

Le droit du travail bradé sur le « marché des normes »

par

Alain Supiot

Professeur à l'Université de Nantes*

*Le maître est nourri par le serf, lui qui prétend le nourrir.
Et le serf ne voit point la fin de ses larmes et de ses soupirs*

Adalbéron de Laon

L'accès du plus grand nombre à un travail utile et convenablement rémunéré est le but poursuivi en principe par toute politique de l'emploi. Dans cette perspective, le Droit de l'Emploi s'étend, au-delà du droit du travail salarié, d'une part aux règles de droit commercial qui déterminent la place du travail – salarié ou non - dans la sphère marchande, et d'autre part aux règles de droit public qui fixent le sort des fonctionnaires de l'État, des collectivités locales ou des établissements hospitaliers. Or ni le droit commercial ni le droit de la fonction publique ne figurent sur l'agenda des réformes conduites au nom de la politique de l'emploi, alors qu'il y a de sérieuses raisons de penser que c'est là que les réformes seraient les plus urgentes et les plus utiles.

Comme les vieux clowns qui ne font plus rire personne, ces réformes rabâchent un air mille fois entendu : le droit du travail serait le premier responsable du chômage¹ et sa « flexibilisation », combinée à une politique d'aides publiques à l'emploi, serait la voie royale d'un retour du plein emploi. Bien sûr le rabâchage n'est pas la répétition et l'on peut déceler dans ces réformes quelques variantes nouvelles. Mais on voudra bien pardonner à un observateur lassé de ne pas s'attarder sur cette face visible et assez décourageante du droit de l'emploi. Réformer le droit du travail est un problème en soi, qu'il est funeste de confondre avec celui du niveau d'emploi (I). Il faut donc remonter à la source dogmatique de pareils errements (II), pour sortir du darwinisme normatif où le législateur se laisse enfermer (III).

I – Haro sur le droit du travail ! (Variations sur un air connu)

Une constante des réformes menées au nom de l'emploi depuis 30 ans est de s'attaquer toujours aux maigres sécurités auxquelles s'accrochent encore les plus faibles. Qu'elles aient été menées au nom du « partage » ou de la « flexibilisation » de l'emploi, le dénominateur commun de ces politiques a été d'imputer à certains avantages liés à l'emploi (travail à temps plein, salaire décent, protection contre le licenciement) la difficulté de certaines catégories de travailleurs à trouver un emploi. Ce qui a conduit, selon l'inspiration plus ou moins « sociale » du moment, à réduire ces avantages ou à en faire supporter une partie du coût par l'État ou la sécurité sociale. Le droit de l'emploi est ainsi devenu le lieu le plus visible du renversement des rôles qui s'est opéré entre l'État, l'entreprise et la finance. Là où, dans la tradition colbertiste, l'Etat dictait les grandes lignes d'une politique économique que les grandes entreprises mettaient en œuvre et que les financiers

* UMR CNRS 6028/MSH AngeGuépin

¹ V. ce que disait déjà sur ce point G. Lyon-Caen, *Le droit au travail*, in *Les sans emploi et la loi*, (ouv. coll.), Quimper, Calligrammes, 1988, p. 203 et s..

devaient servir, ce sont aujourd'hui les objectifs financiers qui dictent la conduite des entreprises, tandis que le coût des sacrifices humains qui en résultent est supporté par l'État, soit directement par le financement des politiques de l'emploi, soit indirectement lorsqu'il doit faire face à la misère, la violence et l'insécurité.

Cette instrumentalisation de l'État conduit à une réforme rampante du statut salarial, qui n'étant pas avouée comme telle, n'est pas véritablement délibérée ou négociée. Avec cet effet que les protections sont rognées ou supprimées là où elles seraient le plus nécessaire tandis qu'elles continuent de s'empiler en haut de l'échelle salariale et jusque sur la tête des cadres dirigeants. Bien que régulièrement stigmatisée, cette dualisation du monde du travail ne cesse de s'accroître. Ceci est particulièrement vrai des droits collectifs, dont l'effectivité tend à être proportionnelle à la sécurité de l'emploi : ce sont ceux qui en auraient le plus besoin qui s'en trouvent totalement privés².

La réforme du statut salarial, son adaptation aux changements objectifs que les nouvelles techniques introduisent dans l'organisation du travail, est un problème en soi, qui mériterait d'être abordé en tant que tel. Le modèle de l'emploi, de l'abdication par un travailleur de sa liberté en échange d'une certaine sécurité, ne peut plus avoir la place centrale qui a été la sienne dans la société industrielle. Tout le monde ou presque s'accorde aujourd'hui à considérer que la question de ce statut déborde la simple occupation d'un emploi, et qu'au-delà de l'emploi il convient de construire un état professionnel des personnes qui assure sur le long terme leur capacité et leur sécurité économique, et leur donne ainsi les moyens de prendre des initiatives et d'assumer des responsabilités³. Les notions clés dans cette perspective sont le travail (entendu sous toutes ses formes, et pas seulement au sens de travail salarié), la capacité professionnelle et la sécurité économique et non pas l'emploi, la subordination et la sécurité sociale.

Ce n'est pas en s'acharnant sur les rigidités présumées (et en fait inexistantes) du statut des salariés les plus fragiles qu'on risque d'avancer beaucoup sur cette voie, mais bien plutôt en faisant évoluer le statut de la fonction publique, qui devrait être en France le lieu privilégié de la réforme du droit de l'emploi. Comme l'emploi à vie au Japon, la fonction publique constitue en France la référence centrale de notre modèle d'emploi. La plupart des dirigeants des grandes entreprises en sont issus, et la grande masse des salariés du privé aspirent à une sécurité dont elle incarne le modèle. A la différence des formes les plus dégradées du statut salarial, le statut de la fonction publique se prête parfaitement à une réforme de l'emploi qui adosserait sur la sécurité professionnelle garantie tout au long de la vie des engagements contractuels évoluant au cours de la carrière, source de droits et de devoirs propres à chaque agent⁴. Une telle réforme ne serait donc pas seulement une manière de guérir l'État de l'arthrose aiguë dont il souffre, et de mieux employer l'argent public. Ce serait aussi, et peut-être surtout, la clé d'une réforme du « modèle social » français.

² Cf. Revisiter les droits d'action collective, *Dr. Soc.* 2001, p. 687 et s. Qui peut sérieusement prétendre que le titulaire d'un contrat nouvel embauche, révocable *ad nutum* par son employeur, dispose effectivement du droit de grève ?

³ Cf. Lectures étrangères sur le devenir du droit social, *Dr.Soc.* novembre 2005.

⁴ Exemple à l'attention des juristes : serait-il inconvenant d'admettre que dans les facultés de droit, un professeur-avocat (variété en plein essor) n'est pas aussi disponible pour ses étudiants et libre dans ses recherches qu'un professeur à temps plein, et de décider (comme la plupart des pays européens) que cette différence d'engagement professionnel est légitime mais doit se traduire par une différence de traitement, la réduction de la rémunération des uns permettant de mieux payer les autres ou d'embaucher des jeunes ? La même question peut être posée quant aux obligations d'enseignement, qui demeurent les mêmes que l'universitaire ait ou n'ait pas d'activité de recherches. L'idée d'une modulation des engagements, et donc des droits et des devoirs de chacun durant sa carrière en fonction de l'intensité de son engagement dans l'enseignement, la recherche ou l'administration universitaire, est une idée de bon sens, souvent répétée (v. not. Conseil national de développement des sciences humaines et sociales *Pour une politique des sciences de l'Homme et de la société*, Paris, PUF, Quadrige, 2001, p. 41 et s.). Elle s'est brisée jusqu'à présent sur la fédération des conservatismes mandarinaux et syndicaux, qui préfèrent faire payer aux jeunes (par la raréfaction ou la précarisation de l'emploi, ou par le transfert des charges pédagogiques ou administratives) le prix de leurs « avantages acquis ».

