



HAL
open science

JUSTE CAPITALISME Essai sur la volonté de croissance

Xavier Lagarde

► **To cite this version:**

Xavier Lagarde. JUSTE CAPITALISME Essai sur la volonté de croissance. LITEC, 2009. hal-02156870

HAL Id: hal-02156870

<https://hal.science/hal-02156870>

Submitted on 14 Jun 2019

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

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

JUSTE
CAPITALISME

Essai sur la volonté de croissance

Xavier LAGARDE

AVERTISSEMENT

Le présent ouvrage a été écrit afin de pouvoir être lu en continu ou chapitre par chapitre, dans l'ordre souhaité par le lecteur. Pour permettre une lecture sélective, des reprises mais aussi des renvois ont été nécessaires.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction

Chapitre 1 : le problème avec l'économie

Chapitre 2 : bourgeois contre capitalistes

Chapitre 3 : comment nous aurions dû devenir communistes

Chapitre 4 : le capitalisme honteux

Chapitre 5 : l'entreprise, une institution qui vacille

Chapitre 6 : les errements de la valeur travail

Chapitre 7 : tous capitalistes

Chapitre 8 : une société de capitalistes

Chapitre 9 : l'individualisme n'est pas une dérive

Chapitre 10 : qu'est-ce qui est juste ?

Epilogue : ce que la crise nous apprend

Introduction

INJUSTE CAPITALISME

Gros temps sur le capitalisme

Amoral dans son principe, immoral dans ses excès, telle est la sentence qui vient le plus souvent conclure le procès du capitalisme. Ce dernier, dit-on, considère exclusivement les quantités. Ses acteurs cherchent la croissance. Ils ne veulent ni le bien ni le mal. Ce sont des hommes sans qualités. Naturellement, cette forme d'autisme moral peut les conduire aux pires excès. A force de perfectionner la finance, ils peuvent ainsi mettre en danger les grands équilibres de la planète.

Les temps de crise sont souvent l'occasion de critiques plus virulentes. On pointe ainsi le vice de financiers irresponsables qui prennent la bourse, mais aussi bien d'autres marchés, pour un gigantesque casino et qui, comble de la perversion, proposent un jeu dans lequel ils encaissent les gains et les citoyens essuient les pertes. Ce faisant, ajoute-t-on, ils se déshonorent car ils trahissent l'éthique dont ils faisaient profession pour justifier les rémunérations mirobolantes perçues durant les années grasses. N'exposaient-ils pas que l'importance des revenus venait récompenser l'énormité des risques courus ? Ce n'était que pieux mensonge et poudre aux yeux. Lorsque la crise fut venue, ils firent comme les petits salariés qu'auparavant ils brocardaient. Ils ont piteusement réclamé la protection de l'Etat.

Certains, les pires sans doute (mais peut-on en être sûr ?), n'en ont pas moins conservés une très haute idée d'eux-mêmes et conséquemment une très faible de la chose publique. Après avoir été au bord de la faillite, après l'avoir évité uniquement grâce à l'intervention des pouvoirs publics, ils ont encore cru bon de s'octroyer de généreux bonus. Sans doute se sont-ils satisfaits d'avoir convaincu de braves fonctionnaires d'investir dans une firme aux abois ...

L'ennemi, c'est l'actionnaire

La crise passera et les critiques s'atténueront. Demain cependant, il est probable que le capitalisme ne suscitera guère plus de sympathie qu'aujourd'hui. Toujours il lui sera reproché de sacrifier la qualité à la quantité, l'humain à la finance. Le discours qui entoure cette suspicion est d'ailleurs parfaitement huilé. Les délocalisations et les licenciements que l'on dit boursier sont une occasion d'en éprouver l'efficacité.

Qu'est-ce qu'un licenciement boursier ? C'est la décision prise par l'actionnaire de mettre un terme à des emplois existants dans le seul but d'accroître la rentabilité de ses investissements. L'entreprise n'est pas en péril, mais parce qu'il faut toujours faire mieux, le dirigeant sacrifie le facteur humain. Installons des machines, délocalisons, tel semble le maître mot de l'ogre capitaliste.

Ce dernier prend d'ailleurs bien soin d'éviter les peines qu'il impose aux autres. Se sent-il menacé qu'il négocie des rémunérations considérables et de solides filets de protection (les *golden parachutes*). Et s'il a du mal à partager les richesses, au moins sait-il redistribuer les risques. Ainsi les salariés exposés aux poussières d'amiante ont-ils supportés seuls un risque sanitaire majeur alors même qu'à ce jour, aucun décideur n'a été réellement inquiété. Plus généralement, ce sont les *stakeholders*, c'est-à-dire toutes les parties prenantes à la vie de l'entreprise à l'exclusion des propriétaires de celle-ci, salariés bien sûr mais aussi consommateurs, qui semblent faire les frais des défausses successives de l'actionnariat. D'ailleurs, chacun le sait bien, lorsque le cours du pétrole monte, le prix de l'essence augmente mais lorsque le cours baisse, les prix ne bougent plus.

L'investisseur est vorace ; il est aussi intelligent. Il met en œuvre le bon vieux principe de Bourdieu selon lequel un passage en force ne réussit qu'au moyen d'une dénégarion des principes qui le motivent. Ainsi promet-il l'idée que sa rétribution est à la hauteur de sa prise de risque. S'il gagne beaucoup, c'est aussi qu'il a préalablement accepté de tout perdre. Ce disant, il se cache derrière un mirage. Les autres voient ainsi l'inverse de ce qu'il fait réellement. Mais il en faut finalement assez peu pour faire tomber les masques. Un brin de clairvoyance permet de comprendre que l'on accumule d'autant plus qu'on perd rarement.

Il suffit d'à peine tirer le trait pour conclure que la mystique entrepreneuriale n'est au fond qu'un tour de passe-passe idéologique pour conforter la situation des nantis. Les libéraux n'osent pas le dire mais l'enrichissement des riches et l'appauvrissement des pauvres ne les gênent pas particulièrement. Derrière le libéral, il y a le capitaliste et sous le mot liberté il n'y a que l'inégalité.

Mes meilleurs ennemis sont ceux que j'imagine

Les discours de dénonciation sont souvent cohérents. Ils brillent car ils donnent au monde une visibilité que celui-ci n'a pas naturellement. Ils mettent de la transparence là où le flot continu de la vie n'apporte que des eaux troubles. Cependant, pour s'appuyer sur des données plus ressenties qu'avérées, ces discours cèdent à leur tour aux charmes de l'illusion.

Si l'analyse était exacte, si les forces du marché n'étaient que les forces « tout court », il faudrait constater que leur avènement s'accompagne d'un accroissement continu des inégalités. Or, et même si les mesures comportent leur part d'imprécision, l'impression est plutôt que le marché progresse et que les inégalités reculent. Bernard Salanié¹, économiste peu contesté, rappelle ainsi que depuis une cinquantaine d'années, notre pouvoir d'achat n'a cessé d'augmenter et que celui attaché au SMIC a augmenté plus vite que celui attaché au revenu moyen². Il indique aussi, en comparant ce qu'a été l'évolution du niveau de vie en R.D.A. et en R.F.A., que les économies libérales ont fait trois fois mieux que les économies planifiées. Il observe encore que le rapport entre les 10% les mieux rémunérés et les 10% les moins payés s'est stabilisé autour du chiffre trois depuis plus de 40 ans ; que cette stabilité caractérise encore la part des vingt mille foyers fiscaux les plus riches dans le revenu national qui, depuis trente ans, ne dépasse plus 2%.

A l'échelle mondiale, la mondialisation ou encore la globalisation, en un mot, le fait que les frontières entravent de moins en moins l'activité économique, ne semblent pas être à l'origine d'une explosion des inégalités. Les pays pauvres se sont constamment appauvris de 1820 à 1950 puis, à compter de cette date, la dégradation a buté sur un palier. Il y a même des indicateurs plus encourageants. D'abord, l'espérance de vie croît notablement plus vite dans les pays en voie de développement que dans les pays développés. C'est le signe d'un certain rattrapage en terme de bien-être. Il apparaît également que la population vivant en deçà des seuils de pauvreté répertoriés par la Banque Mondiale ne cesse de décroître. Un chiffre pour comprendre : en 1950, 72% de la population mondiale avait un pouvoir d'achat inférieur à ce qu'autorisait en 1985 un revenu de 2\$ par jour ; en 2003, la proportion était tombée à 50%. Il faut préciser qu'auparavant, pour obtenir une baisse aussi significative de la même statistique, il avait fallu un siècle et demi.

Notre planète est encore le lieu d'inégalités colossales. Si le diable vit sur terre, il n'est cependant pas sûr qu'il soit libéral, ni même capitaliste.

¹ V. *L'économie sans tabou*, préface E. Malinvaud, éd. Le Pommier, Paris 2004. Même constat de J. Marseille, *La Guerre des deux France*, Plon 2004 ; *L'argent des Français : les chiffres et les mythes*, Perrin 2009.

² Le pouvoir d'achat d'un SMIC 2004 équivaut au pouvoir d'achat d'un revenu moyen de 1964.

Ce que capitalisme veut dire

Si l'injustice qu'une description sans fard du capitalisme permet d'anticiper ne se constate pas, sans doute est-ce que cette description manque de discernement. Il se pourrait bien que ses principes de fonctionnement soient un peu plus qu'une simple mystification.

Une économie capitaliste est principalement animée par des entreprises dont les propriétaires sont les actionnaires. Parce que l'activité de l'entreprise fait courir à ces derniers le risque de perdre leur investissement, ceux-ci se voient reconnaître le droit de participer à la direction de la firme ainsi que celui de se partager les bénéfices. Tel n'est pas le cas des salariés et des autres créanciers dont les revenus sont plafonnés et qui, s'ils peuvent exprimer leur point de vue, ne dirigent cependant pas l'entreprise. C'est aussi qu'ils ne prennent pas les mêmes risques qu'un actionnaire. Sur les richesses créées par l'entreprise, ils sont payés en priorité. Pour le salarié, un tien vaut mieux que deux tu l'auras. Pour le capitaliste, il vaut moins.

Les exemples qui permettent d'illustrer ce schéma viennent aisément sous la plume.

Les petits porteurs savent ce qu'il en est de la volatilité du cours des actions. A compter de mars 2000, les actionnaires de France Télécom ont ainsi vu le cours de l'action se diviser par 10 ; et depuis lors, la situation ne s'est guère améliorée. Les actionnaires d'E.D.F. sont aujourd'hui plus heureux. Ceux d'Eurotunnel sont passés de l'enfer au purgatoire. Les épargnants qui placent leurs économies en bourse, autrement dit ceux qui investissent, ont donc d'assez bonnes raisons de passer par toutes les couleurs de l'arc-en-ciel. C'est tellement vrai que nombreux sont ceux qui, soucieux de conserver un sommeil paisible, orientent leur épargne vers des produits sûrs : des obligations, donc des créances.

Au-delà de l'épargnant-investisseur, les petits entrepreneurs vivent également les joies et les inquiétudes de la prise de risque. Ils ont une obsession : le point mort, c'est-à-dire le niveau d'activité auquel les produits et les charges s'équilibrent. Il faut atteindre ce niveau, sauf à être en perte. Et si les pertes s'accumulent, il faut « manger » les fonds propres. A terme, l'insolvabilité guette et la perte des économies investies. Plus grave, si l'on discerne une faute de gestion, et cette qualification est vite retenue, l'entrepreneur devra répondre des dettes de l'entreprise au-delà de la mise initiale. Ils en existent beaucoup des entrepreneurs faillis qui, ayant accepté une embauche à la suite de leur déconfiture, continuent de financer l'apurement d'un passif d'une activité qui n'est plus.

Les « petits » prennent des risques, c'est vrai, dira-t-on, mais certainement pas les « gros ». Ce n'est pas si sûr. Certaines entreprises de taille internationale disparaissent. Moulinex, mais avant déjà, quelques géants du textile et de la sidérurgie et demain, peut-être, des constructeurs automobiles. Il se pourrait également que quelques grands groupes pétroliers prennent conscience de leur fragilité. Les dirigeants de ces grandes entreprises semblent moins exposés que leurs collègues des PME. Les revers de fortune existent cependant. A tout le moins, les têtes tombent aisément. Le PDG est à l'image d'un empereur romain : il a presque tous les pouvoirs sauf celui de conforter le sien³. Et lorsque vient la chute, il n'est pas rare que celle-ci stimule des critiques trop longtemps retenues. Les plaintes pénales sont fréquentes. La richesse fait soupçonner l'abus.

A qui profite l'injustice ?

Il est vrai malgré tout que la taille donne de l'assurance. Les pertes sont de peu. Elles laissent le temps de réagir. Et il n'est donc pas entièrement faux que la prise de risque profite en premier lieu à ceux qui, au moins pour eux-mêmes, n'en prennent pas trop. Soit, mais à qui

³ P. Veyne montre fort bien la légitimité impériale repose sur un modèle proche de l' « agence » entrepreneuriale ; v. *L'empire Gréco-Romain*, Seuil 2005, spéc. le chapitre intitulé « Qu'était-ce qu'un empereur romain ? ».

profite l'injustice ? Le monde capitaliste n'est pas si mal fait de telle sorte que le profit revient en partie à ceux qui en ont besoin ou encore le méritent. Trois exemples.

Les fonds de pension sont à peu de choses près l'incarnation du diable capitaliste. Ils drainent une trésorerie considérable de telle sorte que, sauf fraude, ils ne meurent jamais. Forts de leur immortalité, ils en deviennent insatiables et exigent sans cesse un accroissement continu de la rentabilité de leurs investissements. Les licenciements boursiers, ce sont eux. Admettons un instant la caricature qui, ravivant l'antienne de la lutte des classes, met en scène une personne qui s'enrichit en dormant et exploite jusqu'à l'usure ceux qui perdent leur vie à la gagner. Ne perdons alors pas de vue l'identité du dormeur. Le pensionné, comme chacun le sait, est un retraité. C'est donc un individu auquel est reconnu le droit de cumuler revenu et inactivité. Vu sous cet angle, le fonds de pension fait astucieusement le lien entre capital et travail puisque d'une certaine manière il procure du capital à ceux-là mêmes qui ont perdu leur force de travail. Il oriente l'argent de l'inactivité vers ceux qui ont droit à cette dernière. Il existe des systèmes plus injustes.

Les retraités ne sont pas les seuls bénéficiaires du système. Il faut ajouter à la liste ceux qui en sont l'antithèse, à savoir les créateurs, les inventeurs et autres jeunes entrepreneurs. L'institution qui répond à cette attente s'appelle le capital risque. Insuffisamment développée en France, elle est banalisée aux Etats-Unis où elle prend le nom de *venture capital*. L'idée est fort simple. Le jeune entrepreneur qui a besoin de fonds (et ne les trouve pas auprès d'une banque) s'adresse à un « capital-risqueur » (ou *venture capitalist*). Si celui-ci répond favorablement à la demande, il procure les fonds espérés, non pas en consentant un prêt, mais en prenant une participation dans la société qu'il constitue avec l'entrepreneur. Ce dernier n'a donc rien à rembourser si l'affaire ne prend pas. Au cas contraire, les bénéfices seront partagés avec le capital-risqueur. Absence de pertes et gains partagés, tels sont les termes de l'échange. Là comme ailleurs, l'arrangement paraît assez équitable. Au demeurant il est redoutablement efficace. La *silicon valley* (au sud de San Francisco) dont est issu tout ce que la nouvelle économie compte de réussites — Apple, ebay, Hewlett-Packard... — s'appuie largement sur ce modèle de financement. Parce que c'est son intérêt bien compris, le capitalisme n'oublie pas les jeunes pousses.

Finalement, l'argent va au talent plutôt qu'il ne retourne à lui-même. Les « deux cents familles », si elles ont un jour existé, semblent sur le déclin. Les plus grandes fortunes — Bill Gates, par exemple — comptent bien peu d'héritiers. La remarque vaut encore pour les dirigeants des entreprises déjà installées. Sans doute peut-on discuter du caractère excessif de certaines rémunérations. Il n'en reste pas moins qu'elles reviennent le plus souvent à des individus qui ont hérité de leurs seules aptitudes. Peut-être ont-ils recueillis un « capital culturel », en clair une éducation favorable au développement de leur nature industrielle et adaptée aux exigences de l'élite. En même temps, ce capital incorporel est d'une appréhension incertaine. Même s'il est inégalement alloué, il n'empêche pas la mobilité. Comme tous les ascenseurs, l'ascenseur social monte comme il descend.

La sécurité salariale

Si une société juste est celle qui rétribue ses membres en considération de leurs mérites, il n'est donc pas absurde de penser qu'elle puisse se régler sur un modèle capitaliste. D'autant que pour fonctionner, celui-ci doit donner des gages aux salariés. Et le fait est qu'il en donne. En effet, sauf à préférer l'indignation à la réflexion, il est faux de prétendre que le salarié soit l'unique variable d'ajustement.

Le droit français est emblématique à cet égard. Tout d'abord, il institue un contrôle de la cause du licenciement. A ce titre, se trouve condamné le licenciement justifié par une perte de confiance ou une mésentente. Imaginons que Pierre est responsable des achats dans la

société ALPHA et que celle-ci est rachetée par la société BETA. Entre Pierre et son nouveau « boss », le courant ne passe pas au point que 6 mois plus tard, la mésentente est avérée. En l'état du droit actuel, BETA ne peut licencier Pierre en invoquant cette situation. Il faudra trouver une faute, ce qui, soit dit en passant, risque de donner lieu à des formes de harcèlement. Est également interdit le licenciement motivé par le seul souci d'accroître la rentabilité de l'entreprise. Un licenciement économique suppose des difficultés du même ordre, à tout le moins la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, ce qui, naturellement, suppose d'établir que celle-ci est menacée. La dénonciation d'une société ultralibérale, où les salariés seraient traités comme des kleenex, jugés « à la tête du client » et tributaires des appétits boursiers, ressemble en conséquence à une lutte contre des fantômes.

Au reste, si le licenciement est justifié, les salariés ont le droit d'être reclassés, outre, bien sûr, les traditionnelles indemnités de licenciement. A ce jour, ces dernières s'ajoutent à l'indemnisation du chômage. Quelques chiffres pour se faire une idée des mots et des choses : sauf démission sans motif légitime, quiconque a travaillé 16 mois peut prétendre pendant 23 mois à une indemnisation de son chômage. Un salarié ayant travaillé 6 mois peut être indemnisé pendant 7 mois. La période est portée à 36 mois pour un chômeur de 50 ans et plus ayant travaillé 27 mois au cours des trois dernières années. L'indemnité perçue est supérieure à 80 % du précédent salaire pour un salarié payé au SMIC et atteint 66% du net pour un salaire égal à 4 fois le plafond de la Sécurité sociale (environ 10000 euros mensuels). Elle est également revalorisée dans des conditions similaires au profit des salariés justifiant de deux ans d'ancienneté et faisant l'objet d'un licenciement économique. Ces protections sont bienvenues. Il est en revanche malvenu de faire comme si elles n'existaient pas pour dénoncer sans discernement l'ultralibéralisme qui assiègerait nos sociétés.

Bien sûr, il y a la précarité, vécue en France par les quelques 13% de salariés qui n'accèdent pas au CDI (pour contrat à durée indéterminée) et restent cantonnés à l'interim et aux CDD, sinon pire, aux stages peu ou pas rémunérés. Ressentie aussi par ceux qui, en CDD ou en CDI, ont le sentiment de passer trop souvent par la case chômage. Eprouvée de manière plus générale par tous les salariés qui, en considération d'un contexte depuis trop longtemps déprimé, ont le sentiment qu'ils ne s'installeront pas dans leur vie professionnelle et qu'aucun sens ne sera donné à leur carrière. D'un malaise plus ou moins justement ressenti, il ne faut pas tirer de conclusions inconséquentes. Gardons un peu de lucidité pour observer que :

- Toute économie implique des cycles. Aux temps des trente glorieuses, où le problème était de choisir un métier, et non d'en trouver un, a succédé une crise de longue durée (spécialement en France). Pour autant, on ne peut pas confondre la crise avec le système qu'elle affecte. Le capitalisme comporte le risque de la crise mais on ne peut soutenir qu'il la souhaite.

- Au reste, les salariés en situation précaire ne sont pas sans protection : à la fin d'un CDD ou d'un intérim, ils perçoivent des indemnités et ont droit comme les autres à l'assurance chômage.

On peut parler d'*insécurité sociale*. Mais comme pour l'insécurité tout court, et comme le fait d'ailleurs Robert Castel, auteur de l'expression et du livre du même nom, il faut savoir distinguer entre le sentiment et la réalité qui l'inspire. D'ailleurs, c'est aujourd'hui un fait bien connu, la précarité est d'autant plus vivement ressentie que les protections du droit social sont fortes⁴. Quoi qu'il en soit de ce mystère, la sécurité salariale n'est pas un leurre.

⁴ Ce que rappellent P. Cahuc et F. Kramarz dans leur rapport intitulé *De la précarité à la mobilité, : vers une sécurité sociale professionnelle*, déc. 2004, accessible sur internet.

Capitalistes et salariés, la mésentente cordiale

Le modèle social français n'est pas unique au monde. Tous les pays économiquement développés comportent une protection des salariés, que ceux-ci soient en activité ou au chômage. D'un système à l'autre, les différences sont plus de degré que de nature. Par exemple, en Angleterre, il y a une moindre réglementation des causes du licenciement et les indemnités sont plafonnées. Qui plus est, l'assurance chômage est moins généreuse qu'en France. En même temps, les filets de protection existent. S'ils sont moins solides que chez nous, cela n'est au demeurant pas nécessairement au préjudice du salarié dès lors que le taux de chômage est là-bas inférieur à 5% de la population active. Quoi qu'il en soit, il y a une stratégie d'ensemble et des dispositifs de protection des salariés. Sur le principe de leur existence, aucun pays moderne ne transige plus.

D'ailleurs, les pays qui se modernisent se dotent progressivement d'un droit du travail digne de ce nom. Lorsque le capitalisme trouve les moyens de son développement, et après des périodes transitoires plus ou moins longues, les salariés finissent toujours par travailler moins, dans des conditions moins détestables et à des salaires qui augmentent. Ils retardent l'âge de leur entrée dans la vie active comme ils avancent celui de leur sortie... Il arrive que les inégalités progressent, mais indubitablement la pauvreté et la misère reculent.

S'il est vrai que toute économie capitaliste se dote un jour au l'autre de règles protectrices des salariés, vraisemblablement est-ce parce que les deux vont de pair. Il ne faut pas sous estimer l'effet des luttes sociales et nier le fait que les protections s'obtiennent souvent à l'issue de conflits. En même temps, les évolutions chaotiques ne sont pas toujours dépourvues de sens. Le court terme dresse le salarié contre l'actionnaire. Les concessions consenties donnent cependant à l'un et à l'autre des raisons de continuer ensemble : le premier parce qu'il voit sa situation s'améliorer, le second parce que, ce faisant, il se maintient. En certaines occurrences, le court et le long terme se condensent. Ainsi lorsque Ford constate avec un brin de roublardise qu'il ne s'est jamais autant enrichi que le jour où il a (substantiellement) augmenté ses salariés. Ces derniers sont alors devenus consommateurs et ils ont de la sorte permis d'accroître utilement la production, incidemment les bénéfiques.

Entre salariés et employeurs, ce ne sera jamais le grand pardon. Les uns convoiteront toujours ce qu'ils n'ont pas tandis que les autres traîneront à partager ce qu'ils ont. Mais à ce compte, il n'y aura plus de grand soir. Car contrairement à ce que la vulgate marxiste a un temps permis de croire, en économie capitaliste, le salaire ne tombe pas au prix de la faim, il s'arrête au seuil de l'acceptable.

Pourquoi tant de détestation ?

Au terme d'un premier aperçu, le capitalisme ne fait pas si mal les choses. Il engendre plus de richesse que de pauvreté, et s'il a le tort de bien servir les capitalistes, il sait aussi récompenser les mérites et offrir une réelle sécurité à ceux qui y aspirent. D'où vient alors que ce système, ce modèle d'allocation des ressources, diraient les économistes, soit à ce point décrié ?

Si les raisons matérielles font défaut, il doit y en avoir d'autres, d'ordre culturel. Dans cet esprit, on ne peut taire que les intellectuels ayant façonné la culture française ont été majoritairement séduits par le marxisme⁵. Il n'y a là aucun jugement de valeur. C'est un fait. Au reste, même ceux qui ne l'ont pas été n'ont cependant pas échappé à une certaine forme de fascination. Ainsi de Raymond Aron, qui, en 1967, tenait encore ce propos : « *je continue, presque malgré moi, à prendre plus d'intérêt aux mystères du Capital qu'à la prose limpide et*

⁵ On peut lire de E. Le Roy Ladurie, *Paris-Montpellier, P.C.-P.S.U. 1945-1963*, Gallimard 1982, ou encore, M. Winock, *Le siècle des intellectuels*, Seuil 1997.

triste de La Démocratie en Amérique »⁶. Des années plus tard, cet héritage pèse sans doute encore assez lourd.

Tout cela est assez bien connu et n'appelle peut-être plus un ultime commentaire. En revanche, ces analyses peuvent être utilement complétées dans la mesure où elles ne suffisent pas à expliquer la critique radicale dont l'économie capitaliste fait régulièrement l'objet. De fait, une pesée de ses mérites et de ses vices devrait conduire à une forme de consensus semblable à celui que suscite le régime démocratique. On dirait quelque chose comme ce modèle économique est le pire de tous à l'exception de tous les autres. Or, justement, on ne le dit pas. Ou plutôt, ceux qui acquiescent à ce jugement sont bien moins nombreux que ceux qui l'adoptent volontiers à propos de notre organisation politique. Depuis la chute de l'Union soviétique, l'autre monde n'existe plus. Il reste cependant possible. La fin de l'Histoire n'a pas eu lieu.

L'erreur sur le terme est sans doute la conséquence d'une erreur sur le commencement. L'allergie au capitalisme ne date pas de la généralisation de la vulgate marxiste. Le succès de cette dernière tient au contexte favorable dans lequel elle s'est insérée. Antérieurement comme postérieurement, il y a une identité française, inscrite dans une histoire longue⁷ et rétive aux principes du capitalisme. Le chapitre communiste peut bien se clore, l'histoire continue et l'identité demeure. Il est vrai que cette prévention n'a pas empêché le développement de l'économie française. C'est qu'en fait aucune culture ne condamne un peuple au sous-développement⁸. A certains moments privilégiés, un peuple sait identifier les aménagements et les compromis nécessaires. Avec Colbert⁹, Bonaparte et De Gaulle, la France a trouvé les solutions. Pour les identifier, et avec une indéniable pertinence, on les a réunies sous la bannière du capitalisme rhénan (par opposition à capitalisme néo-américain)¹⁰. Simplement, il arrive un moment où celles-ci ne fonctionnent plus. S'ensuivent des périodes de transition propices aux réminiscence. C'est alors qu'il faut trouver d'autres modèles. Il est grand temps.

Telle est donc la thèse du livre qui suit. Au regard du capitalisme, la France est en situation de compromis. La chose économique ne va pas de soi et, au rythme de ses cycles, elle nous oblige à nous interroger sur la justesse de nos arrangements. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, de manière récurrente, la France considère avec bienveillance et parfois complaisance les doctrines anticapitalistes en vogue : autrefois le communisme (mais aussi le fascisme), aujourd'hui l'altermondialisme (encore que le mouvement se fissure), et toujours le culte de la troisième voie¹¹.

Il faut cependant reconnaître que le compromis est durable. Le temps est donc peut-être venu de ne plus traiter le capitalisme comme une maladie honteuse dont la seule vertu serait de stimuler nos défenses. Pourquoi ne pas franchement admettre que, au regard des exigences de justice, le capitalisme a de sérieux arguments ? Lui reconnaître cette légitimité semble aujourd'hui la meilleure manière de vaincre ses défauts. Tel est, au-delà de l'analyse, le message que cet ouvrage tente de porter.

