dispositions législatives. Cette dérogation est, suivant les cas, ouverte aux seuls accords de branche ou également ouverte aux accords d'entreprise. L'ordonnance du 22 septembre a aussi réorganisé les relations entre accords de branche et accords d'entreprise. Dans certaines matières précisées dans le Code du travail, l'accord de branche continue de primer *de jure* sur l'accord d'entreprise. Dans d'autres matières, cette primauté ne s'exercera que si l'accord de branche le stipule expressément par une « clause de verrouillage ». Pour toutes les autres matières, c'est le principe de la primauté de l'accord d'entreprise, antérieur ou postérieur à l'accord de branche, qui s'applique. Il demeure qu'un accord collectif d'entreprise qui contiendrait des dispositions moins favorables que celles des contrats individuels de travail déjà conclus ne peut s'imposer à ces derniers. Ce principe connaît toutefois une exception : lorsque est conclu au niveau de l'entreprise un accord « de performance collective » qui, selon la législation, doit avoir pour objectif de préserver l'emploi, les dispositions de ce type d'accord

la démocratie sociale et réforme du temps de travail a pour sa part donné priorité à l'accord d'entreprise sur l'accord de niveau supérieur, mais aussi sur la loi pour régler des questions telles que la détermination du volume annuel maximum d'heures supplémentaires pouvant être effectuées dans l'entreprise.

s'imposent aux salariés quand bien même elles contiendraient des dispositions moins favorables que celles contenues dans les contrats individuels (typiquement en matière de rémunération, de mobilité ou d'aménagement du temps de travail). Dans cette hypothèse, les salariés qui exprimeraient un refus s'exposent à un licenciement d'un nouveau genre, qui n'est ni un licenciement pour faute, ni un licenciement pour motif économique. Le droit du travail contemporain se transforme donc en profondeur : les garanties – légales mais aussi celles inscrites dans les contrats de travail – peuvent s'effacer dès lors que l'entreprise peut faire valoir l'impératif de maintien des emplois et de compétitivité.

Conclusion

Le droit social français, saisi dans sa double composante – le droit du travail et le droit de la sécurité sociale – a connu de profondes transformations depuis le milieu des années 1990. Sans doute faut-il se garder d'y voir un processus univoque. En s'universalisant et en s'ouvrant à de nouveaux risques, le droit de la sécurité sociale tend à se détacher du droit du travail et, partant, du droit privé. C'est au fond la conception française de la citoyenneté sociale, dans laquelle les droits sociaux sont avant tout ancrés dans le salariat, qui est en pleine mutation. De son côté, le droit du travail qui pouvait donner l'impression d'un bloc monolithique symbolisé par l'imposant Code du travail devient une véritable boîte à outils pour la gestion des ressources humaines dans les entreprises. L'idée républicaine d'un droit uniforme protégeant également tous les salariés fait place à une autre vision dans laquelle le droit du travail doit favoriser l'emploi dans un monde changeant et plus précaire. Le statut du travailleur « titulaire » de son emploi n'est plus de mise ; il est surtout question aujourd'hui de « sécurisation des parcours professionnels » et de compétitivité des entreprises.

Ces mutations sont bien celles de l'Etat-providence à la française qui, dans le concert mondial et européen, se trouve depuis plusieurs années sur une trajectoire de convergence. Certes, il continue de conserver des traits spécifiques, mais il est absolument clair que les injonctions de réforme et de « modernisation » de notre système social conduisent à un alignement sur un certain standard qui fait primer la raison économique sur une vision politique des droits sociaux.