Loin de s'engager dans cette voie, la dernière avalanche de textes adoptés au nom ou au sujet de l'emploi met en œuvre la doctrine des organisations économiques internationales, qui ne cessent d'inviter les pays de la « vieille Europe » à « flexibiliser » leurs marchés du travail⁵. Le législateur continue ainsi de rechercher dans la réduction des protections attachées à l'emploi les clés du retour à l'emploi (A), alors que tout porte à penser que l'abrogation pure et simple du code du travail n'y suffirait pas (B).

A) Les « nouvelles » remises en cause du droit du travail au nom de l'Emploi

Les « réformes du marché du travail » entreprises un peu partout en Europe demeurent prisonnières du vieux modèle de l'emploi, dont elles se contentent de dégrader les termes, en réduisant les sécurités et en augmentant la dépendance des salariés qu'elles « ciblent ». Sont ainsi édifiés des *ersatz* d'emploi, aussi coûteux pour les caisses de l'État et de la sécurité sociale qu'inefficaces dans la lutte contre le chômage⁶. On s'enfoncé d'autant plus aveuglément dans ces impasses que la notion d'emploi est juridiquement ambiguë. Elle sert à désigner à la fois un état collectif mesurable (le degré de participation des personnes à la production de biens et services) et un état individuel des personnes (le statut professionnel conféré par un contrat de travail ou une fonction publique)⁷. Ces deux faces sont évidemment liées et l'accès à un emploi avec un petit e dépend certainement de la situation de l'Emploi avec un grand E. Mais il est en revanche douteux que l'inverse soit vrai, et que la détérioration (flexibilisation) des emplois entraîne mécaniquement une amélioration de l'Emploi. Depuis 30 ans, et au fil des alternances politiques, les emplois ont été précarisés, partagés, subventionnés, sans effet majeur sur le niveau d'Emploi. L'évolution de ce dernier a suivi la courbe de l'activité des entreprises et non pas celle des réformes du droit du travail. Qui croit sérieusement du reste que l'on peut créer des emplois en réformant le code du travail ? L'acharnement législatif et réglementaire dont celui-ci est l'objet traduit plutôt l'impuissance pathétique d'un État qui ne veut ou ne peut agir sur les autres dimensions du droit de l'Emploi.

De ce point de vue, il n'y a rien de vraiment neuf dans les dernières réformes adoptées au nom de la politique de l'emploi. Faute de s'attaquer aux causes de la situation de l'emploi, elles s'en prennent à ses effets et prolongent des tendances déjà observables dans les réformes antérieures. Que pouvait-on encore ôter comme sécurité à une jeune mère isolée candidate à un emploi de caissière dans une supérette ? Elle pouvait déjà être recrutée par CDD, mise à temps partiel, employée selon des horaires « modulés ». La réponse est donnée par le « contrat nouvel embauche » : on pourra désormais la licencier sans motif. Difficile de voir là-dedans quoi que ce soit de nouveau. Seulement un pas de plus dans une ornière déjà profonde. On peut prédire un grand succès statistique à ces contrats. De même, un contrat qui permettrait demain d'embaucher au dessous du SMIC serait certainement plébiscité par les employeurs. Mais on peut douter que ces avatars de « contrats à contrainte allégée »⁸ soient de nature à restaurer durablement l'emploi

⁵ V. par ex. la dernière *Étude économique de la France*, publiée par l'OCDE en juin 2005, dont le chapitre 3, intitulé « Améliorer la performance du marché du travail », impute à la protection contre le licenciement et au montant trop élevé du SMIC la responsabilité du chômage des travailleurs peu qualifiés.

⁶ Les aides à l'emploi ont représenté en 2004 24,5 milliards d'euros, dont 17,2 milliards consacrées à compenser les allègements des charges sociales. La Cour des comptes critique le manque d'évaluation « ex post » de ces aides (*Rapport annuel au Président de la République 2004*, chapitre 6 : *Les dispositifs d'évaluation des politiques d'aides à l'emploi de l'État*, pp.221-252)

⁷ V. François Gaudu *L'emploi dans l'entreprise privée. Essai de théorie juridique* Th. Paris-I, 1986, et du même auteur : La notion juridique d'emploi en droit privé *Dr. Soc.* 1987, 414; Les notions d'emploi en droit *Dr. Soc.* 1996, 569.

⁸ Avancée à l'époque par le président du CNPF, M. Yvon Gattaz, l'idée que des « emplois à contrainte allégée » (ENCA) permettraient de lutter efficacement contre le chômage, avait conduit en 1986 à la suppression de l'autorisation préalable des licenciements économiques, sans effet spectaculaire sur l'emploi.

et constituent une réponse à la mesure des énormes bouleversements dont le travail est l'objet dans l'économie « globalisée ».

Bien sûr, les recettes les plus éculées et les moins imaginatives laissent apparaître ici ou là les symptômes de changements structurels qu'un lecteur attentif ne manquera pas d'observer. Ainsi en va-t-il par exemple de la *mue de la notion de service public* à l'œuvre dans la création presque simultanée du service public de l'emploi⁹ et du service public de l'accueil des étrangers en France¹⁰. Tous deux troquent, selon une formule déjà bien connue en d'autres domaines, le monopole d'un établissement public pour l'association d'opérateurs privés à l'exécution d'une mission d'intérêt général. *L'atténuation du clivage privé/public* se fait aussi sentir avec l'assimilation, en matière d'aides à l'emploi, des personnes publiques entrant dans le champ de l'assurance chômage à des employeurs privés¹¹, ou bien avec l'institution de groupements d'employeurs entre personnes de droit privé et collectivités territoriales¹². Se confirme aussi la politique dite d'*activation de la dépense sociale*, déjà expérimentée dans le cadre de l'assurance chômage, et qu'on retrouve au centre du volet emploi de la loi de cohésion sociale, avec la réforme (permanente) du « contrat insertion-revenu minimum d'activité »¹³ et la création du « contrat d'avenir »¹⁴, contrats « aidés » qui « ciblent » la plupart des titulaires de minima sociaux en âge de travailler. Ressurgissent ainsi les vieilles questions auxquelles avaient donné lieu le système de *Speenhamland* dans la première moitié du XIX^{ème} siècle¹⁵ : jusqu'à quel point les secours publics aux indigents peuvent-ils servir à subventionner les employeurs qui les font travailler ? Ce rapprochement historique n'est pas gratuit car la *territorialisation* du droit de l'emploi est un autre trait remarquable des dernières réformes. Ce sont les préfets de région qui ont plus que jamais la main sur la mise en œuvre des instruments juridiques de remise au travail¹⁶ et des dispositifs spécifiques s'appliquent dans des zones d'emploi sinistrées, à la ville¹⁷ comme à la campagne¹⁸. Ceci répond sans doute au souci de ravaudage du lien social. La figure du *contrat d'allégeance*, qui vise à créer un lien plus qu'à définir un échange, ne cesse de se répandre : aux contrats d'insertion du hérémitisme ou de retour à l'emploi du chômeur est venu s'ajouter le « contrat d'accueil et d'intégration », qui doit être proposé, dans une langue qu'il comprend, à tout étranger admis pour la première fois au séjour en France en vue d'une installation durable¹⁹. On en rapprochera le « droit à un accompagnement » conféré à toute personne de 16 à 25 ans « en difficulté et confrontée à un risque d'exclusion professionnelle »²⁰. Accompagnement « personnalisé, renforcé et assuré par un référent »²¹ dans le cas des jeunes faiblement ou pas qualifiés, et qui peut donner lieu à la conclusion d'un « contrat d'insertion dans la vie sociale » conclu avec l'État²².

