

*Licence Droit et Science politique – 3^{ème} année
Parcours Droit privé, Droit international et européen, Science politique
2019-2020*

Libertés fondamentales

Travaux dirigés

Séance 2 :

**Normativité et justiciabilité des droits économiques et sociaux
:
l'exemple du droit à l'emploi**

Exercice : Note de synthèse

A l'aide des documents reproduits, vous établirez une note de maximum 4 pages en prenant soin de citer les numéros des documents utilisés et répondant à la question suivante

Le droit à l'emploi, droit effectif ou pétition de principe ?

Documents :

- 1/ Préambule de la Constitution française de 1946** (extrait)
- 2/ Conseil de l'Europe**, Charte Sociale européenne, Turin, 18 octobre 1961 (extrait)
- 3/ Union européenne**, Charte des droits fondamentaux, C364/01, 7 décembre 2000 (extrait)
- 4/ Conseil constitutionnel**, Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale* (extraits)
- 5/ Cour EDH**, Grande Chambre, Arrêt, 12 juin 2014, *Affaire Fernández Martínez c. Espagne*, req. 56030/07, (extraits)
- 6/ Cour de cassation**, Chambre sociale, 21 septembre 2017, pourvoi n°16-20270 16-20277
- 7/ TOCQUEVILLE Alexis (de)**, Discours prononcé à l'Assemblée constituante dans la discussion de projet de Constitution (12 septembre 1848) sur la question du droit au travail (extraits)
- 8. Antoine Jeammaud et Martine Le Friant**, **L'incertain droit à l'emploi**, Travail, genre et sociétés 1999/2 (N° 2), pages 29 à 45
- 9/ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique**, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », Revue de Droit du Travail, Dalloz, 2007, pp. 19-25.
- 10. Rozen Noguellou**, Faut-il étendre la technique des droits opposables ?(1) AJDI 2011 p.854

1/ Préambule de la Constitution française de 1946 (extrait)

5. Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

[...]

2/ Conseil de l'Europe, Charte Sociale européenne, Turin, 18 octobre 1961 (extrait)

Partie II

Les Parties contractantes s'engagent à se considérer comme liées, ainsi que prévu à la partie III, par les obligations résultant des articles et des paragraphes ci-après.

Article 1 – Droit au travail

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties contractantes s'engagent:

- 1 à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi;
- 2 à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris;
- 3 à établir ou à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs;
- 4 à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées.

[...]

3/ Union européenne, Charte des droits fondamentaux, C364/01, 7 décembre 2000 (extrait)

...]

Article 15/ Liberté professionnelle et droit de travailler

1. Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée.
2. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre.
3. Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens ou citoyennes de l'Union.

Article 16 / Liberté d'entreprise

La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.

Article 23/ Égalité entre hommes et femmes

L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération.

Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté.

4/ Conseil constitutionnel, Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale* (extraits)

- SUR LE GRIEF TIRÉ DE L'ATTEINTE PORTÉE A LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE PAR L'ARTICLE 107 ET PAR LE CHAPITRE 1ER DU TITRE II :

- En ce qui concerne l'article 107 :

43. Considérant que l'article 107 de la loi déferée modifie l'article L. 321-1 du code du travail en remplaçant la définition du licenciement économique issue de la loi n° 89-549 du 2 août 1989 par une nouvelle définition ainsi rédigée : " Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail, consécutives soit à des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, soit à des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise, soit à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise " ; qu'il résulte des termes mêmes de ces dispositions qu'elles s'appliquent non seulement dans l'hypothèse d'une suppression ou transformation d'emploi mais également en cas de refus par un salarié d'une modification de son contrat de travail ; qu'en vertu de l'article L. 122-14-4 du même code, la méconnaissance de ces dispositions ouvre droit, en l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, à une indemnité qui ne peut être inférieure au salaire des six derniers mois ;

44. Considérant que les requérants soutiennent que cette nouvelle définition porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre ; qu'en limitant, par la suppression de l'adverbe " notamment ", la liste des situations économiques permettant de licencier, " le législateur écarte des solutions imposées par le bon sens comme la cessation d'activité " ; que la notion de " difficultés sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen " va permettre au juge de s'immiscer dans le contrôle des choix stratégiques de l'entreprise qui relèvent, en vertu de la liberté d'entreprendre, du pouvoir de gestion du seul chef d'entreprise ; que les notions de " mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise " ou de " nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise " constituent des " formules vagues " dont la méconnaissance sera néanmoins sanctionnée par les indemnités dues en l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement ;

45. Considérant que le Préambule de la Constitution réaffirme les principes posés tant par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que par le Préambule de la Constitution de 1946 ; qu'au nombre de ceux-ci, il y a lieu de ranger la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ainsi que les principes économiques et sociaux énumérés par le texte du Préambule de 1946, parmi lesquels figurent, selon son cinquième alinéa, le droit de chacun d'obtenir un emploi et, en vertu de son huitième alinéa, le droit pour tout travailleur de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ;

46. Considérant qu'il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ; que, pour poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ;

47. Considérant, en premier lieu, que la nouvelle définition du licenciement économique résultant de l'article 107 de la loi déferée limite aux trois cas qu'elle énonce les possibilités de licenciement pour motif économique à l'exclusion de toute autre hypothèse comme, par exemple, la cessation d'activité de l'entreprise ;

48. Considérant, en deuxième lieu, qu'en ne permettant des licenciements économiques pour réorganisation de l'entreprise que si cette réorganisation est " indispensable à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise " et non plus, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, si elle est nécessaire à la sauvegarde de la

compétitivité de l'entreprise, cette définition interdit à l'entreprise d'anticiper des difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs plus importants ;

49. Considérant, en troisième lieu, qu'en subordonnant les licenciements économiques à " des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen ", la loi conduit le juge non seulement à contrôler, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, la cause économique des licenciements décidés par le chef d'entreprise à l'issue des procédures prévues par le livre IV et le livre III du code du travail, mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles ;

50. Considérant que le cumul des contraintes que cette définition fait ainsi peser sur la gestion de l'entreprise a pour effet de ne permettre à l'entreprise de licencier que si sa pérennité est en cause ; qu'en édictant ces dispositions, le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi ; que, dès lors, les dispositions de l'article 107 doivent être déclarées non conformes à la Constitution ;

[...]

Cour EDH, Grande Chambre, Arrêt, 12 juin 2014, *Affaire Fernández Martínez c. Espagne*, req. 56030/07, (extraits)

[...]

2. Sur les dispositions de la Convention pertinentes en l'espèce

108. D'emblée, il convient de noter que plusieurs dispositions de la Convention sont pertinentes pour l'appréciation de la présente requête, en particulier les articles 8, 9, 10 et 11. L'article 8 doit être pris en considération dans la mesure où il englobe le droit du requérant à poursuivre sa vie professionnelle, son droit au respect de sa vie familiale et son droit de mener sa vie familiale au grand jour. L'article 9 entre en ligne de compte dès lors qu'il protège le droit de l'intéressé à la liberté de pensée et de religion. L'article 10 est pertinent parce qu'il protège le droit du requérant d'exprimer ses opinions sur les doctrines officielles de l'Église, et l'article 11 en ce qu'il garantit son droit d'appartenir à une organisation ayant des points de vue spécifiques sur certains sujets qui concernent la religion. De l'avis de la Cour, toutefois, la principale question que pose la présente affaire tient au non-renouvellement du contrat du requérant. Celui-ci ne se plaint pas d'avoir été empêché de défendre ou de diffuser certaines idées ou d'appartenir au MOCEOP, ni d'avoir enduré des atteintes à sa vie familiale. Ce dont il se plaint pour l'essentiel, c'est de ne pas avoir pu continuer à enseigner la religion catholique en raison de la publicité donnée à sa situation familiale et à son appartenance au MOCEOP. C'est pourquoi, à l'instar de la chambre, la Grande Chambre estime qu'il convient d'examiner la requête sous l'angle de l'article 8 de la Convention.

3. Sur l'applicabilité de l'article 8

109. On ne saurait déduire de l'article 8 un droit générique à l'emploi ou au renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée. Cela étant, la Cour a déjà eu à se pencher sur l'applicabilité de l'article 8 à la sphère de l'emploi. À cet égard, elle rappelle que la « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive (voir, parmi d'autres, *Schiith*, précité, § 53). Il serait trop restrictif de limiter la notion de « vie privée » à un « cercle intime » où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle (*Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A no 251-B).

110. Selon la jurisprudence de la Cour, il n'y a aucune raison de principe de considérer que la « vie privée » exclut les activités professionnelles (*Bigaeva c. Grèce*, no [26713/05](#), § 23, 28 mai 2009, et *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, no [21722/11](#), § 165-167, CEDH 2013). Des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8 lorsqu'elles se répercutent sur la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables. En outre, la vie professionnelle est souvent étroitement mêlée à la vie privée, tout particulièrement si des facteurs liés à la vie privée, au sens strict du terme, sont considérés comme des critères de qualification pour une profession donnée (*Özpinar c. Turquie*, no [20999/04](#), §§ 43-48, 19 octobre 2010). Bref, la vie professionnelle fait partie de cette zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la « vie privée » (*Mólka c. Pologne* (déc.), no [56550/00](#), CEDH 2006-IV).

111. En l'espèce, l'interaction entre vie privée *stricto sensu* et vie professionnelle est d'autant plus frappante que ce type d'emploi exigeait non seulement des compétences techniques, mais aussi la capacité à « se distingu[er] par la rectitude de la doctrine, le témoignage d'une vie chrétienne et [la] compétence pédagogique » (paragraphe 58 ci-dessus), créant ainsi un lien direct entre le comportement dans le cadre de la vie privée et l'activité professionnelle.

112. La Cour note en outre que le requérant, qui n'était pas fonctionnaire mais était néanmoins employé et rémunéré par l'État, travaillait comme professeur de religion depuis 1991 sur la base de contrats à durée déterminée qui étaient renouvelés au début de chaque année scolaire sous réserve de l'approbation par l'évêque de ses aptitudes. Ainsi, s'il est vrai que le requérant n'a jamais bénéficié d'un contrat à durée indéterminée, une présomption de renouvellement lui donnait des raisons fondées de croire que son contrat serait prolongé tant que les conditions requises seraient remplies et en l'absence de circonstances pouvant justifier le non-renouvellement en vertu du droit canonique. De l'avis de la Cour, les faits de la cause s'apparentent, *mutatis mutandis*, à ceux de l'affaire *Lombardi Vallauri c. Italie* (no [39128/05](#), § 38, 20 octobre 2009). En effet, le requérant en l'espèce a exercé comme professeur de religion pendant sept ans sans interruption et était apprécié tant par ses collègues que par la direction des établissements où il a enseigné, ce qui témoigne de la stabilité de sa situation professionnelle.

113. Dans ces conditions, la Cour considère que le non-renouvellement du contrat du requérant en raison d'événements principalement liés à des choix personnels effectués par lui dans le cadre de sa vie privée et familiale a gravement compromis ses possibilités d'exercer son activité professionnelle spécifique. Il s'ensuit que, dans les circonstances de la cause, l'article 8 est applicable.

[...]

e) Conclusion

152. En conclusion, eu égard à la marge d'appréciation de l'État en l'espèce, la Cour estime que l'ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée n'était pas disproportionnée.

153. Partant, elle conclut à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION ET DES ARTICLES 9 ET 10, PRIS ISOLÉMENT OU COMBINÉS AVEC L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

154. Le requérant considère que le non-renouvellement de son contrat a privilégié de façon injustifiée les droits de l'Église à l'autonomie religieuse et à la liberté d'association par rapport à son droit au respect de sa vie privée. À ses yeux, un nouveau « droit au licenciement », de nature discriminatoire, a ainsi été créé en faveur des entités religieuses.

155. La Cour estime que ces griefs sont liés au grief tiré de l'article 8 examiné ci-dessus. Eu égard à sa conclusion relative à cette disposition (paragraphe 152 et 153 ci-dessus), elle juge qu'il n'y a pas lieu de les examiner séparément (voir, parmi d'autres, *Martínez Martínez c. Espagne*, no [21532/08](#), § 57, 18 octobre 2011).

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par neuf voix contre huit, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;
2. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément les griefs tirés de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention et des articles 9 et 10, pris isolément ou combinés avec l'article 14 de la Convention.

6/ Cour de cassation, Chambre sociale, 21 septembre 2017, pourvoi n°16-20270 16-20277

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Y... a été mis à disposition de la société SCC services, aux droits de laquelle vient la société SCC, du 10 juillet 2012 au 31 décembre 2013, par la société Adecco, en qualité de technicien de proximité informatique, dans le cadre d'une succession de missions temporaires et de renouvellement conclus pour accroissement temporaire d'activité ; qu'avant l'expiration de sa dernière mission, le salarié a saisi la formation de référé de la juridiction prud'homale pour, notamment, faire valoir les droits

correspondant à un contrat de travail à durée indéterminée et obtenir la poursuite de la relation contractuelle ; que par ordonnance du 27 décembre 2013, la formation de référé de la juridiction prud'homale a dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes relatives à la requalification en contrat à durée indéterminée, mais a ordonné la poursuite de la relation contractuelle jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur la demande de requalification en contrat à durée indéterminée ; que le salarié a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes au titre de la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée et en paiement de diverses sommes ; que par jugements des 15 mai et 7 juillet 2014, le conseil de prud'hommes a ordonné la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, condamné l'employeur au paiement de diverses sommes et ordonné la poursuite du contrat de travail à durée indéterminée ; que l'union syndicale de l'intérim (USI-CGT) est intervenue à l'instance ; que par arrêt du 5 septembre 2014, la cour d'appel a infirmé l'ordonnance de référé du 27 décembre 2013 en ce qu'elle avait ordonné la poursuite du contrat de travail ; que, par arrêt du 11 mai 2016, la cour d'appel a notamment ordonné la requalification des contrats de mission en contrat à durée indéterminée et ordonné la poursuite de la relation de travail ;

Sur les premier et deuxième moyens communs des pourvois incidents du salarié :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le moyen unique commun des pourvois principaux de l'employeur :

Vu les articles L. 1251-40, L. 1251-41 et L. 1121-1 du code du travail ;

Attendu que pour ordonner la poursuite de la relation de travail, après avoir ordonné la requalification des contrats de mission en contrat à durée indéterminée, l'arrêt retient que le contrat de travail requalifié du salarié qui a agi en justice avant le terme de son dernier contrat de mission à l'effet de faire respecter sa liberté fondamentale au maintien du salarié dans l'emploi suite à la violation des dispositions relatives aux conditions restrictives de recours au travail temporaire, n'a pas été rompu et est toujours en cours depuis le 10 juillet 2012, peu important en la matière la circonstance que l'ordonnance de référé du 27 décembre 2013 ait été entre-temps infirmée par l'arrêt du 5 septembre 2014 survenu cependant postérieurement au jugement déféré et qu'aucune disposition du code du travail ne sanctionne expressément la requalification par la poursuite des relations contractuelles entre l'intérimaire et la société utilisatrice ;

Attendu, cependant, que le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au-delà du terme de la mission de travail temporaire en cas d'action en requalification en contrat à durée indéterminée ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses constatations qu'à la suite de l'infirmité, par arrêt du 5 septembre 2014, de l'ordonnance de référé du 27 décembre 2013 ayant ordonné la poursuite du contrat de travail, la relation de travail avait pris fin au 31 décembre 2013, date du terme de la dernière mission, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'en application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation sur le moyen unique des pourvois principaux du chef de la poursuite du contrat de travail entraîne par voie de dépendance la cassation des chefs des demandes de dommages-intérêts pour harcèlement moral et en remboursement des frais supplémentaires de complémentaire santé exposés depuis août 2012 ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les troisième et quatrième moyens des pourvois incidents du salarié :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il ordonne la poursuite du contrat de travail, dit que la poursuite du contrat de travail requalifié de M. Y... au sein de la société SCC SA, venant aux droits de la SCC services, se fera dans le poste occupé par M. Y... jusqu'à la dispense d'activité, ou tout poste substitué ou similaire sur Saint-Nazaire, avec reprise organisée dans les conditions respectant les dispositions applicables au contrat de travail à durée indéterminée, dit que la situation de M. Y... devra également être régularisée concernant notamment ses heures de DIF et du CPF et que la rectification sur les bulletins de paye devra prévoir que, pour la période du 1er janvier 2014 au 31 mai 2015, le nombre de congés payés acquis est de 35h40, et en ce qu'il déboute M. Y... de ses demandes en dommages-intérêts pour harcèlement moral et en remboursement des frais supplémentaires de complémentaire santé exposés depuis août 2012, l'arrêt rendu le 11 mai 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient

avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Angers ;
Condamne M. Y... aux dépens ;Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, prononcé et signé par M. X..., président et M. Huglo, conseiller doyen en ayant délibéré, conformément à l'article 452 du code de procédure civile, en l'audience publique du vingt et un septembre deux mille dix-sept.

