

Les mésaventures de la solidarité civile (*Pacte civil de solidarité et systèmes d'échanges locaux*)

par Alain SUPIOT
Professeur à l'Université de Nantes (1)

I. - ENTRE FAMILLE ET CONTRAT : LA SOLIDARITÉ

L'un des grands problèmes du droit social naissant a été de donner une assise juridique à des groupements intermédiaires entre l'État et l'individu sans ressusciter les corporations abolies par la Révolution (1). Le Code Napoléon n'en envisageait guère d'autre que la famille. Sont d'abord apparues les mutuelles et les sociétés de capitaux. Puis ces groupements intermédiaires se sont développés sur la base des grandes libertés collectives introduites à la fin du XIXième siècle : liberté syndicale (1884) puis liberté d'association (1901). Bien que toutes ces organisations aient une base contractuelle (contrats il est vrai de type particulier, dont le nom - statuts suffit à marquer qu'ils sont là pour fonder une institution et non pour régler un échange), la doctrine s'est accordée à y voir des institutions. L'articulation du contrat et du statut, qui a marqué l'invention de l'emploi s'est ainsi doublée d'une articulation contrat/institution qui a marqué ces nouvelles personnes morales. Elle traduit la difficulté du droit occidental à penser l'alliance, qu'on tend toujours à rabattre soit sur l'échange soit sur la filiation. Dès lors les deux références possibles de l'analyse juridique des groupements sont le droit des obligations ou le droit de la famille. Et de fait le droit social tout comme le droit de l'entreprise n'ont cessé de balancer entre ces deux références.

Concevoir le groupement sur le modèle familial conduit à y voir une communauté pérenne, hiérarchisée et soudée par un intérêt commun. Une telle analyse correspondait bien à l'affirmation des fonctions protectrices de l'État et de l'emploi salarié dans la grande entreprise « fordiste », c'est-à-dire à un modèle de *protection dans la dépendance*. Du *paternalisme patronal* (2) à l'*affiliation* à la Sécurité sociale, la

référence demeure la famille. Les organisations syndicales se sont coulées dans ce moule et ont partagé avec l'État au sein de la Sécurité sociale la figure protectrice et tutélaire des travailleurs. Mais cette référence familiale a toujours du tenir compte de la logique de l'échange: L'entreprise est une famille susceptible de sacrifier ses enfants dès lors qu'ils lui coûtent plus cher qu'ils ne lui rapportent... Et la Sécurité sociale est aussi une assistance, une assurance sociale, qui ne peut couvrir ceux dont personne ne paie les cotisations. La notion d'échange synallagmatique est ainsi restée très présente dans notre conception des groupements intermédiaires. Il fallait donc au droit social un concept qui lui permette de reprendre à son compte des valeurs communautaires héritées du droit de la famille tout en s'ancrant solidement dans le droit des obligations. Et c'était tout l'intérêt du concept de solidarité que de permettre une telle synthèse.

Le droit civil de la famille est fondé en effet sur l'idée de communauté, et non pas sur celle de solidarité. Les époux, qui se doivent mutuellement « secours et assistance » (C. civ. art. 212), s'obligent à une « communauté de vie » (art. 215). Et concernant les aspects patrimoniaux de l'association conjugale, le Code civil parle bien de régimes - notion qui se retrouvera en droit de la Sécurité sociale (3) - mais les régimes matrimoniaux fondent eux aussi (sauf séparation de biens) une communauté, et non une solidarité entre époux (art.1400 s. (4)). Le mariage (ou la filiation (5)) suffisent ainsi à fonder directement une

Rhône-Alpes de recherches en sciences humaines, vol. 18, 1993, 255 p.

3 (3) V J.-J. DUPEYROUX «Droit de la Sécurité sociale», 13° éd. 1998 par R. RUELLAN, n° 93, pp. 98 s.

4 Seule exception, la solidarité des époux à l'égard des tiers relativement aux dettes ménagères (C. civ. art. 220), mais elle ressort des techniques du droit des obligations : v. *infra*.

5 Par le seul fait du mariage, les époux «contractent ensemble l'obligation de nourrir entretenir et élever leurs enfants» (art. 203), à l'égard desquels ils ont «droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation» (art. 371-2). Les enfants en retour leur doivent à tout âge «honneur et respect» (art. 371). Pour le reste les liens de parenté sont, en cas de besoin, la source d'obligations alimentaires réciproques (art. 205 s.), aliments qui «ne sont accordés que

1 Cf. les célèbrissimes décrets d'ALLARDE et loi LE CHAPELIER, dont le texte vient d'être réédité avec un commentaire de F SOUBIRAN-PAILLET, in J.-P LE CROM (dir) "Deux siècles de droit du travail", Paris, Éd. de l'Atelier, 1998, PP. 17 s.

2 Sur le paternalisme, v. les textes réunis récemment (et la bibliographie citée) par S. SCHWEITZER "Logique d'entreprises et politiques sociales Lyon", Éd. du programme

réciprocité de droits et de devoirs; simples effets de l'état des personnes, ces droits et devoirs réciproques n'ont pas besoin du détour de la solidarité pour être reconnus. Le concept de solidarité vient bien cependant du droit civil, mais du droit des obligations et non pas du droit des personnes. Il y apparaît comme un correctif aux inconvénients de la pluralité de créanciers (solidarité active) ou de débiteurs (solidarité passive) d'une même obligation : «L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers » (C. civ. art. 1197 et suiv.). Alors que le droit civil n'appréhendait généralement le rapport d'obligation que sur un plan individuel, la solidarité permettait de le penser sur un plan collectif (collectivité de créanciers et de débiteurs), en l'absence de tout consentement individuel (ce qui permettra à la solidarité sociale de s'émanciper du contrat d'assurance).

On comprend dès lors pourquoi ce concept a pu s'épanouir en droit social. Mise en avant par la théorie politique à l'orée de la III^{ème} République ⁽⁶⁾, consacrée par les sciences sociales naissantes (avec la sociologie de Durkheim ⁽⁷⁾), la solidarité offrait une base satisfaisante à cette République devenue sociale qui entendait prendre ses distances avec l'individualisme du Code civil sans réactiver le corporatisme d'Ancien Régime. Le grand mérite de la solidarité était en effet d'asseoir les montages du droit social sur le droit des obligations et de préserver ainsi les principes d'égalité et de liberté individuelle que toute référence affichée à des « communautés

dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit» (art. 208).

⁶ Cf. la théorie du solidarisme défendue par Léon BOURGEOIS («Solidarité», Paris, A. COLIN, 1896), C. BOUGLÉ («Le solidarisme», 1905) ou A. FOUILLÉE. Pour une présentation synthétique de cette théorie et de l'influence profonde qu'elle a exercée (notamment chez des juristes tels que Gény, Hauriou ou Duguit), v. L. MOREAU de BELLAING : «Le solidarisme et ses commentaires actuels», in J. CHEVALLIER et al. «La solidarité : un sentiment républicain ? » Paris, PUF 1992 pp. 85 s.

⁷ DURKHEIM attachait la plus grande importance au droit dans l'analyse des formes de la solidarité sociale «La solidarité sociale», écrit-il, «est un phénomène tout moral qui, par lui-même, ne se prête pas à l'observation exacte ni surtout à la mesure (...) il faut donc substituer au fait interne qui nous échappe un fait extérieur qui le symbolise et étudier le premier à travers le second. Ce symbole visible, c'est le droit» (La division du travail social, Paris, PUF 10^e éd. 1978. p. 28.)

naturelles H aurait mis en péril ⁽⁸⁾. C'est la raison pour laquelle la solidarité a éclipsé aussi aisément la fraternité dans les principes fondateurs de la République ⁽⁹⁾. Les théories corporatistes au contraire, telles qu'elles reflouraient dans les années trente et s'épanouirent dans la Charte du travail, n'ont eu de cesse de ramener le droit social sur le terrain de communautés supposées naturelles ⁽¹⁰⁾.