⁹ C. trav. art. L. 311-1 ; V. Y. Rousseau, Du monopole public du placement à un nouveau service public de l'emploi, *Dr. Soc.* 2005, 456.

¹⁰ C. trav. art. L. 341-9

¹¹ C. trav. art. L.388-4-8 et L.322-4-15-1

¹² C. trav. art. L.127-10 à 13.

¹³ C. trav. art. L. 322-4-15 et s.

¹⁴ C. trav. art. L. 322-4-10 et s.

¹⁵ V. sur ce mécanisme d'allocation différentielle versée par les collectivités locales aux travailleurs gagnant moins d'un minimum hebdomadaire, Karl Polanyi *La grande transformation*, trad. fr. Paris, Gallimard, p. 113 et s. ; S. Deakin & F. Wilkinson *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, 2005, p. 126 et s.

¹⁶ Ainsi le contrat initiative-emploi, et le contrat d'accompagnement dans l'emploi, qui visent tous deux les « personnes rencontrant des difficultés sociales et professionnelles d'accès à l'emploi » sont gérés dans le cadre d'une même enveloppe budgétaire par les préfets de région (qui disposent d'une assez grande latitude pour en fixer les conditions d'éligibilité et les modalités de mise en œuvre) V. C. trav. art. L.322-4-7.

¹⁷ Zones franches urbaines réorganisées par le D. n°2004-565 du 17 juin 2004.

¹⁸ Zones de revitalisation rurale réformées par la loi n°2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux.

¹⁹ *Code de l'action sociale et des familles*, art. L. 117-1

²⁰ C. trav. art. L.322-4-17-1.

²¹ C. trav. art. L.322-4-17-2. La notion de référent (si lourde de sens en théorie du droit) est importée des « sciences de l'éducation », qui ont banni celles de tuteur et d'instituteur. Chassez l'institution, elle revient au galop...

²² C. trav. art. L.322-4-17-3.

Signe de la reféodalisation du lien social, mais aussi de l'emprise typiquement française du modèle de l'emploi public, toutes les personnes visées par ces nouveaux dispositifs d'aide à l'accès à l'emploi sont systématiquement qualifiées par la loi de « bénéficiaires » et non pas de titulaires du droit et de l'emploi qui leur est attribué. Bénéfices misérables, sans commune mesure avec ceux des hauts fonctionnaires qui cumulent les avantages du public et du privé, mais dont les titulaires sont redevables à la bienfaisance du Prince. Le droit de l'emploi touche peut-être avec cette étrange terminologie une sorte de fond. Voir dans le travail un bienfait accordé au travailleur et non un bienfait dispensé par le travailleur est proprement renversant. Renversement qui consiste traiter le travail non pas comme la cause, mais comme un effet de la richesse. L'illusion n'est pas nouvelle et l'évêque Adalbéron de Laon en faisait déjà la remarque au Roi de France aux alentours de l'an mil : « Le maître est nourri par le serf, lui qui prétend le nourrir. Et le serf ne voit point la fin de ses larmes et de ses soupirs »²³. Elle n'est pas nouvelle, mais elle peut paraître étrange à une époque où la question du travail, ou plus exactement de la « ressource humaine », n'a jamais été aussi déterminante pour l'économie. Cette ressource, de même que les ressources naturelles se trouvent pour l'essentiel dans les pays dits en développement, tandis que les pays dits développés sont surtout riches de leur capitaux et de leur savoir scientifique et technique. Les rapports que les uns et les autres peuvent nouer déterminent beaucoup plus sûrement la situation de l'emploi que n'importe quelle réforme du droit du travail.

B – L'abrogation du code du travail ne suffirait pas à garantir l'Emploi

La libre circulation des capitaux et des marchandises n'est pas un fait imposé par la nature mais le produit de décisions politiques fixées par le droit commercial. Depuis vingt ans le droit du commerce international tend ainsi à effacer toutes les limites territoriales assignées antérieurement aux marchés. Soit qu'elle le favorise, soit qu'elle le fasse disparaître, l'incidence de cette configuration juridique des marchés sur l'Emploi est sans commune mesure avec celle du droit du travail. Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser à la situation de l'emploi de travailleurs indépendants qui échappent entièrement aux règles du travail salarié, mais pas à celles du commerce international. Un domaine d'élection du travail indépendant est on le sait le secteur agro-alimentaire, qui est passé d'un bond du modèle « archaïque » de la paysannerie d'antan au modèle ultramoderne de l'intégration dans des réseaux internationaux de production et de distribution. Une partie de ce secteur vit de la politique agricole commune (composante elle aussi méconnue du droit de l'Emploi), mais il en est une autre qui n'est pas subventionnée.

C'est le cas par exemple de l'élevage de poulets hors sol, qui a été intensivement développé, en particulier dans l'ouest de la France ou aux Pays-Bas depuis le début des années quatre-vingt. Les méthodes sont industrielles (25 poulets au m², utilisation massive d'antibiotiques, etc.), les produits insipides, les pollutions abondantes (empoisonnement des eaux par les nitrates) et les coûts de revient (apparents) très bas. La filière est organisée en réseaux sur la base de contrats d'intégration, sorte de contrats de travail indépendant conclus entre les quelques firmes agroalimentaires qui dominent le marché mondial et les éleveurs qu'elles contrôlent d'un bout à l'autre de la chaîne de production²⁴. Sorte de « paradis social » donc, tel que le rêvent les partisans de la déréglementation du droit du travail : pas de salaire minimum, pas de limitation du temps de travail, pas de droit de grève ni de conventions collectives.

L'évolution d'un secteur de ce genre permet donc de se faire une idée assez précise de ce que pourrait être l'impact sur l'emploi d'une abrogation pure et simple du code du travail²⁵. Dans un

²³ Lettre à Robert le Pieux (circ. 1020), citée par Jacques Le Goff *La civilisation de l'Occident médiéval*, Paris, Arthaud, 1964, pp. 319-320.

²⁴ V. L. Lorvellec, L'agriculteur « sous contrat », in *Le travail en perspectives*, ouv. coll. Paris, LGDJ 1998, p.179 s., repris in *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, Dalloz, 2002, p. 331.