[...]

7/ TOCQUEVILLE Alexis (de), Discours prononcé à l'Assemblée constituante dans la discussion de projet de Constitution (12 septembre 1848) sur la question du droit au travail

Vous n'attendez pas de moi, si je ne me trompe, que je réponde à la dernière partie du discours que vous venez d'entendre. Elle contient l'énonciation d'un système complet et compliqué auquel je n'ai pas mission d'opposer un autre système.

Mon but, dans ce moment, est uniquement de discuter l'amendement en faveur duquel, ou plutôt à propos duquel l'orateur précédent vient de parler.

Quel est cet amendement ? quelle est sa portée ? quelle est sa tendance, suivant moi fatale ? C'est cela que j'ai à examiner.

Un mot d'abord sur le travail de la Commission.

La Commission, comme vous l'a dit le précédent orateur, a eu, en effet, deux rédactions, mais au fond elle n'a eu et ne continue à avoir qu'une seule pensée. Elle avait d'abord eu une première formule. Les paroles qui ont été prononcées à cette tribune et ailleurs, et mieux que les paroles, les faits lui ont démontré que cette formule était une expression incomplète et dangereuse de sa pensée ; elle y a renoncé, non pas à la pensée, mais à la forme.

Cette formule est reprise. C'est en face d'elle que nous nous trouvons en ce moment placés.

On met les deux rédactions en présence ; soit. Comparons l'une à l'autre à la lumière nouvelle des faits :

Par sa dernière rédaction, la Commission se borne à imposer à la société le devoir de venir en aide, soit par le travail, soit par le secours proprement dit et dans les mesures de ses ressources, à toutes les misères ; en disant cela, la commission a voulu, sans doute, imposer à l'État un devoir plus étendu, plus sacré que celui qu'il s'était imposé jusqu'à présent ; mais elle n'a pas voulu faire une chose absolument nouvelle : elle a voulu accroître, consacrer, régulariser la charité publique, elle n'a pas voulu faire autre chose que la charité publique. L'amendement, au contraire, fait autre chose, et bien plus ; l'amendement, avec le sens que les paroles qui ont été prononcées et surtout les faits récents lui donnent, l'amendement qui accorde à chaque homme en particulier le droit général, absolu, irrésistible, au travail, cet amendement mène nécessairement à l'une de ces conséquences : ou l'État entreprendra de donner à tous les travailleurs qui se présenteront à lui l'emploi qui leur manque, et alors il est entraîné peu à peu à se faire industriel ; et comme il est l'entrepreneur d'industrie qu'on rencontre partout, le seul qui ne puisse refuser le travail, et celui qui d'ordinaire impose la moindre tâche, il est invinciblement conduit à se faire le principal, et bientôt, en quelque sorte, l'unique entrepreneur de l'industrie. Une fois arrivé là, l'impôt n'est plus le moyen de faire fonctionner la machine du gouvernement, mais le grand moyen d'alimenter l'industrie. Accumulant ainsi dans ses mains tous les capitaux des particuliers, l'État devient enfin le propriétaire unique de toutes choses. Or, cela c'est le communisme. (Sensation.)

Si, au contraire, l'État veut échapper à la nécessité fatale dont je viens de parler, s'il veut, non plus par lui-même et par ses propres ressources, donner du travail à tous les ouvriers qui se présentent, mais veiller à ce qu'ils en trouvent toujours chez les particuliers, il est entraîné fatalement à tenter cette réglementation de l'industrie qu'adoptait, si je ne me trompe, dans son système, l'honorable préopinant. Il est obligé de faire en sorte qu'il n'y ait pas de chômage ; cela le mène forcément à distribuer les travailleurs de manière à ce qu'ils ne se fassent pas concurrence, à régler les salaires, tantôt à modérer la production, tantôt à l'accélérer, en un mot, à le faire le grand et unique organisateur du travail. (Mouvement.)

Ainsi, bien qu'au premier abord la rédaction de la Commission et celle de l'amendement semblent se toucher, ces deux rédactions mènent à des résultats très-contraires ; ce sont comme deux routes qui, partant d'abord du même point, finissent par être séparées par un espace immense : l'une aboutit à une extension de la charité publique ; au bout de l'autre, qu'aperçoit-on ? Le socialisme. (Marques d'assentiment.)

Ne nous le dissimulons pas, on ne gagne rien à ajourner des discussions dont le principe existe au fond même de la société, et qui, tôt ou tard, apparaissent d'une manière ou d'une autre, tantôt par des paroles et tantôt par des actes, à la surface. Ce dont il s'agit aujourd'hui, ce qui se trouve à l'insu peut-être de son auteur, mais ce que je vois du moins pour mon compte, avec la clarté du jour qui m'éclaire, au fond de l'amendement de l'honorable M. Mathieu, c'est le socialisme..... (Sensation prolongée. — Murmures à gauche.)

[...]

Le citoyen de Tocqueville. Il n'y a rien là qui donne aux travailleurs un droit sur l'État ; il n'y a rien là qui force l'État à se mettre à la place de la prévoyance individuelle. à la place de l'économie, de l'honnêteté individuelle ; il n'y a rien là qui autorise l'État à s'entremettre au milieu des industries, à leur imposer des règlements, à tyranniser l'individu pour le mieux gouverner, ou, comme on le prétend insolemment, pour le sauver de lui-même ; il n'y a là que du christianisme appliqué à la politique.

Oui, la révolution de Février doit être chrétienne et démocratique ; mais elle ne doit pas être socialiste. Ces mots résument toute ma pensée, et je termine en les prononçant. (Très-bien ! très-bien !)

[...]

8. Antoine Jammaud et Martine Le Friant, L'incertain droit à l'emploi, Travail, genre et sociétés 1999/2 (N° 2), pages 29 à 45

Existe-t-il un droit à l'emploi ? Serait-ce en contemplation du seul droit en vigueur dans ce pays, la réponse est malaisée. En effet, si les règles que signifient les propositions composant les Constitutions et lois de nos Etats appellent très ordinairement interprétation, il advient parfois que le problème soit moins d'identifier la règle exprimée par un énoncé "de droit" que de déterminer si ce dernier signifie une règle. Tel est le cas si l'on s'interroge sur ce qu'opère et permet de faire - sur le terrain d'action spécifique qu'institue le droit - une étonnante proposition du préambule de la Constitution française de 1946 : "Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi".

2Disposition porteuse d'égalité entre hommes et femmes, remarquons-le : "chacun" aurait droit d'obtenir un emploi, donc femme autant qu'homme. Le même préambule énonce d'ailleurs, deux alinéas plus tôt, que "la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme". Au fond, les lois ultérieurement adoptées, en particulier celle du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle entre femmes et hommes [\[1\]](#), n'auraient fait que mettre en œuvre ces deux préceptes combinés.

3Peut-on cependant parler de "préceptes", tant ce terme évoque le monde du "Sollen" ? La disposition sur "le droit d'obtenir un emploi" n'a cessé d'étonner. Si tout un chacun connaît ou a l'expérience de l'existence d'un droit de suffrage, du droit de propriété, du droit au respect de sa vie privée, et de tant d'autres prérogatives particulières assurées ou mises en circulation par l'ordre juridique, il y a bien peu de chances qu'il ait éprouvé la présence d'une prérogative "garantie par la loi" ayant pour objet l'obtention ou la conservation d'un emploi. Cette existence paraît d'emblée heurter la logique de notre système économique, elle-même consacrée et protégée par le droit en vigueur à travers les principes de liberté contractuelle, de liberté du commerce et de l'industrie ou de son corollaire qu'est la liberté du travail. Précisément, de cette liberté pour chacun de travailler à un droit au travail entendu comme celui d'obtenir un emploi, sensible est la distance, que soulignent les manuels de droit du travail [\[2\]](#)

Empruntons au plus classique d'entre eux : "La liberté du travail est dérisoire si celui qui veut travailler ne trouve pas à s'employer (...) Et la réduction au chômage d'une main-d'œuvre qui serait capable de produire constitue un gaspillage qui révèle une mauvaise organisation sociale. La sauvegarde des droits de la personne et la rationalisation de l'activité économique exigent donc l'intervention des pouvoirs publics pour garantir à chacun la possibilité de travailler (...) La difficulté est de concilier droit au travail et liberté du travail" [3]

4 Pour que tous se procurent du travail, la Révolution française avait d'abord fait confiance à la proclamation de la liberté professionnelle, sur les ruines du régime corporatif, par la loi des 2-17 mars 1791 dite "décret d'Allarde". Certes, la Déclaration des droits de l'homme de 1793 allait innover en proclamant que "la société doit subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler". Mais cette audacieuse affirmation d'une obligation alternative à la charge de "la société" ne devait pas survivre à la phase révolutionnaire, tandis que l'institution d'un marché du travail allait bientôt manifester ses limites comme moyen d'assurer à tous travail et ressources vitales. On connaît la réponse juridique apportée à cet aspect de la "question sociale" par le décret du 26 février 1848 rédigé par Louis Blanc ("Le gouvernement provisoire de la République française s'engage à garantir du travail à tous les citoyens"), le dramatique épisode des Ateliers nationaux, puis, en réaction en quelque sorte, le refus de maintenir dans la Constitution de novembre de cette année-là la consécration d'un "droit au travail" qui figurait dans le projet initial [4] De ce droit on n'allait plus trouver trace, dans les textes à vocation normative, jusqu'au lendemain de la Libération [5] et au préambule de la Constitution fondant la IVème République. Celle-ci a été remplacée, mais le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 renvoie à celui de 1946.

5 Il est d'ailleurs question de "droit à l'emploi" plutôt que de droit au travail, car l'installation de la "société salariale" et l'œuvre d'un droit du travail ont transformé le travail en emplois [6] Mais cela n'affecte pas la question première : l'énoncé constitutionnel peut-il valoir consécration d'un "droit subjectif" que le "droit objectif" reconnaît ainsi comme il consacre la propriété, les droits d'auteurs, divers droits de créance, le droit de chacun au respect de la vie privée, etc. [7] Quelle peut être la consistance d'un tel droit ?

6 L'interrogation confronte au problème de la "valeur juridique" du préambule constitutionnel, mais aussi à une question théorico-pratique plus fondamentale. Nous nous arrêterons d'abord aux termes et enjeux de ce débat autour d'un texte si solennel. Curieux peut-être pour des non juristes, ce débat est très révélateur du mode de fonctionnement et de la plasticité trop méconnue de ce procédé de régulation sociale qu'est le droit. Surtout, sa présentation paraît indispensable pour expliquer en quoi l'énoncé constitutionnel n'est pas - n'est plus à ce jour - simple déclaration d'intention, mais constitue bel et bien une disposition à laquelle signification de règle de droit est reconnue à travers son incidence avérée sur le règlement juridique de certains différends. Reconnue de façon limitée, toutefois, par les juristes savants ("la doctrine juridique"), ainsi que nous l'exposerons dans un deuxième temps. Or, il nous semble que cette signification normative a une portée plus riche. Dans un troisième temps, nous tenterons donc de montrer pourquoi on ne saurait dire, compte tenu de son incidence sur le règlement juridique de certaines disputes, que ce droit d'obtenir un emploi demeure sans consistance en droit positif.

I – Débat autour d'un texte solennel

7 Aux termes du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, "le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946". Dans ce dernier, qui reste ainsi valide, il est écrit que "le peuple français (...) réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", et qu'"il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps les principes politiques, économiques et sociaux ci-après". A cet endroit, précisément, on lit que "la loi garantit à la femme,

dans tous les domaines, des droits égaux...”, que “chacun a le devoir de travailler et le droit d’obtenir un emploi”, mais aussi que “nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances”, que “le droit de grève s’exerce dans le cadre des lois qui le réglementent”, que “la nation assure à l’individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement” ou qu’ “elle garantit à tous, notamment à l’enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs”, etc.

8La question de la “valeur juridique” de ce préambule a occupé les juristes de droit public [8], avant d’être alimentée par des arrêts du Conseil d’Etat puis par des décisions du Conseil constitutionnel créé par la Constitution de 1958. Les propositions qui le composent ne sont-elles pas pures proclamations politiques ou éthiques, voire simples déclarations d’intention, valant au mieux programme ou mandat pour une législation à venir ? Dans l’affirmative, ce préambule pourrait tout au plus, sur le plan des pratiques juridiques et judiciaires, éclairer l’interprétation des articles de la “loi fondamentale”. Au contraire, les dispositions en cause ne signifient-elles pas des règles de droit et, dès lors, des règles de rang constitutionnel ? Deux conséquences remarquables en découleraient dans le “jeu du droit” : dotées de valeur normative, ces dispositions du préambule s’imposeraient notamment aux organes de l’Etat, et seraient en particulier applicables par les tribunaux dans le règlement des différends ; logées au plus haut niveau de la hiérarchie du droit de la République, elles surplomberaient toutes les autres règles, à commencer par les lois votées par le Parlement, qui ne sauraient dès lors les contrarier sans s’exposer à une déclaration d’inconstitutionnalité.