⁶ In *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard 1967, Introduction *in fine*.

⁷ V. F. Braudel, *L'identité de la France*, tirage Flammarion, 2000.

⁸ C'est la thèse exposée par M. Rodinson dans *Islam et capitalisme*, Seuil, Paris 1966.

⁹ V. récemment, O. Pastré, *La méthode Colbert ou le patriotisme économique efficace*, éd. Perrin, Paris 2006.

¹⁰ C'est la thèse de M. Albert, *Capitalisme contre capitalisme*, Seuil 1991.

¹¹ V. sur ce point les analyses pénétrantes de L. Boltanski in *Les cadres, la formation d'un groupe social*, éd. de minuit, Paris 1982, pp. 63-153.

Chapitre 1

LE PROBLEME AVEC L'ECONOMIE

L'histoire officielle

Même si les choses ne nous ont jamais été dites aussi crûment, nous avons tous été plus ou moins instruits du fait que la Révolution française a substitué les puissances de l'argent au pouvoir aristocratique. En libérant le commerce et l'industrie, elle a lâché la bride aux capitalistes. Sans retenue aucune, ceux-ci se sont constitués, selon le mot de Tocqueville, en « *aristocratie manufacturière* » dont, en substance, le trait est d'appauvrir et d'abrutir les hommes dont elle se sert pour ensuite les livrer en temps de crise à la charité publique. Fort heureusement, la lente construction de l'Etat providence aurait permis le recul de cette barbarie. Il faut donc ne rien céder à cet égard et veiller, selon le mot qui fit un temps le succès de son auteur, à ce qu'une économie de marché n'emporte pas une société de marché. En un mot, gare à l'horreur économique.

Ces propos d'historiographes comportent une large part d'anachronisme. L'histoire de France n'a pas commencé au lendemain de la Révolution et ce n'est donc pas la proclamation de la liberté d'entreprendre qui a sitôt provoqué l'asservissement du prolétariat. C'est le contexte dans lequel cette liberté a été proclamée qui explique les effets pervers de cette proclamation. Les tutelles de l'Ancien Régime associaient servitudes et protections ; la suppression des premières — bonne nouvelle — a donc fait tomber les secondes — mauvaise surprise¹². La paupérisation doit donc être comprise comme la conséquence d'un effet de transition et non comme un « effet de la liberté »¹³.

Pour clarifier le propos, il n'est de meilleur exemple que celui du travail des enfants. Au musée des horreurs du capitalisme, il figure en bonne place. Il n'est pratiquement pas un ouvrage consacré à la question sociale qui ne débute par le récit effaré d'une journée harassante au cours de laquelle un enfant de 6 ans aura travaillé 14 heures¹⁴. C'est en quelque sorte la scène primitive des doctrines progressistes. Elle est d'ailleurs montrée de manière récurrente. Ainsi à propos des géants du textile et du *sportswear*, régulièrement accusés de réitérer la même histoire. De la sorte, se trouve établi de manière incontestée que le laisser-faire autorise toujours le pire. Il est bien entendu que la place des enfants est à l'école et non au travail. Il est cependant moins sûr que ce soit le capitalisme qui les fasse travailler dans des conditions inacceptables. Le fait est que dans les pays pauvres, et tel était le cas de la France au temps de l'Ancien Régime, les enfants travaillent. Le petit agriculteur ne peut se passer des petites mains. Simplement, celles-ci ne paraissent pas exploitées parce qu'elles restent dans le giron familial. Elles sont placées sous une autorité parentale, supposée bienveillante. Mais voilà que le père cède ses quelques terres et emmène sa famille à la ville pour y travailler en manufacture. Il délègue alors son autorité à un contremaître qui l'exercera alors dans les limites d'un contrat de travail aux frontières nécessairement léonines. « Libéré » de la tutelle familiale, l'enfant perd le bénéfice des protections qui y étaient attachés. Ainsi la liberté

¹² C'est un thème archi connu. V. Par ex. R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, mais aussi, bien avant, K. Polanyi (*La grande transformation, aux origines politiques et économiques de notre temps*, trad. fr. Cl. Malamoud, préface L. Dumont, Gallimard, Paris 1983) et d'une certaine manière déjà, Tocqueville (v. *Essai sur le Paupérisme*, Paris 1835, tirage, éd. Allia, 1999).

¹³ Ainsi K. Polanyi écrivait-il : « *Nulle part la philosophie libérale n'a connu d'échec plus éclatant que dans son incompréhension du problème du changement* », in *La Grande transformation...*, p. 59.

¹⁴ La source d'inspiration la plus connue est *Le tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, rédigé en 1840 par le Dr Villermé. Rééd. Editions d'histoire sociale, Paris 1979.

dégénère-t-elle en servitude. C'est alors qu'il devient évident que les enfants ne doivent pas travailler. Le vice n'est pas dans la libération des forces productives. Il est dans l'absence de préparation de celle-ci. Ce qui manque, ce sont les conditions de la liberté ; qui comprennent, pour le cas présent, la protection et l'éducation des enfants.

L'injuste critique des libertés révolutionnaires a en réalité une autre cible. Elle vise l'activité économique dans sa forme moderne, donc capitaliste. C'est tellement vrai qu'elle est d'ailleurs concomitante à la Révolution. Cette dernière ruisselle en effet d'une prose mettant en scène le petit peuple réduit à merci par des agioteurs apatrides¹⁵. Comme si l'on avait eu immédiatement conscience que la liberté consacrée, y compris celle du commerce et de l'industrie¹⁶, ne suffirait pas à s'affranchir des puissances de l'argent. En fait, de longue date, celles-ci tiennent déjà lieu de boucs émissaires¹⁷ dans une société que, plus généralement, l'esprit de lucre met mal à l'aise.

Shylock versus Antonio

Un texte littéraire permet de saisir l'ampleur du malaise. Tout le monde a entendu parler du *Marchand de Venise*, pièce écrite par Shakespeare en 1596. Elle met en scène Shylock, usurier juif, et elle en exagère le caractère intraitable de telle sorte que l'œuvre a généralement été perçue comme antisémite. Aujourd'hui, elle suscite une appréciation plus nuancée. Elle est régulièrement donnée et, au sortir des représentations, les spectateurs ont généralement l'impression qu'entre Shylock et ses ennemis, le premier n'est pas le plus à blâmer.

Le canevas est relativement simple. Shylock est usurier ce qui signifie qu'il prête de l'argent et qu'en retour il exige des intérêts. Comme il le dit lui-même, on le traite volontiers de *mécréant de chien de coupe-gorge* et on *crache sur sa casaque de juif*¹⁸. C'est qu'en effet, il a pour concurrent des négociants catholiques qui eux prêtent gratis. Parmi eux, Antonio. Shylock le hait parce que ce dernier menace son commerce. Ce qu'il déteste tout autant (officiellement un peu moins), c'est l'hypocrisie d'Antonio. Car bien entendu, dans le négoce, rien n'est jamais gratuit. Tout un chacun peut comprendre que le rival de Shylock est habile à dissimuler les contreparties.

L'occasion est donnée à Shylock de prendre sa revanche. Antonio a un ami, Bassanio, ayant besoin de 3000 ducats pour financer un projet à la fois amoureux et aventureux. Il a du crédit mais il manque momentanément de trésorerie et ne peut répondre à la sollicitation de son ami. Les deux compères se rendent alors chez l'usurier juif qui leur prête la somme, moyennant la garantie d'Antonio. Mais cette dernière est bien étrange. Shylock renonce à exiger un denier d'usure. Au lieu de quoi, il propose la stipulation suivante à Antonio : « *en cas que vous ne me rendiez pas, à tels jour et lieu désigné, (...) la somme (...), vous serez condamné à me payer une livre juste de votre belle chair, coupée sur telle partie du corps qu'il me plaira de choisir* ». Antonio accepte car il croit à un divertissement.

La suite est moins drôle quoique attendue. Antonio ne peut rembourser à l'échéance et Shylock réclame l'exécution de son gage. L'affaire est l'occasion d'une sorte de jugement et l'on devine qu'au regard de la composition de la « juridiction »¹⁹, la cause du juif est plutôt

¹⁵ Le spéculateur est un acteur majeur des différentes théories du complot. V. par ex. J. Revel, *La grande peur*, in F. Furet et M. Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, tirage Champ Flammarion, tome « Événements ».

¹⁶ C'est le *Décret d'Allarde* du 2 mars 1791, conforté par *La Loi Le Chapelier* du 17 juin de la même année qui proclame la liberté du commerce et de l'industrie et supprime (officiellement) les privilèges de profession.

¹⁷ V. O. Godechot, *Les traders : Essai de sociologie des marchés financiers*, La découverte, 2005.

¹⁸ Les passages cités sont issus de la scène 3 de l'acte I, (traduction Guizot).

¹⁹ L'affaire est portée devant le Doge qui désigne un expert, en fait, Portia, la promise de Bassanio, pour le bénéfice de qui Antonio s'est endetté auprès de Shylock.

mal engagée. Pour sauver le catholique Antonio, une sentence jésuitique est rendue. Shylock peut prélever la chair mais pas le sang. Il est ainsi piégé et c'est *in fine* lui qui est condamné. Il termine en pleine déconfiture.

A quoi Shylock a-t-il donc joué ? Il lui eût été bien plus simple d'exiger un intérêt, même colossal. On le lui a d'ailleurs proposé et il a refusé. Il s'est buté sur l'exécution de son billet. Vraisemblablement, et de fait avec une certaine perversité, il a voulu pointer les contradictions de ses concurrents catholiques, en clair leur hypocrisie. Shylock tire une certaine vanité de ses méthodes. En tout cas, il n'en a pas honte. Car lui n'exige rien d'occulte. Un intérêt sans doute mais rien de plus. Une fois rempli de ses droits, il laisse son débiteur libre d'exercer les siens ailleurs. Au contraire, Antonio, qui officiellement ne demande rien, obtient cependant « *l'obligance de l'amitié* ». Il joue la confusion de l'argent et des sentiments. Au bénéfice d'une générosité trompeuse, il s'attache la personne de son débiteur. Tel est l'« *hypocrite publicain* » que Shylock déteste. Pour se venger de lui, il va infliger au catholique ce que ce dernier inflige aux autres : encore que ce soit en pire, tant sa haine est profonde. Alors qu'Antonio arrête son emprise à la personne de son débiteur, dont il fait un obligé, Shylock s'apprête à prendre possession du corps même d'Antonio en lui retirant une livre de chair. Finalement, le juif emprunte la figure du misanthrope. Il expose à la face du genre humain ce que celui-ci fait sans jamais oser le voir²⁰.

Au-delà de la construction dramatique, se profilent cependant deux conceptions des rapports entre individu : un échange de valeurs, d'un côté, une association de personnes, de l'autre. Ainsi Shylock lance-t-il à Bassanio qui lui propose un dîner : « *je veux bien faire marché d'acheter avec vous, faire marché de vendre avec vous, parler avec vous, me promener avec vous, et ainsi de suite ; mais je ne veux pas manger avec vous, ni boire avec vous, ni prier avec vous* ».

Portalis, le Code Napoléon et l'identité française

La France a longtemps été la fille aînée de l'Eglise. Nul doute qu'elle préfère Antonio à Shylock.

De cette inclination, on trouve une trace certaine dans deux textes révélateurs de l'identité française : le Code civil de 1804, appelé Code Napoléon, et le *discours* qui l'introduit — appelé *discours préliminaire* et que l'on doit à Portalis²¹.

Pourquoi ces deux textes ? D'abord parce que le droit, au moins au travers de ses grands principes, est un excellent révélateur de nos conceptions de la vie en société : la famille, la propriété, le contrat, le permis et l'interdit... Tout y passe et fait l'objet d'un règlement plus ou moins consensuel.

Ensuite, parce que la période à laquelle ces deux textes ont été écrits a été particulièrement propice à la mise en forme d'une culture du vivre ensemble. Il fallait rompre avec l'Ancien Régime, où tout n'était que tradition, et, dans le même temps, mettre un terme à la Révolution où tout était politique, et chaos. Le moyen de réaliser cette double rupture a été d'écrire les règles communes dans un code, sorte de pacte social ou plutôt de constitution de la société civile²². Le dispositif est astucieux car un code suppose une bonne dose de volontarisme, de sorte que, dans la méthode, il est compatible avec l'acquis révolutionnaire. En même temps, parce qu'il est destiné à devenir une sorte de charte de la vie civile, il a vocation à durer et, donc à devenir, au moins sous cet angle, quelque chose d'assez proche

²⁰ En retour, et de manière particulièrement perverse, la sentence le renvoie à son propre rite.

²¹ Que l'on trouve notamment dans *Le recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, édité par Fenet, réimpression de l'éd. 1827 Chez OTTO ZELLER, OSNABRÜCK 1968, tome 1, pp. 463-523. L'usage est de citer le Fenet.

²² Le mot est de Ripert.

d'une tradition. Dans cette dernière perspective, le Code Napoléon recueille les traditions dont quinze ans de révolution n'ont pu venir à bout et y amalgame ce sur quoi cette dernière ne permet plus de transiger. Le code se présente donc comme un acte volontaire par lequel le souverain déclare ce qu'est la société civile²³. C'est à ce titre qu'il explicite une culture commune dont il retient la quintessence.

Au premier abord, l'œuvre syncrétique du code est d'ailleurs assez à l'avantage de la cause capitaliste. Le texte comporte deux dispositions phares qui paraissent autant de services rendus à cette dernière. L'article 544 qui proclame solennellement le droit de propriété et l'article 1134 qui énonce avec majesté que *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*. Portalis fait d'ailleurs le lien entre les deux textes en expliquant que le contrat est l'un des « *grands moyens d'acquérir ce qu'on a point encore et de disposer de ce que l'on a* ». Au moins superficiellement, on peut comprendre que, dans la société dont le code formalise les contours, la relation qu'il y a lieu d'élever au rang de modèle est celle de l'échange. Il y a dès lors quelque logique à soutenir que notre législation civile s'est construite autour de l'idée libérale que le commerce adoucit les mœurs. D'autant que l'obsession des rédacteurs du Code civil, et spécialement de Napoléon, est bien de terminer la Révolution et de retrouver le chemin de la paix civile. Vive l'économie, à bas la politique, tel semble être le *credo*.

Ce n'est pas tout-à-fait le cas. Le Code civil ne puise pas son inspiration dans le libéralisme des Lumières²⁴. Le *Discours* de Portalis permet de saisir les nuances.

Le contrat est un mariage

Celles-ci se laissent apercevoir à travers les propos de l'éminent auteur sur la question du mariage. De manière assez mystérieuse, Portalis y voit un contrat. Lorsque le désir de l'autre devient aussi un désir de durer, « *ce n'est plus une simple rencontre que nous apercevons, c'est un véritable contrat* »²⁵. La polygamie est donc inacceptable car « *elle est inconciliable avec l'essence d'un engagement par lequel on se donne tout, le corps et le cœur* » (*ibidem*) ; et de fait, si « tout » est engagé, « tout » ne peut être engagé une seconde fois. Un engagement aussi radical donne naissance à l'« *union conjugale* ». Après en avoir décliné les douceurs et les devoirs, Portalis conclut ainsi : « *Tel est le mariage... Il nous offre l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit et d'un contrat perpétuel par sa destination* »²⁶.

Le mariage est un contrat parce qu'il est par excellence l'union de deux personnes. Le propos surprend puisque dans le même temps le contrat est présenté comme l'outil privilégié par lequel s'opère la transmission des biens. Il surprend d'autant plus que, dans l'article 1128 du Code civil, il est écrit qu'« *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ». Comment se fait-il que les personnes, par principe hors du commerce, puissent en cas de mariage devenir la matière de leur propre engagement ? Une autre source d'étonnement est qu'en principe (encore qu'il y ait discussion à cet égard), les contrats n'engagent que pour un temps (article 1780 du Code civil). Il s'ensuit que chaque partie est normalement libre de sortir d'un contrat conclu sans limitation de durée. Précisément, tel n'est pas le cas pour le mariage dont la rupture n'est possible qu'à la

²³ Si l'on appliquait les catégories du droit civil à la matière constitutionnelle, on dirait que la codification est un acte déclaratoire ; v. not. B. Oppetit, *Essai sur la codification*, P.U.F. 1998. V. aussi, G. Cornu, *Codification contemporaine : valeurs et langage*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, P.U.F. 1998, pp. 357-370.

²⁴ V. par ex. l'excellente étude de Ph. Jouary, *La lésion dans le Code civil de 1804. Etude sur l'influence du libéralisme économique sur le Code civil*, DROITS 2005/41, pp. 103-122.

²⁵ Fenet, tome 1, p. 484

²⁶ Fenet, tome 1, p. 485.

condition qu'après vérification judiciaire, il soit assuré que les époux justifient d'une cause légale de divorce (nous sommes en 1804).

Le mariage est donc censé *offrir l'idée fondamentale d'un contrat* et voilà que pris en ses caractéristiques les plus tangibles, il maltraite la catégorie dont il exprimerait la quintessence. Il se pourrait que, par une figure de style, Portalis ait voulu rendre hommage aux acquis révolutionnaires. La Constitution de 1791 proclamait en effet que « *la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* ». Il fallait faire litière de la conception canoniste du mariage, centrée sur l'union sexuelle (la *copulatio carnalis*), et mettre en avant l'échange des consentements²⁷. D'où la tentation de la qualification contractuelle du mariage, à laquelle, cependant, dans la rigueur des principes, personne, pas plus Portalis que les autres, n'aurait jamais cru.

Cette hypothèse est peu crédible. Car, sur la question du mariage, Portalis n'a pas vraiment l'esprit révolutionnaire. Le consentement lui importe assez peu ; à l'origine de la rencontre, il ne voit que le « *désir général qui porte un sexe vers l'autre* ». Son intérêt se porte ensuite essentiellement sur l'union qui découle du « *sentiment de préférence* » et des « *égards mutuels* ». Bien vite, c'est la famille qui est en ligne de mire : « *le rapprochement de deux sexes que la nature n'a faits si différens que pour les unir, a bientôt des effets sensibles. La femme devient mère* ». L'éminent légiste sait donc très bien ce qu'il dit : c'est parce que le mariage est la forme la plus aboutie d'une union entre deux personnes qu'il est au plus près de la forme la plus pure du contrat.

Comment comprendre dès lors que le contrat serve de support aussi bien à l'association de deux êtres qu'à l'échange de deux biens ? En posant l'hypothèse qu'aux yeux de Portalis, l'échange n'est jamais que le moyen d'une association. Le particularisme du mariage tient aux circonstances de sa confection. Dans un style qui porte assez curieusement la marque d'un romantisme juvénile, l'auteur insiste sur l'« *amour* » qui conduit au « *rapprochement des deux sexes* ». Il est unique, « *car tel est l'empire de l'amour qu'à l'exception de l'objet aimé, un sexe n'est plus rien pour l'autre* ». Il est aussi modéré car la « *nature (...) a placé dans notre propre cœur, la règle et le frein de (nos) penchans* ». Assurément, il est difficile d'espérer une association aussi parfaite que celle où nous conduisent les jeux de l'amour. Et pourtant, à défaut d'amour, il faut bien trouver une solution. Comptons alors que le commerce, entendu au sens large, nous rende « *sociable* », que, toujours selon Portalis, il nous permette de comprendre que « *si, comme citoyen, on ne peut appartenir qu'à une société particulière, on appartient comme homme à la société générale du genre humain* »²⁸. Le contrat n'a donc pas pour vertu première la réalisation d'un profit. On lui doit surtout de susciter chez les êtres le sentiment d'une association minimum. Il devient alors plus clair que le mariage soit tenu pour le plus performant des contrats ; de fait, porté par l'énergie de l'amour, il réalise une association sans défauts ni limites. D'une certaine manière, si le mariage est un contrat, c'est aussi que tout contrat, l'amour en moins, tente d'être un mariage.

Le poids de la morale

Ces développements sur le mariage sont l'illustration d'une conception personnaliste du contrat. Cette dernière est ancienne. Depuis toujours, la vision juridique des rapports humains baigne dans la morale.

²⁷ v. Ripert et Boulanger, *traité élémentaire de droit civil*, t.1, 5^{ème} éd., n° 753 et s. ; v. également, plus nuancés dans leur présentation de l'opposition entre mariage romain et mariage canonique, J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz 2002, n° 98 et s.

²⁸ Fenet, tome 1, p. 507.

Au cours des travaux préparatoires au Code civil, il faut savoir que la théorie générale du contrat est peu discutée. Elle est construite et pratiquement écrite de longue date et se présente comme le réceptacle d'une relecture d'inspiration catholique (Saint-Thomas), sinon janséniste (Domat), des théories romaines. Elle peut se comprendre à la lumière d'une doctrine de l'engagement dont l'ambition serait de porter l'homme au Souverain Bien. Le Traité des obligations de Pothier, qui est en quelque sorte la synthèse préalable aux Travaux préparatoires, débute par la distinction entre obligations *imparfaites*, « dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu », et obligations *parfaites*, « qui donnent à celui envers qui nous les avons contractés, le droit d'en exiger de nous l'accomplissement » (*Traité des obligations*, n° 1, in *Oeuvres*, par Bugnet, T.II). Le traité ne parle que des secondes qui seules obligent en droit. Il n'est cependant pas dit que les unes sont intellectuellement sans rapports avec les autres. Le fait est que les unes et les autres sont nimbées de religiosité.

De manière plus précise, l'obligation qui résulte d'un contrat peut être regardée sous deux angles différents. On peut considérer l'engagement personnel du débiteur et insister sur la nécessité pour ce dernier de s'y tenir. L'obligation peut aussi être regardée sous l'angle de la valeur qu'elle représente pour le créancier. Elle vaut alors autant qu'il est permis de croire que la créance sera honorée. Dans le premier cas, c'est la dimension morale de l'obligation qui retient l'attention. Dans le second, c'est au contraire sa dimension économique. Qui fait de la morale se soucie ainsi de l'engagement, de sa pérennité et de la fidélité à lui-même du débiteur. A la limite, on peut alors supporter que le débiteur n'honore pas ses engagements, pourvu qu'il se soit montré méritant²⁹. Au contraire, qui fait du commerce a beaucoup moins d'égards pour la personne de son débiteur. Celle-ci ne l'intéresse qu'autant qu'elle inspire confiance, c'est-à-dire qu'autant qu'elle lui permet de croire raisonnablement que ses créances seront réalisées. On ne fait confiance aux êtres qu'en vue de se rassurer sur la sûreté de ses avoirs. Dans cette logique, le créancier qui peut se passer de la personne du débiteur, ne s'en prive pas. Ainsi prendra-t-il des garanties — par exemple, un gage — grâce auxquelles il réalisera sa créance au cas où le débiteur ne tiendrait pas ses engagements.

L'engagement, oui.

Assurément, notre bon vieux code penche plus du côté de l'engagement que de la confiance.

En écrivant *La règle morale dans les obligations civiles*, Ripert a décrit mieux qu'aucun autre l'influence de celle-là sur le régime de celles-ci. « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faite (...)* ; elles doivent être exécutées de bonne foi » (article 1134, al. 1 et 3 du Code civil) ; « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* » (article 1109) ; « *la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* » (article 1133) ; « *toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend* » (article 1178). Cette petite liste donne un aperçu de l'incidence des considérations morales sur notre droit des obligations.

Là n'est peut-être pas l'essentiel. Car après tout, nombreux sont les systèmes juridiques qui, avec plus ou moins de mesure et de transparence, prennent appui sur une morale communément admise. Le moralisme qui caractérise notre droit des obligations — rappelons-le, la partie du droit la plus significative de la conception juridique des rapports humains — se marque dans ce qui en constitue le principe le plus essentiel, à savoir le

²⁹ L'article 1244 du Code civil admet ainsi que « *les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir à l'exécution des poursuites* ». Ce que le Code de commerce exclut pour le paiement des traites.

principe de la force obligatoire du contrat. Rares sont les systèmes juridiques qui échappent à un tel principe. Il serait de fait contradictoire de recevoir la notion de contrat et, dans le même temps, d'en méconnaître le caractère contraignant. Un contrat sans contrainte, cela n'existe pas. Cependant, d'un droit à l'autre, la compréhension du principe varie.

Celui-ci, et telle est la solution française, peut s'entendre comme une règle d'intangibilité : dans le temps, le contenu des obligations issues du contrat ne doit pas varier. Ainsi résonne une doctrine de l'engagement puisque, selon cette conception, le débiteur qui s'oblige est perçu comme l'auteur d'une promesse. Il se projette dans l'avenir et, en quelque sorte, se porte fort de lui-même. Il garantit l'invariance de sa volonté, ce qui est de fait une prouesse et le rapproche, par l'effet d'une esquisse d'éternité, d'une forme de perfection morale. Le débiteur français est ainsi : tel qu'en lui-même enfin, l'éternité le change... Simplement, à force de trop promettre, il déçoit souvent. Comme de juste, le droit français fait preuve de mansuétude à son égard. Il soigne son débiteur malchanceux. Depuis pratiquement un siècle et demi, il a banni la « prison pour dettes ». A l'inverse des pays de *Common Law* dans lesquels les juges ne trouvent pas choquants de prononcer, à peine d'amende ou d'emprisonnement, des injonctions faisant interdiction à un débiteur potentiel de disposer librement de ses biens en quelque lieu qu'ils se trouvent (*Mareva Injunction*).

Ce faisant, le droit français néglige un autre aspect du principe de la force obligatoire des contrats. Dans une seconde perspective, celle-ci peut s'entendre comme la force exécutoire, c'est-à-dire le fait qu'autant que le rapport d'obligation demeure, il doit être et sera d'ailleurs le plus souvent mis à exécution. Ici, c'est bien de confiance qu'il est question car ce qui importe, c'est que la réalité soit conforme à l'image que le créancier peut s'en faire. En clair, si ce dernier a un crédit de 100, il doit pouvoir compter que ces 100 finiront en trésorerie à l'actif de son patrimoine. Point n'est besoin d'exagérer la force de l'engagement pour obtenir la confiance. Il n'est pas demandé à un débiteur au long cours de se lier indéfiniment dans les mêmes termes. Les circonstances peuvent justifier des aménagements ; on regarde alors avec faveur les clauses dites de *hardship* qui évitent que l'immutabilité ne propage le déséquilibre contractuel. Simplement, et telle est la condition et le sens de la confiance, aussi longtemps qu'il n'y a eu d'aménagements convenus, la créance doit faire l'objet d'un paiement effectif, au besoin à l'aide de garanties si la personne fait défaut.

Si le droit français sacrifiait à l'économisme, il considérerait la question de l'incommutabilité du contrat avec plus de laxisme, tandis qu'il gagnerait en sévérité à l'égard des débiteurs. En gros, il fait l'inverse.

La confiance, un peu

Si l'obligation à la française est éternelle, c'est aussi que, faute d'être exécutée, elle ne s'éteint jamais. En tout cas, elle se conçoit comme la dette d'une personne qui s'engage bien plutôt que comme une valeur indexée sur un indice de confiance.

Il faut à cet égard constater la faible place que le Code civil réserve aux contrats qui assurément reposent sur un lien de confiance. Tels sont les contrats de restitution, comme le dépôt ou le prêt. Dans ce type de contrats, une chose est sûre : celui à qui la chose a été remise, l'emprunteur ou le dépositaire, doit un jour ou l'autre la restituer. Il y a bien un engagement du débiteur mais il n'ajoute guère à la confiance que ce dernier est censé inspirer. En effet, quoique le débiteur promette pour l'avenir, il doit en effet rendre ce qui lui a été remis. Le dispositif est à ce point désincarné que l'obligation de restitution ne naît pas d'une promesse mais simplement de la remise effective de la chose entre les mains de l'emprunteur ou du dépositaire (on parle de *contrats réels*). Voici des contrats qui s'appuient principalement sur un rapport de confiance et qui, dès lors, semblent avoir été conçus pour la matière économique. Au reste, et sans doute n'est-ce pas un hasard, le dépôt et le prêt sont les

deux outils de base de l'épargne et de l'investissement ; ils représentent ainsi les deux tréteaux d'un système de financement. Pourtant, le Code civil les relègue au rang de « petits contrats »³⁰ ; ils n'ont qu'une importance secondaire ; c'est à peine si l'on y trouve plus de contrainte que dans un simple service d'ami. Finalement, le Code aurait pu être écrit par Antonio : quand il est question de crédit, il joue les cordes de l'amitié.