²⁵ V. le dossier publié sur le sujet par un collectif d'ONG *Exportations de poulets : l'Europe plume l'Afrique*.

premier temps, cette aviculture hors sol a connu une croissance vertigineuse, tant à destination du marché européen qu'à l'exportation internationale, induisant l'emploi d'un nombre substantiel d'aviculteurs. Puis les firmes agroalimentaires se sont implantées dans des pays émergents à coûts de production beaucoup plus faibles (Brésil, Thaïlande, Chine) et ont réimporté une partie de cette production en Europe, exerçant ainsi une pression à la hausse de la « productivité » et à la baisse des revenus des éleveurs européens. Les effets les plus destructeurs, en termes d'emplois, de la libre circulation de ces poulets congelés ont cependant concerné les pays africains. Les marchés avicoles de ces pays étaient protégés d'une concurrence excessive par les accords de Lomé, conclus en 1975 entre la Communauté européenne et les pays dits ACP (Afrique, Caraïbe, Pacifique). A l'abri de cette protection juridique, une petite production avicole artisanale de poulets de qualité vendus vivants (dits poulets « bicyclette », habitués à courir) avait commencé de s'y développer. Aux fins de mise en conformité avec les règles de l'OMC, ces protections ont été démantelées en 2000 par l'accord de Cotonou, ce qui a ouvert les vannes de l'importation massive des morceaux de poulets congelés dédaignés par les consommateurs du nord (cou, croupion, ailes)²⁶. Vendus à vil prix (il s'agit d'un simple surplus de profit pour les firmes agroalimentaires, la vente des « bons morceaux » au nord assurant déjà la rentabilité) dans des conditions sanitaires déficientes (rupture de la chaîne du froid), ces importations ont ruiné le secteur avicole local en cours de constitution. Les éleveurs ruinés sont venus grossir le flot grandissant de travailleurs africains que la casse des économies locales contraint à émigrer au Nord. En Europe, l'arrivée massive des « bons morceaux » de poulets congelés brésiliens ou thaïlandais à des prix inférieurs de moitié à la production locale a plongé dans la crise l'aviculture bretonne, dont les marges plongent tandis que le nombre des emplois recule. Cette globalisation de la filière avicole est suspendue aux coûts excessivement bas des transports (eux-mêmes liés à la déréglementation du travail maritime). Elle est aussi annonciatrice de catastrophes sanitaires majeures avec la « globalisation » du risque de peste aviaire.

Ce cas parmi bien d'autres²⁷ de réalisation « exemplaire » d'une division internationale du travail fondée sur l'exploitation des « avantages comparatifs » locaux et la recherche de l'« efficacité économique », n'incite pas seulement à douter de l'avenir radieux que nous promettent les prédicateurs de la nouvelle économie mondialisée : il nous rappelle que cette économie repose sur les réformes du droit du commerce international qui ont été adoptées depuis l'implosion du communisme. Tournant le dos depuis 20 ans aux principes juridiques affirmés après la seconde guerre mondiale, ces réformes ont mis en œuvre une dogmatique anarcho-capitaliste dont les effets ne peuvent être que destructeurs, aussi bien pour les travailleurs indépendants ou « informels » que pour les salariés, et aussi bien pour les pays du sud que pour ceux du nord.

II – Anarcho-capitalisme et désinstitution des marchés (Jouir des capitaux sans entrave)

A – Le renversement de la Déclaration de Philadelphie

Ce n'est pas la situation de l'emploi qui dépend du droit du travail, mais ce sont au contraire les droits du travail nationaux qui dépendent de la division internationale du travail organisée par le

<www.agirici.org/HTML/PDF/Campagnes/Poulets/poulets_print.pdf>

²⁶ Plus généralement, ce démantèlement des accords ACP a plongé du jour au lendemain dans l'abîme des pays qui avaient fondé sur eux leur politique de développement économique. C'est le cas par exemple de l'île Maurice, qui avait réussi un décollage économique dans les secteurs du jouet et du textile et a été victime de délocalisations massives vers la Chine.

²⁷ Malgré une propagande omniprésente sur la fatalité et les bienfaits du démantèlement de toutes les barrières commerciales dans le monde, certaines pièces du dossier parviennent à la connaissance d'un large public : cf. le succès du documentaire d'Hubert Sauper *Le cauchemar de Darwin* (2005) qui, au travers du cas de la spécialisation (encouragée par l'Union européenne), de la Tanzanie dans la production de perches destinées à l'exportation, constitue une véritable leçon de choses sur les effets humains et écologiques de la globalisation.

droit du commerce international. Et c'est la claire conscience de cette dépendance qui a justifié en 1919 l'institution d'une Organisation internationale du travail (OIT aujourd'hui réduite à l'impuissance et qu'il faudrait profondément réformer) chargée d'empêcher que la concurrence internationale ne s'exerce au détriment des droits des travailleurs. La nécessité d'adapter les règles commerciales et financières aux besoins de sécurité économique des hommes a été réaffirmée solennellement après la seconde guerre mondiale par la Déclaration de Philadelphie qui, intégrée à la Constitution de l'OIT, contient une disposition aussi essentielle que méconnue du droit international des affaires. Après avoir proclamé le droit de tous les êtres humains « de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales », elle affirme que « tous les programmes d'action et mesures prises sur le plan national et international, notamment dans le domaine économique et financier, doivent être appréciés de ce point de vue et acceptés seulement dans la mesure où ils apparaissent de nature à favoriser et non à entraver, l'accomplissement de cet objectif fondamental ».

C'est à rebours de cette norme qu'on tend au contraire aujourd'hui à apprécier toute disposition de droit social du seul point de vue financier et à ne l'accepter que dans la mesure où elle apparaît de nature à favoriser et non à entraver la concurrence entre travailleurs à l'échelle mondiale. Là où l'on devrait évaluer l'impact de la libéralisation du commerce sur la sécurité économique des hommes, on s'emploie partout au contraire à mesurer l'impact de cette sécurité sur la compétitivité économique²⁸, qui n'est plus envisagée comme un moyen mais comme une fin, à laquelle les hommes doivent être "adaptés"²⁹. Un tel renversement conduit à tenir pour intangible le régime juridique des échanges et à considérer au contraire le droit de l'emploi comme une variable d'ajustement aux besoins des marchés. A s'en tenir à la Déclaration de Philadelphie, c'est bien pourtant au droit du commerce international que devrait être d'abord posée la question de l'accès à la sécurité économique par le travail. Et l'on peut espérer voir un jour les juristes commercialistes, notamment ceux des facultés de droit, rechercher les cadres juridiques les plus aptes à faire de la libre circulation des capitaux et des marchandises un instrument de réalisation du droit des êtres humains à « poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales ». Le retour aux fondements juridiques de l'économie de marché devrait donc être l'une des priorités du droit de l'Emploi. Dans la théorie libérale classique, le marché n'est pas un état de nature, mais un dispositif institutionnel de mise en concurrence permettant l'allocation la plus juste possible des ressources. Autrement dit le marché est un instrument de réalisation de la justice dans la production et la répartition des biens matériels. Il n'est donc ni un but en lui-même, ni un principe général d'organisation de la société, mais il s'inscrit dans un état de droit qui tout à la fois le fonde et le délimite.

B – La doctrine du « marché des produits législatifs »

Cette conception libérale s'est effacée depuis 20 ans au profit d'un anarcho-capitalisme, qui voit au contraire dans le Marché la *Grundnorm* de tout ordre juridique, c'est-à-dire un principe méta-juridique devant s'imposer dans tous les pays à tous les aspects de la vie en société et conduire au

²⁸ Le BIT lui-même se laisse entraîner sur cette pente et cherche aujourd'hui à fonder la légitimité des normes internationales du travail sur des critères de compétitivité économique. "Dans les pays en développement, peut-on lire ainsi dans l'une de ses publications récentes, les employeurs doivent comprendre qu'une bonne alimentation va constituer une force de travail plus solide qui, à long terme, rendra leur société ou leur pays plus compétitifs et plus attractifs pour les investisseurs" (Chr. Wanjek *Food at Work. Workplaces solutions for malnutrition, obesity and chronic diseases* Genève, BIT 2005, 448 p.). Si l'on adopte ce pragmatisme de style négrier, il ne reste aucune raison valable de nourrir convenablement les vieillards et les malades, qui représentent à l'évidence un handicap compétitif.