9Au regard de l’éventuel droit à l’emploi, l’intérêt du débat serait modeste si des conventions internationales ou instruments communautaires consacraient semblable droit, car tant les premières que les seconds s’imposent en France avec une autorité supérieure à celle des dispositions du droit national. Mais la Déclaration universelle des droits de l’homme adoptée par l’Assemblée générale des Nations Unies en 1948, dont l’article 33 énonce que “toute personne a droit au travail”, reste une simple déclaration solennelle et ne s’est jamais vu reconnaître valeur de convention liant les membres de l’ONU. Dans le droit des Communautés européennes, rien ne va au-delà de la reconnaissance d’une sorte de liberté du travail pour les ressortissants des Etats membres dans l’ensemble de ces Etats [9] Selon la Charte sociale européenne, adoptée en 1961 dans le cadre du Conseil de l’Europe et révisée en 1996, “toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris”, et tout Etat qui approuve cette convention contracte divers engagements en vue d’assurer l’exercice effectif de ce “droit au travail”. Mais il apparaît bientôt que ce dernier s’entend du “droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris”, ce qui le situe plus près de la simple liberté de travailler que du droit d’obtenir un emploi dont parle le préambule de la Constitution française [10]

Ainsi la question de l’aptitude de ce dernier à fonder la “positivité” (appartenance au droit en vigueur ou “droit positif”) de cette problématique prérogative conserve-t-elle tout son intérêt, malgré le développement contemporain des normes supranationales.

10Au vrai, le problème de la valeur de ces dispositions du point de vue de l’ordonnement juridique des relations sociales est double. Il concerne d’abord le préambule dans son ensemble. Peut-il, en raison même de son extériorité voulue aux articles de la Constitution partager l’autorité de ceux-ci [11]

? Il n’est certes pas assimilable à un simple exposé des motifs, ni même à une série de visas (comme celles ouvrant nombre de conventions internationales ou les directives communautaires), parce qu’une intention de particulière solennité l’inspire. Mais comment ne pas tenir compte de sa position dans l’instrument ? Si, malgré ces considérations, il est admis que le préambule de 1946, relayé par celui de 1958, appartient au “bloc de constitutionnalité”, c’est-à-dire à la matière normative dotée de valeur constitutionnelle, surgit une seconde question : peut-on “raisonnablement” attribuer valeur normative à toutes les dispositions du préambule, quel que soit leur degré de précision ? Reconnaître des règles de droit de rang constitutionnel dans les propositions “tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l’action syndicale et adhérer au syndicat de son choix” ou “le droit de grève s’exerce dans le cadre des lois qui le réglementent” ne bouleverse guère le système français qui consacre et protège par ailleurs une liberté syndicale et un droit de grève seulement renforcés par cette

constitutionnalisation. On conçoit qu'apparaisse autrement perturbatrice de l'ordre juridique d'un pays à économie libérale, la consécration d'un droit pour chacun d'obtenir un emploi.

11 Ainsi l'évocation ou l'invocation d'un "droit à l'emploi" inspire-t-elle souvent un commentaire dubitatif. Pour certains, la portée de sa mention dans le préambule reste douteuse dès lors qu'elle n'est complétée par aucun ensemble de dispositions législatives ou réglementaires qui concrétiseraient ou développeraient ce prétendu droit. La présence dans le Code du travail de multiples dispositions légales tendant à favoriser l'embauche ou à stabiliser l'emploi [12] ne suffirait pas à le "réaliser" pour chacun : quelle réalité peut avoir semblable "droit", dès lors que sa proclamation emphatique ne s'accompagne d'aucune obligation légale d'embaucher imposée aux employeurs ? Serait nécessaire à son statut de droit subjectif positif l'existence de moyens financiers publics, et plus précisément de dispositifs et financements publics permettant à l'Etat de fournir - et de contraindre l'Etat à fournir - un emploi à quiconque le demande et n'en trouve pas au sein d'une entreprise. Bref, la conviction est répandue que ce "droit" demeure inconsistant faute d'être "exigible".

12 "C'est sans doute une des passions françaises les plus frappantes que de vouloir découvrir partout des droits et d'habiller les aspirations des citoyens du vêtement de droits nouveaux", observe un prestigieux auteur. Et d'interroger : "où finit la norme juridique, où commence la métaphore politique ?" [13] Cette réflexion, un rien ironique, ne vise pas le seul droit à l'emploi. Autant que ce dernier, le "droit à l'habitat", nommé pour la première fois par la loi Quilliot de 1982, et le "droit au transport", qu'a prétendu concrétiser une loi de 1983, ont suscité une analogue perplexité, et parfois la condamnation du goût de ce législateur du "changement" pour les proclamations de "droits nouveaux" aussi déplacées que vaines. Il est d'ailleurs étonnant que la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions du 29 juillet 1998 n'ait pas été plus critiquée de ce point de vue. Son article initial dispose, en effet, que "la présente loi tend à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance". Par ailleurs, les intitulés de certains de ces titres et chapitres visent encore le "droit à l'emploi", le "droit à la santé", le "droit au logement" ou le "droit à l'égalité des chances par l'éducation et la culture".

13 Les propos sur quelques "pseudo-droits sociaux" procèdent d'une certaine représentation de cette variété de prérogative juridique dénommée "droit subjectif" : il s'agirait nécessairement d'un pouvoir sur une chose (comme la propriété) ou du pouvoir d'exiger quelque chose d'une personne déterminée (tel le droit de créance, qu'elle soit créance d'une somme d'argent, de remise d'une chose, d'exécution d'une prestation), ou encore d'exiger une abstention comme dans le cas des "droits libertés" essentiellement opposables à l'Etat ou du droit au respect de la vie privée. Cette conception fort classique des droits subjectifs comme des "droits de" fait douter de la consistance des "droits à" (au travail, à la santé, au logement). D'ailleurs, l'épisode du décret de 1848 et de l'embauche de milliers de personnes par l'Etat à destination des Ateliers nationaux aurait démontré qu'un droit au travail ayant nature de "droit-créance" n'était pas viable [14] et que son affirmation était "pur romantisme" [15] Il paraît toutefois difficile, aujourd'hui, de ne pas reconnaître à la phrase du préambule une certaine portée en droit positif.

II – Une conception minimale du droit a l'emploi

14 Si l'opinion subsiste largement selon laquelle certains droits sociaux dont parle le préambule constitutionnel et quelques textes législatifs demeurent de pseudo-droits [16] les principaux manuels de droit du travail mentionnent aujourd'hui l'existence d'un "droit au travail" ou "droit à l'emploi" [17] Un analyste averti des rapports entre droit et emploi voit dans la disposition du préambule de 1946 une pièce maîtresse de "l'organisation juridique du marché du travail" [18] Toutefois, ces auteurs ne retiennent qu'une part des effets qu'emporte la présence de cette disposition [19]

15Le respect pour l'objet que les juristes ont pour tâche de décrire et interpréter leur interdit de dire cette disposition sans importance autre que symbolique ou politique. Cet objet est le droit en vigueur tel que le configurent des actes destinés à l'énoncer ("la législation"), mais aussi ce que l'on nomme "la jurisprudence". Constituent ou produisent cette jurisprudence, certaines décisions de justice dans la mesure où elles consacrent en les appliquant le sens normatif de certains textes ou des règles non inscrites dans les textes. Or, le Conseil constitutionnel s'est référé, dans plusieurs décisions, au "droit" que proclame le préambule pour apprécier la constitutionnalité de textes législatifs des années quatre-vingt. Impossible, dès lors, de ne pas voir dans cet alinéa si problématique un élément du droit positif et du "bloc de constitutionnalité" de la République.

16Plus précisément, cette disposition a contribué de manière décisive à la reconnaissance de la constitutionnalité de textes législatifs des années 1982 et 1983 qui, par l'imposition d'une "contribution de solidarité", visaient à dissuader le cumul d'une pension de retraite et d'un emploi rémunéré. Alors que des députés de l'opposition de droite reprochaient à ces lois de violer le principe, lui-même constitutionnel, de la liberté du travail, le Conseil constitutionnel a estimé, dans des décisions de janvier 1982 et mai 1983, qu'il incombait au législateur d'adopter des règles "propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés". Le Conseil a été saisi, quelques années plus tard, de recours en déclaration d'inconstitutionnalité de dispositions d'une loi fiscale que les parlementaires requérants prétendaient dissuasives de l'exercice d'un travail par les personnes bénéficiaires d'une pension de retraite et contre lesquelles ils invoquaient, cette fois, le droit au travail lui-même. Dans sa décision de janvier 1986, il a usé d'une formule légèrement différente mais également centrée sur cette idée qu'il appartenait au législateur de poser des règles "propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi" [\[20\]](#)

17Cette application par le Conseil constitutionnel est la seule manifestation de "portée juridique" de l'alinéa de 1946 relevée par les manuels. Voici ce qu'écrivent Jean Rivero et Jean Savatier, dont l'ouvrage est le plus explicite sur ce point : "Le droit au travail ne saurait être compris comme un droit de créance susceptible de s'exercer soit contre l'Etat, soit contre un employeur, pour obtenir un emploi (...) Le droit au travail signifie seulement que l'Etat a l'obligation d'intervenir sur le marché du travail par une politique active de l'emploi destinée à favoriser le plein emploi, ou d'organiser l'indemnisation des personnes auxquelles cette politique n'a pu procurer un travail" [\[21\]](#) Ce propos rejoint la thèse de François Gaudu, qui reconnaît dans le préambule "le fondement constitutionnel de la politique de l'emploi", et précise son interprétation en s'attachant aux termes choisis par le juge constitutionnel : "L'Etat doit assurer 'au mieux' le droit à l'emploi : il peut par conséquent ne pas donner satisfaction à tous, et c'est pourquoi le droit à l'emploi ne constitue pas un droit subjectif. Mais il 'appartient' à l'Etat d'agir : la réalisation du plein emploi ne constitue donc pas un simple vœu, elle vaut affirmation d'un 'devoir objectif', autrement dit d'une mission de service public" [\[22\]](#) Observons une sorte de jeu sur la polysémie du terme : le droit de chacun à un emploi au sens micro-économique ("au sens des petites annonces") vaudrait seulement attribution de pouvoir et imposition d'une action publique au service de l'emploi au sens macro-économique (au sens des statistiques) !

18Admettant aussi que l'alinéa du préambule vaut bien "impératif dicté au législateur par la constitution" de rechercher le plein emploi, Gérard Lyon-Caen adopte une position sensiblement différente [\[23\]](#) Malgré son scepticisme initial à l'égard des droits de ce type, il ne nie pas que la référence au droit à l'emploi ait une portée propre. S'il y voit d'abord une "métaphore utilisée pour rappeler que chacun a la faculté d'exercer l'activité professionnelle de son choix" (il ne serait à ce titre qu'un doublet de la liberté du travail), il déduit des motifs des décisions déjà évoquées du Conseil constitutionnel qu'il s'agit d'une sorte de droit collectif. Il considère cependant que la velléité d'en faire un droit subjectif a laissé des traces sous la forme de "droits dérivés" destinés à rendre à chacun plus facile l'obtention d'un emploi : droit à la formation professionnelle, droit d'être informé sur les emplois (grâce à un service public), "droit en cas de perte d'emploi à être reconverti en vue d'un reclassement". Gérard Couturier retient une interprétation intermédiaire, puisqu'il admet la positivité du droit à l'emploi, mais comme "un droit collectif au plein emploi" plutôt qu'un "droit subjectif au

travail” (c’est-à-dire un droit individuel), et qu’il en déduit seulement l’objectif imposé au législateur de rechercher ce plein emploi [\[24\]](#)

[19](#)Une analyse attentive aux solutions que des tribunaux ont pu fournir à quelques disputes juridiques mettant en cause des “droits sociaux”, attentive aussi aux conditions de fonctionnement du système de droit, incite à aller un peu plus loin. Cette analyse contredit, bien sûr, la thèse négatrice de la positivité des droits visés par le préambule, dont nous venons de constater qu’elle ne dominait plus parmi les “travailleurs”. Elle met au surplus en lumière une part encore négligée des effets de la disposition, assurément troublante, par laquelle le préambule constitutionnel reconnaît à “chacun” un “droit d’obtenir un emploi”.

III – Une compréhension enrichie du droit a l’emploi

[20](#)Une approche “réaliste” de ce qui est droit positif [\[25\]](#) nous conduit à considérer que l’affirmation d’un droit à l’emploi a une portée plus ample qu’on ne l’admet en général.

[21](#)Notre thèse est que la présence, dans un texte inaugurant un document dénommé “Constitution de la République” ou dans le texte d’un acte baptisé “loi”, d’une proposition ayant l’aspect de la consécration d’une prérogative juridique singulière, est susceptible de produire des effets tangibles dans le champ du droit. Certes, les énoncés parlant de “droit d’obtenir un emploi” ou “droit au logement” ne fondent pas une personne à obtenir, par une action en justice exercée contre une autre personne privée ou contre l’Etat, un emploi, un logement ou au moins des ressources financières compensant le défaut d’emploi ou de logement. En revanche, ils peuvent produire des effets aussi concrets que fonder la solution d’une “question de droit” et, le cas échéant, une décision de justice réglant un litige. Donnant consistance à ce “droit à”, ces effets commandent de reconnaître, dans la disposition en cause, une composante du droit positif. Ces effets sont les fruits de la mobilisation de cette disposition et du choix d’en retenir une interprétation déterminée. Car les propositions émanant d’un constituant ou d’un législateur (y compris celles dont la signification normative n’est pas un seul instant discutée) ne “font” rien, ne procurent rien, par elles-mêmes. Elles sont seulement mobilisables - et doivent être mobilisées pour produire effet - dans une argumentation et un débat, extra-judiciaire ou judiciaire, aux allures de “lutte sur leur sens”. Il s’agit là d’un aspect de la radicale interprétativité des textes juridiques, de leur “texture ouverte” pour employer la terminologie de certains théoriciens [\[26\]](#)

[22](#)C’est dans ce contexte que le Conseil constitutionnel, le Conseil d’Etat ou la Cour de cassation ont reconnu signification normative à divers alinéas du préambule constitutionnel de 1946. De cette reconnaissance, chacune des trois juridictions suprêmes a déduit des conséquences concrètes pour la solution de questions de droit qui lui étaient posées. Conséquences telles que : affirmation de la constitutionnalité ou, au contraire, déclaration d’inconstitutionnalité d’articles de lois fraîchement votées, par le Conseil constitutionnel ; annulation d’actes administratifs pour illégalité (il n’est pas plus flagrante illégalité que la violation d’une règle constitutionnelle), dans le cas du Conseil d’Etat ; interprétation extensive du droit de grève et limitation de la portée de clauses de conventions collectives restreignant son exercice (clause imposant la recherche d’une conciliation avant tout déclenchement d’un mouvement de grève), par la Cour de cassation. Autant de conséquences qui n’étaient pas assurées, mais qui se sont produites parce que ces juges ont été convaincus de retenir, des énoncés en cause, les interprétations propres à les fonder.