Transplantée en droit social, cette modeste notion de droit des obligations s'est développée et transformée, jusqu'à devenir le seul principe général auquel la loi réfère aujourd'hui la Sécurité sociale : « le principe de solidarité nationale ». Ce principe signifie que toute personne résidant sur le territoire français doit être affiliée à l'un des régimes obligatoires de la Sécurité sociale ou à défaut au régime de l'assurance personnelle (C. Séc. soc. art. L. 111-1). Le droit de la Sécurité sociale a ainsi englobé dans une enveloppe empruntée au droit des obligations (la solidarité) un véritable état social des personnes, lui-même héritier de valeurs communautaires issues du droit de la famille (l'affiliation obligatoire de toute personne à un régime). La référence à la solidarité est une des caractéristiques

⁸ Il suffit pour s'en convaincre de relire les textes fondateurs du solidarisme : «Le contrat (...) devient la base définitive du droit humain. Là où la nécessité des choses met les hommes en rapport sans que leur volonté préalable ait pu discuter les conditions de l'aménagement à intervenir, la loi qui fixera ces conditions ne devra être qu'une interprétation et une représentation de l'accord qui eût dû s'établir préalablement entre eux s'ils avaient pu être également et librement consultés : ce sera donc la présomption du consentement qu'auraient donné leurs volontés égales et libres qui sera le seul fondement du droit» (Léon Bourgeois Solidarité *op. préc.* 3^e éd. 1902, pp. 132-133, souligné par l'auteur). Toutes les discussions du début du siècle sur la solidarité allaient tourner autour de cette idée de quasi-contrat, qui réactivait et modernisait celle de *Contrat social*.

⁹ Cf. «La fraternité et la loi», in «Liberté, égalité, fraternité... et droit du travail», *Droit social*, n^o spéc. janv. 1990, 118 s.; add. M. BORGETTO «La notion de fraternité en droit public français Paris», *LGDJ*, 1993.

¹⁰ Cf. not. F PERROUX «Capitalisme et communauté de travail» Paris, Sirey, 1937, 346 p.. On connaît l'omniprésence des références à la conception allemande de la *Gemeinschaft* dans la théorie de l'entreprise défendue par Paul DURAND. La Charte du travail se référait plus directement encore au modèle familial : dans le but de « définir les liens sociaux » elle organisait la division de l'activité économique en «grandes familles professionnelles» (v. le texte de la Charte du travail réédité et présenté par J.-R. Le CROM, in «Deux siècles de droit du travail», *op. préc.* pp. 143 s.). L'extrême droite continue de cultiver cette thématique, au travers notamment de la revendication d'une «préférence nationale» en droit social.

majeures de l'Etat-Providence à la française ⁽¹¹⁾. L'héritage proudhonien, la tradition mutualiste, expliquent, entre autres facteurs, l'omniprésence de cette référence à la solidarité qui ne se retrouve ni dans le modèle communautaire allemand (où la sécurité des personnes est toujours suspendue à leur appartenance à une communauté : de sang, de culture, de Land, de nation, de travail etc.), ni dans le modèle universaliste britannique (où elle est pensée comme un plancher «glissé sous la société libérale» c'est-à-dire comme droit du citoyen nécessaire au bon fonctionnement d'une économie de marché) ⁽¹²⁾. Ce n'est du reste que tardivement que le droit européen a fait place à la notion de solidarité sociale. Les traités lui ont préféré celle de « cohésion économique et sociale » et ne parlent de solidarité qu'entre les États membres; c'est seulement la Cour de Luxembourg qui invoque (depuis peu) le « principe de la solidarité N (dont elle s'est efforcée de donner une définition précise) pour borner l'emprise du droit de la concurrence ⁽¹³⁾.

Le succès historique du « principe de solidarité nationale » n'est plus à démontrer : il a permis d'arracher la plus grande partie de la population à l'insécurité économique résultant des principaux risques de la vie. Mais ce succès paraît de plus en plus... historique. D'un côté la dépense sociale a atteint des niveaux qui ne semblent plus guère pouvoir être dépassés (à en juger par les réformes qui agitent toutes les branches de la Sécurité sociale), tandis que de l'autre réapparaissent la pauvreté, la misère et plus généralement ce que Robert Castel a justement appelé la désaffiliation des plus faibles ⁽¹⁴⁾. Cet essoufflement de la République sociale se traduit par le regain de la charité publique, avec la montée en puissance du Revenu Minimum d'Insertion (RMI), et aussi par une réactivation des solidarités de proximité, telles qu'elles

¹¹ Sur l'histoire politique de la solidarité, v. J. CHEVALLIER et al «La solidarité : un sentiment républicain» Paris, PUF 1992, 202 p.

¹² V. sur ces rapprochements les travaux publiés par la MIRE «Comparer les systèmes de protection sociale en Europe», min. des Aff. soc., Imp. nationale, vol. 1 et 2.

¹³ CJCE 17 fév. 1993 (Poucet et Pistre) *Dr. soc.* 1993 488, note Ph. LAIGRE et obs. J.-J. DUPEYROUX; CJCE, 16, 741 ; add. A. LYON-CAEN : «Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre», in «Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur de J. SAVATIER», Paris, PUF, 1992, 331 ; F. KESSLER : «Droit communautaire de la concurrence et régimes de base de protection sociale», *JCP* 1997. I, 3999; P. RODIÈRE «Droit social de l'Union européenne» Paris, *LGDJ*, 1998, n° 247.

¹⁴ R. CASTEL «Les métamorphoses de la question sociale» Paris, Fayard, 1995 (passim).

s'expriment au sein de la sphère familiale ou au travers des associations caritatives.

La solidarité fait ainsi retour en droit civil, chargée des ambiguïtés qu'elle a acquises en droit social, c'est-à-dire comme mixte de droit des personnes et de droit des obligations. Rien ne vaut l'étude de cas pour saisir ce phénomène, et l'actualité en fournit précisément deux, qui mériteraient certainement une analyse plus approfondie que les brèves remarques qui suivent : il s'agit du pacte civil de solidarité (PACS) et des systèmes d'échanges locaux (SEL).

II. - DANS L'OMBRE DU MARIAGE : LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ

A - Le projet de Pacte civil de solidarité procède d'une double revendication des couples homosexuels : voir leur union reconnue par le droit et bénéficier des mêmes droits que les couples hétérosexuels.

Cette revendication a d'abord émergé en droit social. Traditionnellement plus ouvert aux situations de fait que le droit civil, le droit social étend en effet aux concubins certains avantages attribués aux conjoints. Par exemple le droit de la Sécurité sociale reconnaît des droits dérivés à assurance maladie à la personne qui vit maritalement avec un assuré social et qui se trouve à sa charge effective totale et permanente ⁽¹⁵⁾. De même en droit du travail, le concubin se voit parfois attribuer les mêmes avantages que le conjoint légitime du salarié. D'où la revendication par les couples homosexuels du bénéfice de semblables avantages. Ainsi invitée à reconnaître le concubinage homosexuel, la Cour de cassation s'y est refusée, estimant que la notion de vie maritale employée par le législateur s'entendait nécessairement de « la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme » ⁽¹⁶⁾. Le concubinage étant ainsi défini par les juges à l'image

¹⁵ Loi du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la Sécurité sociale, art. 13; v. J.-F. LUSSEAU : «Vie maritale et droit de la Sécurité sociale» *Dr. soc.* 1980, 203.

¹⁶ V pour les droits dérivés à assurance maladie : Soc. 11 juil. 1989, *B. civ.* V n° 515; *D.* 1990 582 note Ph. MALAURIE; *Gaz. Pal.* 1990 n° 104 p. 217 concl. M. DORWLING-CARTER; *RD sanit. soc.* 1990, 116 obs. M. HARICHAUX. Un arrêt rendu le même jour (*B. civ.* V. n° 514) retenait la même qualification dans le cas d'un steward d'Air France qui avait sollicité pour son compagnon le bénéfice d'avantages que le statut du personnel de cette compagnie attribue aux «conjoints en union libre». Cette jurisprudence fut ensuite appliquée au transfert du bail au «concubin notoire» en cas de décès (*Civ.* 3, 17 déc. 1997, *B. civ.* III, n° 225).

du mariage et le mariage supposant la différence des sexes, seule une intervention législative était de nature à satisfaire cette revendication.