Le Code civil n'ignore pas qu'une créance représente une valeur, et pas seulement un engagement. Ainsi admet-il que, comme toute autre richesse, les créances circulent d'un patrimoine à un autre. Simplement, le dispositif de circulation de ces biens immatériels est lourd et onéreux. Ils n'est efficace qu'à la condition d'alerter la personne du débiteur. On transfère un lien plus qu'on ne cède un bien. Sans doute les commerçants ont-ils inventé des systèmes bien plus souples afin d'assurer la rapidité et l'efficacité de la circulation des actifs financiers (traite, escompte, marchés financiers...). Qui plus est, une branche du droit s'est peu à peu formée, le droit commercial ou droit des affaires, pour donner à ces techniques la sécurité juridique requise. Le droit français a donc offert à l'activité économique les outils nécessaires à son développement. Simplement, il l'a fait en marge du droit commun et, de cette manière, du pacte social. Comme si le commerce était un monde à part. Là se trouverait le premier communautarisme, réservant les activités lucratives à ceux qui ont l'esprit de lucre.

La propriété est un objet transitionnel

On peut boucler la boucle et montrer que la mise en avant de la propriété et du contrat par le Code Napoléon sont parfaitement compatibles avec une conception personnaliste du contrat.

L'angoisse du législateur d'alors, c'est le chaos révolutionnaire. Son ambition est donc de ramener la paix civile. En même temps, il sait ne plus pouvoir compter sur les forces de l'Ancien Régime. Si les esprits sont mûrs pour accepter le principe d'une stabilisation, ceux qui sont chargés d'y parvenir peuvent donc nourrir la crainte de ne pas y arriver. Celle-ci prend la forme d'une question : comment faire pour qu'une société devenue individualiste reste malgré tout une société pacifiée ? Les rédacteurs du Code ont d'ailleurs bien perçu la gravité de cette interrogation. Ainsi la posent-ils à l'aune d'un changement majeur sur lequel ils ne peuvent faire l'impasse. Pour en saisir les termes, on peut ici s'appuyer sur la distinction faite par l'anthropologue Louis Dumont entre société holistique et société individualiste³¹.

Dans la première, le tout prévaut sur la partie. Chacun n'y a d'existence qu'à raison de sa fonction sociale et l'ensemble est ordonné sur un mode hiérarchique. Les suzerainetés et les vassalités s'enchaînent inéluctablement afin que l'unité du corps social ne soit jamais prise en défaut. Dans une telle société, le droit ne répond à aucune nécessité : l'ordre social a la naturalité d'un cosmos, seuls suffisent quelques commandements, conçus comme autant de rappels à un ordre que donne la tradition. Telle était la France de l'Ancien Régime, telle que Portalis la dépeint en évoquant les « *Etats despotiques* » dans lesquels « *les particuliers n'ont ni liberté, ni volonté, ni propriété* » et où « *il y a plus de juges et de bourreaux que de lois* », aux sociétés « *où les citoyens ont des biens à conserver et à défendre (...), où ils ont des droits politiques et civils, (...) où l'honneur est compté pour quelque chose* »³².

Précisément, ce monde n'est plus. L'individualisme est désormais le modèle. Selon les mots de L. Dumont, « *chaque homme est une incarnation de l'humanité toute entière, et comme tel (...) égal à tout autre homme, et libre* ». Le modèle n'enferme pas, il libère. Il n'a plus la valeur d'un ordre, il est au contraire institution du désordre. Portalis l'a bien compris, dans une telle société, « *les hommes ne se reposent jamais, ils agissent toujours* ». Ils n'ont

³⁰ J. Carbonnier, *Variations sur les petits contrats*, in *Flexible droit*, 10^{ème} éd., LGDJ 2001.

³¹ *Homo aequalis*, tome 1, Gallimard 1977-1985, p. 12.

³² Fenet, tome 1, p. 468.

plus la volonté de reproduire ce qui était et rien n'est plus vraiment prévisible. Telle est la « grande transformation »³³.

« *Il faut nécessairement un certain nombre de lois pour faire face à tout* », ajoute Portalis. En tout cas, aux relations hiérarchiques et, de ce fait ordonnées, de l'Ancien Régime, il faut désormais trouver un substitut maintenant qu'est acquis le principe de liberté. Les juristes l'identifient dans la propriété que les individus s'échangent en contractant³⁴. Cela ne veut pas dire que tout contrat est translatif de propriété ; car, de fait, ce n'est pas le cas ; pensons par exemple au contrat d'entreprise dont le seul objet est de faire payer une prestation. Cela signifie que les liens de qualité, ceux qui pour être sans hiérarchie sont aussi sans aspérités, se nouent autour d'un objet d'une neutralité proche de celle qui caractérise le transfert d'un bien. Se mettre en relation avec autrui pour échanger ses propriétés, c'est tout simplement accepter le principe d'une médiatisation ; qu'entre les deux parties, il y ait au moins la distance d'un objet. Ce n'est donc pas tant l'intention marchande, les mobiles des contractants qui font la vertu du lien contractuel. C'est bien plutôt l'objectivité de l'accord, l'ancrage des volontés sur des données tangibles. De manière imagée, on pourrait dire que l'objet du contrat joue un rôle semblable à l'objet transitionnel dont parle les psychologues lorsqu'ils évoquent les peluches auxquelles s'attachent les enfants ; dans les deux cas, c'est bien l'autre qu'il faut apprivoiser.

Entre finance et potlatch, la relation bourgeoise

L'échange des biens constitue en France comme ailleurs le moyen de pacifier les relations sociales. Simplement, les biens ne sont chez nous que le marche pied des personnes. On se donne des biens pour mieux se donner soi-même.

L'identité française accuse de ce fait une certaine distance avec une forme de libéralisme à l'anglaise. En forçant le trait, on peut situer la différence en contemplation de deux versions concurrentes de la relation à autrui. Entre égaux, cette dernière est difficile. Chaque humain est un monde et il n'y a aucune raison qu'un trait incline devant l'autre. Il en faut peu pour que, de malentendus en déconvenues, la relation tourne au conflit. Une première façon d'éviter celui-ci est d'effacer, à tout le moins d'éloigner l'humain. La finance donne alors le modèle. De fait, elle réduit la relation à un simple échange de valeurs. Adossée à des marchés essentiellement animés par des intermédiaires professionnels, elle permet au surplus que deux volontés se rencontrent hors la présence de leur auteur. C'est dire qu'elle limite au strict minimum les risques de s'accrocher. A l'opposé de cette relation abstraite, où chaque être accepte le principe d'une solution de ses qualités, on trouve une relation fusionnelle, ou plus exactement totale, à la manière du *potlatch* de Mauss³⁵. Le contrat est alors un don suivi d'un contre don à l'occasion desquels s'échangent tant les biens que les personnes. L'objectif est de faire en sorte que les parties ne forment plus qu'un. Ainsi réduites à l'unité, il est douteux qu'elles se battent contre elles-mêmes.

Entre finance et *potlatch*, échange de valeurs et don – contre don, la France semble être dans un entre-deux. Non pas que toutes les relations contractuelles s'apparentent aux échanges des sociétés primitives. En droit français, le contrat doit avoir un objet, qui arrête les volontés de chacune des parties. Cependant, entre les relations réellement marchandes et celles qui ne le sont pas, il existe un *continuum*. Ainsi, en droit civil français, une donation est autant un contrat qu'une option de vente sur un indice boursier. On ne détache pas l'être et l'avoir. Au moins théoriquement, la matière contractuelle reste le lieu où les contractants se

³³ C'est le titre du bien connu chef d'œuvre de K. Polanyi, précité.

³⁴ Pour une explication plus approfondie de la question, v. *infra*, chapitre 5.

³⁵ *Essai sur le don* in *Sociologie et anthropologie*, tirage coll. Quadrige, P.U.F. 1989, pp.143 -279, spéc. p. 149 et s.

rencontrent. En ce sens, et sans qu'il faille percevoir dans cette dénomination une dimension péjorative, il n'est pas faux de dire que les rapports humains implicitement mis en valeur par la société du Code civil s'articulent sur le modèle d'une relation bourgeoise³⁶. Ce n'est ni l'abstraite froideur du négoce des financiers, ni la relation fusionnelle des sociétés primitives : c'est le commerce des personnes ou, vu de l'autre côté, une forme de coopération mesurée.

³⁶ V. sur la question de l'idéologie « bourgeoise » à l'œuvre dans le Code civil et chez ses interprètes, v. A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, P.U.F., Paris 1975 et la réponse agacée de Ph. Rémy, *Eloge de l'exégèse*, in revue DROITS 1985/1, pp. 115-123.

Chapitre 2

BOURGEOIS CONTRE CAPITALISTES

Le joueur et le bon père de famille

En matière de jeux de hasard, la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (la plus Haute juridiction de l'Union européenne) pose depuis quelques temps un problème à la France. En effet, lorsqu'ils sont payants, ces jeux y sont réglementés et même fortement dès lors qu'ils relèvent d'un régime de monopole, placé sous le contrôle de l'Etat. Or, dans l'Union européenne, prévaut le principe de la libre prestation de service auquel on comprend que ce monopole constitue un sérieux obstacle. Sans doute la Cour de justice admet-elle des restrictions à la liberté proclamée. Cependant, pour les jeux de hasard, elle exige que celles-ci soient justifiées par la nécessité de prévenir leur exploitation à des fins criminelles ou frauduleuses. Ce n'est pas une vaine précaution. Il reste qu'à cet égard, le législateur français en fait un peu trop. Une réglementation et un contrôle sont nécessaires. Un monopole, c'est moins évident.

La France résiste malgré tout³⁷. Peut-être plus pour très longtemps mais en tout cas, elle aura fait le nécessaire pour protéger ses monopoles. Sans doute est-ce pour une raison de conjoncture. Les mauvaises langues disent que le jeu est l'impôt des imbéciles. Sans le dire, la juridiction européenne le pense aussi et estime qu'est injustifiée une politique des jeux conduite dans le but d'augmenter les recettes du trésor public. Ce qui est bien dire qu'à ses yeux, si la France est dans la ligne de mire, c'est qu'elle considère le jeu comme une sorte de taxation volontaire.

Mais peut-être y a-t-il une raison plus profonde aux rigidités françaises. Il se pourrait que nous tenions le jeu, et spécialement le pari, pour une chose si critiquable par elle-même que le seul fait de l'autoriser justifierait l'intervention de l'Etat. Le péché serait si grave, l'acte si criminel qu'il ne pourrait s'accomplir que dans le giron maternel de la puissance publique. Les rédacteurs du Code civil le disent à leur manière. « *Que font deux joueurs qui traitent ensemble ?* » écrit Portalis³⁸. « *Ils se promettent respectivement une somme déterminée dont ils laissent la disposition à l'aveugle arbitrage du hasard. Où est donc la cause de l'engagement ? On n'en voit aucune* ». Le hasard et l'incertitude constituent ainsi la matière du contrat. Il n'y a plus d'objet, plus rien sur quoi fonder la relation contractuelle et conséquemment le lien personnel.

De la sorte, ce contrat a une nature pathologique. En effet, s'il n'y a rien de tangible sur quoi fonder les engagements des parties, le risque est grand de ce qu'en l'absence de médiation le dénouement de l'opération ne les conduise à l'affrontement. Une fois encore, on ne saurait mieux faire que citer Portalis : « *Le désir et l'espoir du gain sont pour chaque partie les seuls mobiles du contrat (...) Chaque joueur n'espère que de sa fortune, et ne se repose que sur le malheur d'autrui.* » ; et de conclure que « *à la différence des contrats ordinaires qui rapprochent les hommes, les promesses contractées au jeu les divisent et les isolent* » de telle sorte que « *tout lien social est rompu* »³⁹. S'il n'y a rien, il n'y a donc plus de lien. Il faut donc condamner le pari, ce que fait efficacement quoique subtilement l'article 1965 du Code civil, et ne le tolérer qu'à la condition qu'il soit placé sous tutelle étatique.

³⁷ Cependant, la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 juillet 2007, a estimé que le monopole accordé au PMU doit être apprécié au regard des exigences de la Cour de Justice.

³⁸ Fenet, tome 14, p. 539.

³⁹ *Ibidem*.

C'est un peu comme pour la drogue ; la libéralisation ne peut passer que par l'assistance publique.

A l'opposé du joueur, le droit français met en scène un autre acteur auquel, manifestement, il ne trouve aucun défaut. Cet acteur est tel que, confronté aux aléas de l'existence, il ne cherche pas à « tenter la fortune » mais à « être rassuré contre ses caprices ». Lorsque c'est opportun, il souscrit une assurance, comme le ferait n'importe quel bon père de famille. Ce dernier — « le bon père de famille » — a d'ailleurs la valeur de ce qu'on appelle un standard juridique, c'est-à-dire une notion qui, quoique indéfinie, est récurrente dans de nombreux textes. En l'espèce, celle-ci est une sorte d'idéaltype de l'être raisonnable, en tout cas, normal. Ainsi du locataire dont l'article 1728 du Code civil nous dit qu'il doit user de la chose en bon père de famille. Les traits de cet individu normalisé ne s'aperçoivent pas immédiatement mais on croit comprendre qu'il doit s'efforcer de conserver les biens dont il use et d'administrer sans risque ceux dont il n'use pas (par exemple, le tuteur de l'article 450 du Code civil). Le bon père de famille ne prend pas de risque : un accroissement modéré de ses avoirs est une bonne chose mais l'essentiel est d'en conserver la substance.

L'entrepreneur, Dr Jekyll ou Mr Hyde ?

L'entrepreneur est-il un joueur ou un bon père de famille ?

Avant de répondre à la question, entendons-nous sur les mots. L'entrepreneur, dans une économie capitaliste, peut se comprendre comme un investisseur. Celui-ci détient des avoirs, mais au lieu de les consommer immédiatement ou de les confiner dans un bas de laine, il les dépense en vue de financer une activité dont il espère qu'elle rapportera plus que la dépense initiale. Ce n'est là bien sûr qu'une espérance car l'activité peut n'avoir aucune rentabilité de telle sorte que la dépense aura été faite en pure perte.

Assurément notre entrepreneur-investisseur n'est pas un bon père de famille car il accepte ce dont ce dernier ne veut pas : perdre ce qu'il a. Mais est-ce pour autant un joueur ? La réponse est non. Car le parieur n'a évidemment pas l'esprit d'entreprise. Lorsqu'il dépense sa mise, il s'amuse. Son attitude est à l'exact opposé de l'investisseur qui, lorsqu'il engage sa mise de fonds, se prive des joies attendues d'une dépense immédiate. Entre la mise du parieur et le placement de l'entrepreneur, il n'y a pas de confusion possible : la première est un acte de consommation, le second un acte d'investissement. La meilleure preuve en est que si le parieur invétéré devait, une fois n'est pas coutume, réaliser un investissement, il percevrait immédiatement que celui-ci le prive de son vice. Ainsi, faut-il admettre que certains individus prennent des risques sans être pour autant des joueurs.

L'entrepreneur est dans un entre-deux. L'investissement présente en effet la double particularité d'être une privation — pas de consommation immédiate des richesses — et une prise de risque — celle de perdre la mise. Point de plaisir et peut-être une perte, telle pourrait être la maxime de l'investisseur. Du coup, ce dernier est dans une situation ambiguë. Sans doute accepte-t-il les risques qu'il encourt. En même temps, ayant déjà subi le déplaisir d'une privation, il aura à cœur de ne pas essuyer de pertes. S'il prend un risque, il entend donc le maîtriser. D'où l'intérêt pour lui d'avoir les reins solides, car alors, il est le plus souvent en mesure de limiter ses pertes. Cependant, quelles que soient les conditions optimum pour conduire une entreprise, il n'en reste pas moins, et c'est là l'essentiel, que tout investissement conjugué de manière indissociable prise de risque et maîtrise de ce dernier.

Ni joueur, ni bon père de famille, l'investisseur ne trouve guère de place dans le jeu social que définit le droit commun issu du Code civil. Il est à cet égard significatif de lire ce que disent le Code et les travaux préparatoires de deux contrats qui, de fait, intègrent une prise de risque de nature entrepreneuriale. Il s'agit du prêt à la grosse aventure et de l'assurance

maritime. L'un et l'autre sont les ancêtres du capital risque (v. introd.). Par le premier, le prêteur finance une expédition au long cours dans le but, par exemple, d'alimenter le commerce des épices. Si l'opération échoue — le risque est réel compte de tenu des dangers encourus —, le négociant ne doit rien. Mais si l'opération aboutit, le négociant doit partager son bénéfice avec le prêteur. Généralement, celui-ci cède une partie de son risque grâce à une assurance maritime. En contrepartie, l'« assureur » (qui, à l'époque, ne maîtrise pas l'outil statistique comme aujourd'hui) perçoit une prime qui peut d'ailleurs être indexée sur la réussite de l'entreprise. Dans ce dispositif, tout le monde prend des risques et tout le monde, dans le même temps, cherche à les limiter. Le négociant s'expose lui-même mais il transfère au prêteur l'éventualité d'une infortune. Cette dernière ne rejaillira pas intégralement sur le prêteur s'il a pris soin de s'assurer. Quant à l'assureur, il aura généralement pris position sur plusieurs prêts, ce qui lui permettra de diluer les risques encourus. Ici, sans aucun doute, tout le monde fait du commerce. Et pourtant, le Code civil indique à l'article 1964 qu'ils « *sont régis par les lois maritimes* ». Portalis explique ce renvoi par un exposé circonstancié du négoce des « *grandes entreprises commerciales* »⁴⁰ que conclut le propos attendu : « *ces deux contrats demeurent étrangers au Code civil* ».

Selon Jacques Le Goff, le purgatoire a permis aux usuriers de sortir de l'enfer⁴¹. On trouve dans la prose post-révolutionnaire, la version laïcisée de ce passage. Grâce à la proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie, les capitalistes sont sortis de l'ombre. Cependant, le Code les a mis hors du jeu social. A l'image de l'assurance qu'ils pratiquent, leur aventure est maritime. Sur terre, leur place se trouve au port, guère au-delà.

De la différence entre marché et capitalisme

D'où vient cette forme d'ostracisme ? D'une distinction, mise en lumière par Fernand Braudel⁴², et dont on trouve déjà trace dans les travaux préparatoires du Code civil, mais aussi, d'ailleurs, chez Montesquieu⁴³. Il y a commerce et commerce et l'un ne peut être traité à l'égal de l'autre.

Le commerce se présente tout d'abord sous une forme assez simple. Ce sont, nous dit Braudel, « *les échanges quotidiens du marché, les trafics locaux ou à faible distance : ainsi le blé, le bois qui s'acheminent vers la ville proche...* »⁴⁴. C'est, nous dit Portalis, « *le commerce de la vie civile, (et non le commerce proprement dit) uniquement réduit aux engagements contractés entre des individus que leurs besoins mutuels et certaines convenances rapprochent* »⁴⁵. Ce sont par exemple les échanges qui se nouent sur le marché d'une bourgade. Là, on gagne finalement assez peu. L'information circule assez bien et la concurrence est presque parfaite. Les prix s'ajustent au point d'équilibre entre l'offre et la demande. Il n'y a ni gagnant, ni perdant. Le marché fait un peu mieux que le troc ; il ne fait guère plus.

Mais il est une autre forme de commerce, construite sur une mécanique bien moins rudimentaire qu'un simple échange. Elle est le fait de gros négociants et porte sur des opérations au long cours. Ce peut-être par exemple le commerce des épices. « *Des marchands itinérants, ramasseurs, collecteurs de marchandises, rejoignent les producteurs chez eux* »,

⁴⁰ Fenet, t. 14, p. 537.

⁴¹ J. Le Goff, *La bourse et la vie*, éd. Hachette, Paris 1986.

⁴² *Civilisation matérielle, Economie et capitalisme, tome 2 : les jeux de l'échange*, A. Colin, Paris 1979, ; v. aussi *La dynamique du capitalisme*, éd. Arthaud, Paris 1985.

⁴³ *L'esprit des lois*, L. XX et XXI qui distingue le *commerce de luxe* du *commerce d'économie* et qui écrit (L. XX, chap. IV : « Règle générale : dans une nation qui est dans la servitude, on travaille plus à conserver qu'à acquérir ; dans une nation libre, on travaille plus à acquérir qu'à conserver »

⁴⁴ *La dynamique du capitalisme*, p. 54.

⁴⁵ Fenet, t. 1, p. 513

écrit Braudel. Et il poursuit : « *au paysan, ils achètent directement la laine, le chanvre... Ou, même, ils lui achètent ces produits à l'avance... Un simple billet signé à l'auberge du village ou à la ferme scelle le contrat. Ensuite Ils achemineront leurs achats (...) vers les grandes villes ou les ports exportateurs* »⁴⁶. C'est précisément dans ce type d'opérations que Portalis voit le « *commerce proprement dit* », dont, précise-t-il, « *le ministère est de rapprocher les nations et les peuples, de pourvoir aux besoins de la société universelle des hommes* » (*ibidem*). Et ce sont les lois qui régissent ce type de commerce dont Portalis indique que « *l'esprit diffère essentiellement de l'esprit des lois civiles* ».

Où se trouve la différence entre « *le commerce de la vie civile* » et le « *commerce proprement dit* » et qui justifie que le second fasse l'objet d'un traitement particulier ? Elle se niche dans le fait que, toujours selon Braudel, seul le second requiert l'intervention de capitalistes. C'est qu'en effet, pour faire le commerce des épices, il faut disposer d'une assise financière bien supérieure à celle requise pour conduire une petite exploitation. Le négociant doit avancer les fonds d'une expédition lointaine et périlleuse ; il doit au surplus acheter en masse, bien avant d'obtenir les bénéfices de la revente. Les dépenses exposées sont sans commune mesure avec celles du petit paysan dont le cycle d'exploitation comprend l'achat de quelques graines et fourrages et la vente immédiate et à proximité des fruits de son labeur. Au premier, il faut un capital dont le second peut se passer.

Il y a donc deux types de commerce : l'un qui repose sur le marché et l'autre sur l'intervention de capitalistes. Le premier est ouvert, le second plus select. Braudel parle de *public et private market*.

Le péché Capital

La spécificité du capitalisme ne tient pas seulement à l'intervention du capitalistes. Le *private market*, écrit Braudel, est en réalité un « *contre-marché* ». Le négociant, qui achète en masse et fait voyager les marchandises, sépare l'offre de la demande. Et l'intérêt qu'il trouve à son intermédiation est précisément que celle-ci lui permet d'échapper — en partie seulement — au jeu de l'offre et de la demande. C'est au reste une thèse que l'éminent historien partage avec l'économiste Ronald Coase⁴⁷. Ce dernier constatait en effet que l'économie capitaliste prospère grâce à des entreprises organisées sur un mode hiérarchique. Leur principe de fonctionnement est donc à l'exact opposé de celui qui gouverne les marchés. Là, de fait, l'offre et la demande se rencontrent par l'effet d'un accord et non pas sous l'empire d'une subordination.

Un jour ou l'autre le capitaliste est mis en concurrence. Il ne peut donc indéfiniment échapper au marché. Il reste qu'il y a un temps où l'entrepreneur n'est pas encore acteur d'un marché. Entre le moment où le négociant achète les épices aux Indes et les revend à Amsterdam, il se déroule une série d'opérations privées — transport, banque, assurance... — bien distinctes du seul achat-vente des marchandises. Même observation pour l'industriel qui, avant de proposer ses fabrications à d'éventuels acquéreurs, a investi dans un outil de production et financé un cycle d'exploitation en payant salariés et fournisseurs. Par définition, ces opérations hors marché ne sont pas des opérations de marché. Elles constituent en quelque sorte des actes préparatoires à l'entrée sur le marché. Elles échappent ainsi aux règles qui gouvernent ce dernier.

La force du capitaliste tient au fait qu'il n'a pas un besoin immédiat des ressources que lui procure la vente de ses productions sur le marché. Il échappe aux « *besoins mutuels* » qui sont la raison d'être du « *commerce de la vie civile* ». Les nécessités d'une consommation

⁴⁶ *La dynamique du capitalisme*, p. 57

⁴⁷ *The nature of the Firm*, 1937 ; disponible sur www.cerna.ensmp.fr/Enseignement/CoursEcoIndus/SupportsdeCours/COASE.pdf.

immédiate ne l'atteignent pas et il est en conséquence en mesure de dépenser pour demain. Il peut faire sien ce mot de Montesquieu : « *parce qu'on croit être sûr de ce que l'on a acquis, on ose l'exposer pour acquérir davantage* »⁴⁸. L'intérêt de lourds investissements dans la phase préparatoire à l'entrée sur le marché tient à l'avantage compétitif ainsi obtenu. Le produit proposé sera d'une qualité nettement supérieure à ceux qui pourraient lui être substitués (ou beaucoup moins cher). Son fabricant réalisera dès lors des bénéfices bien supérieurs à ceux qui auraient été les siens à défaut d'investissement. Sans doute, comme le petit indépendant, le capitaliste devra un jour proposer ses produits à la vente et se soumettre à la loi du marché. Mais d'une certaine manière, le cœur n'y est pas. L'échange n'est en effet que le moyen de réaliser le retour sur investissement. Le capitaliste ne va pas sur le marché pour échanger, il y va pour s'enrichir.

L'on voit alors vraiment qui il est. Alors que les acteurs du petit commerce vont au contact les uns des autres et que, conscients de leur interdépendance, ils multiplient les liens entre eux, les agents de la grande entreprise ne cherchent chez les autres que le moyen d'accroître le capital investi. Le moment de l'échange est pour eux le temps du retour sur soi. L'on comprend donc que le Code civil, dont le projet est de définir les fondements d'une société pacifiée et qui, de ce fait, a pour principal objet d'établir un modèle de relation entre les individus, n'ait que faire de ce qu'il appelle le *commerce proprement dit*.

Ainsi le capitalisme à la française ne goûte-t-il guère aux capitalistes.

L'économie est antisociale

La leçon du passé est finalement simple à énoncer : l'économie ne fait pas partie du pacte social. Le droit en tire une conséquence immédiate : il sépare le droit civil et le droit commercial. Il y a donc un Code civil et un Code de commerce. Le premier est conçu sur le modèle d'une Constitution de la société civile, le second apparaît au début comme une sorte de charte de bonne conduite à l'intention des seuls commerçants⁴⁹. Cette première séparation en induit une autre. Les principes du Code civil éprouvent assez vite les limites de leur efficacité. Construire les relations entre individus sur le modèle d'un échange entre propriétaires ne suffit pas à garantir la paix civile. Bien vite, les non-propriétaires se manifestent de telle sorte qu'est posée la question sociale. Comment maintenir la cohésion, autrement dit la paix civile, entre individus dont les conditions sont si éloignées les unes des autres ? Au moins intellectuellement, la réponse vient assez vite : en donnant à tout le monde des garanties d'une valeur semblable à celle qu'offre la propriété⁵⁰. Ainsi protège-t-on l'emploi afin que celui qui l'occupe dispose d'une source de revenus à peu près stables. Ainsi instaure-t-on une protection sociale dont l'office est de faire en sorte que les aléas de l'existence n'entament trop durement la situation des individus. A la séparation entre vie civile et commerce vient dès lors s'ajouter celle entre le « social » et l'économie.