[23](#)Du constat qu’un énoncé inscrit dans le préambule de la Constitution, ou dans un acte ayant le statut de loi, pèse dans l’interprétation ou sur l’application d’autres dispositions, comment ne pas conclure qu’il emprunte l’autorité normative de ce texte ? Si cet énoncé nomme un droit, les effets par lesquels se manifeste cette autorité révèlent, en quelque sorte, la substance de ce droit. Or, trois types d’effets révèlent la substance d’un droit comme celui d’obtenir un emploi : légitimation de règles de niveau infra-constitutionnel, obstacle à l’introduction de certaines règles ou à certains changements normatifs, orientation de l’interprétation d’autres règles juridiques.

3.1 – Effet de légitimation

[24](#)L'existence d'un droit d'obtenir un emploi consacré par une disposition de valeur constitutionnelle a donc assuré la constitutionnalité de textes législatifs des années 1982 et 1983 visant à décourager le cumul d'une pension de retraite et d'un emploi. En estimant, qu'en vertu de ce texte, il appartenait au Parlement d'adopter des règles "qui assurent au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés", le Conseil constitutionnel a reconnu que ce texte mettait à la charge de l'Etat l'édiction d'autres dispositions aux fins d'amélioration de la situation de l'emploi.

[25](#)Ce "fondement constitutionnel de la politique de l'emploi" est, nous l'avons signalé, la portée juridique que certains juristes reconnaissent à l'énoncé en cause. Soulignons toutefois que l'obligation étatique ne peut, en bonne logique, se déduire de ce texte que dans la mesure où une certaine substance est préalablement reconnue au "droit pour chacun d'obtenir un emploi". Voilà qui marque que ce droit recouvre, protège et rend juridiquement actif, un intérêt reconnu à chacun de ses titulaires, et que la loi parlementaire est invitée à équiper ou protéger plus fortement, alors qu'elle ne saurait l'ignorer ou le détruire. Dès lors, la réticence à admettre la positivité de ce droit paraît tout à fait discutable.

3.2 – Effet d'obstacle

[26](#)Son caractère exemplaire incite à raisonner à partir de l'aventure d'un autre "principe particulièrement nécessaire à notre temps" au sens du préambule de 1946. En effet, le Conseil d'Etat en 1978, puis le Conseil constitutionnel en 1990 et 1993, ont estimé qu'un alinéa du préambule de 1946 auquel nul n'avait jusqu'alors prêté grande attention - "La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" - valait consécration et garantie d'un "droit de mener une vie familiale normale". La haute juridiction administrative a donc apprécié, à la lumière de la positivité de ce droit, la légalité d'un décret réduisant l'accès au territoire français des membres de la famille d'un étranger résident régulier ; elle a, au terme de cet examen, annulé cet acte réglementaire pour illégalité. La juridiction constitutionnelle a, plus tard, apprécié à l'aune de ce même droit la constitutionnalité de dispositions de lois sur l'immigration nouvellement votées et déférées à son contrôle par des parlementaires d'opposition.

[27](#)Exemple suggestif. Imaginons qu'une loi abroge les articles du code du travail encadrant aujourd'hui la cessation du contrat de travail et en particulier le licenciement (exigence d'une cause réelle et sérieuse, obligation de suivre une procédure préalable et de notifier par écrit l'acte et ses motifs, versement de diverses indemnités liées à l'ancienneté du salarié), en vue de "libérer" la résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée et lever "l'hypothèque du licenciement interdit" dont on prétend qu'elle dissuade les employeurs d'embaucher. Cette loi s'exposerait à une déclaration d'inconstitutionnalité pour violation du droit à l'emploi dont fait état le préambule. Il en irait de même d'une loi qui abrogerait des textes du code organisant un service public de l'emploi et une Agence nationale pour l'emploi, chargée de rapprocher les offres et demandes de travail et d'assister les demandeurs d'emploi : dans la mesure où elle supprimerait tout dispositif d'aide gratuite à la recherche d'un emploi, cette loi méconnaîtrait ce droit en affectant si ouvertement son exercice.

[28](#)Ces exemples restent hypothétiques, puisque de telles réformes n'ont jamais été tentées, même au temps de la plus forte vague de la revendication patronale de "flexibilisation du droit du travail". Mais si elles ont été envisagées et n'ont pas été tentées, c'est sans doute, pour partie, en considération de la contrainte découlant de la présence et de l'opérationnalité potentielle de ce droit d'obtenir un emploi.

3.3 – Orientation de l'interprétation d'autres règles

[29](#)L'incidence de la consécration constitutionnelle du droit de grève sur le plan de l'interprétation des règles a été évoquée au passage [\[27\]](#) En revanche, nous ne connaissons pas d'exemple analogue à celui de l'invocation, par le Tribunal constitutionnel espagnol, du "droit au travail" proclamé par l'art. 35 de la Constitution dont ce pays s'est doté en 1978, pour reconnaître une autorité normative majeure et renforcer l'exigence d'une "juste cause" de licenciement formulée par la loi de 1980 portant statut des

travailleurs. Un raisonnement similaire serait tout à fait concevable en France. Mais, curieusement, la Cour de cassation n'a jamais été conviée, à l'occasion d'un pourvoi formé devant elle dans un contentieux du licenciement, à viser le droit à l'emploi en renfort d'une interprétation ou d'une application des règles du régime du licenciement tendant à réduire le risque de perte d'emploi pour le salarié.

[30](#)Ce droit d'obtenir un emploi pourrait être mobilisé dans d'autres interventions pertinentes pour l'application et l'interprétation de règles de droit qui trouvent pour sens de contribuer à sa réalisation au bénéfice de salariés ou de demandeurs d'emploi. En une circonstance au moins, un avocat général auprès de la Chambre sociale de la Cour a fait état de ce droit, allié à d'autres données normatives, comme fondement de l'obligation, pour l'employeur, de rechercher une possibilité de reclassement du salarié menacé de licenciement économique suite à une restructuration, une réorganisation productive, un changement technologique ou une suppression d'une activité [\[28\]](#). La Cour de cassation a certes affirmé l'existence de cette obligation et subordonné le caractère réel et sérieux du motif économique de licenciement à l'impossibilité, pour l'employeur, de proposer un reclassement à l'intéressé. Mais elle a "découvert" cette obligation particulière par une interprétation implicite des dispositions du code du travail exigeant une cause réelle et sérieuse, et s'est parfois référée à l'obligation générale d'exécuter tout contrat de bonne foi inscrite dans le Code civil. En revanche, elle n'a pas cru devoir invoquer le droit à l'emploi.

[31](#)Elle pourrait aussi se référer à celui-ci pour conforter sa lecture exigeante des dispositions du code du travail qui imposent à tout employeur, envisageant de licencier un certain nombre de salariés pour motif économique, d'établir et mettre en œuvre "un plan social pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre, et pour faciliter le reclassement du personnel". Le code du travail précise que "la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel (...)". La Cour de cassation estime que ce plan de reclassement doit comporter des mesures assez précises et sérieuses ; elle juge aussi, depuis deux retentissants arrêts de février 1997, que la nullité de la procédure pour cause d'insuffisance du plan s'étend à tous les actes qui ont suivi la présentation de ce plan, donc aux licenciements prononcés. Ces déductions ne pourraient-elles s'appuyer sur la nécessité d'assurer au mieux le droit à l'emploi ? [\[29\]](#) Ajoutons encore que la considération du droit à l'emploi pourrait orienter les positions à adopter quant à la portée d'accords qui prétendent viser au "maintien de l'emploi" [\[30\]](#) en particulier quant à leur valeur d'engagement pour le ou les employeurs signataires. Il est vrai que la Cour de cassation, comme le Conseil d'Etat, motive très brèvement ses arrêts. Sans doute est-ce aussi la raison pour laquelle on ne trouve pas de référence au droit à la santé, également "lisible" dans le préambule, à l'appui d'interprétations de dispositions légales relatives à l'hygiène et à la sécurité au travail ou à la sécurité sociale

[32](#)Il reste que l'alinéa du préambule de 1946 nous paraît avoir une portée plus diversifiée que celle reconnue par les spécialistes du droit du travail. A la différence de Gérard Lyon-Caen, qui retient l'existence de droits "dérivés" d'un droit au travail réduit à l'état de "fossile", nous avons tenté de cerner la teneur normative du texte par les effets qu'il paraît apte à produire dans des controverses juridiques et le règlement de litiges sur le terrain du droit. Cette approche n'évacue pas la question de la positivité du droit à l'emploi, puisqu'elle conduit à prendre parti sur ce point dans le cours de l'identification de ces effets. Sur la base des observations antérieures, nous pensons donc que le droit français fait aujourd'hui place à un droit d'obtenir (et conserver) un emploi. Il ne s'agit certes pas d'un droit subjectif semblable, dans sa structure et les modalités de sa titularité, au droit de propriété, ou bien à ces droits au respect de sa vie privée ou au respect de son corps dont "chacun" se trouve directement investi par le Code civil. S'agirait-il d'un authentique "droit collectif" [\[32\]](#) parce qu'il serait en quelque sorte reconnu à la collectivité des personnes susceptibles de rechercher un emploi ? Pourtant, s'il ne permet pas à chacun d'obtenir effectivement un emploi, serait-ce à la charge de l'Etat, chacun peut le faire valoir en l'invoquant, dans la mesure de sa pertinence, à l'appui d'une réclamation juridique. Droit "subjectif" singulier sans doute, mais droit dont la consistance est avérée, donc droit d'une réelle positivité [\[33\]](#)

33Dans le cadre de cette description nous n'avons pas discuté les mérites de la consécration d'un droit à l'emploi. Ils n'ont pourtant cessé d'être contestés, et pas seulement par les apôtres de la plus grande liberté du marché du travail. Dans sa relation des luttes de classes en France, Karl Marx avait jugé que "le droit au travail est au sens bourgeois un contresens, un désir vain, pitoyable", mais en soulignant qu'il faisait signe vers "le pouvoir sur le capital", donc vers "l'appropriation des moyens de production, leur assujettissement à la classe ouvrière, donc la suppression du travail salarié" [34] Son gendre Paul Lafargue allait préférer la revendication du "droit à la paresse" comme mot d'ordre authentiquement révolutionnaire [35]. De fait, le droit de notre pays ne paraît pas près de reconnaître le droit de ne pas travailler puisque, on l'aura remarqué, l'alinéa du préambule constitutionnel dispose d'abord que "chacun a le devoir de travailler". La question de la valeur juridique de ce premier membre de phrase, qui a pu fonder une loi de 1952 instituant une "taxe sur les oisifs" [36] ne s'est guère posée. Elle pourrait surgir à l'occasion de problèmes d'interprétation des textes relatifs à l'indemnisation du chômage. Ou encore à l'occasion, assez peu vraisemblable, du vote d'une loi (serait-elle constitutionnelle ?) qui supprimerait ou écarterait largement la condition de recherche d'emploi que le code du travail pose au droit des chômeurs à un revenu de remplacement [37]

34Cependant, la discussion porte encore sur le droit à l'emploi. La valeur sociale, éthique, dont il est investi n'en fait-elle pas le justificatif trop efficace d'une entreprise de flexibilisation des conditions juridiques d'usage de la force de travail ? Le droit au travail contre le droit du travail, en somme [38]. Pensant que ce droit à l'emploi a bien peu apporté et a engendré plus d'un effet pervers - "le partage du travail n'est en fin de compte qu'une tentative de rendre les salariés débiteurs de ce droit à l'emploi vis-à-vis des chômeurs" - d'aucuns suggèrent de l'abandonner pour réhabiliter une liberté du travail jusqu'à présent victime d'une lecture "formelle et réductrice" [39]

. Une "conception dynamique" de cette liberté comme "liberté concrète" devrait, nous assure-t-on, orienter une "reconfiguration" du droit du travail libéré de la tyrannie de l'embauche à tout prix [40]. Si cette conception, qui doit encore convaincre, parvenait à s'inscrire dans les droits des pays européens, le droit à l'emploi disparaîtrait avant que l'on ait véritablement admis sa positivité.

Notes

1/Sur cette loi "à l'épreuve des faits" : Lanquetin, 1998./[2]/Rivero et Savatier, 1993 (pp. 400-402) ; Lyon-Caen G., Pélissier et Supiot, 1998 (n° 101)./[3]/Rivero et Savatier, 1993 (p. 401)./[4]/Hordern, 1988./[5]/Entretemps, des constitutions étrangères, fameuses pour leur dimension "sociale", avaient consacré une sorte de droit au travail : la Constitution mexicaine de 1917 (toujours en vigueur) avec son article 123 ; la Constitution allemande adoptée en 1919 à Weimar, avec son article 163 (la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, de 1949, se borne à garantir le libre choix de la profession)./[6]/Castel, 1995 et 1998. La constitution d'une sociologie de l'emploi témoigne aussi de la différence (Maruani M. et Reynaud E., 1993). "L'emploi n'est pas le travail, mais une forme de travail, un travail en tant qu'il est associé à un certain statut", écrit un juriste (Lyon-Caen A., 1998, n° 1)./[7]/Le terme "droit" est polysémique. Tandis que la langue anglaise connaît "law" et "right", le français des juristes distingue "droit objectif" (le droit-ensemble de règles, au sens des expressions "le droit français" ou "le droit du travail") et "droit subjectif" (la principale catégorie de prérogatives que les règles reconnaissent, attribuent, mettent en circulation ou protègent, et dont la propriété constitue l'espèce la plus caractéristique)./[8]/Rivero et Vedel, 1947 (pp. 13-15)./[9]/La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (1989) énonce seulement que "toute personne a droit à la liberté de choix et d'exercice d'une profession", ce qui équivaut à la liberté du travail. D'abord simple déclaration solennelle sans force obligatoire, elle pourrait acquérir de l'autorité avec la référence qu'y font désormais le traité sur l'Union européenne et le traité de Rome, depuis leur modification par le traité d'Amsterdam (1997)./[10]/L'engagement le plus précis est celui "d'établir ou maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs". Il découlerait à coup sûr de l'existence d'un authentique droit d'obtenir un emploi./[11]/Les articles de la Constitution française, à la différence d'autres constitutions contemporaines, contiennent essentiellement des règles organisant les pouvoirs de l'Etat, répartissant entre eux les compétences, fixant les procédures qu'ils doivent suivre pour accomplir des actes valides. Ils ne font place à aucune déclaration de droits./[12]/Aujourd'hui, on repère volontiers la présence d'un "droit de l'emploi", au sein ou à la marge de la branche dénommée "droit du travail" (Jemmaud, 1998, p. 217)./[13]/Lyon-Caen G., 1988 (n° 1)./[14]/Les juristes ne sont pas seuls à faire cette remarque. Voir : Join-Lambert et autres, 1997 (pp. 33-34)./[15]/Rivero et Savatier, 1993 (p. 401)./[16]/Un influent conseiller d'Etat cite "chacun a (...) le droit d'obtenir un emploi" comme exemple des dispositions ayant statut "de simples déclarations d'intention qui ne créent pas directement de droits et des obligations" (Braibant, 1994)./[17]/Rivero et Savatier, 1993 (p. 401-402) ; Lyon-Caen G., Pélissier et Supiot, 1998 (préc.) ; Couturier, 1996 (n° 25) ; Javillier, 1996 (n° 98) ; Mazeaud, 1998 (n° 10)./[18]/Gaudu, 1992 (n° 15 et suiv.)./[19]/Dans certains ouvrages, aucune précision sur sa portée n'accompagne l'évocation du droit à l'emploi, en revanche elle est suivie d'une évocation du "droit de l'emploi". Voilà qui fait craindre ou encourage une confusion entre "droit