Mais deux méthodes étaient alors envisageables : soit celle du cas par cas, qui consiste à étendre en tant que de besoin les droits des concubins aux homosexuels (c'est ce qui fut fait en matière de droits dérivés à assurance maladie, v. infra); soit la méthode globale qui consiste à créer une nouvelle catégorie juridique d'où pourraient ensuite découler les droits civils, sociaux ou fiscaux les plus divers. C'est cette seconde méthode qui est à l'origine du projet de pacte civil de solidarité. Il ne s'agit pas de revenir ici sur l'histoire tourmentée de cette proposition de loi, sur les savants rapports l'ont précédée⁽¹⁷⁾, ni sur le débat public auquel elle a donné lieu⁽¹⁸⁾, mais seulement de s'interroger sur cette irruption de la solidarité dans le droit des couples.

B - Cette question devrait conduire à revisiter *les fondements mêmes du droit du mariage*. Historiquement, cette question a d'abord relevé du droit canonique, qui voyait dans le mariage un sacrement⁽¹⁹⁾. Jusqu'au concile de Trente, la discussion porta essentiellement sur le point de savoir si ce sacrement s'accomplissait par le seul échange des consentements des époux, ou bien par leur union charnelle (symbole de l'union de Dieu et de l'Église, réalisée par l'incarnation du Christ). Face à Gratien, qui identifiait le sacrement à la *copula carnalis*, Pierre Lombard défendit l'idée que l'échange des consentements était aussi le symbole d'une forme d'union du Christ et de l'Église (celle qui existe par la

¹⁷ Rapport HAUSER avançant l'idée d'un pacte d'intérêt commun, et rapport THÉRY proposant l'extension du concubinage.

¹⁸ La qualité du débat sur le sujet dans l'opinion ne doit pas grand chose aux médias. Un éditorial remarqué et non signé du journal Le Monde («Une droite intégriste ?» Le Monde du 22 sept. 1998, p. 21) mettait toutes les critiques adressées au projet par la droite parlementaire sur le compte de la «lepénisation des esprits» et de l'«exploitation sans vergogne du phénomène de l'extrémisme», et ce «quelque précaution que prennent ses porte-parole» Cette manière de remplacer le débat contradictoire par l'anathème est typique d'une certaine gauche française (des admirateurs de la Terreur à ceux de Staline et Mao) qui partage avec une certaine droite (des émigrés de Coblenz à la droite versaillaise, puis vichyssoise, aujourd'hui lepéniste) une même haine de l'autre et de la pensée de l'autre, une même incapacité à accéder à l'«*audi alteram partem*». Par comparaison avec ce navrant spectacle, les discussions de bistrot qu'on pouvait entendre au sujet du PACS étaient des modèles de pondération et témoignaient d'un évident recul de l'homophobie dans notre pays.

¹⁹ Cf. A. ESMEIN «Le mariage en droit canonique», 1891, reprint New-York, Burt Franklin, 1968, 2 t.

volonté et la charité), et qu'il suffisait donc à réaliser le sacrement⁽²⁰⁾. Le Concile de Trente (1563) dépassa d'une certaine manière cette controverse. Tout en maintenant la doctrine selon laquelle les époux, et non le prêtre, sont les ministres du sacrement du mariage, il soumit l'échange de leurs consentements à des conditions formelles qui privaient de validité les mariages purement consensuels (clandestins)⁽²¹⁾. Innovation capitale, qui faisait de la solennité du mariage une condition de sa validité. Lorsqu'après la Révolution l'État prit la place de l'Église comme garant de l'état des personnes, il purgea certes le mariage de toute référence religieuse, mais reprit à son compte, en tant que rite républicain (v. art. 75 C. civ.), le formalisme issu du Concile de Trente.

Comme ce petit rappel historique le montre, c'est la sacralité du mariage qui n'a cessé, depuis le Moyen-âge, de fonder les droits et les devoirs des époux. Aujourd'hui ce fondement sacré manifestement se dérobe. De plus en plus nombreux sont les couples qui refusent de s'engager dans les formes solennelles prescrites par le Code civil. Après bien des hésitations la jurisprudence civile a, dans des arrêts fameux, accepté d'attacher des droits au concubinage⁽²²⁾. Elle avait été précédée dans cette voie par la législation sociale, traditionnellement plus perméable aux évolutions des mœurs⁽²³⁾. Entre célibat et mariage, des situations intermédiaires sont déjà apparues qui donnent vie juridique au couple en dehors de toute solennité républicaine. Mais qu'est ce qui peut, si l'on écarte le sacrement et le rite, servir à fonder juridiquement le couple? La revendication d'un statut pour les couples homosexuels oblige à poser crûment cette question, qui nous replace devant l'alternative formulée avant le Concile de Trente par Gratien et Lombard : est-ce la *copula carnalis*, l'union des chairs, ou bien « la volonté et la charité » l'engagement réciproque, qui instituent le couple?

1) Parler d'union des chairs, et non de sexualité, permet d'éviter d'expédier trop vite la première branche de cette alternative. Le *duo in carne una* est en effet passible de deux sens : soit la chair des époux, soit

²⁰ V. A. ESMEIN, *op. préc.* t.1, pp. 108 s. «L'un des arguments avancés par Lombard était que seule sa thèse validait le mariage de Marie et Joseph» (op. cit. p. 121). Permanence d'une question... ce couple fameux a été invoqué par une députée (Mme Roseline BACHELOT) au soutien du PACS.

²¹ A. ESMEIN, *op. préc.* t. 2, pp. 154 s.

²² Ch. *mixte* 27 fév. 1970 (Dangereux) D. 1970, J. 201.

²³ J. F LUSSEAU situe les premiers signes de cette reconnaissance en 1914 (*art préc.*, p. 205).

celle de l'enfant; en langage moderne : soit la sexualité, soit la reproduction ⁽²⁴⁾.

Peut-on construire un droit des couples sur la sexualité? La sexualité entre adultes consentants relève aujourd'hui des libertés civiles, et cette liberté doit être protégée par la loi. Sans même parler des problèmes de preuve que soulèverait la référence légale à la « communauté de lit » (si volontiers invoquée dans les débats parlementaires sur le PACS), attacher des droits à une pratique sexuelle plutôt qu'à une autre serait contraire aux principes constitutionnels de liberté individuelle et d'égalité. Une préférence sexuelle ne peut être en elle-même génératrice de droits sociaux et fiscaux particuliers, sauf à admettre qu'elle ne relève pas de la liberté individuelle mais d'une détermination génétique ! Cette dernière thèse, avancée par certains sociobiologistes, a été soutenue il est vrai par des associations gays américaines, qui croient ainsi trouver dans la génétique une base « objective » justifiant la reconnaissance légale des homosexuels comme « minorité », au même titre que les noirs ou les femmes. Mais une semblable thèse est certainement contraire aux principes constitutionnels français, qui répudient justement toute espèce de différenciation des droits fondés sur une prétendue caractérisation génétique ou raciale. Ni l'homosexualité ni l'hétérosexualité ne sont des « états de nature » susceptibles de participer à la définition de l'état civil des personnes ⁽²⁵⁾.

Reste donc l'autre sens de l'union des chairs : l'enfant. L'idée a ses adeptes que le couple ne devrait être pris en considération par le droit social que si il a donné jour à des enfants. À l'aune d'un individualisme radical, il n'y aurait pas de raison d'accorder à un époux ou à un concubin des droits refusés à un célibataire. Des traces de cette position sont apparues en droit social avec la critique en règle des droits dérivés ⁽²⁶⁾. À suivre cette critique, la solidarité nationale affirmée par nos lois n'aurait à connaître que les individus mais devrait

ignorer les couples : d'où en perspective une suppression des pensions de réversion. Quant à l'enfant, il devrait être lui aussi appréhendé comme un individu, dont les droits sociaux sont suspendus à la justification d'un état de besoin (puisque par définition, il ne cotise pas). Cette thèse s'est affirmée avec le débat relatif à la mise sous condition de ressources des prestations familiales ⁽²⁷⁾, et l'accroissement de la pression fiscale sur les foyers avec enfants (réduction du quotient familial) ⁽²⁸⁾. L'enfant lui-même prend ainsi figure en droit fiscal d'agrément, que les individus sont libres ou non de s'offrir, mais qui ne peut ouvrir de droits particuliers à ses parents. À suivre cette argumentation, toutes les prestations familiales devraient être mises sous condition de ressources et constituer un droit propre de l'enfant, et non des parents ⁽²⁹⁾. Seules les cotisations individuelles ou l'état de besoin pourraient être créateurs de droits sociaux. Le même raisonnement devrait alors du reste être tenu s'agissant du montant des prestations, et un

²⁷ V P. VOLOVITCH «Faut-il cibler la protection sociale sur "ceux qui en ont réellement besoin" ? », *Dr. soc.* 1995, 739, et l'article du même auteur in *Alternatives économiques*, avr 1995; M. BORGETTO : «La réforme de la Sécurité sociale : continuité ou déclin du modèle républicain ? » *Dr. soc.* 1997, 877; J.-J. DUPEYROUX : «Égalité, équité... » *Dr. soc.* 1997, 885.