²⁹ Cf. les dispositions de l'art. 125 du traité de la Communauté européenne (repris dans l'art. III-203 du projet de Traité constitutionnel): «l'Union et les États membres s'attachent [...] à promouvoir une main-d'œuvre [...] susceptible de s'adapter ainsi que des marchés du travail aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie».

dépérissement des États³⁰. Cette idéologie, dite à tort néo-libérale, est notamment mise en œuvre par d'anciens marxistes-léninistes ou maoïstes reconvertis dans la politique et les affaires, que l'on retrouve aussi bien dans les médias ou les *think-thanks* patronaux, qu'à la tête de la Commission européenne ou dans le gouvernement des ex- pays communistes, la manifestation la plus grandiose de ces noces du matérialisme historique et du marché étant aujourd'hui la République populaire de Chine. Ces idéologues demeurent fidèles à leur croyance la plus fondamentale, selon laquelle les rapports économiques commandent la vie en société et produisent les "superstructures" juridiques et culturelles. Le droit (tout comme la religion, les idées ou les arts) est donc analysé par eux comme un produit en compétition à l'échelle du monde au sein d'un vaste marché des normes, où s'opèrerait la sélection naturelle des ordres juridiques les mieux adaptés aux besoins des marchés. Au lieu que la libre concurrence soit fondée sur le Droit, c'est le Droit qui devrait être fondé sur la libre concurrence.

Telle est la doctrine mise en œuvre aujourd'hui par la Banque mondiale, dont les rapports annuels *Doing Business* publient depuis 2004 une évaluation systématique de tous les aspects des droits nationaux intéressant l'efficacité économique. La base de données chiffrées ainsi tenue à jour est destinée à fournir des « mesures objectives » du droit des affaires de 155 « économies » (i.e. pays). Elle repose notamment sur des indicateurs chiffrés de la « rigidité » des droits du travail de ces pays. Le rapport *Doing Business 2005* contient un chapitre intitulé *Hiring and Firing Workers*, qui est spécialement consacré à la mesure des entraves à l'investissement que représenterait dans chaque pays le droit du travail. Le tableau comparatif de tous les droits du travail du monde est construit autour des indicateurs suivants : difficultés d'embauche ; difficultés de l'allongement ou de la réduction de la durée du travail ; difficulté du licenciement économique d'un travailleur ; indice de rigidité de l'emploi ; coût d'embauche et coûts de licenciement³¹. On aura compris que « difficultés » désigne des règles, et « coûts » des droits protecteurs des salariés. L'indice de « rigidité de l'emploi » inflige ainsi des points de pénalité aux États qui reconnaissent trop de droits aux travailleurs, tels qu'une protection sociale aux salariés à temps partiel ; des salaires minima jugés trop élevés par la Banque (20 dollars par mois est ainsi jugé trop élevé pour les pays africains) ; une limitation à moins de 66 heures par semaine de la durée du travail ; un préavis de licenciement ou des programmes de lutte contre la discrimination raciale ou sexuelle³². Destinés à permettre un étalonnage (*benchmarking*) des droits nationaux, ces indicateurs visent à évaluer dans quelle mesure la législation d'un pays donné favorise ou au contraire décourage l'investissement. Ils s'adressent aussi bien aux investisseurs internationaux, qu'ils éclairent dans leur recherche des « environnements juridiques » les plus propices à la réalisation de profits élevés, qu'aux États, qu'ils engagent dans une compétition visant à l'augmentation générale de ces profits. S'organise ainsi, sur la base d'instruments de mesure "objectifs", un marché des législations qui doit permettre à celles qui sont les plus adaptées aux exigences des investisseurs internationaux de survivre³³ tandis que les autres doivent les imiter ou disparaître³⁴. La compétition que se livrent

³⁰ Parmi les auteurs ayant explicitement théorisé l'anarcho-capitalisme, le plus connu est David Friedman (fils de Milton), dont le livre manifeste *The Machinery of Freedom. Guide to a Radical Capitalism* [1^{ère} éd. 1971] est publié en français : *Vers une société sans État*, Paris Les Belles Lettres, 1992. Venu de la physique au droit en passant par la science économique, Friedman est l'un des représentants du courant *Law and Economics* (v. not son livre *Law's Order. What Economics has to do with Law and why it matters*, Princeton University Press, 2000, et du même : *Law as a private Good Economics and Philosophy* 10 [1994], 319- 327). V. aussi, mais venant de l'école du droit naturel, Murray Rothbard *The Ethics of Liberty*, [1^{ère} éd. 1982] New-York University Press, 1998, trad. fr. *L'Éthique de la liberté*, Paris, Les Belles Lettres, 1991. Par delà leur différences doctrinales, tous ces courants libertariens communient dans une même haine de l'État.

³¹ Cf. <http://www.doingbusiness.org/ExploreTopics/HiringFiringWorkers/CompareAll.aspx>. La Banque reprend ici à son compte une méthodologie mise au point par des économistes des universités de Harvard et de Yale : Juan Botero, Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, and Andrei Shleifer, *The regulation of Labor*, *Quarterly Journal of Economics*, November 2004.

³² Cf. le commentaire par la Confédération internationale des syndicats libres (CISL) du rapport *Doing Business 2005*, et la Déclaration du groupement *Global Unions* aux réunions annuelles du FMI et de la Banque Mondiale (Washington, 24-25 septembre 2005). Disponibles sur le site de Global Unions <www.global-unions.org>

³³ Les indicateurs de la Banque mondiale donnent un net avantage aux systèmes de *common law*.

les entreprises sous l'égide des marchés financiers ne devrait donc pas se cantonner à la sphère économique, mais devenir le principe d'organisation de la sphère juridique. Ce darwinisme normatif est aujourd'hui relayé en France à la fois par la magistrature³⁵ et la doctrine la plus autorisée³⁶.

Faire ainsi de la compétition le seul principe universel d'organisation du monde conduit aux mêmes impasses que les totalitarismes du XXème siècle, dont le trait commun fut justement l'asservissement de la forme juridique aux lois supposées de la compétition entre les races ou les classes. Affirmer cela, et prédire que cette doctrine ne pourra engendrer que la déraison et la violence, ne procède pas d'une quelconque position politique ou morale, mais de l'une des rares certitudes que peut apporter la « science du Droit » : c'est parce que l'égoïsme, la cupidité et le *struggle for life* sont bel et bien présents dans le monde *tel qu'il est*, qu'ils doivent être contenus et canalisés par une référence commune à un monde tel qu'il doit être. Il est vrai que cette distinction de l'être et du devoir être, du *sein* et du *sollen*³⁷, a été depuis plus d'un siècle la cible des différents avatars du scientisme, qui se sont employés à confondre règle juridique et norme technique. Mais ces tentatives sont vaines et ont toujours conduit à des échecs sanglants. La lutte des classes, des races ou des individus peut exister comme fait historique. Mais ériger cette lutte en principe fondateur de l'ordre juridique, c'est nier la possibilité même de cet ordre et programmer la casse humaine. C'est aussi se condamner à perdre contact avec la réalité : chassée du ciel des valeurs, la dogmatique imprègne la représentation pseudo-scientifique du monde sur laquelle est fondée la "gouvernance".