de l'emploi" et "droit à l'emploi", qui relèvent pourtant de deux sens différents du mot "droit" (voir note 7)./[20]/Sur ces décisions, voir Gaudu, 1986 (n° 217 et suiv.)/[21]/Rivero et Savatier, 1993 (préc.). Voir déjà : Rivero et Vedel, 1947 (n° 26)./[22]/Gaudu, 1992 (n° 16)./[23]/Lyon-Caen G., 1988 (n° 6 et n° 12 et suiv.)/[24]/Couturier, 1996 (préc.)/[25]/Illustrée par divers travaux du Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRIID) de l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne (associé au CNRS). Voir notamment : CERCRIID, 1986./[26]/Pour une problématique d'ensemble des relations entre les règles juridiques et les actions, voir : Jeammaud, 1993./[27]/La liberté du travail est invoquée en qualité de liberté constitutionnelle par la Cour de cassation, à l'appui de sa position désormais restrictive de la validité et de l'effet des clauses de non concurrence insérées dans les contrats de travail. Mais cette liberté (Pélicier, 1990) se trouve constitutionnalisée au titre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" que vise aussi le préambule de 1946./[28]/Selon l'avocat général R. Kessous, représentant le ministère public dans cette affaire qui allait donner lieu à un arrêt du 25 juin 1992 (Droit social 1992, pp. 826 et suiv.), des arrêts antérieurs de la Cour auraient réalisé "une consécration jurisprudentielle du droit à l'emploi conçu comme un droit fondamental qui transcende les simples rapports contractuels"./[29]/Les conclusions d'Hélène Masse, avocate des salariés dans ces affaires "La Samaritaine", qui invitait la Cour à statuer en ce sens, avaient fait valoir que le reclassement s'insérait dans le droit à l'emploi reconnu par le préambule./[30]/Sur ce thème : Lyon-Caen A., 1998./[31]/Quelques juridictions de base ont accueilli l'argumentation de plaideurs mobilisant le droit au logement, pour juger que celui-ci faisait obstacle à l'expulsion de personnes sans logement occupant un local contre la volonté de son propriétaire./[32]/Couturier, 1996 (préc.)/[33]/On pourrait le rapprocher d'un autre droit social à valeur constitutionnelle : le droit des travailleurs à la négociation collective./[34]/Marx, 1851 (p. 112)./[35]/Lafargue, 1883./[36]/Gaudu, 1992 (n° 16)./[37]/"En complément des mesures tendant à faciliter leur reclassement ou leur conversion, les travailleurs involontairement privés d'emploi, aptes au travail et recherchant un emploi, ont droit à un revenu de remplacement ..." (article L. 351-1 du code du travail)./[38]/Lyon-Caen G., 1988 (n° 212)./[39]/Supiot, 1993./[40]/Supiot, 1999. Voir également les explications d'un membre du groupe d'experts européens auteur du "rapport Supiot" : Salais, 1999.

/

9/ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2007, pp. 19-25.

La liberté d'entreprendre a été promue au rang d'une liberté fondamentale en 1982 par le Conseil constitutionnel. Les juridictions nationales et européennes ont également fait une place à cette liberté. Il est pourtant difficile de comprendre comment une liberté économique peut atteindre le rang d'un droit fondamental, ainsi que de déterminer comment elle peut se conjuguer avec les autres droits et libertés fondamentaux.

Les libertés économiques et, parmi elle, la liberté d'entreprendre gagnent en importance dans les ordres juridiques contemporains. Aux dires de beaucoup, elles sont devenues fondamentales. Pourtant, une telle qualification ne va pas de soi. Elle relève d'un effort de construction, impliquant parfois une torsion de la notion de droit fondamental. Il est d'ailleurs frappant que le glissement de la notion de « droit de l'homme » vers celle de « droit fondamental », que l'on observe tout particulièrement en France, serve singulièrement une telle construction. Difficiles à appréhender en qualité de droits de l'homme - essentiellement parce qu'elles soutiennent les intérêts des entreprises - les libertés économiques s'accommodent mieux de la qualification de libertés fondamentales. En effet, tandis que l'homme n'est pas un référent nécessaire pour que la notion de « droits fondamentaux » ait un sens, par définition, pour la notion de droit de l'homme, il l'est.

Accepter la fondamentalité des libertés économiques n'est pas anodin. Cette qualité leur confère en effet une prétention à faire obstacle non plus seulement à l'action de l'Etat - conformément à une conception libérale très classique -, mais également à d'autres droits et libertés qui s'inscrivent dans la catégorie traditionnelle des droits de l'homme : dignité, non-discrimination, instruction, santé... « Alors que les libertés économiques et l'économie de marché » ont eu besoin du cadre « des droits de l'homme pour assurer leur fonctionnement et leur développement », « une ligne de tension apparaît dorénavant » qui remet « en cause l'intimité des rapports entre droits de l'homme et économie de marché »(1). Les libertés économiques et les droits de l'homme ne s'allient plus dans une perspective commune de limitation de l'action de l'Etat. Ils s'affrontent au moment précis où ils sont saisis au moyen d'une même catégorie, celle des droits et libertés fondamentaux (I).

Cette confrontation des libertés économiques avec les autres droits et libertés fondamentaux prend des formes inédites dans des domaines variés (relations de travail(2), santé(3), éducation) dont certains échappaient en grande partie, il y a quelques années encore, à tout appel au marché. Elle peut prendre la forme d'oppositions horizontales directes entre des personnes qui se prévalent des libertés économiques et d'autres qui s'appuient sur

les autres droits de l'homme. Elle peut aussi se manifester par une opposition qu'on peut dire « verticale inversée ». Dans ce cas, ce ne sont plus les individus qui opposent leurs libertés, fussent-elles économiques, aux pouvoirs publics mais ces derniers qui opposent des actes normatifs justifiés par des libertés économiques à d'autres droits fondamentaux. Les acteurs économiques peuvent ensuite se prévaloir de ces actes dans des rapports avec d'autres personnes privées.

La promotion des libertés économiques s'accompagne donc d'un décentrage de la problématique libérale traditionnelle qui met en avant le marché comme vecteur de liberté contre l'Etat vers celle « du marché comme force privative de liberté » des individus(4). Le problème n'est donc plus seulement celui de l'articulation entre des droits de l'homme conçus dans une perspective civique(5) ou humaniste commune. Il n'est pas non plus celui de l'articulation des droits avec les intérêts surplombants de l'Etat justifiés en termes d'intérêt général ou d'ordre public qui demeurent, somme toute, l'expression d'exigences civiques ou d'un bien commun. Il devient celui d'un antagonisme entre des conceptions humanistes et civiques, d'une part, et marchandes, d'autre part, de droits et libertés ayant une égale prétention à la fundamentalité.

Plusieurs types de relations entre les libertés économiques et les droits de l'homme peuvent être envisagés, de la prévalence accordée aux premières à celle accordée aux seconds, avec, dans l'intervalle, des formes de conciliation pragmatiques, variées et variables. Le choix d'un type de relations dépend de préférences idéologiques, morales ou politiques. Il aboutit à constituer, à un extrême, un ordre strictement libéral (au sens économique du terme) et marchand et, à l'autre extrême, un ordre humaniste et, dans une certaine mesure, économiquement planifié. Selon les activités considérées et les droits et libertés en cause, plusieurs modes de résolutions des conflits entre les libertés économiques et les droits de l'homme coexistent dans les ordres juridiques contemporains. Toutefois, la montée en puissance des premières face aux seconds est sensible (II).

I - Les libertés économiques : des libertés fondamentales ?

La fundamentalité des libertés économiques prête à discussion. Aussi, pour l'évaluer, il est utile de confronter les libertés économiques aux significations possibles de la notion de droits ou libertés fondamentaux. On en a, ailleurs, isolé quatre(6). La notion peut être conçue en un sens axiologique (A), formel (B), structurel (C) ou comme un dénominateur commun (D). Dans un sens, comme dans les autres, la fundamentalité des libertés économiques traduit des constructions souvent récentes. Elle n'est ni toujours acquise, ni franchement indiscutable.

A - Les libertés économiques, des valeurs inhérentes à la personne humaine ?

La fundamentalité au sens axiologique renvoie à l'expression de valeurs indispensables à l'humanité. Les droits fondamentaux sont inhérents à l'homme en tant qu'il est homme, et sont nécessaires à l'épanouissement individuel, à la dignité et à l'identité même de l'homme dans la société. Soutenir le caractère fondamental des libertés économiques revient alors à considérer qu'il est inhérent à l'homme d'entreprendre et de se constituer dans des rapports marchands. L'état d'homo economicus devient une qualité humaine substantielle qui prétend à une protection équivalente à celle dont bénéficient les autres qualités de l'humanité. Une telle conception suppose d'adhérer, au moins partiellement, à une ontologie libérale au sens économique du terme.

Cette conception de la notion de « droit fondamental » ne rompt pas significativement avec la traditionnelle catégorie de droit de l'homme. Mais, si les deux notions présentent une synonymie, le choix de l'une ou de l'autre n'est pas sans conséquence pour les libertés économiques. Ce sont en effet ces dernières qui ont sans doute le plus tiré bénéfice de la substitution à l'expression du vocable de « droit de l'homme » (ou de « libertés publiques ») considéré comme plus moderne de « droits fondamentaux ». Alors que les ouvrages de libertés publiques ou de droits de l'homme n'évoquaient qu'occasionnellement les libertés économiques, celles-ci ont une place à part entière dans les ouvrages qui traitent des droits fondamentaux(7). N'y est sans doute pas étranger le fait que la notion de droit de l'homme ait pour épigone l'individu en tant qu'entité universelle, et qu'elle ne concerne les personnes morales (notamment les entreprises, principales incarnations de l'homo economicus) que par extension, tandis que la notion de « droits fondamentaux » peut d'emblée se rapporter à un grand nombre de sujets (tous les individus) comme se déclinant par catégories(8) : les contribuables, les minorités... et, surtout, les personnes morales(9). Le glissement terminologique s'accompagne ainsi d'un glissement conceptuel qui contribue à institutionnaliser une extension (l'entreprise est aussi un homme) et une catégorisation (à chacun ses droits fondamentaux) des titulaires de droits fondamentaux. Chaque droit (ou liberté) fondamental catégoriel dispose alors d'une égale prétention à contribuer à la construction de l'homme en tant qu'il est homme. Au terme d'un parfait sophisme, les libertés économiques, fondamentales pour l'entreprise et l'homo economicus, prétendent être tout autant fondamentales pour l'homme que d'autres droits et libertés. Il faut, toutefois, pour en

être convaincu, admettre le caractère ontologique du mode d'organisation de l'activité économique qui les promeut.

B - Les libertés économiques, au sommet des ordres juridiques ?

Au sens formel, les droits sont fondamentaux quand ils se situent au plus haut degré de la hiérarchie d'un ordre juridique, ou font l'objet de mécanismes de garanties spécifiques : protection constitutionnelle ou internationale, recours spéciaux, impossibilité d'affaiblir leur niveau de protection... De ce point de vue, la fondamentale des libertés économiques et notamment de la liberté d'entreprendre, est aussi récente qu'imparfaite.

Si, pour certains, la liberté d'entreprendre a toujours implicitement découlé des articles 2, 4, 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et peut s'appuyer sur la solennité du Décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 et de la loi Le Chapelier des 14-17 mars 1791(10), il faut néanmoins attendre la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982(11) pour que sa constitutionnalisation soit expresse. Jusqu'alors, le droit de propriété restait au niveau constitutionnel français, - comme dans d'autres ordres juridiques -, le principal relais de l'ordre marchand. Avec la décision de 1982, la liberté d'entreprendre peut dorénavant être qualifiée de fondamentale si l'on admet, comme la majeure partie de la doctrine d'aujourd'hui, que les droits et libertés constitutionnels sont fondamentaux en raison de leur place dans la hiérarchie des normes.

Le Conseil constitutionnel semble avoir franchi un pas supplémentaire dans la décision du 10 juin 1998(12). Il y affirme que parmi les droits et libertés fondamentaux reconnus aux employeurs et aux salariés, « figurent notamment (...) la liberté proclamée par l'article 4 de la Déclaration de 1789, dont découle en particulier la liberté d'entreprendre ». Si l'on admet que les propriétés d'une catégorie générique se transmettent aux éléments qui la compose (comme semble y inviter le Conseil en conjuguant le verbe « figurer » à la troisième personne du pluriel), la liberté d'entreprendre pour les employeurs et les salariés devient une liberté constitutionnelle fondamentale. Une telle qualification était importante au moment où elle a été énoncée car il lui était associé le bénéfice spécifique de « l'effet cliquet »(13). Le Conseil constitutionnel semble toutefois depuis quelques temps se détourner de ce mécanisme, ce qui retire alors tout intérêt à la qualification retenue.

Les juridictions ordinaires participent aussi à la construction de la fondamentale formelle de droits et libertés. L'article L. 521-2 du Code de justice administrative permet au juge administratif, saisi en référé, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre toute mesure nécessaire à la cessation de la violation d'une liberté fondamentale. La liberté d'entreprendre est considérée comme telle depuis une ordonnance du 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay (14). Toutefois sa protection présente des faiblesses qui n'affectent pas d'autres libertés fondamentales, notamment lorsqu'elle est confrontée à des mesures de police ou au régime de la domanialité publique(15).