²⁸ La France honore la « jeunesse » dans les discours et la maltraite en fait et en droit : c'est elle qui paie le plus lourd tribut au chômage; c'est à elle qu'on renvoie, au travers de dispositifs comme le RDS, le paiement de notre impérite dans la gestion de la Sécurité sociale; c'est l'enfant qu'on songe à taxer pour accroître les prélèvements fiscaux. Et au sein de cette « jeunesse », ce sont évidemment les plus faibles qui sont les plus maltraités : on parle d'égalité des chances, mais il suffirait de comparer ce que l'État dépense pour un élève des bonnes classes préparatoires et ce qu'il dépense pour son congénère des lointaines banlieues pour se convaincre que la République ne met pas autant d'argent sur l'éducation de tous ses enfants. Faudra-t-il que se renouvellent les attaques de lycées des centres-villes par des jeunes venus des banlieues (grande première observée lors du mouvement lycéen d'octobre 1998) pour que l'on prenne conscience des risques engendrés par cet *effet Matthieu* ?

²⁹ V sur ce dernier point : J. HOCHARD : «Le droit personnel de l'enfant aux prestations familiales», *Dr. soc.* 1961, 51 et 113. La convention de l'ONU du 21 novembre 1989 (F MONÉGER : «La convention de l'ONU sur les droits de l'enfant», *Rev. Dr. Sanit. soc.* 1990, 275) s'inscrit dans ce mouvement d'individualisation des droits des enfants. Grâce à elle, selon certains «les enfants émergent enfin du ghetto où les avaient confinés des siècles de minorité», (C. BRISSET : «L'enfant sujet de droit» *Le Monde* du 21 nov. 1998, 17). Sur les dangers de cette perspective, appréhendant les enfants comme une minorité politique à libérer v. R LEGENDRE «Les enfants du Texte. Étude sur la fonction parentale des États» Paris, Fayard, 1992, p. 356.

²⁴ V sur cette ambivalence P LEGENDRE «La 901^e conclusion. Essai sur le théâtre de la Raison» Paris, Fayard, 1998, p. 389 et les réf. citées.

²⁵ L'idée de reconnaissance d'une «identité homosexuelle» avancée par certains auteurs (v. H. MOUTOUH : «La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme», *D.* 1998, Chr 369, col. 1.) est juridiquement irrecevable au regard de nos principes constitutionnels. L'histoire et l'anthropologie montrent que de nombreuses sociétés ont su au contraire explicitement reconnaître l'ambivalence sexuelle plus ou moins enfouie en chacun de nous; v. not. sur le symposium dans la Grèce classique, P. SCHMITT-PANTEL : «Banquet et cité grecque», *Mélanges de l'École fr de Rome*, 97, 1985, 135-158.

²⁶ R. CUVILLIER : «L'épouse au foyer, une charge injustifiée pour la collectivité» *Dr. soc.* 1977, 427.

couple de érémites devrait toucher par exemple exactement le double d'un célibataire, ce qui n'est pas actuellement le cas. En somme, seul l'enfant pourrait faire naître le couple à la vie juridique, et encore à la condition que ce couple justifie d'un état de besoin.

2) Avant d'adopter une telle conclusion, il faut se demander si « la volonté et la charité », en langage moderne l'entraide mutuelle, n'est pas, aujourd'hui encore, susceptible de fonder la reconnaissance juridique du couple. Il ne serait pas réaliste en effet de vouloir ne retenir du couple que l'enfant qui en est issu et de refuser d'attacher des droits sociaux à la situation de couple en tant que telle. Cette thèse, de même que la critique sans nuance des droits dérivés, est oublieuse des liens étroits qui unissent Sécurité sociale et entraide conjugale. Il faut donc rappeler que notre système de Sécurité sociale continue de reposer sur le système plus énorme encore des solidarités civiles, au premier rang desquelles les solidarités familiales. Quelques travaux d'économie sociale ont mis en évidence l'ampleur des transferts financiers intergénérationnels qui permettent la survie du flot grandissant des jeunes que la France condamne au chômage ou à la précarité⁽³⁰⁾. Sans ces transferts, le mouvement, déjà si visible, de paupérisation ou de clochardisation d'une partie de la population, serait beaucoup plus ample. Mais cette entraide civile ne se limite pas à des transferts financiers entre générations. Elle comporte également ce que le droit social appelle des prestations en nature, des soins aux personnes, et elle intéresse aussi les relations de couple et pas seulement les relations entre générations. Que deviendrait l'assurance maladie, si elle ne pouvait plus compter sur le secours et l'assistance conjugale, notamment chez les personnes âgées ? Qu'on imagine une seconde que la Sécurité sociale ait à faire face à une population exclusivement composée de célibataires, chargés ou non d'enfants. Elle ne résisterait pas aux coûts induits par la généralisation d'une solitude qui pèse déjà lourdement sur ses comptes⁽³¹⁾.

C - II y a donc de bonnes raisons d'accorder au couple des droits sociaux ou fiscaux particuliers. Dans la mesure où le couple est le lieu d'une prise en charge des personnes qui allège le fardeau supporté par la

³⁰ V A. MASSON : «Quelle solidarité générationnelle ? État-Providence vs. entraide familiale». ENS-Delta, 1998, doct. 98-10 (à paraître) et les références citées. Contrairement aux dépenses publiques, ces transferts sont descendants (les vieux aidant les jeunes). Ils tendent naturellement à conforter les inégalités de fortune entre les jeunes.

³¹ V I. DAUGAREILH et Ph. AUVERGNON (dir.) «Insertions et solitudes», Bordeaux, Éd. de la MSH d'Aquitaine, 1993, 241 p.

solidarité nationale, il est juste que la loi lui attribue en retour des droits particuliers. Autrement dit la loi a tout intérêt à favoriser la solidarité civile pour éviter que la solidarité sociale ne finisse par succomber sous le poids d'un individualisme radical. À condition toutefois que la solidarité civile ait un véritable contenu et ne soit pas seulement une fleur de rhétorique piquée dans le bouquet nuptial. Le droit positif montre que ce contenu peut s'entendre de deux façons : soit d'un fait observé, d'une solidarité de fait, soit d'un simple engagement, d'une solidarité promise.

La pandémie du SIDA a multiplié les cas de malades pris en charge avec un dévouement admirable par leur compagnon. Et c'est bien alors la reconnaissance de cette charge qui a servi à surmonter le refus de reconnaissance du concubinage homosexuel par la jurisprudence. Aux termes de la loi du 27 janvier 1993, « la personne (...) qui vit depuis (12 mois) avec un assuré social et se trouve à sa charge effective, totale et permanente, a, à condition d'en apporter la preuve (...), la qualité d'ayant-droit de l'assuré pour l'ouverture du droit aux prestations en nature des assurances maladie et maternité »⁽³²⁾. Cette disposition, qui ignore délibérément l'existence ou l'inexistence de rapports sexuels entre l'ayant-droit et l'assuré, ne peut s'appliquer qu'à une seule personne par assuré social. La généralité de ses termes a permis de l'appliquer au-delà du cas des homosexuels : par exemple au jeune adulte sans-emploi demeuré à la charge et au foyer de l'un de ses parents. Ceci montre la dynamique de l'idée de solidarité civile : dès lors qu'on entend par là une solidarité de fait, c'est-à-dire la prise en charge effective d'une personne par une autre, il n'y a pas de raison de limiter les droits sociaux correspondant à un type particulier de personnes (homosexuels, concubins, frères ou soeurs, etc.). Cette dynamique est déjà bien repérée du côté des prestations familiales, qui retiennent une notion d'enfant à charge indifférente à l'état des personnes⁽³³⁾.