Les liens entre ces deux éléments sont ainsi occultés et spécialement le fait que le premier ne doit son existence qu'à cette dernière. Les prémisses dont dérive cette séparation contribuent à accroître la distance entre ces deux termes. Si le droit social est le garant de la paix civile, tout lui est permis, quel qu'en soit le prix. Une « logique comptable » ne saurait l'arrêter. De toute façon, les entreprises peuvent bien payer. Elles ne pensent qu'à investir et à accroître leurs richesses. Si personne ne vient mettre une limite, elles poursuivront leur dessein jusqu'à ce que leurs profits atteignent le ciel. Rien ne sert d'insister sur la viabilité économique de nos ambitions sociales car, par principe, entreprise et société ne sont pas faites

⁴⁸ *L'esprit des lois*, L. XX, chap. IV.

⁴⁹ V. par ex. R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien 1989, p. 270 et s., spéc. n° 697.

⁵⁰ V. sur ce point, R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, Fayard 1995, spéc. pp. 268-322. *Infra* chap. 4.

pour s'entendre. La seconde peut bien manger la plus grosse part du gâteau ; qu'on se rassure, la première prendra un jour ou l'autre sa revanche. Ainsi la distance conduit-elle au conflit.

Pour avoir isolé les activités économiques et sociales dans deux sphères distinctes, nous avons le plus grand mal à concevoir que les unes et les autres peuvent sainement s'articuler⁵¹. Sans être aussitôt soupçonné d'ultralibéralisme, il nous est ainsi difficile de penser que le plein emploi rend presque inutile les protections liées au licenciement et au chômage, qu'un « licenciement boursier » peut dégager de la trésorerie pour de nouveaux investissements puis par la suite de nouveaux emplois, qu'on peut investir dans le reclassement des chômeurs sans pour autant pénaliser les entreprises qui licencient. On pourra démontrer que ces propositions constituent généralement la matrice des politiques sociales réussies, en tout cas de celles qui, comme au Danemark, parviennent à faire disparaître le chômage, elles seront toujours suspectes.

La césure entre les sphères publique et privée

Autre effet de l'exclusion du commerce des rangs de la vie civile, celui-ci s'est trouvé projeté dans la vie publique. De manière parfaitement logique au demeurant. Car s'il y a la société civile et l'Etat, on ne peut être exclue de la première sans intégrer le second. Chacun fera ici le lien avec la tradition colbertiste ; également, pour prendre une illustration plus récente, avec la revendication franco-française d'introduire plus de démocratie (en fait plus d'Etat) dans la gestion des banques centrales.

Quoique l'on pense de la politisation de l'économie, il est de fait qu'elle empêche le plus souvent de considérer sereinement ce que l'Etat pourrait apporter à l'activité économique s'il renonçait à s'en prétendre le maître. Sans l'Etat, la société civile ne tient pas. Le premier donne à la seconde les moyens de faire coexister des hommes libres⁵². Entre interventionnisme et laisser-faire, il dose son effort. Si l'économie réintégrait la société civile, chacun comprendrait alors que le choix n'est pas entre libéralisme et étatisme, ou encore entre Etat gendarme ou économie administrée. Il n'y a pas à choisir un modèle mais à trouver le bon dosage : à un moment, développer une politique de grands travaux pour valoriser le territoire, à un autre, baisser la fiscalité et les charges, à un troisième encore, recapitaliser une entreprise pour lui permettre de se relancer en se réformant... En un mot, nos conceptions dogmatiques du commerce empêchent une compréhension nuancée et pourtant nécessaire du rôle de l'Etat dans le développement de l'activité économique.

Au reste, les interventions publiques seront généralement le fait d'individus plutôt mal disposés à l'égard du monde des affaires. Etrangers à ce dernier, ils seront issus de la société civile. Si cette dernière est un espace de solidarités, où chaque sociétaire prend attache avec son semblable pour combler des besoins réciproques, les agents de l'Etat qui en sont issus comprennent naturellement leur fonction comme une vocation. Ils prolongent les aspirations altruistes de leurs concitoyens mais en raisonnant à l'échelle de la société. Ainsi se dédient-ils, au moins le croient-ils sincèrement, à la défense de l'intérêt général. L'autre est leur centre d'intérêt. Ainsi n'ont-ils généralement que des sentiments nuancés à l'égard de ceux qui ont pour principale préoccupation d'accroître un capital. En tout cas, ils n'ont aucun doute sur leur aptitude à moraliser un monde dont ils pensent *a priori* qu'il est amoral.

En retour et somme toute assez naturellement, les gens d'entreprise perçoivent le plus souvent les interventions du public comme des ingérences. Du coup, ils brocardent les fonctionnaires précautionneux et pusillanimes. Peut-être sont-ils âpres au gain. Ils ont

⁵¹ Les esprits évoluent ; v. par ex. M. Canto-Sperber, *Les règles de la liberté*, Plon 2003.

⁵² Sur le lien nécessaire entre Etat et individualisme, v. P. Manent, *Cours familier de philosophie politique*, Fayard 2001, pp. 29-54. V. aussi E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat*, trad. Vergely, Gallimard, Paris 1993, pp. 164-239.

cependant l'audace de tout risquer. Ils n'ont pas le goût des autres ; à tout le moins, n'ont-ils pas peur pour eux-mêmes. S'il devait y avoir un Esclave et un Maître, chacun voit bien le rôle qu'ils tiendraient.

Chapitre 3

COMMENT NOUS AURIONS DU DEVENIR COMMUNISTES

Arithmétique historique

La Révolution russe a été gagnée par les *bolcheviks* au détriment des *mencheviks*. Littéralement, cela signifie donc que les *minoritaires* l'ont emporté sur les *majoritaires*. La Révolution chinoise a elle aussi débuté aux marges de l'Empire et il fallu des efforts considérables pour qu'elle gagne la paysannerie et, de ce fait, l'ensemble de la société. Logiquement, la France, attentivement observée par Marx d'ailleurs, aurait elle aussi dû se convertir.

Le parti communiste y a été un temps le premier parti de France atteignant à la Libération un score de près de 29% des suffrages aux élections générales. Il pouvait s'appuyer sur une société civile ainsi que sur des élites publiques largement convaincues des méfaits du capitalisme (v. chap. 2). Une victoire totale, sans excessive violence, n'était pas inimaginable.

Pourtant, la France n'a jamais basculé. La Révolution française a introduit le thème de l'égalité, propice au développement d'idéaux de type communiste. En effet, l'affirmation que les hommes sont égaux en droit fait immédiatement ressortir qu'en fait, ils ne le sont pas. D'où la soif d'une égalité réelle, au risque d'ailleurs de confondre égalité et identité, qu'exprime alors la maxime des sans-culottes : « *tous à la même hauteur, voilà le vrai bonheur* ». S'il y a la matière idéologique pour fondre les individualités dans un collectif de citoyens, l'amalgame ne prend pas. La conjuration des égaux échoue lamentablement. Babeuf inaugure le panthéon des *losers* ; après lui, Trotski ou encore le Che. Aux tenants d'une révolution radicale, il n'offre qu'une mystique de l'échec.

Il reste que celui-ci est finalement assez énigmatique. Car la critique du capitalisme induite par les principes de la société civile post-révolutionnaire est lourde d'une condamnation sans appel de ces principes mêmes. En termes un tant soit peu caricaturaux, on peut dire qu'en écartant les négociants du pacte social, les bourgeois du Code civil ont pris le risque de scier la branche sur laquelle ils se sont assis. En critiquant les capitalistes, ils n'ont pas vu qu'ils se condamnaient eux-mêmes.

Les propriétaires sont en réalité des capitalistes

Dans une France baignée de morale, le capitaliste est en quelque sorte un « sale type ». Il ne pense qu'à lui-même. Les autres ne l'intéressent qu'en ce qu'ils permettent de l'enrichir. Autrui n'est qu'un contractant dont il a oublié le visage. A ce point dépourvu de mesure, il admettra tôt ou tard qu'un bon *deal* vaut bien une malhonnêteté. D'ailleurs, l'histoire du capitalisme est scandée au rythme des truandes en col blanc : la faillite d'*Enron* est du même ordre que la banqueroute de *Law*.

Cependant, à trop charger ceux qui spéculent, les esprits conservateurs se constituent eux-mêmes en cibles. Bien vite, le discrédit qui frappe le capitaliste atteint le propriétaire.

Sans doute la Révolution française élève-t-elle la propriété au rang des droits de l'homme et du citoyen au point d'en faire « *un droit inviolable et sacré* ». Sans doute le Code civil en fait-il « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* ». Sans doute encore est-on officiellement et définitivement convaincu que « *la propriété est la base de tout édifice politique* »⁵³. Cependant, s'il ne semble plus temps de discuter la légitimité de

⁵³ Propos du Tribun Faure au cours des travaux préparatoires au Code civil, lors de la présentation du chapitre sur la propriété ; l'orateur exprime ici un lieu commun ; Fenet, tome XI, p. 135.

ce droit, quelques années plus tard, d'autres pressentent, comme Tocqueville, que « *le grand champ de bataille sera la propriété* »⁵⁴. C'est qu'il ne suffit pas d'apporter des réponses politiques aux questions qu'à leur simple échelle, les individus se posent. S'ils constatent que d'autres possèdent (beaucoup) plus qu'ils n'ont eux-mêmes, et que cette observation les fait réagir, ils ne peuvent surmonter leur trouble qu'à la condition de disposer de raisons susceptibles d'être individuellement intégrées et reçues. Or, si ces raisons existent, elles sont de ce point de vue d'une efficacité limitée.

Pour convaincre les individus de la légitimité du droit de propriété, le législateur post-révolutionnaire dispose de la vulgate des *Lumières*. Sans trop de rigueur, aussi bien Locke que Rousseau, peut-être aussi Kant, sont appelés en renfort⁵⁵. Ainsi Portalis expose-t-il que « *le besoin et l'industrie sont les principes créateurs de la propriété* », non sans avoir mentionné, préalablement, « *l'occupation* »⁵⁶. Au premier abord, ce sont des raisons accessibles aux individus. Chacun peut comprendre que les besoins donnent des droits, que le travail procure des gains, qu'enfin, dans l'ordre des choses, la chronologie offre dans une certaine mesure un principe de prévalence. Simplement, chacun voit tout aussi aisément que ces considérations de bon sens sont insuffisantes à justifier un droit de propriété d'une sacralité semblable à celle voulue par les révolutionnaires⁵⁷. Le grand propriétaire terrien, comme l'industriel, disposent de bien plus que de leur besoin. Leurs avoirs sont totalement déconnectés de leur travail personnel. Une éventuelle occupation première sera le plus souvent impossible à établir.

Ainsi la propriété suscite-t-elle le sentiment d'injustice. Il semble alors que l'abondance des uns se nourrit de l'insuffisance des autres ou encore que la richesse s'accroît du travail d'autrui. Il semble encore que, contrairement à la promesse révolutionnaire, il y ait d'autres motifs de distinction que les vertus et les talents. Mais il y a plus grave encore. Si le propriétaire dispose du superflu, c'est qu'en fait, il l'a bien voulu. Ce n'est pas par hasard qu'il est allé au-delà de ses besoins et de son industrie. Et quand bien même serait-il innocent, il ne l'est que pour peu de temps encore. Car s'il échappe au besoin, et aux solidarités que celui-ci implique, il n'aura d'autres raisons de s'occuper que de faire fructifier son capital ; sauf, hypothèse marginale, à devenir mécène. Ainsi le propriétaire est-il démasqué. C'est en réalité un capitaliste qui se cache.

Le message est limpide et il sera porté haut et fort par les penseurs socialistes, au premier rang desquels Marx bien sûr. Les révolutionnaires et leurs successeurs ont trompé les citoyens. Ils ont officiellement promu des institutions pourvoyeuses de lien social et relégué aux marges de la société civile les négociants et autres capitalistes. En réalité, prétexte pris d'une conception fallacieuse de la propriété, ils ont donné la main à ces derniers. Quoi qu'il en soit d'ailleurs de la valeur de ce discours de dénonciation, il est cependant vrai que la conjugaison d'une conception mal assurée de la propriété et des incertitudes sur la légitimité du commerce était de nature à fragiliser sinon subvertir le système social officiellement consacré.

⁵⁴ Et ajoute-t-il, « *les principales questions de la politique rouleront sur des modifications plus ou moins profondes à apporter au droit des propriétaires* », in *Souvenirs*, 1^{ère} partie, § 1, *in fine*.

⁵⁵ Sur les liens entre les questions philosophiques que posent le droit de propriété et les aspects de sa technique juridique, l'ouvrage de référence est celui de M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, P.U.F., coll. *Fondements de la politique*, Paris 2004.

⁵⁶ *Fenet*, tome XI, p. 112.

⁵⁷ Cf. Marx : « *c'est une tautologie de dire que la propriété (appropriation) est une condition de la production. Mais il est ridicule de partir de là pour passer d'un saut à une forme déterminée de la propriété privée* », in *introduction à la critique de l'économie politique*, trad. M. Husson, Editions sociales, Paris 1957, p. 153.

D'une supercherie l'autre

Au lendemain de la Révolution, la qualité de propriétaire constitue le ticket d'entrée dans la société civile. Une relation équilibrée⁵⁸ se noue entre deux propriétaires qui, de leur rencontre, peuvent ainsi faire un échange. Bien sûr, tout commerce (au sens large) n'emporte pas transfert de propriété. Mais à tout le moins, la matière contractuelle est objective. Qu'un bourgeois cède un bien immobilier, qu'un notaire offre ses services, dans un cas comme dans l'autre, il y a quelque chose sur quoi s'entendre et qui tient les personnes en respect.

C'est d'ailleurs pourquoi d'authentiques révolutionnaires n'hésitent guère lorsqu'il s'agit de défendre le suffrage censitaire, c'est-à-dire de réserver le droit de vote aux citoyens propriétaires. C'est Siéyès qui, sur le sujet, a les mots les plus durs : « *Parmi les malheureux voués aux travaux pénibles, producteurs de la jouissance d'autrui et recevant à peine de quoi sustenter leur corps souffrant et plein de besoins, dans cette foule immense d'instruments bipèdes, sans liberté, sans moralité, ne possédant que des mains peu gagnantes et une âme absorbée, est-ce là ce que vous appelez des hommes ? Y en a-t-il un seul qui fût capable d'entrer en société ?* »⁵⁹. Sans anachronisme excessif, on peut concevoir l'impact négatif de ce type de propositions sur la « foule de bipèdes aux mains peu gagnantes ». En tout cas, on peut deviner que la propriété n'est peut-être pas exactement ce que l'on en dit. Si elle est officiellement le vecteur de la paix civile, elle semble plus sûrement constituer une belle machine à exclusion.

Au-delà de la question du cens, la conception juridique de la propriété a pour effet de reléguer le plus grand nombre aux marges de la société civile. En effet, le modèle de relation qu'elle implique est inapplicable au rapport de droit qui, pour le plus grand nombre, va devenir le rapport de première importance. Il s'agit bien entendu de la relation de travail.

Quelles différences y a-t-il entre un petit artisan et, pour parler comme en 1804, un domestique ou un ouvrier ? Elles ne se décèlent pas immédiatement. Bien souvent, le petit artisan est dans une situation de dépendance par rapport à son donneur d'ordre. Il peut d'ailleurs connaître une précarité bien plus dure à supporter qu'un domestique ayant trouvé une bonne place. Il connaît rarement l'opulence. Au reste, lors des journées révolutionnaires qui ont jalonné le XIX^{ème} siècle, il a souvent figuré aux premières rangées. Simplement, s'il n'est pas nécessairement plus à l'aise qu'un salarié, quelque chose d'essentiel le distingue de ce dernier. Il vend le produit de son travail là où le salarié n'offre que le travail lui-même. Le premier livre un ouvrage là où le second monnaie sa peine⁶⁰. L'artisan contracte donc sur un modèle qui s'apparente à celui mis en avant par le Code civil. Pas le salarié.

Dans sa version la plus ancienne, le propre de la prestation de travail est en effet son caractère indéterminé. Le salarié accepte le principe de sa subordination et fait ce que l'employeur lui demande de faire. Il est en quelque sorte un homme sans qualités. Il reçoit un salaire en contrepartie de la quantité de travail mise à disposition de l'employeur. On dit alors que le contrat de travail est un louage de service car l'ouvrier permet que son patron prenne en location, pendant un temps donné et moyennant un « loyer », en fait, la rémunération, ses ressources intellectuelles et manuelles. C'est la force de travail qui est mise en location. Et comme cette force est difficilement dissociable de la personne qui en est le support, chacun comprend qu'appréhender la première revient de fait à se saisir de la seconde. Quand une personne loue sa force de travail, c'est un peu d'elle-même qu'elle met en location... Comme l'ont écrit deux auteurs classiques, « *c'est la personne humaine qui est en réalité l'objet du*

⁵⁸ C'est la relation bourgeoise évoquée à la fin du chap. 1.

⁵⁹ Cité par R. Castel, in *les métamorphoses de la question sociale*, p. 206.

⁶⁰ C'est la distinction entre *labor* (travail) et *opera* (œuvre), issue de la pensée antique et que H. Arendt a brillamment ressourcée dans *La condition de l'homme moderne*, trad. Fradier, Calmann-Lévy, Paris 1983, chap. 3. V. également, pour les juristes, A. Supiot, *Critique du droit du travail*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris 1994, p. 45 et s.

contrat, en même temps qu'elle en est le sujet »⁶¹. Il manque à cette relation la médiatisation d'une chose propre à amortir le choc des personnalités. Il n'est donc *a priori* pas possible de la concevoir sur le modèle d'un échange bourgeois.

La lutte des classes en point d'orgue

Dès lors, la société qu'imagine le législateur post révolutionnaire prend l'eau de toute part. La propriété devient un leurre des capitalistes. Mais on peut en dire autant du contrat qui, présenté comme l'outil d'un échange équilibré, devient l'arme par la magie de laquelle ces derniers subordonnent la masse des travailleurs. Tout ceci semble d'ailleurs d'une logique implacable. Puisqu'il faut accroître le capital au-delà du travail fourni, il faut bien utiliser le travail d'autrui⁶². D'où la propriété pour légitimer l'appât du gain et le contrat pour le satisfaire.

Tout ceci prédispose les esprits à accueillir favorablement les discours sur la lutte des classes. On avait voulu une société de propriétaires et que celle-ci s'alimente du commerce des propriétés. Mais il fallut bien vite consentir que, ce faisant, cette société était une coquille vide. De propriétaires, il n'y avait pas. D'une part, parce que l'immense foule ne disposait de rien ou pas grand chose. D'autre part, parce que les quelques nantis étaient en réalité bien plus des capitalistes que des propriétaires. De cette société imaginaire ne restaient donc en réalité que deux classes. La mise en scène de l'exploitation de l'homme par l'homme n'avait de la sorte rien d'une mauvaise comédie.

D'ailleurs, les conflits politiques et sociaux du XIX^{ème} siècle tournent assez largement autour du thème de la propriété et, d'une certaine manière, la lutte des classes a eu lieu. Simplement, et c'est là qu'est le mystère, elle n'a pas donné lieu à la victoire de la masse. Sans doute est-ce parce que cette dernière n'a pas partagé l'hypothèse marxiste, selon laquelle les classes sont irréductibles l'une à l'autre. La culture démocratique a vraisemblablement fait son œuvre et chaque camp a compris que la paix civile ne s'obtiendrait pas par la victoire totale de l'un ou de l'autre. Thorez admettait qu'il fallait savoir finir les grèves, reconnaissant par là même qu'elles ne pouvaient conduire au grand soir. En contrepoint, Bismark avait écrit (en 1871) que « *le seul moyen de contenir les égarements de la classe ouvrière, c'est de réaliser celle des exigences des socialistes qui apparaissent légitimes et réalisables en l'état de l'ordre étatique et social* »⁶³.

Essayons à présent de comprendre les voies du compromis.

⁶¹ Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 4^{ème} éd., L.G.D.J., Paris 1957, n° 2948.

⁶² Marx n'est pas bien loin : « *comment la production, sur la base de la valeur d'échange déterminée par le seul temps de travail, conduit-elle à ce résultat, que la valeur d'échange du travail est inférieure à la valeur d'échange de son produit ?* », in *Critique de l'économie politique*, op. cit. p. 38.

⁶³ Cité in *Politiques sociales*, dir. M.-T. Join-Lambert, 2^{ème} éd., Presses Sc. Po. et Dalloz, Paris 1997, p. 206.

Chapitre 4

LE CAPITALISME HONTEUX

« *L'invention du social* »⁶⁴

C'est aujourd'hui un thème bien connu⁶⁵ : le « social » est le premier fossoyeur de la lutte des classes. Et si certains peuvent penser que les acquis sociaux sont le résultat de combats de même nature, il est aujourd'hui bien certain que les luttes sociales sont le lot de consolation de la lutte des classes.

Au fait, qu'est-ce donc que le « social » ? Concrètement, il s'apparente à l'ensemble des protections issues du droit du travail et de la protection sociale : l'assurance maladie, les indemnités de licenciement, l'assurance chômage, les retraites... Autant de dispositifs qui, face aux éléments irrésistibles — la maladie, la vieillesse... — qui menacent nos existences, garantissent aux individus une aptitude à se maintenir en société. Ainsi dit-on de ceux qui ne parviennent pas à se maintenir, et à l'égard desquels la plupart des dispositifs de réinsertion fonctionnent mal⁶⁶, qu'ils sont en situation d'exclusion sociale.

Ainsi présenté, le social est essentiellement défensif. Il a cependant un cousin, que les français chérissent tout autant que lui, et qui prend le nom de service public. Il s'agit alors moins de protéger⁶⁷ que d'apporter quelque chose aux individus : éducation, transports... Cependant, protection sociale et services publics appartiennent à la même famille. Ils répondent à la même idée que la mise en commun de certaines choses est préférable à une prise en charge individuelle. Qu'il s'agisse des transports ou de la maladie, il est bon de savoir que l'on peut compter sur la collectivité et non pas sur ses seules forces.

D'où, assez naturellement, le sentiment que toutes ces choses là ont été imposées aux capitalistes. En effet, ces derniers sont animés par une logique individualiste. Ils sont centrés sur eux-mêmes et leur seul objectif est de croître. S'il existe des mécanismes par lesquels les individus s'adosent à la collectivité, ce sont nécessairement des conquêtes du mouvement social. Ce n'est d'ailleurs pas totalement faux. Pour s'en convaincre, il suffit de relire Portalis lorsque, tout à la défense du droit de Propriété, il énonce sans nuance : « *les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talents (...)* Ces inégalités premières, qui sont l'ouvrage même de la nature, entraînent nécessairement celles que l'on rencontre dans la société. ». Il ajoute, plus catégorique encore : « *on aurait tort de craindre les abus de la richesse et des différences sociales qui peuvent exister entre les hommes (...)* N'aspirons pas à être plus humains que la nature ni plus sages que la nécessité »⁶⁸

Paix civile et cohésion sociale, même combat

⁶⁴ Tel est le titre du remarquable ouvrage de J. Donzelot, *L'invention du social, essai sur le déclin des passions politiques*, Seuil, Paris 1994.

⁶⁵ Parmi les livres de référence sur la question sociale, on citera outre les ouvrages précités de J. Donzelot et R. Castel, et entre autres, de F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, Paris 1986, et *Histoire de l'Etat-Providence*, LGF, nouv. éd., 1996.

⁶⁶ V. sur le sujet, les excellents travaux de J. Damon, *La Question SDF : Critique d'une action publique*, coll. Le lien social, P.U.F. 2002 ; du même auteur, *L'exclusion*, coll. Que sais-je, P.U.F. 2008. Pour une vision plus subjective du sujet, v. P. Declerck, *Les naufragés*, Pocket, coll. Terre Humaine, Paris 2003.

⁶⁷ Juridiquement la sécurité sociale est un service public mais, dans l'esprit des français, le service public s'apparente plus à une activité de service, comme les transports.

⁶⁸ Fenet, T. XI, p. 116.

Malgré tout, les conquêtes sociales sont autant de manifestation de la survie du capitalisme. D'une certaine manière, elles lui ont permis d'avancer masqué.

Les techniques relevant du social répondent à un impératif dit de cohésion sociale. Il s'agit de faire en sorte que malgré leurs différences et leurs inégalités, les individus qui vivent dans une même société, donnent raisonnablement la préférence à des rapports pacifiés plutôt qu'à des rapports conflictuels. L'objectif est bien la paix civile, chère au législateur post révolutionnaire. Seule la méthode change. Au lieu de compter sur la médiation des choses, on porte désormais l'attention sur les personnes et leurs « *différences sociales* ». C'est une innovation sans doute, mais elle est nécessaire.

Le rapport de travail (v. chap. 3) a mis en évidence les insuffisances d'un lien social construit sur le seul commerce des propriétés et des qualités. Il a mis les hommes directement au contact des uns et des autres. Cependant que la subordination de l'ouvrier au patron a introduit un déséquilibre. Pour en corriger les effets conflictuels, il fallait donc avoir la lucidité de considérer les personnes et s'occuper des différences concrètes qui les caractérisent autant qu'elles les séparent. La cohésion sociale n'est ainsi qu'une adaptation de la paix civile aux nécessités du moment. Elle n'est qu'une fausse rupture avec l'individualisme au principe d'une organisation capitaliste.

Cet effort d'adaptation a d'ailleurs pour effet de mettre en avant le thème de l'inégalité. La mise en forme du social rencontre une difficulté d'ordre conceptuel. Pour tenir compte des différences entre les personnes — c'est la marque du social —, il importe d'en identifier quelques traits propres à caractériser lesdites différences. Simplement, cette tâche se révèle impossible puisque, dans sa version primitive, la relation de travail sollicite un homme sans qualité. Ce n'est pas un homme, une femme, un enfant, un cadre ou un domestique que l'on fait travailler. Ce sont des mains et des bras dont on exploite la force de travail. On voudrait faire des différences là où il n'y a qu'indifférenciation. Il existe cependant une porte de sortie. Il suffit de raisonner en termes quantitatifs et non plus qualitatifs. De ce point de vue, entre l'employeur et le salarié, une chose est sûre : l'un a plus et l'autre moins. Il y a inégalité.

La justice sociale, l'égalité apparaissent en premier lieu comme les outils d'une lutte idéologique à l'encontre de l'individualisme libéral (et donc capitaliste). Elles peuvent aussi être comprises, dans un certain contexte, comme le prolongement de ce dernier.

Les ambiguïtés du social

L'adoption des contraintes collectives — au-delà bien sûr de celles liées aux fonctions régaliennes de l'Etat — a été largement réalisée dans le respect de l'esprit des *Lumières*.

La voie vers le communisme n'a pas été suivie. Cependant, la négation de l'individu pouvait passer par un autre chemin : celle de la Réaction. Dans sa version la plus cohérente, elle a été incarnée par l'Action Française⁶⁹. Le propos est que l'individu est une chimère. Son accession à l'âge adulte, et donc son entrée en société, est le fruit d'une longue éducation, chargée des alluvions de l'histoire nationale. Sa vie ne lui appartient donc pas. Elle n'est qu'une modeste séquence de l'histoire commune. Ainsi s'effacent les destins individuels, que l'on calque sur le devenir des communautés dans lesquelles ils s'intègrent. Tout ceci rappelle naturellement la société de l'ancien régime. Malgré quelques intermèdes, les français n'ont cependant pas renoncé aux idéaux révolutionnaires. S'il faut sacrifier l'individualisme, c'est en fait pour le salut de l'individu.

C'est une donnée maintenant bien connue : la pensée sociologique a intellectuellement contribué à cette réussite. Que disent les premiers sociologues ? Que la société est un fait

⁶⁹ Pour comprendre la base idéologique du mouvement, on peut lire Ch. Maurras, *Mes idées politiques*, Fayard, Paris 1936, tirage aux éditions L'Age d'homme, Paris 2002.

c'est-à-dire que, quoique l'on fasse et aussi vrai que la terre est ronde, il pèse sur tout individu des contraintes qui lui sont extérieures⁷⁰. Ils ajoutent, E. Durkheim mais déjà avant lui A. Comte⁷¹, que les faits sociaux peuvent faire l'objet d'une analyse scientifique. Ainsi le collectif se trouve-t-il réintroduit sans que ce soit au nom d'une pensée révolutionnaire ou rétrograde. Qui plus est, les Lumières sont sauvées puisque la thèse est défendue au nom de la science et, donc, de la vérité.