Le statut de la liberté d'entreprendre présente d'autres ambiguïtés dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi si la première Chambre civile a pu qualifier le droit d'exercer une activité professionnelle de liberté fondamentale(16), la Chambre sociale s'est référée au « principe fondamental » de la liberté d'entreprendre, et non à la « liberté fondamentale » en tant que telle(17), pour justifier le refus d'intégrer dans le temps de travail effectif des salariés le temps consacré au déplacement des vestiaires aux pointeuses. Une telle qualification marque néanmoins la volonté d'accorder à la liberté d'entreprendre une attention particulière. Elle mise sur les ressorts rhétoriques d'une référence à la fondamentale, supposée renvoyer à un ordre de grandeur ultime. Elle vise ainsi à imposer un argument d'autorité et de clôture qui épuise le débat. Elle fait toutefois naître plusieurs interrogations : pourquoi « principe » et non « liberté » ? Est-ce parce qu'est ainsi mobilisée une conception structurelle et objective(18) de la fondamentale de la liberté d'entreprendre rapportée à l'ordre juridique, et non une conception axiologique et subjective rapportée à son titulaire, à savoir l'entreprise ? Quelles conséquences juridiques spécifiques autres qu'un effet rhétorique cette qualification implique-t-elle ?

L'ordre juridique français n'est pas le seul à avoir consacré le caractère fondamental, au sens formel, des libertés économiques. Ainsi, « la liberté d'exercer une activité dans un but lucratif, notamment une activité industrielle et commerciale »(19) a été reconnue telle par la Cour constitutionnelle allemande à partir de l'interprétation de l'article 12 de la Constitution qui consacre la liberté de choisir sa profession. Ou encore, alors que la Convention européenne des droits de l'homme est muette sur les libertés économiques, la Cour les protège en les rattachant à des libertés expressément consacrées par la Convention. Ainsi, la liberté d'expression sert la liberté d'entreprendre « toutes les fois où ce sont des informations commerciales qui sont concernées ou bien lorsque la diffusion d'information ou de programme se fait sous la forme d'une activité commerciale »(20).

Finalement, ce sont avant tout les ordres supra-nationaux visant à libéraliser les échanges économiques qui consacrent avec générosité la fondamentale des libertés économiques. On se bornera à rappeler que l'ordre communautaire consacre les libertés fondamentales du marché (libertés de circulation des marchandises et des personnes, d'établissement, de prestation de service, de concurrence, d'exercice d'une activité professionnelle), et que la liberté d'entreprise a intégré l'article 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

C - Des libertés structurellement fondamentales ?

Indépendamment de leur place dans la hiérarchie des normes - bien qu'un lien puisse être établi entre les deux -, les droits fondamentaux sont ceux qui assurent une identité, un fondement conceptuel ou logique à un ensemble organisé et structuré d'autres droits qui en dérivent ou en sont déduits. Il est indéniable que certaines libertés économiques présentent ce caractère, tout particulièrement lorsqu'elles fondent un droit ordonné de la concurrence.

Toutefois, la fondamentale des libertés économiques soulève au moins deux difficultés. En premier lieu, il n'est pas rare que ces libertés ne fondent pas d'autres libertés mais, au contraire, qu'elles soient présentées comme en découlant. On rappellera que le Conseil constitutionnel rattache la liberté d'entreprendre à l'article 4 de la Déclaration de 1789 tandis que la Cour européenne des droits de l'homme ne la reconnaît que par ricochet. En second lieu, on peut hésiter sur l'identification de la liberté fondatrice parmi les libertés économiques. Leurs rapports sont complexes et donnent lieu à diverses appréciations, notamment s'agissant de la liberté d'entreprendre et la liberté de l'industrie et du commerce. Parfois ces deux libertés sont conçues comme des synonymes(21). Tantôt la première est considérée comme matricielle, tantôt la seconde. Depuis la décision du 16 janvier 1982 du Conseil constitutionnel, la doctrine française affirme la présence de la liberté d'entreprendre(22) qui devient donc le contenant des libertés de l'industrie et du commerce, de la concurrence, d'établissement, d'exercice d'une profession, voire de la liberté contractuelle.

D - Les libertés économiques, des libertés universelles ?

Le caractère fondamental des droits et libertés dérive ici dans un ultime sens d'une reconnaissance et d'une protection convergentes dans un nombre significatif d'ordres juridiques nationaux ou internationaux. Cette conception n'est pas dénuée de prétentions à l'universalité, ni de visées normatives. Il s'agit tout autant d'extraire un ensemble de valeurs communes que de contribuer à la construction de cet ensemble. On rejoint, s'agissant des libertés économiques, la problématique de la globalisation et de la mondialisation de l'économie de marché. La victoire annoncée du néo-libéralisme consacrerait la fondamentale des libertés économiques. La prudence s'impose néanmoins tant au regard de la complexité de l'appréciation de la fondamentale des libertés économiques dans les différents ordres juridiques, qu'en raison des rapports qu'elles entretiennent avec d'autres objectifs, intérêts, droits ou libertés fondamentaux déliés de toute logique marchande.

II - Les libertés économiques face aux droits de l'homme

L'enjeu de la reconnaissance du caractère fondamental, en quelque sens que ce soit, des libertés économiques réside dans les effets et les conséquences auxquels ce qualificatif permet de prétendre, en particulier en cas de conflit avec d'autres droits et libertés fondamentaux. Les exemples contentieux de ces conflits restent pour le moment limités. Ils se développeraient davantage si l'effet horizontal des droits de l'homme était plus sûrement admis, c'est-à-dire si des personnes privées pouvaient les invoquer face à d'autres personnes privées qui les méconnaîtraient au nom de l'exercice de libertés économiques. Il est donc peu étonnant que les exemples les plus significatifs soient fournis par le droit du travail. Toutefois la problématique d'un conflit entre droits et libertés des employeurs et droits et libertés de la personne du salarié n'a été ainsi formulée qu'à partir de l'arrêt du Conseil d'Etat du 1er février 1980, Corona (23) puis de la rédaction de l'article L. 120-2 du Code du travail. Les conflits entre les libertés économiques et les droits de la personne gagnent maintenant d'autres domaines et mettent à l'épreuve aussi bien le droit à la santé, la dignité humaine, le droit à l'instruction ou la non-discrimination...

Ces conflits peuvent avoir trois types d'issue : la prévalence des droits non marchands de l'homme ou issue humaniste (A) une conciliation dite sociale libérale (B) ou une prévalence des libertés économiques (C). Peu d'ordres juridiques recourent exclusivement à l'un de ces modes de résolution. Les ordres juridiques nationaux offrent en général une pluralité de combinaisons en fonction des acteurs qui opèrent les choix, des activités économiques considérées et de l'importance accordée aux droits de l'homme mis à l'épreuve. Ils présentent toutefois des dominantes qui évoluent plutôt depuis une vingtaine d'années au bénéfice des libertés économiques. La tendance au passage d'un rapport de conflictualité au terme duquel les libertés économiques s'inclinaient, vers une logique de conciliation où tous les droits et libertés sont situés dans un rapport d'équivalence. Dorénavant

elle est relayée par une logique d'absorption des droits de l'homme par les libertés économiques, ce qui se traduit par l'introduction de rapports marchands dans des activités qui en ont longtemps été préservées : activités sportives, culturelles, éducatives ou ouverture d'un marché du placement des demandeurs d'emploi...

A - L'issue humaniste

La solution humaniste accorde la primauté aux droits de l'homme non marchands sur les libertés économiques soit intégralement, soit partiellement en acceptant des dérogations dûment justifiées au bénéfice des secondes. Cette place subalterne des libertés économiques n'a guère été systématisée que dans des Etats communistes, mais le dirigisme économique n'y a jamais vraiment été justifié au nom de la protection des droits de l'homme. Ailleurs, la subordination des libertés économiques provient essentiellement de justifications à référent collectif exprimant l'intérêt de l'Etat, de la Nation ou de la société : ordre public, intérêt général, solidarité nationale, utilité sociale, santé publique...

La justification de la subordination des libertés économiques s'inscrit rarement dans le registre des droits de l'homme, notamment au contentieux, mais elle commence à s'affirmer. On en trouve trace lorsque le Conseil constitutionnel s'appuie sur l'objectif de pluralisme pour accepter la limitation de la possession et du contrôle des quotidiens de la presse(24), ou dans la référence à la dignité humaine faites par les autorités allemandes pour justifier l'interdiction de la commercialisation de « jeux à tuer » (infra).

B - La conciliation sociale-libérale

Droits de l'homme et libertés économiques disposent ici d'un statut juridique identique, sans rapport structurel de principe à exception. En cas de conflit, chacun d'eux a une égale prétention à l'emporter : la résolution donne souvent lieu à une application partielle, non nécessairement équilibrée, des droits et libertés en jeu. L'issue du conflit peut varier en fonction des cas, activités et droits en cause. Le pluralisme initial des valeurs d'un ordre juridique se trouve ainsi transféré dans la résolution des situations conflictuelles alors que dans les deux autres modes de résolution des conflits, cet éventuel pluralisme aboutit à la primauté de l'une des valeurs.

Ce mode de résolution des conflits s'affirme depuis quelques années et se manifeste sous de nouvelles formes. On assiste en particulier au passage d'une logique de justification à une logique de proportion(25). Dans le premier cas, la conciliation s'entend comme une exigence « d'adéquation entre la mesure adoptée et le but qu'elle vise »(26) : la justification d'une action par une norme supérieure suffit même si elle entre en conflit avec une autre de ces normes. Dans le second cas, la conciliation devient une fin en soi. La simple justification ne suffit plus. La logique de proportion vise à sanctionner toute restriction à l'exercice d'une liberté ou d'un droit qui aurait des conséquences excessives pour ses titulaires.

L'observation du contentieux constitutionnel ou administratif(27) révèle que les libertés économiques bénéficient de cette évolution des modes de résolution des conflits. Par exemple, là où la liberté d'entreprendre, engagée dans une logique de justification s'inclinait face à des objectifs concurrents, il est aujourd'hui exigé qu'elle soit conciliée avec ces autres objectifs, sans qu'il ne lui soit porté une atteinte excessive. Ainsi, au début des années 1980, le Conseil constitutionnel veillait à ce que la liberté d'entreprendre ne fasse pas l'objet de « restriction arbitraire ou abusive »(28) tout en rappelant qu'elle n'est « ni générale, ni absolue » et « qu'elle s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi »(29). Puis, au début des années 1990(30), il laisse le soin au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général ou liées aux autres exigences constitutionnelles, à la condition de ne pas en dénaturer la portée(31). Depuis la décision du 12 janvier 2002, il accentue la logique de proportion en affirmant que le droit pour chacun d'obtenir un emploi peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations, à la condition « qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». Il sanctionne en l'espèce le législateur pour avoir « porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi »(32).

Ce passage d'une logique de la justification à une logique de la proportion s'effectue à peu près au moment où la liberté d'entreprendre n'est plus seulement opposée à des justifications à référent collectif (intérêt général, ordre public ou santé publique), mais est confrontée à des prétentions formulées en termes de droits de la personne : le droit d'obtenir un emploi, le droit au repos ou au temps de loisir. Au bout du compte, alors que dans une logique de justification l'intérêt collectif l'emportait sur la liberté d'entreprendre, les droits de la personne, soumis à une exigence de proportionnalité, semblent plus vulnérables. C'est d'ailleurs à partir de l'engagement du Conseil constitutionnel dans une logique de proportion que celui-ci a prononcé ses premières censures sur le fondement de la liberté d'entreprendre(33).

On s'interrogera enfin sur malléabilité des formules de conciliation utilisées par le Conseil constitutionnel. Celle-ci semble lui ouvrir un pouvoir de modulation des exigences de conciliation en fonction des dispositions législatives en cause. Ainsi, pour censurer une définition restrictive des motifs de licenciement économique fondée sur la protection du droit à l'emploi, le Conseil s'appuie sur l'existence d'une atteinte excessive et disproportionnée à la liberté d'entreprendre(34). Quelques temps après, il admet la limitation (fondée sur la liberté d'entreprendre) du droit au reclassement des salariés (fondé sur le droit à l'emploi) en se bornant à relever que le législateur n'a commis aucune d'erreur manifeste d'appréciation(35). Le Conseil semble donc plus exigeant à l'égard d'une disposition législative justifiée par un droit de l'homme non marchand qui restreint la portée de la liberté d'entreprendre, qu'à l'égard d'une disposition législative justifiée par la liberté d'entreprendre qui porte atteinte à un droit de l'homme non marchand.

C - La solution libérale

La solution libérale accorde la primauté aux libertés économiques sur les autres droits fondamentaux. Elle présente deux variantes. La première est ultra-libérale. Les libertés économiques sont à la fois un moyen et une finalité première. Elles sont auto-suffisantes et conditionnent tout. Dans sa forme extrême, cet ultra-libéralisme suspecte le droit de la concurrence car la concurrence pure et parfaite n'a pas besoin d'encadrement juridique. La seconde variante de type « libéral-social » est plus tempérée. Les libertés économiques sont un moyen mais non une fin, ou non l'unique fin possible. Elles sont le préalable à l'effectivité des autres droits et libertés, notamment des droits sociaux. Le droit de la concurrence peut servir des objectifs économiques et sociaux, et aménage les possibilités de dérogation aux libertés économiques.

La solution libérale, dans l'une ou l'autre de ces variantes, connaît, depuis la fin des années 1980, un succès croissant. Elle a justifié la libéralisation de nombreuses activités qui échappaient en tout ou partie au marché. Le présupposé est que la libre concurrence améliore le choix des usagers devenus consommateurs et, ainsi, l'efficacité et la qualité des prestations. Les entreprises placées en situation concurrentielle sont réputées aussi aptes, voire davantage, à satisfaire certains besoins que les organismes bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux(36).

Cette solution libérale opère un véritable changement de perspective par rapport aux autres solutions. Elle se concentre en effet sur un type d'organisation et non sur les fins poursuivies par celui-ci. Autrement dit, l'établissement d'une organisation marchande non entravé par d'autres types d'organisation qui, au mieux lui font exception, prime sur la distribution finale des biens. L'important est que ces biens soient produits dans un ordre marchand. On comprend que, d'un point de vue humaniste, la limite essentielle de la solution libérale réside dans son évacuation de la question de la non-discrimination vis-à-vis de l'accès aux biens et de leur distribution(37).

Au contentieux, la Cour de justice des communautés européennes offre de nombreux exemples de la variante libérale-sociale. Tout en affirmant la primauté des libertés économiques, la Cour a peu à peu accepté la poursuite d'objectifs non marchands (protection de la santé publique(38), ordre public) que l'application stricte du droit de la concurrence mettrait à mal. Surtout, la Cour admet que les droits fondamentaux de la personne puissent faire obstacle, à titre dérogatoire, aux libertés fondamentales du marché. Envisagé depuis l'arrêt Nold (39), le cas a reçu une illustration toute particulière dans l'arrêt du 14 octobre 2004, OMOGA (40). La Cour admet que « le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses Etats membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle la libre prestation de service ». Est en l'espèce justifiée l'interdiction par l'Allemagne de « jeu à tuer » (avec des armes lasers) au nom de la dignité de la personne humaine et des troubles à l'ordre public.