La proposition de Pacte civil de solidarité se réfère à une autre définition de la solidarité : non pas à une prise en charge effective, mais à un engagement contractuel. La proposition de contrat d'union civil et social prévoyait (art. 2) que « les contractants se doivent soutien matériel et moral » et qu'ils seraient « tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux dans le cadre de la vie

³² C. Séc. soc. art. L 161-14, al. 2 et R. 161-8-1.

³³ V par ex. Soc. 25 nov. 1993, D. 1995, J, 39, note PAGNON; cf. S. BÉTANT-ROBERT : «La notion d'enfant à charge dans le droit des prestations familiales», *Rev. dr. san. soc.* 1991, 123; F. MONÉGER : «La relation de charges dans les prestations familiales», in J.-R LABORDE et F MONÉGER (dir) «Prestations familiales et contrôle social», *Rev. dr. san. soc.*, n° spéc. 4-1994, 613.

courante »⁽³⁴⁾. La même formule figurait dans la proposition ultérieure de « contrat d'union sociale ».⁽³⁵⁾ En revanche la proposition finalement soumise à la délibération du Parlement prévoit d'introduire dans le Code civil un article 515-4 ainsi rédigé : « Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte. Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante »⁽³⁶⁾.

La solidarité à l'égard des tiers ne présente ici rien d'original. En revanche c'est seulement le fantôme de la solidarité qui préside aux relations entre les partenaires. Non seulement les modalités de l'« aide mutuelle et matérielle » (sic) sont abandonnées à l'autonomie de la volonté, ce qui permettra de la réduire à presque rien, mais encore chaque partie est libre de s'en dédire à tout moment. Le pacte prend fin en effet « par la volonté, le mariage ou le décès de l'un des partenaires » (projet de nouvel art. 515-7 du Code civil)⁽³⁷⁾. On peut ainsi s'engager pour le meilleur et se dégager quand vient le pire. Pas trace ici de solidarité au sens du droit social, c'est-à-dire d'une obligation non négociable de secours mutuel⁽³⁸⁾. Pas trace même des obligations élémentaires dont le droit du travail assortit la résiliation des contrats : au moins dans le contrat de travail à durée déterminée la loi prévoit-elle le versement d'une indemnité de précarité⁽³⁹⁾ !

Si elle est votée en l'état cette proposition de loi aura manqué l'occasion d'encourager la solidarité civile entre les personnes. Pire, l'extension (pour des raisons de marketing politique) du PACS aux concubins permettra aux couples hétérosexuels de bénéficier d'avantages sociaux ou fiscaux supérieurs à ceux qui leur sont aujourd'hui reconnus sans avoir à se lier véritablement face aux risques de l'existence (la maladie, la vieillesse, la charge des enfants); et elle pénalisera les concubins qui préfèrent décidément

l'union libre au PACS, car la jurisprudence aura toutes raisons de revenir sur ces droits qu'elle leur reconnaît aujourd'hui. C'est-à-dire que loin d'encourager la solidarité là où elle n'existe pas, cette loi contribuera à la saper là où elle existe encore. Encourager la solidarité civile cela signifierait en l'espèce : a) attacher des avantages sociaux et fiscaux à toutes les solidarités de fait dans la société civile, c'est-à-dire à la prise en charge effective d'une personne par une autre, quelque soient les motifs de cette prise en charge (concubinage, parenté, amitié, charité...); b) concevoir le PACS comme un véritable lien contractuel, un pacte d'amitié⁽⁴⁰⁾ instituant une solidarité effective et durable. Au fond la faiblesse du projet actuel est de rester dans l'orbite du droit de la famille, alors que l'idée de solidarité civile, si elle était prise au sérieux, conduirait à situer le PACS sur le terrain du droit des obligations⁽⁴¹⁾.

III. - DANS L'OMBRE DU MARCHÉ : LES SYSTÈMES D'ÉCHANGES LOCAUX

Les systèmes d'échanges locaux (SEL) se réfèrent eux aussi à la solidarité civile, mais à partir d'une démarche inverse. Il ne s'agit pas alors de donner un cadre contractuel à des liens de nature communautaire, mais au contraire de donner un cadre communautaire à des rapports contractuels. Le développement de ces systèmes en France depuis 1995 a une double origine⁽⁴²⁾.

³⁴ Doct. Ass. nat. 1997, n° 88.

³⁵ Doct. Ass. nat. 1997, n° 94.

³⁶ Cette formule, adoptée par la commission des lois le 23 sept. 1998 (Doct. Ass. nat. n° 1097), n'a pas ensuite été modifiée au fil des nombreux avatars de la proposition de loi. V en dernier lieu : Doct. Ass. nat. 1998, n° 1118, 1119, 1120, 1121, 1122, et le texte adopté par la commission des lois le 14 octobre 1998 (Doct. Ass. nat. n° 1138).

³⁷ Un amendement adopté par la commission des affaires culturelles à la demande de Mme BACHELOT, prévoit seulement le respect d'un préavis de trois mois en cas de résiliation unilatérale du Pacte (v. avis n° 1143; Doct. Ass. nat. 1998, n° 1143).

³⁸ Cf. *CJCE* 17 fév. 1993, Poucet et Pistre préc.

³⁹ C. trav. art. L.122-3-4.

⁴⁰ Le droit positif n'ignore pas l'amitié (v. D. MAYER : «L'amitié», JCP 1974, I, 2663).

⁴¹ Ce qui permettrait aussi de régler la question du lieu d'enregistrement du Pacte : un contrat n'a pas à être enregistré en mairie ou au tribunal, mais plutôt, lorsque la sécurité juridique ou l'information préalable des parties le requiert, devant notaire. Et il devrait en être de même de sa dissolution.

⁴² Sur les SEL, v. S. LAACHER : «Économie informelle officielle et monnaie franche. L'exemple des systèmes d'échanges locaux» *Ethnologie française* XXVIII, 1998, 2, pp. 247-256; et du même auteur : «L'État et les systèmes d'échanges locaux» *Politix* 1998, «Définir l'intérêt général» n° 42, pp. 123-149. Je dois aussi beaucoup aux informations qu'a bien voulu me communiquer Maître GARSON, du barreau de Toulouse, sur le contentieux relatif au SEL de l'Ariège; qu'il en soit ici sincèrement remercié. Enfin les SEL n'ont pas échappé à l'attention des juristes qui s'intéressent à la monnaie : v. R. LIBCHABER : «Actualité du non-droit : les systèmes d'échanges locaux», in *RT civ.* 1998, pp. 800-803.

⁴⁴ Devenue d'usage courant dans un certain vocabulaire technocratique, la notion d'employabilité, et son revers l'inemployabilité, ne sont guère recevables du point de vue juridique (qui ne connaît que l'inaptitude médicalement constatée) tant elles apparaissent contraires au principe de

Une origine économique tout d'abord : les SEL se sont principalement développés au sein de populations marginalisées par l'économie de marché (chômeurs, érémites, salariés précaires ou intermittents, petits pensionnés du monde agricole etc.) c'est-à-dire de personnes qui tirent d'un petit boulot ou d'un système de solidarité sociale (Sécurité sociale ou aide sociale) un revenu à peine suffisant pour survivre et que le marché déclare « inemployables », autrement dit bons à rien ⁽⁴³⁾. Certains de ces bons à rien, qui persistent à se croire bons à quelque chose, ont imaginé organiser entre eux un système d'échanges de biens et de services (par exemple : «tu réparas ma mobylette et j'écris en échange le poème que tu rêves d'adresser à Roxane»). Pour élargir le «catalogue des ressources» ainsi offertes à ses membres, ce système d'échanges ne peut rester bilatéral et doit impliquer un nombre suffisant de personnes ; et se pose alors la question de la mesure et de la mémoire des échanges intervenus entre elles. D'où la création d'associations régies par la loi de 1901, qui ont pour objet d'assurer cet élargissement et cette coordination. Par exemple le SEL de l'Ariège a pour but (selon l'article 2 de ses statuts) :

- de faire prendre conscience de la dimension humaine existant derrière tous les échanges et de valoriser des savoirs et des savoir faire mal reconnus;
- de promouvoir des solidarités dans le cadre du développement local, grâce à des échanges multilatéraux de savoirs, de biens et de prestations de services de voisinage. Ces échanges seront effectués de gré à gré entre les adhérents de l'association selon les demandes et les offres de chacun ;
- de mettre en place, coordonner, surveiller et assurer la réciprocité de tels échanges selon les règles qui seront définies par le règlement intérieur.