Plus fort, E. Durkheim parvient même à montrer que plus il y a de dépendance à l'égard d'autrui, plus la « *personnalité individuelle* » en sort renforcée. C'est la conclusion de sa thèse de doctorat, écrite en 1893, et qui deviendra, sous forme de livre, *De la division du travail social*. Chacun se souvient que, selon l'éminent sociologue, la cohésion sociale peut être assurée par deux types de liens : ceux qui reposent sur une solidarité organique, par laquelle les sociétaires se sentent liés aux autres pour être à peu près tous dans un rapport de similitude ; ceux qui reposent sur une solidarité dite mécanique où les liens tiennent à ce que les différences entre les individus, conséquence de la division du travail social, leur font prendre conscience de leur nécessaire interdépendance. Or, dit Durkheim, la solidarité mécanique, qui caractérise les sociétés modernes, est favorable à l'épanouissement de l'individu. En l'isolant dans une spécialité, elle lui permet de tenir la société à distance. En outre, la division sans fin du travail multiplie les « opportunités » : plus il y a de spécialités, plus il y a de choix⁷².

Pour valoriser le collectif, il était difficile de faire plus malin. D'ailleurs, l'objectif de consolidation des solidarités que la III^{ème} République mettait peu à peu en place était le plus souvent révélé au grand jour. C'est un passage obligé des études sociologiques de l'époque que de conclure sur des propos d'économie politique et de morale. Ainsi M. Mauss conclut-il l'*Essai sur le don* : « *Les peuples, les classes, les familles, les individus, pourront s'enrichir, ils ne seront heureux que quand ils sauront s'asseoir, tels des chevaliers, autour de la richesse commune* »⁷³. Simplement, l'objectif n'est pas d'effacer l'individu. Comme l'écrit Durkheim, « *la seule puissance qui puisse servir de modérateur à l'égoïsme individuel est celle du groupe* »⁷⁴. Celui-ci a donc pour principale vertu d'atténuer la face sombre du capitalisme. On en conteste la voracité mais on n'entame pas le tréfonds individualiste qui en est le fondement.

Le social est une propriété

C'est d'autant plus vrai que l'individu est le principal bénéficiaire des dispositifs sociaux mis en place par l'Etat Providence. Il s'agit de lui offrir la sécurité et les commodités auxquelles ses seules forces ne lui permettent pas d'accéder. En un mot, l'objectif est d'allouer aux non propriétaires les avantages qui s'attachent à la propriété.

⁷⁰ On aura reconnu les propos de E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, tirage coll. Quadrige, P.U.F. 1990, p. 14 : « *est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure* ».

⁷¹ On peut se faire une première idée de la pensée d'A. Comte en lisant l'étude que R. Aron y consacre in *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, Paris 1967.

⁷² Ainsi Durkheim écrit-il à la fin de la *division du travail social* : « *les natures individuelles, en se spécialisant, deviennent plus complexes et, par cela même, sont soustraites en partie à l'action collective et aux influences héréditaires qui ne peuvent s'exercer que sur les choses simples et générales* », 3^{ème} éd. Quadrige, P.U.F. 1990, p. 400.

⁷³ *Année sociologique*, seconde série, 1923-1924, t. I ; reproduit in *Sociologie et anthropologie*, P.U.F., éd. Quadrige, 3^{ème} éd. 1989, p. 279.

⁷⁴ *De la division du travail social*, précité, p. 401.

Le terme de *propriété sociale* a d'ailleurs été avancé pour rendre compte de ces dispositifs⁷⁵. Elle est sociale bien sûr dans la mesure où les droits qui y sont attachés s'inscrivent au débit de la collectivité. La victime d'un accident du travail ne s'indemnise pas toute seule. Elle obtient réparation des caisses de sécurité sociale. Au demeurant, le principe de financement de ces organismes répond lui aussi à une inspiration solidariste. L'idée est que si tout le monde contribue, les besoins des accidentés pourront être satisfaits. Pour autant, ce sont bien les besoins de chacun d'entre eux qui reçoivent ainsi le traitement attendu. Si la dette est collective, la créance est individuelle. Ainsi peut-on risquer, au moins de manière métaphorique, le terme de propriété.

Une observation plus attentive de certains mécanismes de droit du travail autorise à voir dans l'utilisation de cette référence un peu plus qu'une simple métaphore. Ripert avait ainsi tôt compris que ceux-ci contribuaient à définir une forme de *propriété de l'emploi*⁷⁶. Lorsque l'employeur utilise la force de travail d'un salarié, il affecte celle-ci à un poste ou, plus précisément, un emploi. Or, il est de fait que, sur cet emploi, le salarié acquiert au fil du temps une forme de titularité dont les manifestations sont proches des attributs de la propriété. Sauf raisons économiques entraînant la disparition de l'emploi, où motifs personnels impérieux justifiant l'éviction du salarié, on ne peut imposer à ce dernier de renoncer à ses principales caractéristiques⁷⁷. Si l'emploi est supprimé puis que, à la faveur d'une meilleure conjoncture, il vient à être recrée, le salarié licencié bénéficie d'une priorité de réembauchage ; comme si la titularité de l'emploi, à l'image d'une propriété, bénéficiait d'un principe de perpétuité. Lorsque l'entreprise change de mains, l'emploi demeure ainsi que le droit pour le salarié de continuer à l'occuper. Le droit s'exerce en quelques mains que se trouve la chose qui en est l'objet. C'est là un particularisme de la propriété. Enfin, le licenciement, qui prive le salarié de son emploi, s'accompagne normalement du versement d'indemnités. Celles-ci croissent en fonction de la durée d'occupation de l'emploi. Elles sont largement déconnectées des éventuelles « fautes » imputables à l'employeur ainsi que du préjudice réel subi par le salarié. Qu'on retrouve immédiatement un emploi ou non, les indemnités sont les mêmes. Ce à quoi ressemble le plus les indemnités, d'une analyse juridique incertaine, c'est à une indemnité d'expropriation. Et l'on voit qu'une fois encore, l'idée d'une propriété de l'emploi est celle qui rend le mieux compte des règles protectrices du salarié.

De manière plus générale, les principes de fonctionnement de la protection sociale renouent avec l'idée de propriété. Au moins à ses débuts — c'est moins vrai avec la C.S.G. —, la protection sociale est financée par des cotisations dont l'assiette est la rémunération du travail. Elle est destinée à résoudre des situations de nécessité, essentiellement celle où, du fait d'un accident ou de la maladie, le salarié ne peut travailler et, de la sorte, subsister. Finalement, la pensée sociale recycle les idées invoquées au soutien de la consécration du droit de propriété. L'*industrie* et le *besoin* n'offraient qu'un fondement fragile à la propriété privée. Les voilà ressuscitées au bénéfice de la propriété sociale.

Ainsi le social se présente-t-il comme un subtil compromis dont les termes permettent de combler les vacances de la propriété. Il ne s'agit pas d'imposer la collectivité aux individus. Il s'agit de faire en sorte que la collectivité offre à chaque individu les conditions de son développement. L'évocation d'un capitalisme honteux, sans doute un peu facile, n'est

⁷⁵ V. R. Castel, *Les métamorphoses...* précité, p. 298.

⁷⁶ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J. 1951, n° 137.

⁷⁷ C'est ce à quoi aboutit, peu ou prou, la jurisprudence qui empêche la modification du contrat de travail. Pour une analyse plus circonstanciée de la question, et aisément accessible, v. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, 23^{ème} éd., Dalloz 2005, n° 371 et s. ; F. Gaudu, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Dalloz 2007 ; J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, éd. Liaisons sociales, 15^{ème} éd., p. 176 et s.

cependant pas galvaudée. L'individu que les solidarités de Durkheim permettent de mettre en avant est en lutte avec son égoïsme. Il n'a pas seulement l'envie de croître, il a le goût des autres. Au fond, il lui revient de souhaiter à autrui ce qu'il voudrait pour lui-même. Il n'est pas totalement décomplexé, il a encore quelques scrupules.

L'entreprise comme institution

La conception de l'entreprise, sans laquelle le capitalisme n'existe pas, est particulièrement significative de cette retenue.

Elle est construite à partir d'un modèle que l'on peut imaginer en s'inspirant de l'acquis des réussites industrielles les moins contestables : Michelin, Renault, Ford...Microsoft ? A l'origine, il y a un brillant ingénieur, pétri de scientisme, et dont le génie, à tout le moins l'astuce, lui fait réaliser une invention dont l'utilité sera appréciée du plus grand nombre. Lui, ou un autre — généralement un autre qui, mieux que l'inventeur, voit l'attrait de l'invention —, réunit des capitaux et installe sa première fabrique. L'entreprise est prospère et les salariés y sont plutôt bien traités. S'y développe une culture d'entreprise. Ceux qui en sont, sont fiers d'en être.

Sur ce référent imaginaire, on élabore une conception dite institutionnelle de l'entreprise. Celle-ci est directement inspirée des analyses du (grand) juriste Maurice Hauriou (1856-1929)⁷⁸ qui, dans la société industrielle au sein de laquelle sa vie s'accomplit, identifie des communautés qu'il analyse comme autant d'institutions. Ce qu'elles ont en commun ? Essentiellement un projet commun auquel adhère une pluralité d'individus et une organisation — c'est-à-dire des organes et des procédures — afin que ces derniers œuvrent tous ensemble à la réalisation dudit projet. Bien vite, cette idée est récupérée pour rendre compte de la réalité de l'entreprise⁷⁹. L'inventeur, ou, à défaut, le chef d'entreprise définit un projet commun à la réussite duquel il associe bailleurs de fonds et salariés. Il définit également, encore que souvent la loi le fasse pour lui, une organisation. Naturellement, celle-ci a pour principal pilier le pouvoir du chef d'entreprise.

Ces analyses sont de nouveau une illustration de la dynamique intellectuelle qui anime la construction du social. Une fois encore, les principes de fonctionnement des relations bourgeoises sont sollicités. De fait, entre le capitaliste et le travailleur, il y a un homme, l'entrepreneur, et plus encore l'entreprise que celui-ci anime. De la même manière que la propriété donne de la matière aux échanges et ce faisant les apaise, l'entreprise fait office de médium dans la lutte des classes. Une fois encore, le capitaliste se fait discret. L'homme fort, ce n'est pas le bailleur de fonds mais l'entrepreneur⁸⁰. Il invente, il fédère les talents, il porte un projet dont la réalisation est *in fine* utile au bien commun. Au minimum, il ne travaille pas que pour lui-même. Il dirige sans doute, mais au nom d'intérêts qui ne sont pas exclusivement les siens⁸¹. C'est un décideur et non un investisseur. Pour reprendre une formule récemment

⁷⁸ M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, in (1925) Cahiers de la Nouvelle Journée, N° 4, p. 2-45. Pour une analyse très fine de la pensée de M. Hauriou, v. E. Millard, *Hauriou et la théorie de l'institution*, in *Droit et société*, n°30-31/1995.

⁷⁹ V. Gaillard, *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, 2^{ème} éd. Paris 1933 ; v. aussi, en droit du travail, Durand, Jaussaud, Vitu, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1947-1956, 4 vol., qui écrivent : « *l'incorporation dans la communauté n'est autre que l'adhésion à l'institution, et la relation de travail apparaît comme le lien juridique unissant, dans l'institution, le chef d'entreprise à chacun des membres de son personnel* » (tome 1, n° 348).

⁸⁰ C'est un peu l'homme de la technocratie, mis en évidence par J.K. Galbraith in *Le nouvel état industriel*, 1^{ère} éd. 1967, 3^{ème} éd., Gallimard 1967.

⁸¹ C'est d'ailleurs ainsi que les juristes de droit civil définissent le pouvoir ; v. sur ce point E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préface G. Cornu, Economica, Paris 1985.

remise au goût du jour⁸², il pratique un capitalisme d'entrepreneur⁸³ et non un capitalisme financier.

L'institution, tombeau de la lutte des classes

Ce que permet encore l'analyse institutionnelle de l'entreprise, c'est de faire passer, comme l'avait fait auparavant fait Durkheim, la nécessité d'une organisation collective. Encore qu'à cet égard, les vertus de cette analyse soit nettement plus contestée. Nombreux sont ceux qui voient dans l'entreprise institution, le faux-nez du paternalisme patronal et la résurgence des tutelles et des vassalités d'ancien régime⁸⁴. Plus radicalement, l'hypocrisie de cette doctrine est dénoncée en ce qu'elle tend à occulter les conflits d'intérêts au sein de l'entreprise, et plus spécialement l'inévitable lutte entre capitalistes et travailleurs⁸⁵. En réalité, la doctrine résiste fort bien à la critique. Car son objectif est bien moins d'occulter les conflits que de les cantonner et de les traiter. Et de ce point de vue, la réussite est indiscutable.

Revenons un instant en arrière. La société bourgeoise du Code civil, d'une consistance insuffisante, se trouvait de la sorte exposée aux affrontements issus de la lutte des classes. A tout le moins, les prolétaires (ceux qui ont pour seul bien leur force de travail) étaient suffisamment nombreux et semblables pour se reconnaître au sein d'une collectivité. Ainsi réunis, ils devaient naturellement attendre un règlement collectif de leur situation. A l'échelle de la société, l'issue ne pouvait être que révolutionnaire. En effet, un tel règlement supposait une modification de l'organisation collective et donc des règles de pouvoir. D'où l'invention du social, dont les premières réalisations devaient permettre de désamorcer les tensions les plus vives.

Mais la réponse était nécessairement insuffisante. D'abord, parce que les filets de protection se sont tissés avec lenteur. La loi sur les accidents du travail date de 1898, la Sécurité sociale de la Libération, la mise en place de l'assurance chômage de 1958... C'est bien connu, le progrès social chemine avec lenteur. En cette attente, le mécontentement demeure. Ensuite, parce que les aides mises en place ont pu être perçues comme une forme de charité bien ordonnée. C'est le thème de la classe ouvrière dont l'âme est pervertie par la social-démocratie. En tout cas, il est de fait que l'Etat providence apporte une réponse individuelle à une question posée en termes collectifs. En cet état, il était donc permis d'espérer que les premiers acquis précèderaient la victoire finale.

C'est là que la théorie institutionnelle vient dissoudre cette espérance. C'est qu'en effet son principal mérite est de borner à l'entreprise l'espace des luttes collectives. La théorie fait de cette dernière un groupe dans lequel chacun doit nécessairement s'intégrer aux fins de réaliser le projet commun. Ce qui, soit dit en passant, n'est pas totalement faux puisque les entreprises, lorsque leurs performances viennent à être appréciées sur les marchés sont jugées comme un tout et non au travers de chacun de ses membres. Sans doute tous ne sont pas traités de la même manière. Cependant, sur un certain nombre de points — choix de la stratégie, normes en vigueur dans l'entreprise... —, il faut araser les différences. Il n'y a là que des solutions collectives. Pour qui prétend que la question ouvrière appelle

⁸² Notamment à l'occasion du discours de N. Sarkozy du 30 août 2007 aux Universités d'été du MEDEF où cette distinction a été utilisée pour synthétiser les propos du chef de l'état.

⁸³ On peut aussi dire, pour reprendre outils de la pensée marxiste, qu'il est un adepte du cycle A (argent) — M (marchandise) — A' (argent ; étant précisé que A' est supérieur à A) plutôt que du cycle A — A' que pratique le financier.

⁸⁴ V. par ex. A. Supiot qui, aujourd'hui encore, évoque le thème de la subordination des salariés en se référant aux notions de suzeraineté et de vassalité, in *Les nouveaux visages de la subordination*, Droit social, février 2000.

⁸⁵ Parmi les textes de référence, v. G. et A. Lyon-Caen, *La doctrine de l'entreprise*, in "Dix ans de droit de l'entreprise", Paris, Ed. Litec, 1978, pp. 599-621.

nécessairement un règlement collectif, l'entreprise – institution offre ainsi un « terrain de jeu » à ne pas négliger. Ainsi devient-elle l'espace naturel du compromis.

Certains peuvent encore penser que la conception institutionnelle a piégé la classe ouvrière. En acceptant de négocier, elle a ainsi renoncé aux perspectives messianiques du grand soir. Au moins en trois points, ce propos doit être sérieusement révisé.

- Tout d'abord, l'analyse institutionnelle, d'inspiration chrétien-démocrate⁸⁶, peut être comprise comme une concession du patronat. Au lendemain du Code civil, l'entreprise n'est rien de plus que la propriété de l'entrepreneur. Celui-ci y règne en seul maître. S'il doit faire face à de l'agitation, il se borne à user de deux leviers : le paternalisme ou la répression. Accepter que l'entreprise soit conçue comme une organisation collective, sensible aux contestations de même nature, c'est donc faire un grand pas en avant.

- Ensuite, les réalisations sont conséquentes⁸⁷. Les entreprises se dotent d'institutions représentatives du personnel, de sections et de délégués syndicaux. Les premières ont leur mot à dire sur la gestion du personnel, les seconds sont habilités à négocier les accords collectifs⁸⁸. Piégés d'un côté, les salariés sont contentés de l'autre.

- Enfin, la théorie institutionnelle autorise une cohabitation subtile, entre, d'un côté, les réalisations concrètes dans la vie des entreprises, et, d'un autre côté, les aspirations les plus radicales aux mouvements sociaux. En effet, si elle recycle la lutte des classes, d'une certaine manière, elle s'en nourrit, à tout le moins, elle s'en débrouille.

Un dialogue social sur mesure

Il n'y a aucune séduction commune autour de l'idée institutionnelle, Malgré tout, celle-ci sert de réceptacle aux innovations qui marquent les évolutions du droit du travail. Il s'opère ainsi une symptomatique répartition des rôles entre les auteurs dont la pensée pèse sur la construction de ce dernier. Aux tenants de l'analyse institutionnelle⁸⁹, il revient de donner à la matière sa cohérence technique. Nombreuses théories du droit du travail — la conception dualiste de la convention collective, par exemple — peuvent ainsi leur être attribuées. Ceux qui rejettent ces analyses⁹⁰, et dont les idées servent généralement de relais juridique aux syndicats les plus contestataires — en fait, la C.G.T. — ont plutôt le rôle d'agitateur d'idées. Ils sont là pour provoquer les changements et, souvent, ils y parviennent. De ce point de vue, sont représentatifs de l'influence de ces auteurs, entre autres, les contentieux qui ont abouti à interdire la résiliation judiciaire du contrat de travail des salariés protégés⁹¹ ou encore qui ont conduit à reconnaître que deux sociétés forment une unité autonome prétexte pris du « *passé d'action et de luttes communes* » de leurs personnels respectifs⁹².

D'une certaine manière, la théorie institutionnelle, dite encore doctrine de l'entreprise, permet d'expérimenter la distinction entre socialisme utopique et socialisme réel. Un monde meilleur est possible mais en attendant, l'entreprise constitue le lieu des améliorations

⁸⁶ On peut le dire de M. Hauriou mais aussi d'un auteur comme P. Sudreau, auteur du rapport jugé important en son temps, et qui s'inscrit, quoique des années plus tard, dans une ligne de pensée assez proche de celle du premier cité ; V *La réforme de l'entreprise*, sous la direction de Pierre Sudreau, La documentation française et Éditions 10/18, 1975.

⁸⁷ Pour une histoire du développement du « pouvoir salarial », v. J. Le Goff, *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail*, P.U.R. 2004, pp. 266-282 et pp. 359-382.

⁸⁸ Il est vrai que l'espace de la négociation est, à l'origine, plutôt la branche professionnelle que l'entreprise. Il n'en reste pas moins que, dans notre histoire sociale, les luttes collectives restent associées à des conflits dont le périmètre était l'entreprise ; v. par ex. le film de Christian Rouaud, *Les Lip, l'imagination au pouvoir*, 2007.

⁸⁹ On citera les noms de P. Durand, M. Despax et J. Savatier.

⁹⁰ Il faut citer Gérard Lyon-Caen. mais aussi H. Sinay, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud...

⁹¹ Cass. ch. Mixte 21 juin 1974, *D.* 1974, 593, concl. A. Touffait.

⁹² Cass. soc. 4 février 1982, *Bull.* n° 65, *D.* 1983, 166, note A. Jeammaud.

tangibles. La *Charte d'Amiens*, adoptée en 1906 par la C.G.T., consacre cette double perspective dans les termes suivants : « dans l'œuvre revendicatrice quotidienne, le syndicalisme poursuit la coordination des efforts ouvriers, l'accroissement du mieux-être des travailleurs par la réalisation d'améliorations immédiates, telles que la diminution des heures de travail, l'augmentation des salaires... Mais cette besogne n'est qu'un côté de l'œuvre du syndicalisme ; il prépare l'émancipation intégrale, qui ne peut se réaliser que par l'expropriation capitaliste ; il préconise comme moyen d'action la grève générale... » Ainsi la théorie institutionnelle n'empêche-t-elle pas de rêver. En s'accommodant de discours qui, s'ils s'actualisaient, conduiraient au chaos, elle parvient cependant à éviter ce dernier. De cette subtile alchimie, le droit français de la négociation est d'ailleurs le reflet.

Si la doctrine de l'entreprise avait totalement convaincu, le dialogue social dans l'entreprise se serait organisé sur le principe d'une gestion conjointe, un peu comme les allemands l'ont fait. D'un côté, le chef d'entreprise et ses collaborateurs, de l'autre, la masse des salariés, dûment représentés par quelques élus, les deux parties prêtes, à l'issue de négociations plus ou moins tendues, à s'accorder pour résoudre les difficultés propres à la vie de l'entreprise. Simplement, l'horizon de l'expropriation des capitalistes ne pouvait se satisfaire d'une si terne besogne. Celle-ci ne devait être qu'un pis-aller dans l'attente de jours meilleurs.

Puisque l'on ne pouvait demander aux travailleurs de se reconnaître en la personne de représentants élus aux seules fins de trouver des compromis acceptables, il n'y a donc pas eu d'élus pour négocier avec le patronat⁹³. La représentation des salariés a été confiée aux syndicats jugés représentatifs⁹⁴, c'est-à-dire à ceux qui, par leur audience, leur indépendance et leur expérience, ont été jugés dignes d'incarner les aspirations des salariés⁹⁵. Ainsi les syndicats se sont-ils vus confier le monopole de la négociation. Cela devait naturellement compliquer la vie des entreprises. En effet, un syndicat sans mandat explicite est tenté de soutenir les revendications les plus audacieuses, ce qui éloigne d'autant la perspective d'un accord avec le patronat. La parade a été trouvée en poussant le système de la représentativité au bout de sa logique. En effet, si tous les syndicats sont représentatifs, cela signifie logiquement que chacun d'entre eux est habilité à représenter l'ensemble des salariés. Pour faire aboutir une négociation, il suffit donc d'en trouver un avec lequel l'employeur puisse se mettre d'accord. Et il y en aura toujours un, qui trouvera intérêt à vanter ce qu'il a obtenu, tandis que les autres tireront vanité de leur intransigeance. D'où, chemin faisant, un paysage syndical semblant configuré sur un jeu de rôles, où, tour à tour, chacun prend le visage de l'irréductible pour ensuite endosser celui du partenaire responsable.

Le capitalisme bourgeois

Durant cette période longue, qui débute au temps de la Révolution industrielle et dont le terme n'est sans doute pas encore arrivé, le capitalisme se ressource au contact du social. Au risque de surprendre, on peut affirmer qu'il s'embourgeoise. Aux bourgeois du Code civil, qui prétendaient faire commerce de leurs qualités, on faisait reproche de dissimuler leurs appétits capitalistes. Au bénéfice d'une exploitation sans vergogne d'hommes sans qualités, ils possèdent bien plus que leurs besoins et leur industrie ; tel était le sens de la critique. Dans

⁹³ Ne pas confondre les élus au comité d'entreprise avec les délégués syndicaux, non élus, et qui ont le monopole de la négociation des accords collectifs.

⁹⁴ Sur les mystères du concept de représentativité, les travaux de référence sont ceux de G. Borenfreund ; v. *Propos sur la représentativité syndicale*, in *Droit social* 1988, 476, *La représentation des salariés et l'idée de représentation*, in *Droit social* 1991, 685. V. également, J. Savatier, *Les transformations de la fonction représentative des syndicats*, in *Etudes Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 179.

⁹⁵ Pour résoudre les difficultés, un arrêté du 31 mars 1966 a présumé qu'étaient représentatives les cinq grandes centrales syndicales : C.G.T., C.F.D.T., C.G.T.-F.O., C.F.T.C. et C.F.E.-C.G.C.

le souci de renverser cette rhétorique, les capitalistes ont alors tenté de montrer qu'ils se comportaient en authentiques bourgeois.

Ainsi ont-ils promu une figure de l'entrepreneur qui, loin d'être obnubilé par le retour sur investissement, est en réalité aiguillonné par la réussite d'un projet commun et cherche à associer le plus grand nombre autour de ce dernier. Concomitamment, ils ont su largement convaincre des bienfaits de la société bourgeoise, en offrant aux individus des protections semblables, dans leur esprit, sinon dans leur étendue, à celles qu'offre la propriété. Ainsi ces derniers ont-ils pu apercevoir que le jeu collectif pouvait être l'occasion d'une conquête de l'indépendance. Enfin, à travers la conception institutionnelle de l'entreprise, les capitalistes ont su donner à leurs critiques un espace de discussion et de réalisation. Les revendications s'y sont d'autant plus aisément exprimées que l'ouverture de négociations n'impliquait pas de renoncer à la lutte finale. En même temps, les concessions concrètes ont peu à peu grignoté l'espoir d'une telle fin, de telle sorte que le grand soir n'a finalement plus été que le royaume des cieux de la classe ouvrière. La religion a peut-être été l'opium du peuple. En tout cas, le capitalisme a fait que la lutte des classes ne soit plus qu'une religion⁹⁶.

⁹⁶ Avec les intellectuels dans le rôle des clercs ; v. R. Aron, *L'opium des intellectuels*, Calmann-Lévy, Paris 1955.

Chapitre 5

L'ENTREPRISE, UNE INSTITUTION QUI VACILLE

Les mots et les choses

Depuis que la France est entrée dans la crise, c'est-à-dire, en fait, depuis qu'elle s'est accommodée d'une économie ronronnante et d'un chômage massif, le décalage entre les principes de fonctionnement des entreprises et la réalité de leur organisation semble s'être accentué.

La conception institutionnelle de l'entreprise semble avoir progressé dans les textes. De l'idée que l'entreprise est une institution, c'est-à-dire une entité s'articulant sur un projet commun autour duquel une communauté s'agrège et s'organise aux fins de le faire aboutir, on trouve encore de nombreuses traces. Cependant, le substrat sociologique sur lequel cette conception reposait s'est effiloché et peu à peu, les traces semblent s'effacer.

Histoires d'A.B.S.

L'idée que toutes les parties liées à l'entreprise concourent à la réalisation d'une œuvre commune s'exprime à travers la notion d'intérêt social. De quoi s'agit-il ? De l'intérêt de la société (S.A.R.L., société anonyme...etc.) sous la forme de laquelle l'entreprise est conduite. Ainsi compris, l'intérêt social devrait se confondre avec l'intérêt des associés (ou des actionnaires, lorsque la société est anonyme). En effet, la société est d'abord un pacte d'associés de telle sorte qu'*a priori* leurs intérêts respectifs doivent converger. Pourtant, nombreux sont les auteurs qui soutiennent que du contrat de société se déduit une institution et qu'en conséquence, l'intérêt de cette dernière se détache de celui des associés⁹⁷. Selon ces auteurs⁹⁸, une idée exacte de l'intérêt social requiert une vision syncrétique des intérêts engagés dans la vie d'une entreprise : ceux des associés, des créanciers, des salariés...etc.