Cette esquisse de rééquilibrage entre des objectifs non marchands exprimés sous la forme des droits fondamentaux et les libertés économiques, continue néanmoins de s'inscrire dans une rhétorique de principe à exception. Ceci a des conséquences sur la répartition de la charge de la preuve et sur les méthodes d'interprétation de la Cour, les dérogations étant d'interprétation stricte et soumises à une épreuve de proportionnalité(41). Les modalités de cette épreuve diffèrent de la proportionnalité exigée dans le cadre de la solution « sociale-libérale ». Dans ce dernier, il s'agit de s'assurer qu'aucune atteinte disproportionnée n'est portée à un des droits ou libertés en jeu. Dans le cadre de la solution « libérale-sociale », le test de proportionnalité porte sur les mesures dérogatoires aux libertés économiques. Il vise à en contenir la portée et les effets.

La question de la capacité des droits fondamentaux à justifier des exceptions aux règles de la concurrence, et à rétablir un rééquilibrage civique, humaniste ou social dans un ordre marchand reste entière. Les concepteurs des

politiques publiques ont un rôle essentiel dans la définition d'un équilibre, tout comme les juges dont on a vu qu'ils disposent, en cas de contentieux, d'un pouvoir important d'articulation des objectifs marchands et non marchands. Comme le souligne M. Delmas-Marty, « assurer l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux sera l'enjeu essentiel des prochaines années pour réussir à conjuguer économie et droit de l'homme et éviter ainsi que les deux processus, la globalisation économique et l'universalisation des droits de l'homme, ne deviennent conflictuelle »⁽⁴²⁾ ou, si l'on estime que cette conflictualité est indépassable, qu'elle n'aboutisse à l'absorption et la domination de la seconde par la première.

Notes

(1) J.-B. Racine, « L'ordre concurrentiel et les droits de l'Homme », Mélanges en l'honneur d'A. Pirovano, Edition Frison-Roche, 2003, p. 420./ (2) I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », Dr. ouvrier, juillet 2002, p. 343./ (3) T. Grundlër, La santé publique face aux droits fondamentaux, Thèse, Paris X - Nanterre, mai 2006./ (4) C. Leroy, « Les rapports contemporains entre l'Etat et le Marché : Essai d'interprétation », Dr. adm. 1997, n° 293, p. 530./ (5) L. Boltanski et L. Thévenot, De la justification. Les économies de la grandeur, Paris, Gallimard, 1991./ (6) V. Champeil-Desplats, « La notion de droit «fondamental» et le droit constitutionnel français », D. 1995, Chron. p. 323 ; « Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », Droits fondamentaux et droit social, P. Lokiec et A. Lyon-Caen (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2004, p. 11./ (7) V. par ex., L. Favoreu et al., Droit des libertés fondamentales, Dalloz, 2000./ (8) V. A. Troianiello, « Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme ? », Débats, n° 124, mars-avril 2003, p. 58./ (9) Sur l'extension du principe de libre choix de l'exercice de sa profession au bénéfice des entreprises, v. par ex. en Allemagne, C. Autexier, Introduction au droit allemand, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1997, p. 130 et s./ (10) V., P. Delvolvé, Droit public de l'Economie, Dalloz, 1998, p. 105 et s ; J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », D. 1984, Chron. p. 1./ (11) Décision n° 81-182 DC, du 16 janvier 1982, Rec. Cons. const., p. 18./ (12) Rec. Cons. const., p. 258./ (13) V., V. Champeil-Desplats, « La notion de droit «fondamental» et le droit constitutionnel français », op. cit./ (14) Dr. adm. 2002, p. 35, note M. Lombard./ (15) V., N. Jacquinet, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », AJDA 2003, p. 658./ (16) Cass. 1re civ., 16 avril 1991, Guez ; D. 1991, IR p. 155./ (17) Cass. soc., 13 juillet 2004, La Société Carrefour France, Dr. soc. 2004, p. 1026 ; D. 2004, IR p. 2350./ (18) Sur laquelle V. infra C/(19) V. C. Autexier, op. cit., p. 130 et s./ (20) J.-B. Racine, op. cit., p. 430. V., CEDH, 20 novembre 1989, Markt inter Verlag et Autronic AG./ (21) J.-B. Racine, op. cit./ (22) P. Delvolvé reconnaît que l'évolution du droit positif l'a conduit à changer d'avis sur la question, op. cit., p. 106 et s. En ce sens, L. Favoreu, note sous la décision n° 182 DC du 16 janvier 1982, RDP 1982, p. 377 ; N. Jacquinet, op. cit., p. 859 ; L. Favoreu et al., op. cit., p. 235. V. aussi CE, Commune de Montreuil-Bellay, préc./ (23) Dr. soc. 1980, p. 310. V., I. Meyrat, Droits fondamentaux et droit du travail, thèse, Paris X - Nanterre, 1998 ; A. Lyon-Caen et I. Vacarie, « Droits fondamentaux et droit du travail », in Mélanges J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 421./ (24) Décision n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, Rec. Cons. const., p. 78./ (25) I. Vacarie et A. Lyon-Caen, op. cit., p. 440-441./ (26) I. Vacarie et A. Lyon-Caen, op. cit., p. 440./ (27) CE, 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, AJDA 2003, p. 1150, note F. Donnat et D. Casas ; D. 2003, Jur. p. 1702, note X. Prétot et D. Chelle ; RTD com. 2003. 490, obs. G. Orsoni./ (28) Décision n° 81-132 DC, préc./ (29) Décision n° 85-202 DC, 16 janvier 1986, Rec. Cons. const., p. 14./ (30) Décision n° 90-284 DC, 16 janvier 1991, Rec. Cons. const., p. 20./ (31) Décision n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Rec. Cons. const., p. 258./ (32) Décision n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, Rec. Cons. const., p. 49 ; D. 2003, Somm. p. 1129, obs. L. Gay./ (33) Décisions n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, Rec. Cons. const., p. 176 ; AJDA 2001, p. 102, note J.-E. Schoettl ; D. 2001, Somm. p. 1765, obs. A. Roux et n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, Rec. Cons. const., p. 49./ (34) Décision n° 2001-455 DC, préc./ (35) Décision n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, JO 19 janvier 2005, p. 896./ (36) Sur cette conception, CJCE, 11 décembre 2003, Doc-Morris, AJDA 2004, p. 315 et spéc. p. 322. L'entreprise Doc-Morris justifie la vente de médicament par Internet, contestée par les organisations professionnelles de pharmacien, par le fait que son site apporte des garanties équivalentes à celles des pharmacies traditionnelles et assure tout autant la protection de la santé des personnes./ (37) La libéralisation de l'assurance-maladie au Chili a montré que, dans un ordre marchand, rien n'assure les individus contre la faillite des prestataires, ni n'atténue la recherche de profits qui conduit à sélectionner les assurés en fonction du niveau de risque qu'ils présentent (selon les barèmes des prestataires). Ceci institue alors un système d'assurance à plusieurs vitesses au détriment des plus pauvres et des plus malades : v. note de la fondation Copernic, « Main basse sur l'assurance Maladie », Paris Editions Sylepses, 2003, p. 49-50./ (38) Par ex., CJCE, 2 avril 1998, Norbrook Laboratories, Lt c/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, aff. C-127-95, Rec. CJCE, p. I-1531./ (39) CJCE, 14 mai 1974, Nold, kolhen-und Baustoffgrosshandlung Commission, aff. 4-73, Rec. CJCE, p. 491./ (40) AJDA 2005, p. 152 ; V. également l'arrêt CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. 112-00, D. 2003, Somm. p. 106, obs. M. Pechstein. Les autorités autrichiennes s'appuient sur la liberté d'expression et de réunion pour refuser d'intervenir contre l'atteinte portée à libre circulation par un groupe de manifestant./ (41) Sur le contrôle de proportionnalité des restrictions aux libertés fondamentales du marché, v. aussi l'affaire CJCE, 13 novembre 2003, Neri c/ European school of economic, AJDA 2004, p. 722. Pour la Cour, « si l'objectif d'assurer un haut niveau des formations universitaire apparaît légitime pour justifier des restrictions aux libertés fondamentales, les dites restrictions doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ». En l'espèce, en ne reconnaissant pas les diplômes universitaires délivrés par des écoles privées étrangères situées sur son territoire, l'Italie qui invoquait « le bien public » et « les valeurs culturelles et historiques d'un Etat » que représente la formation universitaire a commis une restriction non proportionnée aux libertés fondamentales du marché. Comme le souligne Y. Jégouzo, un pas important est franchi dans « l'intégration de l'éducation dans le giron du monde marchand, AJDA 2004, p. 722 et spéc. p. 724./ (42) « La mondialisation du droit : chances et risque », D. 1999, Chron. p. 43.///

10. Rozen Noguellou, Faut-il étendre la technique des droits opposables ?(1) AJDI 2011 p.854

Le bilan du mécanisme institué par la loi du 5 mars 2007, dite loi DALO, ne serait pas complet sans une analyse plus prospective portant sur le point de savoir s'il convient d'étendre la technique des « droits opposables ». Le dispositif mis en place par la loi DALO ne mériterait d'être exporté, d'être étendu, que dans la mesure où l'on considère qu'il est efficace.

Qu'a mis en place de spécifique, dans notre arsenal juridique, la loi DALO ? Ce texte consacre au bénéfice de particuliers un droit-crédance à faire valoir contre l'État. La technique des « droits-crédances »(2) n'est pas nouvelle, elle a pour fonction de mettre à la charge de l'État une obligation de fournir une prestation positive ; en cela, elle se distingue des libertés classiques, dont l'État doit seulement garantir l'exercice. Le préambule de la Constitution de 1946 consacre déjà un certain nombre de « droits à » : droit à la protection de la santé, droit à la sécurité matérielle, au repos et aux loisirs, droit de disposer de moyens convenables d'existence (art. 11), droit d'obtenir un emploi (art. 5). Plus récemment, la Charte de l'environnement a posé le principe du « droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » (art. 1er).

De même, des droits-crédances sont consacrés au niveau international : dans le pacte international relatif aux droits sociaux et culturels adopté dans le cadre de l'ONU en 1966, dans la Charte sociale européenne et, en dernier lieu, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tout particulièrement dans son chapitre IV relatif à la solidarité (droit à la santé, droit à une limitation de la durée du travail, droit à une protection contre les licenciements injustifiés, droit d'accéder à un service gratuit de placement).

Classiquement, dans ces hypothèses, la garantie du droit passe principalement, pour le citoyen, par une mise en oeuvre législative. Il peut se prévaloir du droit ainsi consacré pour contrôler la mise en oeuvre qui en est faite par le législateur et le droit-crédance ne joue donc pas de manière immédiate, mais trouve à s'appliquer dans un contentieux classique de confrontation de normes.

La loi DALO innove de différentes manières par rapport à cette conception classique des droits-crédances :

- d'abord parce que le droit-crédance n'est que législativement consacré (même s'il découle d'un objectif à valeur constitutionnelle imposant à l'État de tendre à garantir à tous un logement décent(3)) ;

- ensuite, et surtout, parce qu'un dispositif contraignant de mise en oeuvre et de sanction est institué au profit des citoyens.

Peut-être parce que la notion de « droit opposable » est politiquement porteuse, des propositions ont pu être faites tendant à la reconnaissance, dans d'autres domaines, de tels droits. Cela appelle, comme le relevait le Conseil d'État dans son rapport public 2009(4), une évaluation précise du mécanisme à laquelle a contribué

l'étude du Gridauh. Il convient donc de réfléchir à l'opportunité de l'extension de la technique en se demandant quels droits pourraient être concernés, pour quelle opposabilité.

Quels droits ?

Dans quels domaines la technique des droits opposables pourrait-elle être étendue ?

Il faut qu'il puisse exister un « droit à » : celui-ci n'a pas nécessairement besoin de reposer sur un socle constitutionnel ou international. On l'a vu avec la loi DALO, le législateur peut très bien, et même plus efficacement sans doute, instituer un tel droit. Mais il faut que la matière se prête à la reconnaissance d'un droit de créance en faveur de l'individu.

Ce peut être le cas si le citoyen dispose déjà, par le jeu d'autres principes, d'un droit à faire valoir contre la puissance publique.

Droits opposables

Il existe ainsi déjà des « droits opposables ». C'est le cas s'il existe à la charge de l'État une véritable obligation de pourvoir un service. Une telle obligation se retrouve pour des services publics « obligatoires », qu'ils soient constitutionnellement ou législativement protégés. Ainsi, le code de l'éducation prévoit-il que « tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation »(5). Cette disposition a servi de fondement à des condamnations de l'État qui, en ne pourvoyant pas des postes de professeurs ou en ne remplaçant pas des professeurs absents, a été considéré comme ne respectant pas son obligation d'assurer l'enseignement de toutes les matières obligatoires(6). Le juge administratif est allé plus loin et a reconnu un droit à la scolarisation pour tous « quelles que soient les différences de situation », ce qui implique, à la charge de l'État, une obligation de scolariser les enfants handicapés(7).

Dans le même ordre d'idées, l'obligation de soins qui pèse sur les pouvoirs publics suppose que ceux-ci permettent à tous d'accéder à des prestations médicales qui sont censées être équivalentes sur l'ensemble du territoire.

Il en va de même pour l'accès à l'eau potable, la desserte en électricité, ou tous les services publics dits « obligatoires ».

On peut rapprocher de cette notion de service public obligatoire celle consacrée en droit de l'Union européenne de service universel. La logique du service universel est en effet d'offrir à tous les citoyens une prestation accessible financièrement et identique sur tout le territoire. Il existe ainsi un droit à l'accès aux services universels, c'est-à-dire l'obligation, pour les États, de fournir une prestation positive.

De manière sans doute plus indirecte, c'est sur cette logique, également, que reposent les textes qui ont cherché à instituer un « service minimum » dans les transports ou à l'école. Le principe, à valeur constitutionnelle, de

continuité des services publics suppose que ces services fonctionnent sans interruption qui puisse être gênante pour l'utilisateur (ce qui peut supposer un fonctionnement continu, mais qui suppose, à tout le moins, un fonctionnement régulier). Cela pourrait être considéré comme induisant un « droit » au fonctionnement continu du service pour le citoyen-utilisateur : et effectivement, les textes qui ont été adoptés ont cherché à limiter les conséquences, pour ces derniers, des interruptions de service liées aux grèves. Pour autant, aucun dispositif ne consacre en la matière un véritable « droit opposable » du type de celui mis en place par la loi DALO.