C'est ici que les SEL manifestent leur origine idéologique. La coordination qu'ils organisent se fonde sur une critique des usages de la monnaie : devenue un instrument de domination du faible par le fort la monnaie devrait être repensée comme instrument de solidarité. Cette critique remonte aux utopistes du XIX^{ème} siècle et a été théorisée depuis par des auteurs tels que Silvio Gesell ⁽⁴⁴⁾. Elle a inspiré durant les années trente et cinquante des expériences de monnaie franche, certaines procédant plutôt d'une dénonciation poujadiste de l'État prédateur, d'autres d'une critique du capitalisme marchand et financier. C'est cette critique qui prédomine aujourd'hui dans les SEL français : ou des LETS (Local Exchange and Trading System)

dignité des personnes. Il n'y a pas d'hommes inemployables, mais certaines notions le sont.

⁴⁴ S. GESELL «L'ordre économique naturel» Paris, M. Issautier, 1948

anglo-saxons ⁽⁴⁵⁾. Les SEL ne sont pas conçus en effet par leurs promoteurs comme des mécanismes d'insertion permettant de ramener des brebis égarées dans le droit chemin de l'économie de marché, mais comme des espaces de solidarité, où « le lien est plus important que le bien » ⁽⁴⁶⁾. L'instrument de cette solidarité est une monnaie franche qui ne vaut et ne peut circuler qu'entre les membres de l'association, et dont le nom varie avec celle-ci (le grain de sel pour le SEL de l'Ariège, le piaf pour le SEL parisien, ailleurs le pavé ou le truc). Ce grain de sel n'a d'existence que scripturale, mais il réunit les trois fonctions constitutives de la monnaie : unité de compte permettant d'évaluer des biens ou services hétérogènes, instrument de paiement permettant d'acquérir toute espèce de bien ou service et enfin réserve de valeur permettant de différer l'utilisation des ressources acquises ⁽⁴⁷⁾.

Comme toute monnaie, le grain de sel représente la figure du Tiers garant des échanges; comme toute monnaie en effet, il repose sur une division du travail entre ses utilisateurs et les insère dans une même communauté ⁽⁴⁸⁾. Détenir de la monnaie c'est détenir en effet une créance sur cette communauté toute entière que la monnaie, du même coup, symbolise ⁽⁴⁹⁾. Comme l'écrivent les économistes les plus perspicaces « la monnaie n'est pas une entité économique, y compris dans nos sociétés, car elle est ce par quoi

⁴⁵ V. S. LAACHER : «L'Etat et les systèmes d'échanges locaux», *art. préc.*

⁴⁶ Formule rapportée par S. LAACHER, *art. préc.* p. 138.

⁴⁷ Pour une présentation concise de ces fonctions, v. M. BÉZIADE «La monnaie et ses mécanismes» Paris La Découverte 1995; pour une analyse juridique, v. R. LIBCHABER «Recherches sur la monnaie en droit privé» Paris, *LGDJ*, 1992, 423 p. (et la bibliographie) ; et pour une réflexion transdisciplinaire approfondie, v. le bel ouvrage collectif dirigé par M. AGLIETTA et A. ORLÉAN «La monnaie souveraine» Paris, O. Jacob, 1998, 398 p.. Enfin ne pas oublier le classique et inépuisable livre de G. SIMMEL «Philosophie de l'argent» trad. fr. PUF 1987.

⁴⁸ Selon la formule lumineuse de Bruno THÉRET «la monnaie de compte, en transformant des différences qualitatives en un continuum quantitatif ordonné par le chiffre, ouvre la possibilité de se représenter une totalité sociale comme une sommation algébrique, comme un agrégat homogène d'individus pourtant différenciés» (B. THÉRET : «De la dualité des dettes et de la monnaie dans les sociétés salariales», in M. AGLIETTA et A. ORLÉAN, *op. préc.* cité p. 254).

⁴⁹ Ce point, déjà noté par SIMMEL, est remarquablement développé par A. ORLÉAN : «La monnaie autoréférentielle : réflexions sur les évolutions monétaires contemporaines», in «La monnaie souveraine», *op. préc.* pp. 359 s.

l'économique est pensable, ce qui ne peut se faire que d'un ailleurs non économique »⁽⁵⁰⁾.

C'est la nature particulière de cet « ailleurs non économique », qui distingue la monnaie franche de la monnaie officielle. Dans la monnaie officielle, la figure du Tiers garant est représentée par l'État; dans la monnaie franche, c'est directement la communauté des échangeistes (autrement dit l'ensemble des membres de l'association), qui est garante des échanges. C'est la raison pour laquelle le système n'est viable qu'à deux conditions, posées par les règlements des SEL : cette communauté doit demeurer assez petite pour assurer la confiance entre les adhérents⁽⁵¹⁾; et le montant des créances et des dettes de chacun doit être strictement limité pour éviter l'accaparement du système par certains de ses membres et la réapparition en son sein d'une domination des faibles par les forts⁽⁵²⁾. Ces règles précises conduisent à douter que les SEL soient des espaces de non-droit⁽⁵³⁾; ils instituent au contraire sur une base contractuelle (les statuts de l'association) un système de solidarité civile étroitement réglementé (par le règlement intérieur de l'association) et conçu pour s'articuler avec le système de solidarité sociale garanti par l'État. Cette dernière fournit le minimum vital, tandis que le SEL vise à garantir à ses membres ce que la solidarité nationale est impuissante à assurer : le droit de toute personne de participer au jeu des échanges économiques. Non pas seulement à recevoir, mais aussi à travailler pour recevoir en échange⁽⁵⁴⁾.

Mais puisqu'ils tablent sur la solidarité nationale (Sécurité sociale, aide sociale) pour construire des solidarités locales, les SEL ne pouvaient manquer de rencontrer l'État sur leur chemin. Saisissant tout l'intérêt que pouvait présenter cette complémentarité entre solidarité sociale et solidarité civile, les administrations sociales et fiscales se sont montrées extrêmement tolérantes⁽⁵⁵⁾, reconnaissant même à

l'occasion que l'adhésion à un SEL puisse constituer l'engagement souscrit par un éréviste dans le cadre de son contrat d'insertion⁽⁵⁶⁾. Mais cet accord tacite a été troublé à l'initiative d'artisans inquiets de ce qu'ils considèrent comme une concurrence déloyale. C'est ainsi que les gendarmes de la brigade de Mirepoix, saisis sur la dénonciation d'un voisin, surprisent et verbalisèrent deux membres d'un SEL occupés à réparer le toit d'une troisième. Cette dernière, ressortissante britannique venue en Ariège pour y pratiquer l'agriculture biologique, avait été l'une des toutes premières adhérentes du SEL, auquel elle apportait son art de préparer des plats japonais et d'enseigner l'anglais. Quant aux charpentiers amateurs, le premier était éréviste et le second « instituteur intérimaire » ; tous deux également d'origine britannique, ils partageaient une même inexpérience du métier de couvreur. Ils avaient convenus de réparer le toit qui menaçait ruine moyennant 2000 grains de sel pour chacun d'entre eux. Poursuivis pour infraction à l'interdiction du travail clandestin tous trois furent condamnés en première instance par le tribunal de Foix⁽⁵⁷⁾ et firent appel de cette décision devant la cour d'appel de Toulouse qui les a relaxés par arrêt du 17 septembre 1998 (reproduit *infra*).

Le travail clandestin (rebaptisé travail dissimulé par la loi du 31 mars 1997⁽⁵⁸⁾) est légalement défini comme l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de réparation ou de prestation de services (ou l'accomplissement d'actes de commerce) intentionnellement dissimulée. La dissimulation résulte notamment de la méconnaissance des obligations légales d'immatriculation ou de déclaration sociale ou fiscale de cette activité⁽⁵⁹⁾. L'infraction peut résulter aussi de la dissimulation d'emploi salarié, lorsque le travail a été effectué dans un lien de subordination. Faute de subordination, cette dernière hypothèse

⁵⁰ «La monnaie souveraine», ouv. coll. préc. Introduction, citée p. 20.