De fait, il existe de nombreuses solutions de droit positif permettant d'illustrer cette dernière analyse. Une parmi d'autres : la jurisprudence sur les abus de biens sociaux. Aux termes de l'article L. 242-6.3° du Code de commerce, un tel abus est caractérisé et justifie le prononcé d'une peine pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et une amende de 375 000 euros lorsque « *le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme (font), de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ». Ainsi le dirigeant d'une société qui paie ses vacances en tirant des chèques sur sa société abuse-t-il des biens de la société. Dans ce cas, il n'y a guère de doute : l'acte est contraire à l'intérêt social.

Peut-on être aussi affirmatif si ce même dirigeant détient la quasi-intégralité du capital de la société ? Après tout, il peut soutenir que sa seule erreur consiste à s'être servi avant même la perception de ses dividendes. Le procédé est formellement discutable mais, dans la mesure où il ne lèse que son auteur, il n'y a pas lieu de s'indigner outre mesure. Ce n'est pas ce que juge la Cour de cassation qui retient que peu importe les conditions dans lesquelles le capital est détenu. L'atteinte à l'intérêt social peut donc être caractérisée alors même que

⁹⁷ Pour une vision parfaitement synthétique de la controverse, v. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêt dans la société anonyme*, éd. Joly, Paris 2004, pp. 1-26.

⁹⁸ Le plus convaincu d'entre eux est J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Paris 1967 ; du même auteur, plus récemment, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, D. 1999, Chr. 157.

l'intérêt des actionnaires serait sauf. On comprend donc qu'entre ses deux catégories d'intérêt, il n'y a pas d'identité.

Dans le même esprit, la jurisprudence sur le dirigeant corrompé peut également être évoquée. En pareil cas, le dirigeant argumente que, s'il a agi de la sorte, par exemple, en remettant une enveloppe à un décideur public, cela a été dans l'intérêt de la société qui, ainsi, a obtenu un nouveau marché. Il y a peut-être corruption mais il n'y a pas d'abus de biens sociaux. Ce n'est pas ce que décide la Cour de cassation qui, en pareille hypothèse, estime que les deux délits sont établis⁹⁹. Elle justifie la solution en ces termes : « *quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation* ». En un mot, l'acte est contraire à l'intérêt social parce qu'il sacrifie le long terme au court terme. Peut-être l'est-il également parce qu'il nous paraît difficilement acceptable qu'un acte contraire à l'intérêt général, tel un fait de corruption, puisse être conforme à l'intérêt social.

Corporate governance, fonds équitables, etc...

Si ce sentiment reste aujourd'hui largement partagé, il n'en reste pas moins qu'une conception syncrétique de l'intérêt social se heurte aujourd'hui aux tendances lourdes du marché.

Lorsque, comme au temps des trente glorieuses, les entreprises se finançaient pour l'essentiel en contractant des emprunts auprès des banques, les actionnaires, qui apportaient peu d'argent, disposaient naturellement d'assez peu de pouvoir. Les choses ont cependant changées lorsque la part des financements obtenus sur les marchés financiers s'est accrue au point d'atteindre (environ) 60% des fonds apportés aux entreprises. C'est alors qu'est apparu le thème du gouvernement d'entreprise¹⁰⁰ ou, en anglais, du *corporate governance*. Le sujet a donné lieu à de nombreux rapports. En France, les plus souvent cités sont le(s) *Rapport(s) Viénot* et le *Rapport Bouton*¹⁰¹.

De quoi s'agit-il ? De faire en sorte bien sûr que les entreprises soient mieux gérées. Ce qui suppose d'admettre implicitement que leur gestion rencontre des problèmes. Quels peuvent-ils être aux yeux d'actionnaires qui, à la faveur d'une réactivation des marchés financiers, aspirent à reprendre du pouvoir au sein des entreprises ? Essentiellement, qu'au sein de celles-ci, ils n'obtiennent pas ce qu'ils croient mériter. Au nom de la défense de l'intérêt social, irréductible à celui des actionnaires, les dirigeants continuent de faire ce qu'ils veulent. Comme l'enseignent les économistes, et selon la théorie dite de l'agence¹⁰², il se pourrait donc que la mise en avant de l'intérêt social ne soit qu'un moyen astucieux pour les dirigeants de défendre leurs propres intérêts et de s'abstraire du contrôle des actionnaires. Et de fait, même si, en théorie, ceux-là ne sont que les mandataires de ceux-ci, il n'est pas absolument évident qu'ils agissent toujours dans le seul intérêt de ces derniers. Il arrive que, dans des situations difficiles, certains dirigeants cherchent avant tout à se maintenir quel qu'en soit le préjudice pour les actionnaires.

⁹⁹ Cass. crim. 27 octobre 1997, P. n° 96-83.698, *Bull. crim.* n° 352.

¹⁰⁰ V. par ex. J.-J. Caussain, *Le gouvernement d'entreprise : le pouvoir rendu aux actionnaires*, Litec, Paris 2005.

¹⁰¹ Du nom des présidents de la commission dont les travaux ont donné lieu aux rapports. Ils sont disponibles, par exemple, sur le site internet du MEDEF.

¹⁰² Sur le sujet, v. not. G. Charreaux, *Le gouvernement des entreprises : corporate governance, théories et faits*, Economica 1997. E.F. Fama et M.-C. Jensen, *Separation of ownership and control*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 26, 1983b, pp. 301-326.

D'où une reconfiguration progressive des conseils d'administration, composés de comités divers, disposant de pouvoirs accrus pour notamment, arrêter les rémunérations des dirigeants, surveiller les comptes de l'entreprise, au besoin sa stratégie. D'où également l'apparition d'administrateurs indépendants, censés apporter un peu d'air dans des conseils où figurent, de fait, de nombreux habitués. Quoi qu'il en soit de l'efficacité de ces nouvelles normes de gouvernance¹⁰³, elles sont indiscutablement le signe d'une reprise en main de la technostructure entrepreneuriale. Les actionnaires de référence qui, à l'image des fonds de pension, (et contrairement à ce que l'on pense souvent) sont des investisseurs de long terme n'entendent plus se désintéresser de la gestion des entreprise. La doctrine de l'intérêt social peut certes les intéresser encore. Elle ne servira plus d'écran de fumée propre à les éloigner des prises de décision.

Il est vrai que les capitalistes doivent faire face à de nouvelles exigences liées au développement durable, à la promotion des entreprises socialement responsables, au commerce équitable. Cependant, ces nouvelles contraintes sont parfaitement solubles dans le pouvoir actionnarial. Ainsi les entreprises qui font une priorité de la gestion des ressources humaines reconnaissent-elles les vertus de l'actionnariat salarié. Sait-on que plus de 7% du capital (et plus de 12% des droits de vote) de la *Société générale* est détenu par ses salariés, ces derniers devenant de la sorte un actionnaire de référence ? Rappelons également que lorsqu'il a fallu faire accepter aux personnels d' E.D.F. l'ouverture au privé d'une partie du capital, l'une des contreparties a été de leur accorder un tarif préférentiel pour l'acquisition des actions cédées. L'initiative a rencontré un vif succès. Dans un autre registre, on commence à comprendre que le commerce équitable peut être un commerce rentable. Les fonds éthiques, qui sélectionnent leurs investissements en contemplation de normes sociétales et pas seulement financières, affichent quant à eux des performances respectables.

L'effacement de l'intérêt social n'annonce pas forcément le règne de la finance. En même temps, les impératifs sociaux semblent tous devoir passer par la case capital.

Du statut des travailleurs...

Qui dit institution dit conception statutaire des relations de travail. En effet, si le propre du salarié est d'être agrégé à l'entreprise, c'est son appartenance à cette communauté qui détermine son régime et non pas un contrat venant définir des conditions d'emploi librement négociées. On est embauché par l'entreprise un peu comme on entre dans la fonction publique. La logique est statutaire et non contractuelle. Dans cette perspective, la Cour de cassation use de formules fortes. Ainsi énonce-t-elle que « *la seule volonté des parties est impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche* »¹⁰⁴. Elle ajoute encore plus récemment que « *l'existence d'une relation de travail ne dépend (pas) de la volonté exprimée par les parties (...) mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* »¹⁰⁵.

Pour être exact, il faut rappeler que la relation de travail se noue malgré tout par l'effet d'un contrat, un CDI (pour contrat à durée indéterminée) si possible. Cependant, la portée des volontés qui s'expriment à travers ce contrat est bien limitée. On a dit du contrat de travail qu'il n'était qu'un « acte-condition »¹⁰⁶, c'est-à-dire un contrat dont le seul objet est de déclencher l'application du droit du travail et des statuts en vigueur dans l'entreprise. La

¹⁰³ V. sur ce point les propos sceptiques de Thierry Aimar, *Manager, entrepreneur et esprit d'entreprise : la question des rémunérations des dirigeants*, in *Sociétal*, n° 56, 2007/2.

¹⁰⁴ Cass. Ass. Plén. 4 mars 1983, *D.* 1983, 381, concl. Av. gén. Cabannes.

¹⁰⁵ Cass. soc. 19 décembre 2000, *Dr. Soc.* 2001, 237, Chr. A. Jeammaud.

¹⁰⁶ G.-H. Camerlynck, *Traité pratique de la rupture du contrat de travail*, Litec, Paris 1959, p. 7. V. aussi, allant plus loin, G. Lyon-Caen, *Défense et illustration du contrat de travail*, Arch. Philo. Du droit, T. XIII, 1975, p. 69.

formule est peut-être assez réductrice. Il n'en reste pas moins que la relation de travail reste très largement indexée sur ces derniers et que la volonté des parties compte pour assez peu¹⁰⁷.

Le plus souvent, le contrat de travail a pour principal objet de faire un choix parmi les options ouvertes par la loi ou les accords collectifs : CDD ou CDI, temps complet ou temps partiel, tel indice de rémunération plutôt que tel autre...etc. Au reste, lorsque les normes changent, selon des conditions relativement contraignantes d'ailleurs, la relation de travail suit. Il y a donc peu de place pour le sur mesure. Sans doute le contrat peut-il prévoir des stipulations spécifiques — primes, obligations de non-concurrence... — qui, en principe à la condition qu'elles améliorent la situation du salarié, viendront s'ajouter aux dispositions légales et statutaires. Cependant, celles-ci ne sont pas gravées dans le marbre. Leur pérennité est tributaire des principes d'organisation de l'entreprise, parmi lesquels, tout spécialement, le pouvoir de direction de l'employeur. A la condition qu'il soit en mesure de justifier son choix, par exemple, en invoquant des difficultés économiques, le chef d'entreprise peut proposer une modification du contrat de travail, et, par la suite, licencier le salarié qui refuserait celle-ci.

Le contrat n'existe ainsi qu'adossé à un statut dont il vient compléter les termes¹⁰⁸. L'organisation collective reste en principe la référence en considération de laquelle s'écrivent l'ensemble des relations de travail.

... Aux droits individuels des salariés.

En même temps, les dispositifs ainsi présentés peuvent faire l'objet d'une lecture individualiste. Un auteur, dont on sait qu'il a eu une influence décisive sur la jurisprudence sociale, a pu écrire que si l'employeur ne peut modifier sans motif un contrat de travail, c'est en réalité que le salarié peut lui opposer un droit à la « *sécurité juridique* »¹⁰⁹. Selon cette analyse, le salarié doit pouvoir se fier aux termes de son contrat de travail et exiger de l'employeur qu'il s'y tienne. C'est en ce sens que l'on parle de sécurité juridique.

De manière plus générale, c'est la compréhension des relations individuelles de travail qui semble progressivement faire l'objet d'une réévaluation à l'aune d'une dialectique entre pouvoir de l'employeur et droits des salariés¹¹⁰. Pratiquement toutes les questions saillantes sont réductibles à un arbitrage entre ces deux données. De fait, les difficultés naissent lorsque les salariés s'estiment lésés par les décisions de l'employeur. Or, ces décisions sont prises au titre du pouvoir de direction de ce dernier, lequel découle du principe de la liberté d'entreprendre, doté d'une valeur constitutionnelle. La réaction des salariés tient généralement à ce que ceux-ci estiment leurs droits méconnus. Et ces droits ont généralement une valeur éminente, soit qu'ils aient eux-mêmes une valeur constitutionnelle, soient encore que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme les consacre expressément. Ce peut être le droit à l'emploi¹¹¹ que le salarié invoque lorsqu'il conteste la

¹⁰⁷ V. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, P.U.F., Paris 1994, pp. 14-38.

¹⁰⁸ Pour une analyse plus technique de cette question, v. notre contribution, *Aspects civilistes des relations individuelles de travail*, Rev. Trim. Dt. Civ. 2002, p. 435 et s.

¹⁰⁹ Ph. Waquet, *Le pouvoir de direction et les libertés des salariés*, in *Dr. Soc.* 2000/12, p. 1051 et s.

¹¹⁰ La matière est l'objet de très nombreuses études. V. dernièrement, *Droits fondamentaux et droit social*, ss la dir. de A. Lyon-Caen et P. Lokiec, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris 2005.

¹¹¹ V. par ex. ces attendus particulièrement significatifs de la Décision du Conseil constitutionnel n° 2001-455 du 12 janvier 2002 : « 45. Considérant que le Préambule de la Constitution réaffirme les principes posés tant par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que par le Préambule de la Constitution de 1946 ; qu'au nombre de ceux-ci, il y a lieu de ranger la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ainsi que les principes économiques et sociaux énumérés par le texte du Préambule de 1946, parmi lesquels figurent, selon son cinquième alinéa, le droit de chacun d'obtenir un emploi et, en vertu de son huitième alinéa, le droit pour tout travailleur de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ;

décision prise de le licencier. Ce peut être encore le droit au respect de sa vie privée qu'il oppose à son chef de service venu fouiller dans la boîte personnelle de son ordinateur¹¹². Quoi qu'il en soit, une prérogative et des droits entrent en conflit et, pour éviter que les choses ne dégénèrent, il faut bien arbitrer.

De manière plus précise, l'articulation entre le pouvoir et les droits est réalisée au travers d'un contrôle judiciaire des décisions de l'employeur. Qu'il s'agisse d'une embauche, d'un licenciement, de sanctions, de rémunérations, d'intéressement, ou de toute autre décision significative de l'employeur, la contestation de celles-ci est pratiquement toujours l'occasion de vérifier qu'elle répond à une triple exigence de licéité, d'objectivité et de pertinence¹¹³. Deux exemples pour comprendre cette mécanique :

- Lorsqu'un licenciement est contesté, le juge vérifie tout d'abord qu'il n'est justifié par aucun motif illicite (discrimination, état de santé, grossesse...etc). Ensuite de quoi, il s'assure de l'objectivité du motif, c'est-à-dire de son caractère vérifiable : ainsi n'admet-t-il pas, par exemple, que l'employeur se borne à invoquer la perte de confiance dans le salarié ; il exige que soient invoqués et établis des faits tangibles. Enfin, le contrôle de pertinence l'autorise à examiner l'adéquation entre le motif avancé et la décision prise. Ainsi peut-il estimer que le licenciement d'un salarié ayant une forte ancienneté n'est pas suffisamment motivé si l'employeur se borne à établir une insuffisance professionnelle passagère.

- La même mécanique fonctionne lorsqu'il s'agit d'examiner la plainte d'un salarié, par exemple un ingénieur, qui s'estime injustement moins bien rémunéré que son collègue « impatient »¹¹⁴. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation a admis la justification de l'employeur faisant valoir que « *cette inégalité vise non seulement à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger, mais aussi à faciliter l'embauche des salariés ressortissants non français afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international* ». De fait, il n'y a aucun motif illicite car ce n'est pas la nationalité de l'étranger qui justifie son meilleur traitement mais seulement son niveau de compétence. Le motif est objectif car il est possible de vérifier qu'à défaut d'un surcroît de rémunération, l'embauche des meilleurs ne sera pas possible. Enfin, le

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

¹¹² V. l'affaire Nikon, abondamment commentée ; Cass. soc. 2 octobre 2001, P ; n° 99-42942, Bull. n° 291 : « Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 9 du Code civil, l'article 9 du nouveau Code de procédure civile et l'article L. 120-2 du Code du travail ; Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ».

¹¹³ Pour un approfondissement de cette question, v. nos études *La nature juridique de la cause de licenciement*, JCP 2000, I, 254 ; *La mondialisation, le juge et l'entrepreneur*, Revue Sociétal, 2001, n° 3, p. 25 et s. ; *Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales*, Semaine sociale Lamy juin 2007.

¹¹⁴ La question s'est posée lorsque, pour embaucher des ingénieurs étrangers de qualité, l'entreprise gérant le synchrotron leur a proposé des rémunérations supérieures à celles de leurs collègues français. La Cour de cassation a approuvé le dispositif ; v. Cass. soc. 9 novembre 2005, P ; n° 03-47.720, Bull. n° 312. Cass. soc. 17 juin 2003, P. n° 01-41.522, Bull. V n° 195, *Droit social*, 2004, n° 7/8, pp. 694-705, obs. A. JEAMMAUD.

motif est pertinent, ou « *raisonnable* » dit encore la Cour de cassation,¹¹⁵ dès lors qu'il s'agit de créer un « *pôle d'excellence* ».

Cette nouvelle mise en perspective des relations entre employeurs et salariés met quelque peu entre parenthèse l'organisation collective de l'entreprise. Celle-ci n'est pas méconnue mais elle est en quelque sorte personnalisée à travers le prisme du pouvoir de direction du chef d'entreprise. Surtout, tout est fait pour que les contraintes communes n'écrasent pas l'individu. Si tout le monde doit être traité de la même manière, ce qui importe désormais, c'est que chacun ne soit pas moins bien traité que son semblable. Le collectif devient ainsi un problème individuel. Au reste, les écrits sur le travail qui retiennent le plus souvent l'attention du public sont très largement centrés sur l'individu. On parle de harcèlement¹¹⁶, de stress¹¹⁷, ... Quand on n'inventorie pas les moyens d'exploiter les failles du système pour se mettre à l'abri et ne rien faire¹¹⁸.

Les institutions représentatives du personnel, sans représentants ni représentés

Une institution, c'est un projet commun, une communauté d'individus, enfin une coopération entre des derniers. Les deux premiers éléments sont aujourd'hui fragilisés. Le troisième évolue.

Au moins dans les textes, l'entreprise est un espace où les lieux de coopération entre dirigeants et salariés ne manquent pas. On négocie avec les délégués syndicaux, étant précisé que, sur la question cruciale des salaires, une négociation annuelle est obligatoire. On se concerta avec le comité d'entreprise sur les questions les plus diverses : conditions de travail, salaires et niveau de vie, emploi, notamment lorsqu'un licenciement économique se profile, mais encore sur l'activité de l'entreprise, sur la composition de son capital, ou encore sur les perspectives d'O.P.A. Lieu de concertation, le comité d'entreprise est également un lieu de fraternité. C'est lui qui a le monopole des activités sociales et culturelles (cantine, vacances, spectacles...etc.). Il contribue donc à la constitution d'une sorte de lien social d'entreprise, largement tributaire du bon déroulement de ces activités.

En même temps, pour que la coopération fonctionne, il faut que les individus s'investissent, comme on dit. Or, l'investissement personnel suppose le plus souvent un engagement syndical. De fait, la négociation est le monopole des syndicats. Quant aux comités d'entreprise, il vaut mieux être syndiqué pour s'y faire élire dès lors que les syndicats ont le monopole de la présentation des candidats, au moins au premier tour. Or, comme chacun sait, le syndicalisme se porte plutôt mal.

Il est vrai que la France n'a jamais connu des taux de syndicalisation aussi élevés que dans les pays scandinaves (souvent jusqu'à 90%). Après guerre, la comptabilisation des cotisations syndicales fait ressortir un taux de syndicalisation avoisinant les 30% de la population salariée. En 1993, et toujours selon la même méthode le taux tombe en dessous de 10%. Pour la période postérieure, les statistiques sont moins fiables. L'Enquête permanente sur les Conditions de vie des Ménages réalisée par l'INSEE indique un taux qui tourne autour des 8 %. Le taux monte à 15% dans le secteur public pour redescendre à 5% dans le secteur privé. Certaines mauvaises langues disent que, dans ce dernier secteur, le taux réel, c'est-à-dire celui qui prend en considération le nombre de cotisant, serait plus proche de 3%. Pour

¹¹⁵ Cass. soc. 17 juin 2003, P. n° 01-41.522, *Bull.* V n° 195, *Droit social*, 2004, n° 7/8, pp. 694-705, obs. A. JEAMMAUD.

¹¹⁶ V. le quasi-best-seller de M.-F. Hirigoyen, *Le Harcèlement moral dans la vie professionnelle*, Pocket, Paris 2002.

¹¹⁷ P. Légeron, *Le stress au travail*, Odile Jacob, Paris 2003.

¹¹⁸ V. C. Maier, *De l'art et de la nécessité d'en faire le moins possible en entreprise*, Michalon Eds, Paris 2004.

compléter le tableau, indiquons que chez les moins de trente ans, la syndicalisation ne dépasserait pas 2% des salariés. Tout cela donne une image assez morose du syndicalisme.

A ce compte, on peut se demander qui représente les institutions représentatives. Plus gravement, il n'est plus sûr que, dans bon nombre de cas, elles soient en mesure de se représenter elles-mêmes. Ce n'est un secret pour personne, il est fréquent que les employeurs sollicitent l'adhésion de quelques salariés à un syndicat jugé représentatif (une des cinq grandes centrales) afin de pouvoir ouvrir des négociations. Et lorsque ceux qui sont censés défendre les intérêts des salariés sont désignés par l'employeur, il est bien sûr que quelque chose ne va pas¹¹⁹.

Une perception individualiste des institutions collectives

En même temps, il est des indicateurs plus positifs.

Les délégués du personnel bénéficient d'une certaine popularité auprès de leurs collègues. Leur fonction tribunitienne est plutôt appréciée. De fait, dans un univers hiérarchisé, il est sain que quelqu'un puisse porter les réclamations individuelles et collectives des salariés,

Dans l'ensemble, les comités d'entreprise fonctionnent bien et les salariés en perçoivent clairement l'utilité. Au reste, les taux de participation aux élections professionnelles restent élevés. Ils descendent rarement en deçà de 60%. Plus curieusement encore, les syndicats y sont plutôt bien représentés. Sans doute ceux-ci bénéficient-ils du monopole de la présentation des candidats au premier tour des élections. Ce qui est un avantage incontestable. Cependant, ils perdent ce monopole au second tour, lequel interviendra nécessairement au cas où le taux d'abstention dépasse 50% au premier tour. Or, compte tenu de la désaffection à l'égard des syndicats, on pourrait penser que cette situation se produit souvent et qu'en conséquence, les représentants du personnel finalement élus n'affichent aucune appartenance syndicale. Or, selon les statistiques que produit régulièrement la DARES, il apparaît que les scores des représentants non syndiqués s'érodent avec le temps. En 2006, ils totalisaient à peine plus de 20 % des voix. L'engagement syndical n'attire plus mais le vote syndical séduit encore.

Cette situation paradoxale est vraisemblablement le signe d'une individualisation de l'espace collectif. Qu'entend-on ? Les individus ont tous conscience, de manière plus ou moins aiguë, qu'ils ne sont pas totalement seuls. Ils perçoivent que l'union fait la force et que, dans les rapports du travail, leur intérêt est parfois de s'associer. Simplement, il n'y a alors aucun effet d'agrégation. Dans l'association, chacun ne voit que son bénéfice individuel. Tel est sans doute et en partie le devenir syndical : prêter main forte au salarié lorsqu'il se sent démuné ou pire harcelé. Il n'est pas sûr que les syndicats se reconnaissent dans cette mission d'assistance. En revanche, il est bien certain qu'il existe une demande.

Les individus savent aussi que la participation à des choses communes requiert une organisation collective et que la conduite de celle-ci ne peut être concrètement que le fait de quelques uns. Ils acceptent ainsi de rogner leurs prérogatives et supportent une contrainte extérieure. Leur sacrifice reste cependant mesuré lorsqu'ils choisissent leurs représentants. La marque d'intérêt des salariés pour les élections professionnelles et les institutions représentatives reposant sur le principe de l'élection peut ainsi se comprendre comme un signe de l'individualisation du collectif. Les syndicats ne sont pas sans avenir. Il leur faut cependant admettre qu'ils inspireront d'autant plus confiance aux salariés que ces derniers auront eu le loisir de soumettre leur audience à l'élection.

¹¹⁹ Ce « secret » est à tel point éventé qu'il est même enseigné dans les ouvrages les plus élémentaires en droit du travail. V. F. Gaudu, *Droit du travail*, coll. Cours, 2^{ème} éd., Dalloz 2007.

Cette évolution peut être vécue douloureusement. Car alors, rien ne distingue plus vraiment le dialogue social et l'espace politique. Ici et là, la légitimité vient de l'élection. Les syndicats deviennent des partis politiques de second rang. Leur objet est limité à un secteur. Ils œuvrent exclusivement à la mise en œuvre des directives arrêtées par le pouvoir politique. Ils régnaient en maître de l'espace social. Ils travaillent désormais dans une division de l'espace politique.

Cette évolution a-t-elle un sens ? L'étude des errements de la valeur travail apporte un début de réponse.

Chapitre 6

LES ERREMENTS DE LA VALEUR TRAVAIL

« *Travailler plus pour gagner plus* »

Nul n'a oublié le slogan de campagne de N. Sarkozy et le succès qu'il a rencontré. Les observateurs y ont souvent vu le signe d'une restauration de la valeur travail. Après des années de discours consacré à l'effacement de celle-ci¹²⁰, les français se sont laissés porter par un retour de balancier. Sans doute exacte, l'analyse reste un peu grossière. Il n'est en effet pas tout à fait certain que la valeur travail nous soit revenue exactement comme elle nous avait quitté.

Son retour est d'abord lié à une raison matérielle. Les lois Aubry, en même temps qu'elles ont réduit la durée légale du travail à 35 heures, ont autorisé ce que l'on a appelé l'annualisation du temps de travail. En vertu de cette dernière, et sur une année entière, les salariés travaillent en moyenne 35 heures par semaine. Simplement, la répartition des heures de travail peut être faite de telle sorte que, d'une semaine à l'autre, la durée et les horaires varient. On travaillera 45 heures une semaine et 32 heures la suivante. Qui plus est, ces mêmes lois ont dissuadé le recours aux heures supplémentaires, en majorant fortement leur rémunération et en imposant des repos compensateurs. Pour bon nombre de salariés, et spécialement les ouvriers, le résultat a été désastreux : désorganisation de la vie personnelle du fait de la modulation du temps de travail, baisse du pouvoir d'achat lié à l'assèchement des heures supplémentaires. Dans ce contexte, le slogan « *travailler plus pour gagner plus* » devait naturellement faire mouche.

S'il a constitué un solide argument de campagne, c'est aussi qu'il a efficacement synthétisé une évolution des mentalités. Pour le comprendre, il faut considérer l'absence d'écho rencontré par la critique du slogan. Non sans raisons, les socialistes ont exposé que celui-ci constituait un leurre. Les heures supplémentaires sont en effet décidées par l'employeur. C'est même l'une de ses prérogatives, attachées à son pouvoir de direction de l'entreprise, que de pouvoir imposer cette charge supplémentaire de travail aux salariés. En faisant croire aux électeurs qu'il allait leur restituer le « droit de travailler » dont les « 35 heures » les avaient privés, le candidat leur vendait une fausse marchandise puisque, en fait de droit, il n'y avait qu'un devoir. Pour être théoriquement exacte, la critique s'est révélée fautive en pratique. C'est qu'en effet, il est rare que les heures supplémentaires soient imposées sans concertation aux salariés. Ceux-ci se portent souvent volontaire et s'ils perçoivent qu'ils ne sont pas tout-à-fait libres de leur choix, ils ressentent malgré tout qu'ils ne sont pas sans marges de manœuvre. Il y a des contraintes mais il y a également des gains. En 2007, on a plutôt vu les seconds que les premières.