Tout comme le darwinisme social dont il procède, le darwinisme normatif n'est en effet réaliste qu'en apparence. Loin de permettre une représentation juste du monde, il prive l'esprit de sa faculté de jugement. Car pour juger de la réalité, il faut pouvoir la rapporter à un système de valeurs qui lui est extérieur. Et réciproquement, pour remettre en question un système de valeurs, il faut admettre qu'il n'est pas inhérent à la nature et se prête à délibération ou contestation. Traiter les systèmes de valeurs comme des produits mesurables conduit à détraquer les instruments de mesure et à prêter à son propre système de valeurs une objectivité « scientifique » qu'il ne peut avoir. Les indicateurs conçus par l'Union européenne³⁸ ou par la Banque mondiale pour mesurer les performances des droits de l'emploi nationaux sont ainsi l'image caricaturale d'une normativité qui s'ignore. Non seulement ils échappent à toutes les exigences de débat démocratique qui continuent d'entourer la délibération des lois³⁹, mais encore l'image quantifiée

³⁴ C'est la doctrine du président du conseil scientifique de la fondation de recherche de l'UMP : v. F. Ewald, La justice aussi se mondialise. « Common law » et droit continental sont en concurrence frontale et seront jugés sur leur coût, leur rapidité et leur efficacité, *Enjeux Les Echos*, 1^{er} juin 2005.

³⁵ V. tout spécialement le discours de rentrée solennelle 2005 du président de la Cour de cassation, publié par la fondation de recherches de l'UMP (G. Canivet « Vers une nouvelle pensée juridique », *Les Cahiers du débat* mars 2005), qui reprend à son compte la notion de « marché des codifications » et en appelle à l'élaboration « d'indicateurs crédibles » susceptible de justifier la « compétitivité mondiale » de notre appareil juridictionnel.

³⁶ Cf. le panorama très complet de la littérature juridique sur le sujet (essentiellement américaine et importée en Europe par la doctrine *Law and Economics*) dressé par H. Muir Watt *Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, Académie de droit international de La Haye, *Recueil des cours* t. 307 (2004), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005, 383 pages.

³⁷ Cf. sur ce point les fines observations de L. Kolakowski, « The persistence of the sein-sollen dilemma », *Man World. International Philosophical Review* n°10, 1977, pp. 194-233.

³⁸ Cf. sur les indicateurs mis en œuvre par la Méthode ouverte de coordination des politiques de l'emploi, R. Salais, « La politique des indicateurs. Du taux de chômage au taux d'emploi dans la Stratégie européenne pour l'emploi », in B. Zimmerman (dir.) *Les sciences sociales à l'épreuve de l'action : le savant, le politique et l'Europe*, Paris, Éd. de la Maison des sciences de l'Homme, 2004, pp. 287-331.

³⁹ Dans une communication récente relative à son plan d'action « Mieux légiférer », la Commission européenne estime que « l'environnement réglementaire de l'Union européenne » a pour but de « promouvoir la compétitivité de l'Europe ». Elle en déduit que « les nouvelles initiatives législatives doivent faire l'objet d'une évaluation d'impact » destinée à vérifier qu'elles sont bien de nature à « contribuer à la compétitivité » (Communication *Résultat de l'examen des propositions législatives en instance devant le législateur* COM [2005] 462 final). Présentant cette Communication devant le Parlement européen le 27 septembre 2005, son vice président, Günter Verheugen, a expliqué que la

qu'il donnent à voir n'est pas celle de la réalité, mais celle des croyances qui ont présidé à leur élaboration⁴⁰. A la différence des catégories statistiques conçues depuis Quételet, qui malgré leur inévitable dimension normative⁴¹ visaient à mesurer la réalité, les nouveaux indicateurs conçus pour les besoins du *benchmarking* visent à mesurer, non pas la réalité, mais un écart entre la réalité et un idéal implicite (dans le cas du droit du travail, celui de l'adaptation des hommes aux besoins des marchés financiers, érigés en instance suprême d'évaluation). Ils procèdent de la même démarche dogmatique que celle des indicateurs de la planification soviétique et sont gros des mêmes effets : orienter l'action vers la satisfaction des objectifs quantitatifs plutôt que vers des résultats concrets⁴² et masquer la situation réelle de l'économie et de la société⁴³ à une classe dirigeante déconnectée de la vie de ceux qu'elle dirige. La représentation chiffrée du monde qui gouverne aujourd'hui la gestion des affaires publiques et privées, enferme les organisations internationales, les États et les entreprises dans un autisme de la quantification qui les coupe de plus en plus de la réalité de la vie des peuples.

Le phénomène des délocalisations est une bonne illustration des effets induits par la mise en concurrence des normes et des dévoiements du principe de libre concurrence auxquels en fin de compte elle conduit. Lorsqu'une entreprise décide de s'établir à l'étranger pour y conquérir des parts de marché, elle s'y trouvera en concurrence avec d'autres entreprises, soumises aux mêmes règles sociales, fiscales et environnementales qui régissent ce marché. Son investissement, si l'entreprise est performante, lui sera profitable et sera aussi profitable aux populations locales. La liberté d'investissement et la libre concurrence opèrent bien alors comme des instruments d'amélioration du sort matériel des hommes. Lorsqu'au contraire, comme dans la filière du poulet, une entreprise délocalise son activité pour réimporter ensuite des produits réalisés en contravention des règles fiscales, sociales et environnementales du pays d'origine, ce ne sont pas les produits qui sont mis en concurrence (sauf à considérer que l'entreprise se fait concurrence à

Commission avait commencé d'élaborer à cette fin des « normes pour la nouvelle législation et l'évaluation des coûts induits ». Ces « métanormes » (ou plus exactement « catanormes ») seront élaborées selon une « méthodologie » basée sur « l'analyse et les connaissances scientifiques qui alimentent les études d'impact grâce à un réseau d'experts externe ». Un filtre normatif « scientifique » se trouvera ainsi placé en amont de la délibération parlementaire, évitant aux élus d'avoir à connaître de projets de normes juridiques nuisibles à la compétitivité des entreprises. La communication contient une première liste de 68 projets de directives retirés sur cette base, dont par exemple celle imposant le repos dominical dans les transports routiers.

⁴⁰ L'un des pères de la comptabilité moderne, aux Etats-Unis, James Anyon, donnait à la fin du XIX^e s. de sages conseils qui semblent aujourd'hui oubliés, malgré l'actualité que leur confère la faillite des systèmes d'audit dans les affaires du type *Enron* ou *Worldcom* : « Use figures as little as you can (...) Think and act upon facts, thruths and principles and regard figures only as things to express these (...) The well trained and experienced accountant of today is not a man of figures » (cité par D.Boyle *The Tyranny of Numbers*, Londres, Harper Collins, 2000, p. 38).

⁴¹ Cf. sur le cas de la mesure du chômage, l'ouvrage classique de R.Salais, N.Baverez & B. Reynaud *L'invention du chômage*, Paris PUF, 1986, éd. Quadrige, 1999.