⁵¹ Les effectifs des SEL varient de 50 à 400 membres; au-delà de cette limite (approximative), les SEL doivent se scinder (cf. S. LAACHER, *art. préc.* p. 138).

⁵² Par exemple, dans le SEL de l'Ariège aucun compte ne peut être créateur ou débiteur de plus de 5000 grains de sel.

⁵³ V contra R. LIBCHABER, *art. préc.* Le juge pourrait pour trancher un litige relatif aux services fournis dans le cadre du SEL recourir à la technique de l'enrichissement sans cause.

⁵⁴ De ce point de vue les SEL sont une critique en actes des idéologies de la fin du travail ou de la séparation de l'économique et du social.

⁵⁵ Cf. R. LIBCHABER, *art. préc.* p. 801, qui cite en ce sens plusieurs réponses ministérielles émanant du ministère de l'Emploi et de la Solidarité. On retrouve ici les difficultés habituelles que posent aux institutions publiques les

pratiques d'économie informelle. Bien connue en Afrique, en Amérique latine et en Asie, cette compagne de la pauvreté gagne maintenant l'Europe de l'Ouest comme de l'Est, y suscitant le même embarras (cf. J.-M. SERVAIS : «Secteur informel : un avenir pour le droit du travail ? » *Actualités du droit*, Rev. de la fac. de droit de Liège 1994-3, pp. 661-685).

⁵⁶ Cf. S. LAACHER : «Économie informelle officielle et monnaie franche», *art. préc.* pp. 253 s.

⁵⁷ V le récit de l'audience par S. LAACHER : L'État et les systèmes d'échanges locaux, *art. préc.* et le commentaire du jugement par R. LIBCHABER, *art. préc.*

⁵⁸ Cette loi, qui n'était pas applicable à l'espèce, n'a pas modifié les éléments constitutifs de l'infraction : v. Th. AUBERT-MONTPEYSSSEN : «Le renforcement de la lutte contre le travail illégal» *Dr. soc.* 1997, 915.

⁵⁹ La dissimulation peut être constatée autrement dans le cas d'activités non soumises à ces obligations de déclaration : Cass. crim. 8 déc. 1992, *B. crim.* n° 411 (cours privé de piano).

pouvait être écartée en l'espèce. Il était clair en revanche qu'on avait affaire à une activité de réparation entrant dans le champ d'application de l'article L. 324-10. Deux questions dès lors faisaient difficulté : le travail fourni dans le cadre du fonctionnement d'un SEL constitue-t-il une activité à but lucratif? Et si oui, ce travail est-il soumis aux obligations légales d'immatriculation et de déclaration? Les prévenus soutenaient que les services rendus à l'intérieur d'un SEL ont pour seule cause la solidarité affective et l'entraide, et que les grains de sel échangés ne sont pas une monnaie mais une simple « mémoire de l'échange », dépourvue de pouvoir libératoire; ils en concluaient que les activités internes au SEL étaient dépourvues de but lucratif. La cour de Toulouse a refusé de suivre cette argumentation. Estimant que le crédit en grains de sel ouvert en contrepartie du travail effectué constituait une véritable rémunération, elle caractérise ainsi l'existence d'un but lucratif. En revanche elle décide que cette activité n'a pas été dissimulée, car les personnes qui n'exercent une activité qu'à titre occasionnel ou qu'à titre accessoire et de peu d'importance ne sont pas légalement soumises à l'obligation d'immatriculation. Et ce qui n'a pas à être immatriculé n'aurait pas davantage à être déclaré à l'URSSAF et au fisc.

Cette affaire soulève de nombreuses questions propres à susciter l'intérêt des spécialistes du droit des contrats : a-t-on affaire à un véritable contrat ou à un simple gentlemen agreement ? Si c'est un contrat, peut-il être dit à titre onéreux ou à titre gratuit? Et si l'on admet le caractère onéreux, s'agit-il d'un contrat d'entreprise, comme l'affirme sans hésiter l'arrêt ou plutôt d'une convention d'assistance ou d'un contrat d'échange? La réponse à ces questions dépend grandement de la qualification juridique que l'on donne au grain de sel. En affirmant, pour écarter l'existence d'un échange, « l'absence de réciprocité de prestations », l'arrêt assimile les 4000 grains de sel promis à une somme d'argent⁽⁶⁰⁾. Mais si il ne fait pas de doute que cette monnaie franche est bien une monnaie au sens économique du terme, il n'est pas davantage douteux que ce n'est pas une monnaie au sens du droit positif, ou plus exactement que la dette de grains de sel a pour objet un corps certain et n'est donc pas une obligation en valeur⁽⁶¹⁾. Mais alors il faut en déduire qu'on a affaire à un

⁶⁰ «L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre» (art. 1702 C. civ.) tandis que le contrat d'entreprise est celui «par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles» (art. 1710 C. civ.).

⁶¹ On peut transposer ici la subtile analyse de l'obligation de paiement en monnaie étrangère que développe R. LIBCHABER (in «Recherche sur la monnaie en droit privé», *op. préc.* n° 455 s. pp. 365 s.). Dès lors que les parties à un contrat se réfèrent à une monnaie étrangère non

contrat d'échange et non pas à un contrat d'entreprise. Cette qualification est du reste la plus conforme à la volonté des parties qui entendent précisément s'affranchir de l'économie monétaire et marchande pour fonder une solidarité par l'échange. Lorsqu'il puise dans le « catalogue des ressources » d'un SEL, l'un de ses membres ne s'engage pas à payer quoi que ce soit, mais à apporter en retour et à due concurrence son industrie et ses services aux autres membres. Tout l'intérêt du SEL est justement de faire place à ceux qui ne peuvent pas payer, et sont ainsi admis dans le cercle de l'échange sans avoir à y apporter un crédit autre que la confiance qu'on leur fait.

Cette qualification du contrat ne suffit pas à écarter la poursuite d'un but lucratif, puisque celui-ci ne s'entend pas seulement de la prévision d'une contrepartie monétaire. Mais l'échange nous situe dans la zone grise qui sépare le bénévolat de la recherche de bénéfices⁽⁶²⁾ : zone de l'entraide, du coup de main, du secours mutuel... On sait les difficultés rencontrées aujourd'hui par les mutuelles à faire reconnaître leur spécificité face au droit communautaire, qui peine à admettre qu'entre le droit de la concurrence et celui de la Sécurité sociale il puisse exister quelque chose de juridiquement viable: Et les SEL répondent assez bien à la définition des mutuelles, à ce détail près que les cotisations y prennent la forme d'apports en nature ou en industrie⁽⁶³⁾. Quant aux contrats noués entre leurs membres, ils s'apparentent à l'entraide familiale ou de voisinage (dont on admet qu'elle échappe à la

seulement pour libeller une obligation, mais aussi pour s'en libérer, les unités étrangères sont traitées comme un corps certain, et ce serait dénaturer la volonté des parties que de les convertir en francs. Il doit logiquement en aller de même lorsqu'elles se réfèrent à une monnaie franche.

⁶² C'est cette zone qu'avait cherché à dissiper le fameux arrêt Caisse rurale de Manigot (Cass. 11 mars 1914, D. P. 1914, 1, 257, note L. S.) qui, pour distinguer la société de l'association, avait défini le but lucratif par la recherche d'un bénéfice. Mais l'on sait que la frontière ne pas rechercher de bénéfices (art.1832 C. civ.), tandis que l'association peut se voir reconnaître un but lucratif au regard notamment du droit fiscal, alors même qu'elle ne vise pas la réalisation de bénéfices (Cons. d'Ét. 15 avr. 1991, Assoc. Profor req. N° 77075 et 77076; 6 nov. 1995, Centre interservice de santé et de médecine du travail en entreprise, req. 147388). En réalité il n'existe pas aujourd'hui de notion unitaire du but lucratif en droit positif, sa définition variant au gré des textes qu'il s'agit d'appliquer

⁶³ «Les mutuelles sont des groupements à but non lucratif qui, essentiellement, au moyen de cotisations de leurs membres, se proposent de mener dans l'intérêt de ceux-ci ou de leur famille, une action de prévention de solidarité et d'entraide... » (art. L. 111-1 C. mut.).

qualification de travail clandestin ⁽⁶⁴⁾) ou à l'entraide agricole, à cette différence près qu'ils ne jouissent d'aucune reconnaissance légale.