Le « service minimum » dans les transports ou encore le « service minimum d'accueil » dans les écoles imposent certes des obligations aux prestataires en charge de ces services, mais ne permettent pas aux usagers de faire valoir à leur encontre un véritable « droit à ». Le Conseil d'État avait d'ailleurs jugé, certes avant l'intervention de la loi de 2007, que des usagers ne pouvaient pas former de recours à l'encontre de la décision de l'organe dirigeant de la RATP refusant la mise en place d'un service minimum(8). Les termes de la loi confèrent davantage de droits aux usagers, puisque ceux-ci peuvent bénéficier d'un droit au remboursement de leurs titres de transport si les obligations en termes d'informations et de dessertes prioritaires ne sont pas remplies, mais cela ne garantit en rien un droit au transport.

En l'état, donc, les pouvoirs publics peuvent être tenus de fournir aux citoyens un certain nombre de prestations, lesquelles peuvent être considérées, pour ces derniers, comme des « droits opposables ».

Étendre la liste des droits opposables

Il pourrait être envisagé d'étendre la liste des droits opposables.

La loi DALO a consacré un droit opposable dans un secteur dans lequel les pouvoirs publics n'étaient pas déjà tenus par une obligation positive. Le législateur est donc allé au-delà de la seule liste des services publics obligatoires, au-delà de ce qu'implique le principe de continuité des services publics, pour mettre en place un droit-crédence au profit des citoyens. Il est donc possible que d'autres domaines donnent lieu à la consécration d'un tel mécanisme.

Le pouvoir politique a d'ailleurs déjà émis l'idée que la technique des droits opposables pourrait être étendue à d'autres domaines : le président de la République avait ainsi indiqué que devrait être reconnu un « droit opposable de garde des enfants de moins de trois ans ». Un tel droit opposable n'a, pour l'instant, pas été reconnu.

D'autres domaines pourraient se prêter à la reconnaissance de droits opposables. On pourrait envisager de prolonger les textes relatifs à l'accessibilité des bâtiments pour les personnes handicapées par un véritable droit opposable. Pour l'instant, le législateur a, de manière très échelonnée dans le temps, contraint les bâtiments neufs à être accessibles aux personnes handicapées ; de même, les bâtiments recevant du public devront être rendus accessibles (là encore selon un calendrier). Le juge administratif a admis que la responsabilité sans faute de l'État puisse être engagée pour défaut de mise en conformité de tels bâtiments(9), mais on pourrait imaginer, pour

contraindre tant les pouvoirs publics que les promoteurs privés à respecter ces contraintes, qu'un mécanisme plus contraignant, avec une mise en oeuvre forcée, puisse être institué.

Certains parlementaires ont pu exprimer l'idée d'un « droit opposable à l'alimentation »(10), qui supposerait sans doute que l'État prenne en charge un service de même espèce que celui assuré par Les Restaurants du Coeur et garantisse à tous de quoi se nourrir chaque jour. Des auteurs ont pu plaider pour la reconnaissance d'un droit opposable à indemnisation pour toutes les victimes, l'État prenant en charge, via la solidarité nationale, l'indemnisation qui ne pourrait être le fait de l'auteur du dommage(11).

Les champs d'application possibles de la technique ne manquent pas, les prestations assurées par l'État étant potentiellement infinies : droit opposable à l'accès à haut débit, voire aux vacances ou à la tranquillité ...

Pour autant, deux difficultés nous paraissent devoir être prises en compte :

- la première est d'ordre pratique, mais elle est absolument essentielle à l'heure où les plans de rigueur se succèdent : un droit opposable suppose la mise en oeuvre d'une prestation en faveur du citoyen, ce qui a naturellement un coût ;

- la seconde est plus théorique : reconnaître un droit opposable suppose que l'on procède à une sorte de hiérarchie entre les différents besoins des citoyens. Or, il n'est pas évident que ceux-ci puissent ainsi être distingués selon qu'ils sont plus ou moins essentiels.

Quelle opposabilité ?

C'est la question la plus complexe, en réalité. Consacrer un droit opposable, étendre, pour ce qui nous intéresse ici, la technique des droits opposables n'a de sens que si l'opposabilité en cause entraîne des conséquences juridiques. S'il s'agit seulement d'affirmer l'importance, l'attachement, à tel ou tel droit, la reconnaissance constitutionnelle ou législative de ce droit suffit ; au juge, ensuite, de le garantir par le biais classique du contrôle de normes. L'expérience du droit au logement opposable conduit, de ce point de vue, à une certaine méfiance à l'égard de la technique : sans doute, un droit opposable a-t-il été consacré, sans doute a-t-on cherché à imposer une véritable obligation à la charge de l'État, mais cela n'a pas pour effet magique de créer des logements dans les zones dans lesquelles la tension sur le marché immobilier est importante : le droit au logement, pour être opposable, peut ne pas être garanti. La question est alors de savoir s'il est pertinent de mettre en place un dispositif en définitive onéreux (examen des dossiers par les commissions, contentieux administratif relatif au DALO important...) pour arriver à la condamnation de l'État à se verser des astreintes à lui-même...

Cette question de l'opposabilité nous paraît soulever deux sortes d'interrogations :

- à qui le droit peut-il être opposable ?

- et, plus fondamentalement, quelle sanction juridique est attachée à cette notion d'opposabilité.

Opposabilité à qui ?

Dans le mécanisme de la loi DALO, le droit est opposable à l'État. Et, lorsque l'on parle de droits-créances, on pense, traditionnellement, à des droits que les citoyens peuvent opposer à la puissance publique. Le débiteur de l'obligation est traditionnellement l'État, ce qui ne va pas sans soulever des difficultés, comme le montre l'exemple de la loi DALO, dès lors qu'il ne détient pas nécessairement la compétence pour répondre aux besoins des citoyens. En matière de logements, ce sont les collectivités territoriales qui peuvent principalement intervenir ; ce ne sont pourtant pas elles qui doivent répondre de l'opposabilité du droit au logement(12).

On pourrait donc imaginer de faire peser la charge du droit opposable sur les collectivités territoriales. C'est déjà aux communes de veiller à la mise en oeuvre du « service minimum d'accueil » dans les écoles et, si un « droit opposable de garde » était mis en place, ce serait elles qui seraient les premières concernées par sa mise en place. Il convient toutefois de relever que la possibilité, pour l'État, d'imposer de telles contraintes aux collectivités territoriales n'est pas sans limite : ces « droits opposables » ont un coût et ne doivent pas contraindre la libre administration des collectivités territoriales de manière excessive.

Il pourrait, enfin, être envisagé d'étendre l'opposabilité à des personnes privées. Ainsi, l'accessibilité des bâtiments aux personnes handicapées pourrait-elle se traduire dans un mécanisme de droits opposables qui jouerait également contre les promoteurs privés. Le problème est alors de savoir dans quelle mesure l'État peut imposer une telle contrainte à d'autres personnes privées : cela entraîne nécessairement une atteinte à leurs propres droits et libertés, ce qui suppose une conciliation entre différents droits. En d'autres termes, l'atteinte ainsi portée par l'État aux droits et libertés de la personne privée ne saurait être trop importante.

Quelle sanction de l'opposabilité ?

Le caractère « opposable » du droit signifie qu'il doit être possible d'en demander, d'en exiger même, la mise en oeuvre concrète. L'état du droit est toutefois plus complexe : le plus souvent, en effet, l'opposabilité du droit n'est garantie que par le biais d'un contentieux de la responsabilité.

- Classiquement, l'opposabilité ne se traduit que par un contentieux de la responsabilité.

Le législateur pose une obligation de résultat, laquelle, si elle n'est pas respectée, ouvre la voie à une action en responsabilité pour faute de la puissance publique. L'opposabilité du droit n'emporte donc que la reconnaissance du bénéfice d'une exécution par équivalent. Pour plusieurs raisons, le caractère véritablement opposable du droit est alors assez illusoire.

En effet, la difficulté est alors :

- la longueur de la procédure : il faut faire une demande préalable, puis former un recours de pleine juridiction contre l'administration. Pour obtenir réparation du préjudice que l'on estime avoir subi et si l'administration se montre peu conciliante, la procédure peut prendre du temps ;

- il faut pouvoir démontrer l'existence d'un préjudice et un lien de causalité entre ce préjudice et le manquement des pouvoirs publics. Or, la consécration d'un « droit à » implique que ce droit existe, en tant que tel, sans que son titulaire ait besoin de faire état d'un préjudice quelconque pour qu'il soit reconnu. On complique donc la tâche du bénéficiaire du droit opposable, de qui on exige une démonstration qu'il n'est pas nécessairement en mesure de pouvoir conduire. Par ailleurs, le préjudice indemnifiable n'a en règle générale rien à voir avec la situation réelle dans laquelle se trouve le demandeur(13) ;

- la conséquence de la procédure n'est pas la mise en oeuvre du droit bafoué, mais le versement de dommages et intérêts, ce qui ne revient absolument pas au même pour le citoyen.

- La technique du droit opposable peut aller plus loin.

La loi DALO met en oeuvre un dispositif qui ne repose pas sur l'engagement de responsabilité, ou en tous les cas pas en premier lieu, mais qui permet au juge d'ordonner à l'administration d'agir, de trouver une solution concrète (autre que monétaire) pour répondre aux besoins du citoyen. Cela revient, en réalité, à un mécanisme d'exécution forcée, en nature, à l'encontre de l'administration.

La présentation est ici idéale : en pratique, et notamment dans les zones connaissant une forte demande sur le marché immobilier, le dispositif se traduit, en réalité, par un contentieux indemnitaire.

Toujours est-il qu'il convient ici de se demander s'il serait possible d'entendre ce type de dispositifs, reposant sur un contentieux de l'exécution, à d'autres domaines. La réponse n'est pas nécessairement positive, et cela pour deux raisons au moins.

- Tous les droits ne peuvent donner lieu à une telle exécution en nature. Il existe en effet des droits-créances pour lesquels une exécution en nature n'a pas de sens, parce qu'en réalité les pouvoirs publics ne peuvent être tenus d'une véritable obligation de résultat. Lorsqu'on parle d'un « droit à la santé », la seule chose qui est garantie par l'État, et qui peut être garantie, c'est le droit d'accéder aux soins, pas le droit de bénéficier d'une bonne santé. Dans le même ordre d'idées, le « droit à l'emploi » dont parle l'article 5 du préambule de la Constitution de 1946 ne peut impliquer, sauf à nationaliser intégralement l'économie, que l'État est tenu de garantir à tous un emploi. De ce point de vue, l'exécution en nature ne se conçoit que pour les droits susceptibles de donner lieu à une prestation matérielle, qui peut être garantie.

- L'exécution « en nature » ne fonctionne bien que si des moyens sont affectés à la réalisation du droit. La question est alors : l'extension de la technique des droits opposables, pour quel résultat ? Le mécanisme de la loi DALO montre en effet ses limites dans les zones du territoire dans lesquelles l'offre de logement est limitée.

Faute de moyens permettant la multiplication des logements accessibles aux demandeurs DALO, le mécanisme de la loi se solde souvent par la condamnation de l'État à des astreintes, voire à une action indemnitaire dont on a vu les limites. On relèvera d'ailleurs que le problème n'est pas que financier : si l'on prend l'exemple de Paris, et sauf à procéder à des expropriations massives, il n'y a tout simplement pas assez de bâtiments susceptibles de rejoindre le parc du logement social. La loi DALO n'est donc pas la solution miracle qui permettrait de créer des logements accessibles dans les zones du territoire où la pression foncière est importante. La technique du droit opposable conduit alors à une sorte de mirage, qui n'est pas nécessairement très sain puisque les citoyens attendent de l'État une prestation qu'il n'est pas en mesure de leur délivrer.

Toutefois, et pour tempérer cette analyse assez négative, il apparaît que le mécanisme de la loi DALO a permis une véritable prise de conscience du problème du « très mal logement », avec des données chiffrées qui n'étaient pas toujours disponibles auparavant, et qu'il a encouragé les différents acteurs du secteur à travailler ensemble. Cela ne garantit pas un « droit à », mais contribue sans doute à atténuer à la fois le désarroi des citoyens concernés et l'impuissance des pouvoirs publics.

Mots clés :/LOGEMENT SOCIAL * Droit au logement opposable * Evaluation juridique * Extension//(1) Dans son numéro de décembre 2011, l'AJDI a publié un dossier intitulé « Le DALO : évaluation juridique à la veille de l'échéance du 1er janvier 2012 », présenté le 14 septembre 2011 à Paris, dans le cadre d'un colloque organisé par le GRIDAUH.//Le dossier est constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :// - Les doctrines d'interprétation des commissions de médiation, par Jean-François Struillou, p. 840 ;// - Les critères d'éligibilité au droit à l'hébergement opposable par Caroline Bugnon et Geneviève Iacono, p. 843 ;// - Le fonctionnement des commissions de médiation : vers une juridictionnalisation ?, par Jean-Philippe Brouant, p. 847 ;// - Le coût des procédures DALO, par Dominique Malégat-Mély, p. 849 ;// - Le contentieux indemnitaire, instrument de régulation ? par Norbert Foulquier, p. 851. //(2) V. not. pour une présentation générale, Gay, Droits-créances, J.-Cl. Libertés, Fasc. 1100. //(3) Cons. const., 19 janv. 1995, n° 94-359 DC, AJDA 1995. 455, note Jorion ; D. 1997. 137, obs. Gaïa. //(4) Droit au logement, droit du logement, Études et documents n° 60, 2009. //(5) Art. L. 111-2, al. 1er, c. éducation. //(6) V. CE, 27 janv. 1988, n° 64076, Ministre de l'éducation nationale c/ Giraud, Lebon, RFDA 1988. 321, obs. Durand-Prinborgne ; AJDA 1988. 352, obs. Moreau. Plus récemment, V. TA Versailles, 3 nov. 2003, AJDA 2004. 937, note Deliancourt. //(7) CE, 8 avr. 2009, n° 311434, M. et Mme Laruelle, Lebon ; AJDA 2009. 678 ; ibid. 1262, concl. Keller ; D. 2009. 1508, obs. De Gaudemont, note Raimbault ; RDSS 2009. 556, note Rihal ; Droit de la famille, comm. n° 97, obs. Bompard. //(8) CE, 1er déc. 2004, n° 260551, Onesto, Lebon ; AJDA 2004. 2367. //(9) CE, 22 oct. 2010, Lebon ; AJDA 2010. 2020 ; ibid. 2207, chron. Botteghi et Lallet ; D. 2011. 1299, chron. Boujeka ; RFDA 2011. 141, concl. Roger-Lacan ; RDSS 2011. 151, note Rihal ; RTD eur. 2011. 483, obs. Ritleng. //(10) JOAN Q 5 août 2008, Question écrite n° 29170. //(11) Radé, Resp. civ. et assurances n° 3, mars 2009, dossier 5. //(12) V. sur ce point Jegouzo, Avant-propos, in " Le DALO ", Les cahiers du Gridauh, n° 21/2011. 5 et s. //(13) V. sur ce point l'article de Norbert Foulquier dans ce dossier./