⁴² Le grand écrivain dissident (et logicien) soviétique Alexandre Zinoviev parlait à ce sujet de « mensonge véridique ». La mise en œuvre à l'Université d'indicateurs tels que le nombre de soutenances de thèses ou le taux d'échec en premier cycle pour attribuer primes ou crédits, en fournit une bonne illustration : rien de plus facile que d'afficher des résultats conformes, il suffit de baisser le niveau d'exigence. A l'heure où ce type d'indicateurs se répand pour évaluer le travail des chercheurs (« citation index », « nombre de brevets » « nombre de publications dans une revue à comité de lecture », etc.), il faut se donner le plaisir de relire les pages que Zinoviev consacre à la planification de la recherche en URSS (rebaptisée Ivanbourg) : « On avait oublié la recherche. On s'appliqua à réparer cet oubli. Il y eut une réunion spéciale. On prit la décision d'élever, d'améliorer et de rectifier. Puis on passa aux mesures concrètes : 1) augmenter le nombre de docteurs de troisième cycle et de docteurs ès sciences ; 2) améliorer la formation des chercheurs et le niveau théorique et scientifique des thèses ; 3) augmenter le nombre de publications consacrées à l'actualité scientifique, etc. Sitôt dit sitôt fait. Comme on dit, il fallait que ça saute. Au bout de six mois le nombre de docteurs de troisième cycle fut multiplié par 100 et celui des docteurs ès-sciences par 99. Le poids total des publications atteignit 100 millions de tonnes. Il ne faut pas lésiner dans ce genre d'histoires. Autant faire les choses en grand. Et bientôt Ivanbourg fut pleine de science à craquer » (A. Zinoviev *Les hauteurs béantes*, Lausanne, L'Âge d'Homme, 1977, pp. 428-429).

⁴³ Sur le mensonge induit par la soumission aux indicateurs chiffrés d'évaluation des performances individuelles, v. Chr. Dejours *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Dijon, INRA éd., 2003 ; et déjà du même auteur *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, Paris, Seuil, 1998, p. 61 et s..

elle-même) mais les systèmes normatifs. Avec cet effet bien connu d'engager dans une course à la déréglementation fiscale, sociale et environnementale, les premiers pays « bénéficiaires » des délocalisations étant désertés dès que d'autres apparaissent moins exigeants en ces domaines⁴⁴. La pratique des délocalisations aux fins de réimportation qu'on peut déjà observer dans de nombreux secteurs, (tel celui des biens ménagers : textile, ameublement, etc.⁴⁵) risque fort d'entraîner dans les prochaines années l'effondrement de pans entiers de l'activité économique. Il est douteux que les pays occidentaux, qui abritent une population vieillissante représentant moins de 15% des travailleurs dans le monde, puissent convaincre les 85 % restant de ne pas fabriquer moins cher des produits à haute valeur ajoutée, et personne ne peut douter en revanche de la capacité de pays comme l'Inde ou la Chine de le faire très rapidement et à grande échelle. Sauf à aligner nos conditions de travail et d'emploi sur celle de ces continents, on voit mal que le débat sur l'emploi puisse alors continuer de se cantonner au droit du travail et ne conduise pas à remettre en question le régime juridique du commerce international. Le risque d'un retour au protectionnisme et au nationalisme le plus étroit est aujourd'hui extrêmement élevé et se nourrit de l'autisme des prédicateurs de la globalisation.

III – Sortir du darwinisme normatif (Les vrais ressorts de l'emploi)

« L'argent est comme le fumier, observait Francis Bacon, nuisible sauf à être répandu »⁴⁶. La financiarisation de l'économie conduit aujourd'hui à l'entasser plutôt qu'à l'épandre pour fertiliser l'activité humaine. La pression générale à la baisse des coûts, et au premier chef des coûts du travail, favorise d'un côté une accumulation vertigineuse de profits financiers (qui ne trouvant plus à s'employer dans la création de richesses, sont de plus en plus fréquemment utilisés à les détruire au travers des opérations de rachat par les sociétés de leurs propres actions) et entraîne d'un autre côté une déconnection de la productivité et de la rémunération du travail⁴⁷, une paupérisation des États (engagés dans une course au moins-disant fiscal), une réduction généralisée des périmètres de la solidarité et une surexploitation des ressources naturelles.

Pour en sortir il conviendrait de remettre le marché sur sa base juridique au lieu de s'employer à saper cette dernière. Un marché se définit d'abord par l'existence des limites que la loi lui fixe. La fixation de ces limites doit se faire en considération des conditions réelles de vie et de travail des hommes, et viser à les améliorer. La création de la communauté européenne, visait ainsi l'élargissement et non l'effacement de ce qu'on appelait encore le marché intérieur. Elle s'appuyait sur l'expérience de l'industrialisation, qui avait vu tous les États occidentaux se doter des conditions juridiques de leur essor matériel en n'ouvrant leurs frontières que dans la mesure nécessaire à leur prospérité économique⁴⁸. Le marché devenait « commun », ce qui impliquait à la fois la concurrence entre les entreprises et la solidarité entre les États. Cette clé de voûte de la

⁴⁴ C'est le cas notamment du Maroc, dont la production textile est aujourd'hui sinistrée par les délocalisations vers la Chine.

⁴⁵ cf. l'enquête de Laurence Benhamou *Le grand bazar mondial*, Paris, Bourin, 2005, 237 p.

⁴⁶ « Above all things, good policy is to be used, that the treasures and monies in a State be not gathered into few hands. For otherwise, a State may have a great stock, and yet starve; and money is like muck, not good except it be spread. » F. Bacon *Of Seditions and Troubles in The Essays or Counsels, Civil and Moral* Oxford University Press, 1999. V. sur cette question des conditions de la fécondité de la monnaie, les travaux de Massimo Amato (*Il bivio della moneta. Problemi monetari e pensiero del denaro nel Settecento italiano*, Milan, EGEA, 1999 ; *L'énigme de la monnaie*, Università Bocconi, ISE, Working Paper, n°2, 2004) et de Luca Fantacci (*La moneta. Storia di un'istituzione mancata*, Venice, Marsilio, 2005, 276 p.).

⁴⁷ Dans un article récent, l'ancien secrétaire d'État au travail du président Clinton observe que depuis le début des années 70 le produit national par personne a cru aux États-Unis de 75%, tandis qu'en dollars constants le salaire moyen des travailleurs masculins est passé de 15,24\$ en 1973 à 15,26\$ en 2004 (Robert Reich « An Economy Raised on Pork », *The New-York Times* du 3 septembre 2005).

⁴⁸ Les grandes puissances émergentes ont retenu la leçon. Ainsi l'Inde, qui a développé une puissante industrie pharmaceutique, alimentant les pays pauvres en médicaments génériques, avant de souscrire aux règles de la propriété intellectuelle dans le domaine du médicament.

construction européenne a disparu à partir du moment où les États membres et la Commission ont été parties prenantes du projet de marché sans limite, c'est-à-dire du programme de démantèlement dans tous les secteurs et dans tous les pays de toute entrave à la libre circulation des capitaux et des marchandises. Cette extension sans limite ne peut que ruiner la solidarité entre les États membres et transporter dans l'Union elle-même la mise en concurrence des droits nationaux, notamment dans le domaine de l'emploi. La contradiction est aujourd'hui manifeste en droit communautaire entre les règles qui procèdent du vieux projet d'institution d'un marché commun (emportant harmonisation des droits des États membres, notamment dans les domaines sociaux et environnementaux), et celles qui procèdent du nouveau projet de marché mondial (emportant mise en concurrence des droits nationaux sous l'égide des marchés financiers).