Ce changement est lié à une métamorphose de la valeur travail. Les 35 heures lui ont certainement fait subir une dégradation. C'est qu'alors le travail était encore perçu comme une dette et, somme toute, au sens premier de ce mot, comme une forme d'aliénation. La réduction du temps de travail se comprenait donc comme une extension du temps de loisir. Elle contribuait à accroître les espaces de liberté. Lorsque la valeur travail a fait son grand retour, elle a alors été ressentie comme un droit, c'est-à-dire comme un bien et, d'une certaine manière, une propriété. Revaloriser les heures supplémentaires, c'était ainsi redonner aux individus le droit d'exploiter une terre laissée en friche.

¹²⁰ V. J. Rifkin, *The end of work*, A Jeremy P. Tarcher/Putnam Book, New York, 1995 ; D. Méda, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier 1995.

Autant l'assimilation du travail à une dette donne du corps à la notion de classe et favorise de la sorte les luttes collectives, autant celles-ci sont atomisées par l'appareillement du travail à une propriété.

Nos ancêtres, les Romains...

Avant que la lutte des classes ne prenne appui sur les prolétaires et les capitalistes, elle s'est trouvée d'autres catégories qui, déjà, lui ont permis de prospérer. Rome voit s'affronter les plébéiens et les patriciens, les pauvres et les riches, les débiteurs et les créanciers. Les différents termes de ces oppositions ne se correspondent pas parfaitement. Par exemple, on peut être plébéien, riche et débiteur. Là n'est pas le propos. Il est de montrer, en partant de l'opposition entre créancier et débiteur, comment le fait d'être endetté peut naturellement susciter le sentiment d'appartenance à une classe.

Parmi les institutions de l'ancien droit romain, il en est une, à cet égard emblématique. En raison de son ancienneté, ses contours restent imparfaitement définis. Il s'agit du *nexum*. C'est le plus souvent un prêt d'argent à l'issue duquel le débiteur devient *nexus*, ce qui veut dire littéralement « enchaîné ». En fait, il n'est pas tout-à-fait sûr que le créancier puisse immédiatement passer son débiteur par les chaînes. En revanche, il est à peu près certain qu'à défaut d'un remboursement à bonne échéance, le créancier peut sans autre forme de procès se saisir du *nexus* et le réduire en esclavage¹²¹. L'engagement du débiteur fait ainsi de lui une simple chose. Les plébéiens sont plus souvent *nexi* que les autres. Ils se soulèvent régulièrement pour dénoncer leur oppression et finissent par obtenir en 326 av. J.-C. une loi dite *Pactelia Papiria* qui, sauf délit, les libère définitivement.

Que des individus réduits en esclavage décident de s'engager collectivement dans une lutte, éventuellement à mort, pour retrouver leur liberté est en soi un fait assez banal. Pour autant, cette séquence commune mérite qu'on s'y arrête. Elle éclaire le mystère du collectif. Pourquoi les individus acceptent-ils d'intégrer une collectivité et de se mettre personnellement en danger pour la défense d'une cause ? La question mérite d'autant plus d'être posée qu'un intérêt commun ne suffit pas toujours à les réunir. Les consommateurs, qui pourraient aisément et à peu de frais s'associer pour mieux défendre les intérêts le font en réalité assez peu et qui plus est en ordre divisé. Les travailleurs, après avoir abondamment pratiqué l'action commune et la grève, sont aujourd'hui sur la réserve et déclenchent rarement d'importants contentieux collectifs. Le vecteur de l'engagement n'est pas exclusivement l'intérêt¹²² ; c'est aussi une affaire d'identité.

Qu'un individu réagisse lorsqu'il est personnellement menacé, c'est une évidence. Celle-ci est socialement intégrée à travers le mécanisme de la légitime défense qui, en cas d'agression, donne à chacun le droit de faire police — et non justice — lui-même (article L. 122-5 du Code pénal). Dans le même temps, il est d'ailleurs admis que l'on n'est pas tenu de risquer sa propre personne pour la défense d'autrui (article L. 223-6 du Code pénal). Si un individu ressent à un moment la nécessité de risquer quelque chose pour un autre que lui, c'est que vraisemblablement autrui est tout bonnement un autre de lui-même. S'il s'engage pour une cause, c'est qu'il s'identifie à celle-ci. Si les combats individuels se fondent dans les luttes collectives, c'est que l'individu se reconnaît en premier lieu comme le membre d'une collectivité. Son identité ne lui appartient plus. J'en suis donc je suis, telle est sa maxime.

¹²¹ Sur ces questions, v. not. Monnier, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1947-1954, tirage Scientia Verlag Aalen 1977, tome 2, n° 9 et s. p. 15 et s. ; également, J-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz 2002, n° 442, p. 658.

¹²² Sur « *les passions domptées par l'intérêt et les intérêts* », v. A. O. Hirschman, *La passion et les intérêts*, Princeton 1977, trad. P. Andler, 1^{ère} éd. quadrige P.U.F. 1997.

Pour accepter le principe d'une telle appartenance, il faut que la collectivité soit particulièrement prégnante. C'est qu'en effet, ce qu'elle exige de l'individu est proprement impensable. En lui demandant dans le même temps de s'effacer et de s'engager, elle l'expose à des risques considérables tout en le privant par avance de bénéfices individuels, sinon une gloire incertaine. Elle lui demande tout et ne lui promet rien. Un tel sacrifice est éventuellement concevable lorsque la collectivité précède l'individu. La famille, peut-être mais dans une moindre mesure la nation ou une communauté religieuse, peuvent ici être évoquées. On peut avoir le sentiment de leur devoir notre existence et conséquemment celui d'être individuellement blessé lorsqu'elle est collectivement atteinte. En revanche, une telle confusion des sentiments est plus improbable lorsque le groupe agrège les individus par l'effet d'une adhésion individuelle. Sauf si l'agrégation est de fait inévitable de telle sorte que l'adhésion tombe sous le sens. Ce qui se produit chez des individus réduits en esclavage car alors, pour être comme des choses, ils ne sont plus personne. L'individualisme ne fait plus obstacle à la constitution du groupe. Bien plus, l'appartenance à ce dernier est en fait le seul moyen de se donner une identité. On peut alors tout donner sans rien recevoir car en réalité, le groupe donne tout à celui qui n'est rien. A celui qui n'est plus personne, il lui dit en effet l'essentiel, à savoir qu'il est quelqu'un¹²³.

« *Prolétaires de tous les pays, unissez-vous* »

Un temps, la condition salariée a pu produire cet effet d'agrégation.

D'un point de vue théorique, tout d'abord, la conception des relations de travail devait naturellement conduire à constituer les travailleurs en un collectif de prolétaires. En effet, et quelle que soit leur activité, elle les caractérise à l'identique. Qui plus est, le trait commun qu'elle leur trouve est qu'au fond, ils sont à peine mieux que personne.

Dans sa version la moins raffinée (v. chap. 3), le contrat de travail est en effet un louage de services. Cela veut dire que le salarié ne livre pas une prestation caractéristique. Il offre une prestation indifférenciée, dont le contenu varie en fonction des directives arrêtées par l'employeur. Le salarié ne fait pas quelque chose, il fait ce qu'on lui dit de faire. D'où il suit qu'il ne vend pas son œuvre mais simplement sa force de travail pour le temps où il la met à la disposition de l'employeur. Telle est la condition commune des salariés, qu'ils travaillent l'acier ou la pâte à papier. De ce point de vue, ils sont tous pareils.

Tous pareils mais aussi et surtout tous aliénés. En louant sa force de travail, le salarié paie de sa personne. De sujet, il devient objet du contrat de travail. Il n'est pas tout-à-fait *nexus*, mais il n'en est plus très loin. S'il reste quelqu'un, il est en tout cas devenu un homme sans qualité. Cette solution des qualités induit logiquement une analyse quantitative des relations entre les salariés et leurs patrons. Elles sont alors conçues comme un rapport de force où naturellement les premiers pèsent moins lourd que les seconds. Or, « être moins », c'est déjà « être rien ». Car cela signifie que le travailleur n'est plus qu'une unité parmi d'autres, qu'il n'y a plus qu'à décompter afin qu'à son tour, la collectivité qu'il rejoint puisse elle-même compter ses propres forces. Ainsi s'écrit le destin collectif des travailleurs.

Au XIX^{ème} siècle, comme au début du XX^{ème} d'ailleurs, la pratique donne à ces théories les éléments nécessaires à leur succès. Lorsque les journées de travail sont harassantes et qu'elles rapportent peu, la personne du travailleur est anéantie. Le temps libre ne peut être consacré qu'à des activités de subsistance : manger, boire et dormir. L'individu sommeille sous le travailleur. Tout cela est bien connu, sauf peut-être à nuancer le propos. Au XIX^{ème} siècle, comme aujourd'hui, il y a des périodes de croissance qui, de fait, apportent de

¹²³ L'engagement syndical est assez proche du pacte social de Rousseau : « *chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout* » (*Du contrat social*, I, 6).

la prospérité, y compris aux ouvriers¹²⁴. Quoi qu'il en soit, la rhétorique sur l'aliénation par le travail peut alors fonctionner et le fait est qu'aujourd'hui, elle ne fonctionne plus. Sans doute le contexte a-t-il changé. Ce que l'on sait. Mais ce que l'on a moins mesuré, c'est son impact sur nos conceptions du travail. Pour y voir plus clair, retournons un instant à Rome.

La joie de se vendre

La formalisation du contrat de travail sous la forme d'un louage de services peut-être compris comme un leurre grâce auquel les capitalistes parviennent à exploiter les travailleurs. Elle peut aussi être le reflet d'une conception nettement plus libérée du travail¹²⁵.

Cette mise en forme est une invention des juristes romains qui l'appelaient alors *locatio operarum*. L'habitude avait été prise de distinguer entre services et arts libéraux : les premiers ne nécessitent pas de compétences particulières et sont généralement accomplis par des esclaves, les seconds sont le fait de « professionnels » qui exercent en qualité d'hommes libres. La distinction repose sur l'opposition traditionnelle entre travail (*labor*) et œuvre (*opera*). Alors que les services sont accomplis par des individus qui travaillent et qui, de ce fait, se vendent eux-même et aliènent leur liberté, les arts sont accomplis par ceux qui les maîtrisent et vendent par suite leur mise en œuvre. Ainsi revenons nous à la case départ : la relation entre le patron et le travailleur n'est qu'une relation interpersonnelle par laquelle le premier subordonne le second, tandis que la relation qui se noue avec l'entrepreneur ou le professionnel se focalise sur le résultat de son activité, objet d'une réelle intermédiation entre les parties. Simplement, pour des raisons conjoncturelles, il arrive que les esclaves ne suffisent plus à l'accomplissement des services. Il faut donc que ceux-ci soient accomplis par des hommes libres. Comment faire pour que reste libre un homme qui pourtant s'assujettit aux travaux d'un esclave ? En inventant le louage de service, la *locatio operarum*.

Cette invention repose sur une dissociation entre la force de travail et l'individu qui en est le support. Aux termes de cette dissociation, il est donc possible de louer la première sans aliéner le second. Le travail est une chose propre à constituer la matière d'un contrat. Ainsi peut-on travailler sans être un esclave. Cette façon d'intellectualiser le contrat de travail n'est pas qu'une astuce théorique. Travailler, c'est agir et l'action n'est pas l'intégralité de l'être. Qui plus est, ce que le salarié fait lorsqu'il travaille n'absorbe pas nécessairement tout ce qu'il est en mesure de faire. Ce n'est donc qu'une petite partie de lui-même qu'il met au service de l'employeur. Il n'est dès lors pas inenvisageable de scinder cette partie sans affecter l'ensemble.

Il est même permis de se demander si cette scission n'est pas, en fait, la condition même de notre liberté¹²⁶. Le jeune qui reçoit sa première paye éprouve généralement le plaisir de ressentir qu'il « vaut » quelque chose ; comme si pour s'estimer, il fallait en partie se vendre. Au reste, au sortir de son travail, le jeune qui travaille ne se sent jamais aussi libre. Il s'est affranchi de la tutelle parentale ; le travail l'a émancipé.

Le sentiment de liberté qui s'attache à l'exercice d'un travail est d'ailleurs de même nature que celui que procure la propriété. C'est qu'en effet, pour louer sa force de travail, il faut d'abord, et comme pour n'importe quel autre bien, en être propriétaire. L'affirmation de la liberté du travail, c'est donc implicitement la consécration d'une propriété propre à chacun ; propriété frugifère pour peu qu'on la loue, propriété inaliénable dès lors que dérivée

¹²⁴ Pour une présentation synthétique, v. *Histoire économique et sociale de la France*, sous la dir. de F. Braudel et E. Labrousse, P.U.F. Quadrige, 1993, tome III, p. 777 et s., p. 853 et s., tome IV, p. 908 ets.

¹²⁵ Il faut ici citer le remarquable travail de Th. Revet qui a justement redonné quelques couleurs à ces conceptions ; v. *La force de travail*, Litec 1992.

¹²⁶ Sur le rattachement de la condition de l'homme moderne à un principe de division, v. naturellement P. Manent, *Cours familial de philosophie politique*, Fayard 2001.

d'une liberté. De fait, l'individu se borne à louer sa force de travail et conserve autant qu'il vit un titre exclusif sur cette dernière.

Ainsi, la figure contractuelle du louage de services donne-t-elle au travail tantôt le visage de la servitude tantôt celui de la liberté. L'un n'est pas plus faux que l'autre. Les regards croisés sur le louage de service révèlent tout simplement que celui-ci peut être perçu de manière radicalement différente selon les époques. Le contexte détermine ainsi la crédibilité des analyses romaines. Il se pourrait bien que, précisément, le contexte ait changé.

Quand le droit du travail se tire une balle dans le pied

Que l'on éprouve la joie de se vendre, que le travail tende à devenir un bien détachable de l'individu et que celui-ci monnaie librement au gré des opportunités, c'est sans doute, et même si cela surprend, l'un des effets programmés des évolutions du droit du travail.

Pour les promoteurs de son progrès constant, il n'est pas acceptable que le travail soit considéré comme une marchandise. C'est d'ailleurs l'une des premières propositions de la Déclaration de Philadelphie (Art. I.a : « *le travail n'est pas une marchandise* »), dans laquelle, en mai 1944, l'Organisation internationale du travail définit ses objectifs. La crainte est alors que la marchandisation du travail ne soit que le premier pas vers la marchandisation de l'homme et une dégradation de sa dignité. Il faut donc édicter les règles qui permettront de préserver, ici comme ailleurs, « l'humanité de l'homme ».

Dans leur principe, ces règles sont assez simples : il faut limiter la durée du travail afin qu'il y ait un temps et donc une vie après lui, il faut aussi que ce travail soit décentement rémunéré sauf à ce que le temps de loisir ne puisse être financièrement supporté par le salarié. Il importe également de circonscrire le pouvoir de direction de l'employeur. Non seulement il sera limité dans le temps, mais également dans son étendue. Il devra s'exercer dans le respect des droits fondamentaux du salarié, notamment dans le respect de son autonomie ; ainsi la vie personnelle du salarié sera peu à peu sanctuarisée de telle sorte que sous aucun prétexte l'employeur ne puisse s'y immiscer. C'est, par exemple, dans cette perspective que la Cour de cassation a posé dans un arrêt *Nikon* du 2 octobre 2001 (et dont les principes sont constamment rappelés et développés) qu'un employeur ne saurait avoir accès à la messagerie personnelle d'un salarié, quand bien même celle-ci aurait son siège dans un ordinateur se trouvant sur le lieu de travail.

On peut soutenir que l'ensemble de ces dispositifs permettent d'éviter que le travail ne soit qu'une marchandise. Mais en réalité, ce n'est pas tout-à-fait ainsi que les choses se passent. Ce que le droit du travail a empêché c'est que la mise sur le marché du travail entraîne aussi la commercialisation des personnes mêmes. L'objectif a été de préserver ces dernières malgré les risques qu'elles prenaient en acceptant la mise en location de leurs capacités. L'humanisation des relations de travail a donc consisté à mettre de l'humain moins dans la relation qu'en-dehors de celle-ci. En redonnant de la dignité aux salariés, le droit du travail leur a permis de prendre conscience que le travail est un bien et pas seulement une servitude et qu'il peut y avoir plus d'intérêt que de risque à le valoriser.

Les effets seconds du chômage

De manière plus inattendue et de fait moins réjouissante, la période récente a conforté le mouvement de réification du travail et, en conséquence, de réappropriation de celui-ci par les salariés eux-mêmes.

L'individu accepte d'autant mieux de monnayer ses compétences qu'il se sait protégé par le droit du travail. Cependant, quelque chose l'empêche encore d'admettre que son travail s'apparente à un bien, sinon à une marchandise. C'est qu'en effet, abstraction faite de

quelques rentiers, tout un chacun doit travailler pour vivre. S'il est concevable de détacher le travail de l'homme, il est en revanche impossible d'imaginer une vie sans travail. Il paraît donc difficile d'admettre que celui-ci, dont dépend notre subsistance, dépende à ce point des aléas d'un échange marchand. Même en passant par le louage de service, le travail nous conduit toujours à la personne même du salarié. Il est résolument inacceptable de le considérer comme une chose.

Les périodes où le chômage frappe une partie conséquente de la population active sont en première approche celles où ce sentiment est le plus fort. La dénonciation sans nuance des « licenciements boursiers », des « dégraissages », des « salariés-kleenex » et des « patrons-voyous » s'inscrit dans cette perspective. L'indignation se nourrit de l'impression que, pour certains, rarement désignés du reste (« ils »), les salariés ne valent pas mieux que l'outil de production ; et plutôt moins d'ailleurs puisque les employeurs qui délocalisent leurs usines abandonnent les salariés à leur triste sort mais prennent en revanche soin de déménager les matériels. « Nos vies valent mieux que leurs profits » annoncent ceux qui se disent « 100% à gauche ». Tout le monde ne les suit pas mais nombreux sont ceux qui pensent qu'assurément, le travail ne peut être soumis aux seules lois du marché. Ce qui donne la formule politique qui fit en partie le succès de son auteur : « oui à une économie de marché, non à une société de marché » (Jospin).

En même temps, la période que la France traverse depuis maintenant plus d'un quart de siècle produit des effets plus souterrains. Malgré le chômage de masse, il a bien fallu vivre. Et le fait est que les Français ont survécu : assurance-chômage, minima sociaux, Aide Personnalisée au logement, allocations familiales, CMU, procédures de surendettement... et aussi, sans doute, des solidarités de toutes sortes, familiales, mais pas seulement. Une multitude de dispositifs ont permis d'éviter que tous tombent dans la misère, cette dernière étant le plus souvent réservée à ceux qui, généralement, cumulent d'autres handicaps¹²⁷. La société n'offre pas le luxe à ceux qui ne travaillent pas. Mais il est vrai qu'elle leur permet de vivre. En 2002, une étude de la très sérieuse revue *Economie et statistique* faisait ressortir que le cumul des aides dont un couple sans emploi avec deux enfants pouvait bénéficier était de 1 600 euros mensuels. Pour un tel couple, le retour à l'emploi de l'un des époux n'était rentable que si celui-ci gagne plus de 1 300 euros mensuels en net, soit presque une fois et demi le SMIC (de l'époque)¹²⁸.

D'aucuns évoquent ici ou là des « trappes à pauvreté ». L'expression n'est pas forcément très heureuse, mais elle donne un aperçu des changements intervenus. Le principal d'entre eux, c'est qu'il est désormais possible de vivre sans travailler. On vit mal sans doute de sorte que pour vivre mieux, il faut penser à travailler. Mais si le travail passe pour un moyen d'améliorer l'ordinaire, c'est qu'il échappe au règne de la nécessité. Il s'épanouit désormais sur le terrain de l'intérêt. Et c'est la raison pour laquelle les bénéficiaires des *minima* peuvent préférer la conservation de leur statut à celui de travailleur salarié. Il suffit que les avantages de ce dernier ne soient pas propres à susciter l'intérêt. Généralement, pour ces individus, le travail vraiment intéressant, ce sera le petit ouvrage de l'ombre, celui qui s'accomplit au fond des trappes, hors de toute déclaration.

Individualisme et débâcle syndicale

Ainsi s'individualise la valeur travail. On la respectait jadis par égard pour la collectivité. On demande aujourd'hui que la collectivité respecte notre travail.

¹²⁷ V. sur ce point P. De Clerck, *Les naufragés*, précité

¹²⁸ Denis Anne et Yannick L'Horty, *Transferts sociaux locaux et retour à l'emploi*, in *Economie et statistique*, n° 357-358, 2002

Le travail était devoir et aliénation. L'ouvrier offrait ses bras et le patron saisissait sa personne. Au reste, il n'avait pas le choix puisque la nécessité le projetait dans l'univers du travail. Pour être quelqu'un, il lui fallait s'engager. Cependant, lorsque le travail n'est plus harassant au point de priver les individus d'une conscience d'eux-mêmes, lorsque leur subsistance est assurée par cela seulement qu'ils existent, leur dignité, même dégradée du fait d'un chômage prolongé, ne requiert plus la fusion dans un collectif. Le travail n'est plus le trait commun d'un groupe en mal de reconnaissance. Il devient une petite propriété que les individus valorisent au mieux de leurs intérêts. Le travail, ce n'est plus ce que je dois, c'est ce qui est à moi.

Les propriétaires se réunissent en copropriété, en comité de riverains, en un mot, chaque fois qu'il en va de leur intérêt. En revanche, on les voit plus rarement s'engager, s'oublier eux-mêmes pour mieux servir une cause. De cette évolution, les syndicats sont naturellement les grands perdants. Leurs troupes se sont constituées en prenant appui sur une doctrine de l'engagement. Exposée à des (petits) propriétaires, cette dernière ne séduit plus. D'autant qu'aujourd'hui, les responsables syndicaux, même jeunes, restent encore attachés aux conceptions d'origine. Écoutons l'un d'entre eux : « *le mouvement syndical français se caractérise par un engagement individuel militant et le fait de se syndiquer n'apporte rien en termes d'assurance ni aucun bénéfice au regard des droits sociaux* »¹²⁹.

D'autres ont parfois la lucidité de comprendre que leur victoire impliquait en quelque sorte leur défaite. Parce que les ouvriers étaient sous la main des patrons, les syndicats pouvaient utilement leur proposer qu'ils se donnent à eux. Lorsque les droits individuels ont progressés, cette proposition est devenue moins alléchante. La maintenir aujourd'hui, c'est donc, en quelque sorte, proposer une régression. Jacques Le Goff cite à cet égard le témoignage perspicace d'un ancien militant : « *la bureaucratisation et la déshumanisation de la manifestation (ouvrière) peuvent être mis en parallèle avec la déshumanisation du travail. Ces deux activités obéissent au même principe : il ne faut pas laisser s'exprimer la créativité des hommes (...) L'usine militaire et triste a conquis le monde du travail, elle a aussi conquis ceux qui s'opposent à elle* »¹³⁰. Justement, lorsque l'usine militaire et triste prend le chemin de la retraite, elle entraîne naturellement ses opposant dans son sillage.

L'intermède C.P.E.

Sans doute y a-t-il encore des mouvements sociaux. Il n'est cependant pas sûr qu'ils contrarient la percée de l'individualisme dans le monde du salariat. De ce point de vue, mouvements de protestation suscités par la tentative d'introduction dans le droit français du Contrat Première Embauche donnent un assez bon terrain d'analyse.

A travers ce contrat, proche du Contrat Nouvelle Embauche, il s'agissait de dispenser l'employeur qui embauche un salarié de moins de 26 ans d'avoir à justifier le licenciement intervenant dans les deux ans de l'embauche. Assurément, un tel contrat comportait un recul des garanties traditionnelles attachées au contrat de travail : motivation du licenciement, contrôle judiciaire de la réalité et du sérieux de sa cause. La protestation pouvait donc être perçue comme la marque d'un attachement aux acquis sociaux, en tout cas, comme le signe d'un refus sans équivoque d'une trop grande libéralisation du marché du travail. Encore une fois, la France aurait rappelé que les salariés ne sont pas des kleenex.

En même temps, les thèmes de la contestation ont eu une résonance assez individualistes. Les observateurs qui analysent les mouvements sociaux ont souvent tendance

¹²⁹ E. Pérès, secrétaire général adjoint UCI-FO, in *Syndicalisme et société : préserver l'essentiel et guetter le futur*, Sociétal n° 53, juillet 2006, p. 100 et s., spéc. p. 101.

¹³⁰ D. Mothé, *Militant chez Renault*, Seuil 1973, cité par J. Le Goff in *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail*, précité, p. 540.

à tenir pour négligeables les revendications officielles. La vérité est toujours invisible. Sans doute, mais ce qui se voit ne peut être totalement méconnu. Et parmi les choses dites, il en est deux qui retiennent l'attention.

De nombreux étudiants ont été choqués par une chose : l'autorisation donnée à l'employeur de licencier un salarié sans donner le moindre motif, et ce pendant deux ans. Cette émotion paraît sincère. Il faut d'ailleurs savoir qu'en droit, le mouvement est à l'extension du domaine de l'exigence de motivation. A chaque fois qu'une administration prend une décision défavorable à un administré, elle doit s'en expliquer. Encore qu'il y ait discussion à cet égard, l'obligation de se justifier semble atteindre les relations de droit privé ; par exemple, le propriétaire qui entendrait congédié un locataire pourrait être amené à devoir s'expliquer. Or, et de manière somme toute assez anachronique, voilà qu'une décision pour le moins sérieuse et lourde de conséquences, à savoir un licenciement, devrait échapper à cette exigence de motivation. C'est il est vrai assez inattendu.

Certes, les manifestants n'ont que faire de cet anachronisme juridique et que celui-ci n'est manifestement pas la raison de l'agitation constatée. Ce serait cependant considérer que les règles n'ont pas d'ancrage sociologique. C'est vrai de certaines, ce ne l'est pas de toutes et spécialement pas de celles qui expriment des principes dont les individus ont une conscience plus ou moins affirmée. Or, l'exigence de motivation compte vraisemblablement au rang de ces principes. C'est la façon juridique de consacrer le mécontentement de quiconque subit une décision défavorable : « *Mais au moins, expliquez-vous* ». On veut bien admettre que les relations de travail ne soient pas éternelles et supporter de la sorte des décisions désagréables. Pour autant, celles-ci ne seront acceptables qu'à la conditions d'être expliquées. L'exigence de motivation est la marque de ce que le respect des individus passe par le respect de leur intelligence.

Un autre aspect de la contestation, largement mis en évidence, est qu'il est toujours dangereux de tailler à la jeunesse un costume sur mesure. En 1994, le gouvernement Balladur avait proposé un Contrat d'Insertion Professionnelle, autorisant les employeurs à payer les jeunes salariés un peu moins que le S.M.I.C. Lesdits jeunes sont descendus en nombre dans la rue pour crier « *Balladur, enlève ton C.I.P.* » ; et de fait, celui-ci fût retiré de la législation française. L'histoire du C.I.P. et celle du C.P.E. se ressemblent beaucoup. Et leur morale est ainsi qu'au travail, les jeunes sont un peu comme les femmes, ils n'aiment pas qu'on le leur rappelle. Ils veulent bien exister comme étudiants et certains ne sont d'ailleurs pas défavorables à la mise en forme d'un statut. En revanche, s'ils travaillent, ils ne voient pas ce qui justifierait qu'une différence soit faite entre eux et les autres. Cette revendication égalitaire est d'abord celle d'un propriétaire qui s'estime injustement traité. Les jeunes n'ont pas vu qu'il leur faudrait subir un désavantage comparatif dans l'exploitation de leur force de travail. Finalement, leur contestation était dans l'air du temps.

Chapitre 7

TOUS CAPITALISTES !