Comme il arrive souvent, le droit rural pourrait bien nous montrer ici le chemin. Conservatoire du travail indépendant, il est devenu laboratoire des formes ultramodernes de travail en sous-traitance (pour le meilleur et souvent pour le pire!). Dernier îlot de l'entraide volontaire, il pourrait servir de modèle à de nouvelles formes de solidarité civile. Qu'on relise les articles L.325-1 à L. 325-3 du Code rural relatifs à l'entraide entre agriculteurs ⁽⁶⁵⁾; qu'on prête attention aux institutions, telles les « banques de travail », que les agriculteurs ont su construire sur cette base légale ⁽⁶⁶⁾. Et l'on se convaincra que sous réserve de quelques adaptations, de quelques précautions supplémentaires ⁽⁶⁷⁾, il serait facile de transposer aux systèmes d'échange locaux les règles de l'entraide agricole pour les mettre à l'abri des deux dangers qui les guettent : devenir un lieu d'exploitation de la misère humaine, un de plus; crouler sous les poursuites sociales ou fiscales.

En l'absence même de texte, qualifier d'échanges les contrats passés entre les membres du SEL aurait permis de soutenir que les services qui s'y échangent n'ont pas de but lucratif au sens de l'article L. 324-10, mais un but d'entraide mutuelle. Cette voie était fermée à la cour de Toulouse à partir du moment où elle avait retenu la qualification de contrat d'entreprise. C'est

⁶⁴ V J.-C. SCIBERRAS «Rép. trav.» Dalloz t. 4, v° Travail clandestin, n° 40.

⁶⁵ L'entraide est réalisée «par des échanges de services en travail ou en moyens d'exploitation. Elle peut être occasionnelle, temporaire ou intervenir de manière régulière»; la loi qualifie l'entraide de contrat gratuit même lorsque le bénéficiaire rembourse au prestataire tout ou partie des frais engagés par ce dernier (art. L. 325-1). Ces prestations sont exonérées de prélèvements sociaux et fiscaux (art. L. 325-2) et le prestataire demeurant responsable de ses actes doit prendre une assurance couvrant tous les risques entraînés par l'exécution du service rendu (art. L. 325-3; v. Soc. 25 janv. 1990, *B. civ.* V n°33).

⁶⁶ V L. LORVELLEC «Droit rural», Paris, MASSON, 1987, n°871 s. p. 367 s.; J. MÉGRET : La banque de travail en agriculture *Gaz. Pal.* 1970, I, Doct. 102; «Le régime juridique de l'entraide» *Gaz. Pal.* 1978, I, Doct. 158; J. LE CALONNEC : «Solidarité et responsabilité dans le droit de l'entraide entre agriculteurs », in «La terre, la famille, le juge, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard». Paris, Économica, 1990, pp. 37-55.

⁶⁷ Précautions inspirées des règlements même des SEL : limitation stricte du volume des échanges et du nombre d'adhérents par SEL (v. *supra*). Toute prestation payable en argent appelle évidemment, comme c'est déjà le cas en matière d'entraide agricole une requalification de la prestation en contrat de travail (Soc. 10 fév. 1977, *B. civ.* V n° 99) ou en contrat d'entreprise.

pourquoi elle en a emprunté une autre, tirée du caractère minime et occasionnel de la prestation. Cette planche de salut paraîtra assez fragile aux SEL. Elle ne servirait pas à grand chose en particulier dans le cas d'activités de services non soumises aux obligations d'immatriculation visées par l'arrêt ⁽⁶⁸⁾ ; et il paraît audacieux de déduire du défaut d'obligation d'immatriculation celui de déclaration fiscale et sociale. Toutefois cet arrêt procède d'une intuition juste en se plaçant sur le terrain du *de minimis*. Non seulement parce que l'observation montre la faible valeur marchande des biens et services qui s'échangent au sein des SEL ⁽⁶⁹⁾, mais plus encore en raison des dangers inhérents au développement de véritables zones franches s'exemptant de contribuer à la solidarité nationale tout en prétendant continuer à en bénéficier ⁽⁷⁰⁾.

IV - SOLIDARITÉ CIVILE ET SOLIDARITÉ NATIONALE

Il faut être attentif à cette ambivalence de la solidarité civile. Tout comme les promoteurs du PACS, les SEL revendiquent, à l'appui d'une solidarité de proximité, des droits sociaux et fiscaux particuliers, c'est-à-dire un effort de la solidarité nationale. Dans les deux cas on observe l'émergence juridique du travail non professionnel : la prise en charge effective d'autrui, l'entraide personnelle, sont ainsi candidates à des formes de reconnaissance juridique qui ne soient pas directement monétaires, mais attributives de droits sociaux ⁽⁷¹⁾. Dans les deux cas la question posée est la même : comment faire en sorte que les formes nouvelles de la solidarité civile qui, à l'instar des mutuelles, se limitent à un cercle restreint d'adhérents, ne sapent pas la solidarité nationale mais la soutiennent et la prolongent ? Pour le PACS, la réponse dépend de la consistance juridique de la solidarité dont ce pacte se réclame; pour le SEL, du respect de la double

⁶⁸ Puisque, selon la Cour de cassation, les activités de prestation de services à but lucratif tombent sous le coup de l'art. L. 324-10 C. trav. même lorsqu'elles ne sont pas de celles qui obligent à une immatriculation au registre du commerce ou au répertoire des métiers (Soc. 8 déc. 1992, *B. civ.* V n° 411 . préc.).

⁶⁹ Cf. S. LAACHER : «Économie informelle officielle et monnaie franche», *art. préc.* pp. 251 s.

⁷⁰ L'État a été le premier il est vrai à donner le mauvais exemple en faisant sienne la politique des zones franches (cf. G. LYON-CAEN, J. PÉLISSIER, A. SUPIOT «Droit du travail», Dalloz, 19° éd. 1998, n° 234-1, p. 231), avec les résultats que l'on sait (par exemple dans le cas corse).

⁷¹ Sur cette prise en considération du travail non professionnel par le droit social, v. «Le travail en perspectives», ouv. coll., LGDJ 1998, spéc. pp. 229 s.

limitation du nombre de leurs adhérents et du volume de leurs transactions. Autrement dit la solidarité doit être davantage tirée du côté contractuel dans le cas du PACS, qui a été conçu comme une alternative au mariage, et davantage tirée du côté de l'entraide personnelle dans le cas du SEL, qui a été conçu comme une alternative au marché.

Plus largement, une interrogation s'ouvre sur la signification politique de cette affirmation de « l'entresoi » comme remède au « chacun pour soi ». L'Histoire montre que les époques de crise économique et politique font resurgir des pactes d'amitié conçus sur le modèle du ménage ou de la phratrie, tels ces affrètements ou frèrèches observés par Emmanuel Le Roy Ladurie dans le Languedoc du XV^{ième} siècle et dont il explique le prodigieux essor par l'incapacité des institutions publiques de fournir à l'individu la protection matérielle et morale qui lui sont nécessaires⁽⁷²⁾. La manière dont la solidarité fait aujourd'hui retour dans l'orbe du droit civil n'est pas sans évoquer cet effondrement des « structures libidineuses de l'État »⁽⁷³⁾. La perte de foi en l'État, en son autorité tutélaire et en sa capacité protectrice, entraîne un mouvement ambivalent de repliement sur soi et de réaffirmation des valeurs de la République⁽⁷⁴⁾. De ce point de vue, la référence à la solidarité civile est plus dynamique que ne le serait un retour à des archétypes familiaux. Par sa dimension contractuelle elle demeure une structure juridique ouverte, et donc propice à l'invention de nouveaux types de liens sociaux, qui ne laissent personne sans foyer où s'abriter et sans marché où échanger.

⁷² E. LE ROY LADURIE «Les paysans du Languedoc», Paris, 1^{ière} éd. SEVPEN 1966, 2^o éd. Flammarion 1969, pp. 34 s.

⁷³ Selon la formule de Freud, reprise par E. LE ROY LADURIE, *op. cit. loc. cit.* qui serait du reste aussi applicable à l'entreprise.

⁷⁴ Cf. « Malaise dans le social » *Dr. soc.* 1996, 115.