La libre circulation des marchandises et des capitaux n'est pas un objectif en soi. Elle n'a de valeur que dans la mesure où elle sert réellement l'amélioration du sort des hommes. C'est au Droit qu'il incombe d'élargir ou de restreindre le jeu du libre échange, selon qu'il sert à fertiliser le travail des hommes et à les arracher à la misère ou au contraire à priver les hommes de travail et à les plonger dans la misère. Des idées sont avancées en ce sens par des économistes plus attentifs aux effets réels de la libéralisation mondiale des échanges qu'aux indicateurs conçus pour la mettre en œuvre. La proposition a ainsi été faite de dissocier la libre circulation des capitaux, qu'il faudrait maintenir dès lors qu'elle permet d'apporter des ressources financières à des régions riches en hommes et pauvres en argent, et la libre circulation des marchandises, qu'il faudrait encadrer au sein de grands marchés continentaux ou régionaux⁴⁹. Les règles protégeant ces grands marchés régionaux ne constitueraient pas des obstacles à la concurrence dès lors que toute entreprise étrangère serait admise à y investir dans les mêmes conditions que les entreprises locales. Mais la limitation de la circulation des marchandises entre ces grands marchés serait de nature à encourager les investissements de long terme, puisque les entreprises seraient assurées d'être soumises aux mêmes règles du jeu que leur concurrentes sur ce marché. Seraient au contraire découragés les investissements opportunistes et volatiles, réalisés en vue de la réimportation dans un autre marché de produits réalisés en contravention des règles sociales et environnementales qui y sont en vigueur. D'autres économistes contesteront sans doute la pertinence de propositions aussi stimulantes. Mais elles sont en tout cas conformes à la nécessité d'asseoir l'économie de marché sur des bases juridiques solides qui mettent en concurrence les entreprises et non pas les droits nationaux.

D'autres pistes mériteraient d'être explorées, qui concernent le droit des sociétés et non le droit du travail. La situation de l'emploi se trouve aujourd'hui beaucoup plus sûrement déterminée par le choix d'un système de normes comptables que par le caractère plus ou moins contraignant du droit du licenciement⁵⁰. De même, la distribution des pouvoirs entre les organes des sociétés commerciales a un impact direct sur l'arbitrage entre les intérêts respectifs des différentes parties prenantes de l'entreprise (actionnaires, dirigeants, salariés, sous-traitants, etc.)⁵¹ ou entre le court et le long terme. Le droit des sociétés peut fort bien par exemple, comme le droit néerlandais jusqu'à une date récente⁵², réserver l'exercice du pouvoir de direction à ceux des détenteurs du

⁴⁹ Cf. J.-L. Gréau *L'avenir du capitalisme*, Paris, Gallimard, 2005, p. 221 s.

⁵⁰ « Pourquoi les dividendes ne seraient-ils pas comptabilisés comme des charges ? Et pourquoi se focaliser sur la seule création de valeur actionnariale et non sur la totalité de la valeur créée par l'entreprise — la 'valeur ajoutée' qui est répartie entre les différents apporteurs de facteurs de production ? » Y. Lemarchand, « Le miroir du marchand. Norme et image comptable », in A. Supiot (dir.) *Tisser le lien social*, Paris, éd. MSH, 2004, p. 233.

⁵¹ V. l'abondante littérature de langue anglaise consacrée à la place qu'il convient de ménager à ces *stakeholders* dans la « gouvernance » des entreprises et not. S. Deakin & A. Hughes (eds.) *Enterprise and Community: New Directions in Corporate Governance*, Londres, Blackwell, 1997, 176 p.

⁵² De 1971 à 2004 les grandes entreprises néerlandaises ont été dirigées par un conseil de surveillance coopté. La simple détention d'une part du capital ne suffisait donc pas à y siéger, ce qui décourageait les raids financiers visant les plus values à court terme (cf. A. Jacobs, *International Encyclopaedia of Labour Law*, Ch. *The Netherlands*, sect.3). Ce système dissuasif pour le capitalisme prédateur a été abrogé en 2004 sous la pression des milieux d'affaires internationaux et au nom des principes de la *corporate governance*.

capital qui ont fait la preuve de leur attachement aux intérêts à long terme de l'entreprise, et en écartant en revanche ceux qui ne sont que des consommateurs de placements, en quête de gains rapides. Un tel système mettait en œuvre la distinction avancée par certains auteurs⁵³ entre deux types d'actionnaires : les actionnaires entrepreneurs, attachés au sort de l'entreprise (et donc intéressés en principe à la sauvegarde de son « potentiel humain »); et les actionnaires spéculateurs, qui en exigent le rendement financier le plus rapide et le plus élevé possible, et peuvent se révéler aussi dangereux pour elle qu'une nuée de sauterelles pour une exploitation agricole⁵⁴. Les premiers se soumettent au principe de l'autonomie juridique de la société par rapport à ses actionnaires, tandis que les seconds se comportent comme s'ils en étaient les propriétaires. Le fait que le droit des sociétés favorise l'une ou l'autre de ces deux formes d'actionariat est évidemment beaucoup plus lourd de conséquences sur l'emploi que le caractère plus ou moins protecteur du droit du licenciement. Et l'on sait que toutes les réformes opérées ces dernières années – le cas néerlandais n'est qu'un exemple parmi d'autres – sont allées dans le sens souhaité par le capitalisme financier plutôt que par le capitalisme entrepreneurial.

Dans sa célèbre parabole des abeilles et des frelons, Saint-Simon s'étonnait, neuf siècles après Adalberon de Laon, de la soumission du « parti des producteurs », (composé de tous les « industriels » : ouvriers, artistes et entrepreneurs) à une caste gouvernante improductive (le « parti des nobles », unissant les nobles, les militaires et les légistes). De la métaphore des frelons à celle des sauterelles, qui vient d'animer le débat allemand sur l'emploi, la distance n'est pas très grande. Il s'agit dans les deux cas de dénoncer la soumission des acteurs de l'économie réelle (ceux que Saint-Simon appelle les « industriels », et qui rassembleraient aujourd'hui les salariés et les entrepreneurs) à ceux d'une économie symbolique, monopolisée hier par les nobles, les militaires et les légistes et aujourd'hui dominée par le capitalisme financier. Ce qui donne une certaine actualité à la conclusion de sa fable : « Si on me demande quel est le savoir politique qui manque aux industriels et dont ils ont besoin pour atteindre leur but, je répondrai : c'est d'abord l'idée claire du système politique qui leur convient ; c'est ensuite la connaissance du moyen d'unir leurs efforts contre le parti des nobles »⁵⁵.

⁵³ Cf. not. Jean-Philippe Robé *L'entreprise et le droit*, Paris, PUF, 1999, p. 80 et s. ; et dans le même sens Jean-Luc Gréau *L'avenir du capitalisme*, op.cit, p. 204 et s.

⁵⁴ Avancée en Allemagne par le président du SPD, Franz Münteferring, pour dénoncer la prise de contrôle d'entreprises allemandes par des fonds spéculatifs, cette image de la nuée de sauterelles y a provoqué une intense polémique (v. not. M. Wolffsohn « Heute Heuschrecken, damals Judenschweine » *Süddeutsche Zeitung* du 3 mai 2005). On rapprochera de ce débat le lancement en France par le Premier ministre du thème du « patriotisme économique » à l'annonce d'une possible prise de contrôle de *Danone* par *Pepsico*. Ces préoccupations communes auraient pu déboucher en d'autre temps sur une initiative européenne visant à réglementer l'action des fonds spéculatifs, mais on voit mal qu'une proposition de ce genre puisse franchir le filtre des normes « scientifiques » d'évaluation mis en place par la Commission dans le cadre de son plan « Mieux légiférer » (v. supra, note 39).

⁵⁵ C.-H. de Saint-Simon, Sur la querelle des abeilles et des frelons, in *La physiologie sociale. Œuvres choisies, introduction et notes de Georges Gurwitsch*, Paris, PUF, 1965, p. 103.