Flash-back

Une brève considération rétrospective de l'évolution des deux siècles passés donne l'impression d'un constant décalage entre les modèles sociaux élaborés au fil du temps et la réalité qu'ils prétendaient saisir ou, à tout le moins, orienter. C'est en quelque sorte une leçon de tragédie antique : la volonté se noie le plus souvent dans le flot de la vie. On obtient rarement ce que l'on projette. Bien plus souvent, on obtient l'inverse.

La Révolution avait laissé dans l'esprit des légistes de l'époque Napoléonienne le sentiment d'un chaos entretenu et généralisé, d'un monde où tout est politique, donc mouvant, et où *les changements naissent des changements*. Pour retrouver le chemin de la paix civile, ils ont offert à leur concitoyen un modèle de société construit sur des solidarités bourgeoises. Le lien social devait naître de relations équilibrées par lesquelles on se livrait à un commerce tranquille des propriétés et autres qualités — par exemple, les métiers — propices à l'échange (v. chapitres 1 et 2). Las, ce modèle a suscité bien plus de violence que d'harmonie. Et il fallut attendre la saignée de la Commune¹³¹ pour qu'enfin, la société française entraperçoive le chemin de la sérénité. Aux temps du suffrage censitaire, les « classes laborieuses » se sont senties exclues. Bien vite, elles ont prêté aux bourgeois des intentions capitalistes. On avait voulu la paix civile, on obtint la lutte des classes (v. chapitre 3).

Celle-ci fût contenue par un double mouvement d'embourgeoisement de la classe capitaliste et de démocratisation de la société bourgeoise. Les « capitalistes » se sont embourgeoisés en ce sens qu'ils se sont peu ou prou ralliés à une conception institutionnelle de l'entreprise où celle-ci n'est plus seulement l'occasion d'un fructueux retour sur investissement mais devient, malgré les conflits d'intérêts, un espace de solidarités, où, bon gré malgré, les uns et les autres collaborent à la réussite d'un projet commun. La société bourgeoise s'est démocratisée parce qu'elle a su trouver les moyens d'offrir au plus grand nombre une condition à peu près digne. Il fallait être propriétaire pour mériter son entrée en société. On fit en sorte, grâce aux règles du droit et de la protection sociale, que tout le monde accédât à un confort approchant de celui que procure la propriété (v. chapitre 4).

Ce faisant que la culture bourgeoise étendait son influence, elle répandait plus subrepticement, et pour beaucoup à contrecœur, l'esprit du capitalisme. Les liens entre travail et subsistance se sont desserrés. Le labeur n'est ainsi plus apparu comme la marque d'une servitude. Les individus ont repris possession de leur force de travail (v. chapitres 5 et 6). Ainsi se sont-ils retrouvés à la tête d'une petite propriété. Celle-ci ne se vend ni ne se donne. La force de travail, indissociable de la personne même qui la détient, est de fait inaliénable. Elle n'a dès lors qu'une seule qualité, elle est exploitable. Que faire d'un tel bien alors, si ce n'est de le risquer dans quelque entreprise ?

Le travailleur est un capitaliste

On a glosé sur la disparition du salariat. Peut-être un peu trop car aujourd'hui encore, les salariés représentent près de 90% de la population active. En même temps, les statistiques ne doivent pas cacher les évolutions. Si l'on peut évoquer une bascule des travailleurs dans le camp capitaliste, ce n'est pas qu'ils seraient tous devenus indépendants ou entrepreneurs.

¹³¹ C'est la thèse de F. Furet défendue dans *La Révolution*, 2 tomes, Hachette 1988.

C'est plutôt qu'entre les différents statuts de l'activité, les divergences n'occulent plus les lieux communs. Ceux qui travaillent se ressemblent tous un peu.

Il n'est de donnée moins contestée que les entrepreneurs courent un risque là où les salariés n'en prennent pas. En même temps, à l'exception des petits commerçants prêts à risquer toutes leurs économies dans un négoce aléatoire, les entrepreneurs d'aujourd'hui semblent exposés à un risque limité. Le chef d'une grande entreprise cotée est souvent le plus brillant des salariés. Son patrimoine n'est pas en danger. Lorsque l'entreprise est familiale, le risque est plus élevé. Cependant, la séparation est bien faite entre les versants personnel et professionnel du patrimoine. Au reste, lorsque les entreprises atteignent une certaine taille, il leur arrive de souffrir, plus rarement de disparaître. Enfin, les « jeunes pousses » ou « *start-up* » sont le plus souvent financées par des apports en capital. De la sorte, l'échec du projet n'a normalement pas de coût pour celui qui est à l'origine du projet.

En fait, et quel que soit le domaine, les ratés pèsent essentiellement sur la carrière de l'individu qui y est associé. Du coup, entre l'entrepreneur et le salarié, les différences s'amenuisent. Car une force de travail mal investie se déprécie au fil de ces mauvais usages. Le salarié qui reste trop longtemps au même poste grève ses perspectives d'évolution. A l'inverse, celui qui saute de place en place inspire à l'usage une confiance limitée. Au reste, au delà de ces choix personnels, le choix de l'entreprise n'est pas sans incidence sur l'appréciation de la force de travail. Une entreprise qui croît fait croître la valeur de ses salariés, étant précisé que l'inverse est souvent vrai. Ceux-ci ne misent donc pas leurs économies mais à tout le moins leur force de travail. Ils investissent cette dernière dans une entreprise, publique ou privée d'ailleurs, avec le risque d'une éventuelle dépréciation et l'espoir d'un retour satisfaisant.

Certains prennent plus de risques que d'autres. Ils innovent là où les autres répètent. Quoi qu'il en soit de cette différence d'état d'esprit, il n'en reste pas moins que les décisions prises sont sensiblement de même nature. Il s'agit toujours, sur sa force de travail, de faire acte d'entrepreneur.

Telle serait donc la leçon de l'époque. Nous rejetons le capitalisme non parce que le plus grand nombre aurait à souffrir des appétits démesurés de quelques uns, mais parce que, ayant atteint tout le monde, il épuise sans relâche les individus. Ceux-ci sont toujours à la recherche du meilleur rendement et leur insatisfaction est permanente, nourrie de l'infatigable sentiment qu'il y a nécessairement un autre pour faire toujours mieux. Sans doute n'est-ce pas la guerre mais cette concurrence sans fin ne leur laisse aucun repos.

Cette analyse, ou plutôt cette hypothèse, peut susciter une infinité d'objections. Il en est au moins deux : elle est fautive, elle est inopportune.

Bourdieu en embuscade

S'il est exact que certains investissent leur force de travail à la manière d'individus rationnels, le plus grand nombre se révèle incapable de la considérer avec autant de distance. En fait, seuls les cadres ou plus généralement ceux qui sont en haut de l'échelle des métiers peuvent ainsi procéder.

Le propos est communément admis. Cependant, sans enquête plus précise, cette objection n'est pas assurée. Deux observations permettent d'ailleurs de fragiliser celle-ci et conséquemment de donner quelque substance à l'idée que le travail est désormais considéré comme une petite « exploitation » personnelle :

- Les salariés qui ne sont pas dans le besoin et éprouvent cependant le désir d'accomplir des heures supplémentaires d'un travail peu intéressant, en un mot, ceux qui veulent « travailler plus pour gagner plus », sont bien dans une optique d'exploitant. Ils n'agissent pas par devoir mais par volonté d'obtenir un retour de leur investissement personnel.

- Inversement, le chômeur de longue durée qui préfère vivre de ses (maigres) allocations et accomplir ici et là quelques prestations non déclarées plutôt que, si l'occasion se présente, reprendre un emploi à durée déterminée, fait un calcul rationnel et considère qu'au regard des retours attendus, il lui est préférable de minimiser l'utilisation de sa force de travail. Ce n'est pas un profiteur, c'est un capitaliste qui s'ignore.

Ces deux observations ne constituent pas une démonstration. Elles accèdent cependant l'hypothèse qu'une culture renouvelée du travail prend peu à peu corps dans la société et pas spécialement dans les catégories les plus privilégiées.

On peut encore avancer que cette intuition butte sur un obstacle théorique. Elle suppose que les hommes sont mus par un principe d'action rationnelle et qu'en conséquence, ils se décident au terme d'une appréciation raisonnée des moyens nécessaires à la réalisation des fins qu'ils poursuivent. Pareto parle d'« action logique », d'autres d'individualisme méthodologique¹³², d'autres encore de *Rational action theory*. De nombreux sociologues considèrent que ces notions ne résistent pas à un contrôle empirique. Ainsi Bourdieu reprend-il à leur propos la formule qu'utilisait Marx pour contester les thèses de Hegel. Comme ces dernières, elles consistent à « prendre les choses de la logique pour la logique des choses »¹³³. En pratique, il n'y a jamais de calcul rationnel. L'individu est historiquement situé, enchaîné dans un réseau de relations qui le dépassent, de telle sorte que ses décisions sont irréductibles à une maximisation abstraite de ses moyens. Le travail en est d'ailleurs une bonne illustration. Ici, les individus attendent moins le retour sur investissement qu'ils ne jouent leur identité.

L'exactitude de la critique n'empêche cependant pas de constater qu'en de multiples occurrences, les individus agissent par calcul. Ainsi des individus lorsqu'ils gèrent leur patrimoine. Si le travail accède au rang de bien, il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'il fasse l'objet d'une certaine maximisation. Surtout, la critique de l'individualisme méthodologique n'a jamais exclu le principe du calcul. Bourdieu le dit lui-même en reconnaissant une large part à la notion d'intérêt. Il entend cette dernière comme un investissement, celui que fait l'individu lorsqu'il se prête au jeu d'une activité donnée, l'enseignement, la culture, mais aussi bien sûr le travail. En introduisant cette donnée, il suggère également qu'il doit y avoir un retour sur investissement. Rien n'empêche de penser que, dans un contexte donné, les individus aient une conscience plus ou moins aiguë de leurs attentes¹³⁴. Et donc, nonobstant d'impérieux obstacles épistémologiques, il n'est pas interdit de penser qu'au regard de leur travail, les individus raisonnent en terme d'investissement. Même si les uns et les autres n'investissent pas et n'attendent pas la même chose. Qu'ils se focalisent sur leur rémunération ou sur leur identité professionnelle, qu'ils anticipent plus ou moins clairement le contenu de leurs attentes, les individus au travail espèrent toujours un juste retour des choses.

L'illusion de la volonté

En fait, ce qu'on peut aisément concéder à la sociologie critique, c'est le faible impact de l'anticipation et de la volonté dans les choix professionnels (et plus largement les choix de vie). On se laisse prendre au jeu et les décisions s'imposent naturellement. Le fils de militaire qui entreprend à son tour une carrière dans l'armée le fait parce que, tout compte fait, il n' imagine pas qu'il en aille autrement. C'est là qu'il est en accord avec lui-même. Même

¹³² Pour une défense et illustration de celui-ci, v. R. Boudon, *La place du désordre*, 2^{ème} éd., P.U.F. 1985, pp. 39-70.

¹³³ *Réponses*, entretiens avec L. Wacquant, Le Seuil 1992, p. 98. V. aussi, *Le sens pratique*, Les éditions de minuit, 1980, spéc. pp. 87-110.

¹³⁴ C'est l'un des principaux enseignements de l'ouvrage de R. Hoggart, *La culture du pauvre*, trad. F. et J.-Cl. Garcias, J.-Cl. Passeron, Les éditions de minuit 1970, spéc. pp. 181-217. Si les pauvres n'épargnent pas, ce n'est pas qu'ils ne savent pas calculer c'est tout simplement qu'épargner ne leur sert à rien et qu'en conséquence ils calculent qu'il leur est de loin préférable de profiter immédiatement du superflu.

chose pour son frère qui, sorti des études, ne concevra pas de passer une seconde de plus dans une caserne et décidera d'embrasser une carrière artistique. Pour autant, si l'on sait à peu près ce que l'on fait sans trop savoir ce que l'on a vraiment voulu, cela ne signifie pas que les individus soient dépourvus d'expectatives. Ce n'est pas parce qu'ils n'ont pas anticipé un retour qu'ils n'attendent rien de leurs investissements.

La pensée sociologique invite ainsi au sacrifice de la volonté. Ce faisant, elle inscrit dans une tradition intellectuelle qui compte un certain nombre de « poids lourds ». L'inventaire est risqué mais nul ne peut éviter Spinoza, bien sûr, selon qui « *les hommes se croient libre (...) faute de connaître les causes qui les déterminent à vouloir* » (*Ethique I*, app.), et que « *ce n'est pas parce que nous croyons une chose bonne qu'elle devient l'objet de nos recherches et de nos désirs ; mais qu'au contraire nous la croyons bonne parce que nous la voulons, la recherchons la désirons* » (*Ethique III*, 9, sc.). Il faut aussi, dans cette perspective, présenter le héros de la tragédie grecque, dont J.-P. Vernant¹³⁵ décrit ainsi le profil : il prend une décision, plutôt bonne au regard de son contexte immédiat, mais dont finalement les effets lui échappent. Œdipe en est le modèle. On lui a prédit qu'il tuerait son père et épouserait sa mère. Aussi bien fuit-il Corinthe, où il a été élevé par ses parents adoptifs, pour éviter qu'un tel désastre se produise. En chemin, il est victime d'une agression et pour se défendre tue Laïos, son père biologique, dont il ignore cependant l'identité. Puis il débarrasse la ville de Thèbes du Sphinx, monstre qui terrorisait la population. Il obtient alors de Créon, le droit d'épouser Jocaste, sœur de ce dernier, veuve de Laïos et reine de Thèbes. En agissant ainsi, en quelque sorte, il a eu tout bon. Mais, ce faisant, il a tué son père et épousé sa mère et termine plutôt mal. La leçon serait-elle que l'enfer est pavé de bonnes intentions et qu'au fond, nous ne parvenons jamais tout à fait au résultat espéré ? Elle est en fait un plus sévère. L'histoire d'Œdipe révèle que plus le temps de l'action se rapproche, plus la volonté s'éloigne. L'homme agit mais il ne veut pas. Pour paraphraser Bloch, il écrit son histoire sans bien savoir quelle histoire il écrit. Il se laisse prendre au jeu de ce que lui dicte son être. Il ne rédige pas les lois de son existence.

Ce qui frappe ainsi l'esprit, c'est que l'homme de la sociologie, comme celui de la tragédie, est essentiellement un homme seul. A l'abandon, lorsqu'il s'appelle Œdipe. Avec quelque espoir, lorsque, à l'invitation de Spinoza, il est invité, autant qu'il en est en lui-même, à « *persévérer dans son être* »¹³⁶. Il importe, dans cette perspective, que chaque homme s'efforce d'actualiser la puissance de son être, qu'il aille où son désir le porte plutôt qu'il ne cède aux chants des superstitieux « *qui savent flétrir les vices plutôt qu'enseigner les vertus* ». Il est à l'image du protestant de Calvin. Dieu a jeté les dés et rien ne lui sert de se dédier à une inutile ascension vers le très Haut. Qu'il fasse donc sur terre ce que Dieu l'a rendu capable de faire car c'est en suivant sa destination que l'être prédestiné rend grâce. Qu'il cherche à croître, lui-même mais aussi ses avoirs, corporels et incorporels¹³⁷. Ainsi va la critique du volontarisme. Bien plus qu'elle n'affaiblit la thèse de l'individualisme, elle semble plutôt la conforter.

Quand la volonté est un corset

¹³⁵ *Mythe et tragédie en Grèce ancienne* (en collaboration avec Pierre Vidal-Naquet), coll. Textes à l'appui, 187 p., Paris, Maspero ; 7e éd. 1989.

¹³⁶ Et il ajoute « *En effet, chaque être particulier est un mode qui exprime les attributs de Dieu d'une manière certaine et déterminée. Je veux parler des êtres qui expriment d'une manière certaine et déterminée la puissance de Dieu, par laquelle il est et agit* » (*Ethique*, III, 6, trad. Boulainvilliers).

¹³⁷ Chacun connaît la thèse de M. Weber, aujourd'hui un peu controversé, selon laquelle le protestantisme a favorisé le développement du capitalisme ; *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, 1904, trad. Fr. 1964).

Cela n'est guère surprenant. Car la volonté dont la critique sociologique fait le procès fonctionne comme un corset. On peut même avancer (v. *infra* chap. 9) que l'abandon des thèses volontaristes qui se sont construites au XIX^{ème} siècle est consubstantiel à la généralisation de l'esprit capitaliste.

Au lendemain de la Révolution, la principale recherche des légistes consistait à identifier le point d'articulation d'une société d'hommes libres. En présupposant le pire, à savoir que tout un chacun n'aurait plus d'autres perspectives que la satisfaction de ses intérêts, ils ont ainsi tenté d'exposer les modalités de leur entente. La relation contractuelle fût l'une de celles-ci. Simplement, celle-ci a été comprise de manière exigeante et elle a pris appui sur une théorie de la volonté qui laissera finalement peu de choses aux individus (v. chap. 1).

La France faisait le deuil d'une société hiérarchisée dans laquelle suzerainetés et vassalités étaient censées s'enchaîner sans solution de continuité. Ainsi l'union des personnes était-elle réalisée, du Roi jusqu'à ses sujets. En un mot, une société où le tout l'emportait sur la partie, une société holistique, pour reprendre la terminologie de Louis Dumont. La Révolution passée, la hiérarchie et l'unité abandonnées, il fallait faire désormais autrement tout en sachant que, malgré tout, la France n'avait jamais connu d'autres modèles que celui avec lequel elle s'était décidée à rompre. Elle fit donc comme les autres nations confrontées à l'intrusion de l'individualisme¹³⁸. Ses légistes interprétèrent les notions nouvelles pour en obtenir des résultats semblables à ceux produits par les anciennes. Ainsi des relations libres, donc contractuelles, devaient permettre de rétablir l'union des personnes. Le contrat ne pouvait avoir pour seul objet la satisfaction d'appétits réciproques. Plus noblement, il devait définir une loi commune au respect de laquelle les deux parties s'engageaient, sans esprit de retour, qui plus est. Dès l'origine, le contrat fût conçu comme le moyen de définir une microsociété¹³⁹.

C'est bien la raison pour laquelle les rédacteurs du Code civil tinrent le mariage pour *l'idée fondamentale d'un contrat* et que, plus tard, la doctrine des juristes s'appropriera sans coup férir la vulgate kantienne relative à l'autonomie de la volonté. Sans que l'on ait jamais su trop comment, un consensus s'est fait autour de l'idée que le régime général du contrat était construit sur la théorie de l'autonomie de la volonté, théorie qui, selon la doctrine française, veut qu'est conforme à la liberté, la contrainte qui a été préalablement acceptée. Le consensus était surprenant car il est peu probable que les juristes du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle aient beaucoup lu Kant ou qu'à tout le moins ils l'aient compris¹⁴⁰. Simplement, sans être un exégète averti de la doctrine du maître de Königsberg, on pouvait assez facilement en retenir que la volonté est la loi que chacun se donne à lui-même. Ainsi simplifiée, la pensée du philosophe devenait exploitable et servait on ne peut mieux les ambitions placées dans le contrat. La volonté devenait le moyen de projeter l'individu dans la durée. Commune à deux individus, comme c'est le cas dans le contrat, elle permettait de considérer les contractants comme deux associés regardant dans la même direction. Au reste, cette valorisation du contrat a été le fait d'auteurs d'inspiration solidariste. Fouillée, à qui l'on prête la formule « *qui dit contractuel dit juste* », était l'un d'entre eux¹⁴¹.

Ce « volontarisme solidaire » était ainsi tout le contraire d'un individualisme. Son office était clairement de réunir les jetons dispersés d'une société libérée. Naturellement, il

¹³⁸ V. L. Dumont, *Homo aequalis II, L'idéologie allemande*, Gallimard 1991 et *Essais sur l'individualisme* Seuil 1983 (spéc. *Genèse I et II*).

¹³⁹ On a compris par la suite que bien souvent, il n'est pas cela mais un simple *bargain*. Pour autant le thème revient sans cesse, hier sous la plume de Demogue, aujourd'hui sous celle de C. Jamin (v. par ex. *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* in *Mélanges Ghestin* LGDJ 2001 ; v. aussi la critique de Y. Lequette parue dans les *Mélanges Simler*).

¹⁴⁰ On attribue au théoricien du droit Fouillée d'avoir introduit les doctrines kantienne dans la pensée juridique.

¹⁴¹ Sur ce courant de pensée, v. J.-F. Spitz, *Le moment républicain en France*, Paris, Gallimard, 2005.

portait les individus au-delà d'eux-mêmes et les invitait à soutenir, fût-ce implicitement, une cause d'intérêt général. Montesquieu leur montrait la voie : le développement vertueux de leur liberté devait les conduire à s'y dévouer. En tout état de cause, il était impossible de considérer l'individu à la fois comme le point de départ et le point d'arrivée du libre arbitre dont on le croyait doté. Car cela serait revenu à poser qu'en se projetant dans l'avenir, l'individu aurait été habilité à ne se projeter qu'en lui-même. Tel Narcisse. L'individualisme libéral que l'on a cru déceler dans la lecture du Code civil conduisait ainsi à dégradation de la cause individualiste, priée de se soumettre aux exigences du volontarisme. Et c'est bien la mise à distance de ces dernières qui a permis l'expansion de l'esprit capitaliste.

Le fantôme de Rousseau

Cette évolution peut être perçue comme une dérive. Cette réaction est communément répandue dans les élites publiques. Admettre que tous les travailleurs sont de petits investisseurs, c'est se satisfaire d'une société où l'air est devenu irrespirable. C'est prendre le *struggle for life* pour modèle social. Et si cela vaut pour les américains, il ne se peut que les français s'en satisfassent. Il est donc grand temps de réinventer le social, sinon la République. A nouveau, les individus doivent comprendre que travailler, c'est prendre place dans une collectivité qui les intègre et ce faisant les dépasse. Cette doctrine a parmi les juristes son référent intellectuel, Alain Supiot¹⁴². Elle a aussi son syndicat, la C.G.T, dont les élites ne cachent pas leur attachement aux idées de cet auteur¹⁴³. Elle a eu un temps quelque écho en politique lorsque Jean-Pierre Chevènement séduisait une partie de l'opinion.

Elle a bien sûr les atouts de la vertu. En dédiant son activité à accomplissement d'une fonction dont l'utilité sociale est reconnue, l'individu rend à la société ce que celle-ci lui a donné. C'est qu'en effet, l'individu ne vient pas au monde nu comme un ver. Les qualités qu'il développe sont liées à des disciplines d'ores et déjà référencées. Le bon mathématicien n'invente pas les mathématiques ni le cordonnier la cordonnerie. Il est donc normal qu'il cultive ses compétences au service de l'entité qui est au principe même de leur existence. Au reste, la vertu mène au bonheur puisque, en bon ouvrier de la cause commune, l'individu obtient alors la reconnaissance de ses pairs. Il échappe ainsi aux malheurs de la comparaison que subissent ceux pour qui tout est compétition. Car l'« *homme qui se compare, c'est l'homme qui dans ses rapports avec les autres, ne pense qu'à lui-même et dans ses rapports avec lui-même, ne pense qu'aux autres* »¹⁴⁴. C'est « *l'homme divisé* », dont Rousseau ne cesse de plaindre le sort dans l'Emile. Ce que n'est justement pas le vertueux républicain, dont les efforts récompensés permettent la bienheureuse synthèse de l'individuel et du collectif.

Il n'est pas certain que cette forme de catéchèse laïque soit encore dotée d'une très forte capacité de séduction¹⁴⁵. Encore une fois, elle suggère que l'entité précède l'identité, ce que les individus ne semblent plus prêts à admettre (v. chap. 6). Au reste, lorsque les tenants de ces analyses dévoilent leur politique, ils articulent des propositions dont on se demande si elles sont d'inspiration républicaine ou individualiste. Dans un article où il évoque « *le droit*

¹⁴² Parmi de nombreuses publications de cet auteur, v. *Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion 1999. Il faut également citer les travaux de F. Gaudu qui, avec quelques variantes, s'inscrivent dans la même perspective ; v. not. *La sécurité sociale professionnelle : un seul lit pour deux rêves ?*, in *Droit social*, avril 2007, pp. 393-402.

¹⁴³ V. J.-C. Le Duigou, *La sécurité sociale professionnelle, une utopie réaliste*, Analyses et documents économiques (revue de la C.G.T.), février 2005, pp. 44-49, qui reprend assez largement les propositions de A. Supiot.

¹⁴⁴ P. Manent, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, précité, p. 146.

¹⁴⁵ A moins d'un retour de balancier, v. A. Hirschmann, *Bonheur privé, action publique*, trad. M. Leyris, J.-B. Grasset, Fayard 1983.

du travail bradé sur le marché des normes »¹⁴⁶, Alain Supiot énonce en premier lieu que « 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 ». A cet énoncé consensuel, on peut donner une tonalité républicaine : aux politiques publiques de réussir l'intégration par le travail. Une lecture plus individualiste est aussi permise : que ces mêmes politiques garantissent à chacun les conditions de son droit à l'emploi.

De manière plus concrète, et dans le prolongement du « Rapport Supiot », François Gaudu expose que la protection de la personne au travers des politiques de l'emploi peut se comprendre de deux manières différentes¹⁴⁷. On peut la protéger « dans son rapport au marché. Il s'agit alors d' « armer » le travailleur pour la grande lutte sur le marché du travail ». La perspective est alors libérale et individualiste. L'objectif est de permettre au salarié de valoriser au mieux ses compétences sur le marché du travail. Mais on peut aussi « protéger la personne en considération de son appartenance à un groupe ». Dans ce cas, poursuit l'auteur, « la sécurisation des trajectoires professionnelles devient un effet de la citoyenneté ». La perspective est alors républicaine puisqu'il est question d'intégrer l'individu en lui conférant, outre son état civil, une sorte d' « état professionnel ». Chaque conception emporte ses propres conséquences pratiques. Entre les unes et les autres, les différences ne sont cependant pas massives. En fait, l'argument républicain est essentiellement avancé pour renforcer les droits du salarié, notamment en lui reconnaissant le bénéfice d'une assurance chômage généreuse et de ce qu'on appelle la « transférabilité » des « droits de tirage sociaux ». En clair, il s'agit d'admettre que le salarié qui quitte une entreprise conserve les droits sociaux, par exemple « le droit individuel à la formation », acquis au sein de celle-ci. Il y a d'excellentes raisons pour défendre cette solution. Il n'est cependant pas sûr qu'elle soit exclusivement d'inspiration citoyenne. Un individu soutiendra sans peine qu'une bonne indemnisation et une bonne formation au cours d'une période de chômage sont pour lui les meilleurs moyens de bien « rebondir » le moment venu.

On peut désespérer de l'individualisme ambiant mais les moyens proposés pour le contenir servent en réalité fort bien sa cause.

De l'utilité des individualistes

Peut-être le temps est-il alors venu de ne plus systématiquement se plaindre d'une dégradation des sentiments moraux. L'individu qui appréhende la collectivité en considération des intérêts qu'il y trouve n'est pas nécessairement cette sorte d'immoraliste malheureux dont Rousseau nourrit la plainte républicaine. La vertu ne suppose pas le renoncement.

Sans doute l'individu meuble-t-il son existence de ce qu'il trouve dans la société qui lui préexiste. Il n'est cependant pas écrit qu'il faille faire de ces meubles des totems. Il y a au contraire de bonnes choses à attendre de leur appropriation. Il n'est en effet d'autres voies pour espérer le changement, lequel, rappelons-le reste la première étape du progrès. C'est bien parce que l'individu ne prend jamais parfaitement place dans sa société d'accueil, et que, dans le même temps lui est accordée la légitimité de son insatisfaction, qu'il en crée de nouvelles et fait ainsi « bouger les lignes ». Le chercheur qui trouve est d'abord quelqu'un qui ne comprend pas le savoir qu'on lui a livré. L'entrepreneur est souvent un salarié lassé des contraintes propres aux entreprises qu'il a fréquentées. Les plus grands artistes ont rarement trouvé leur bonheur dans le respect des contraintes académiques. L'affirmation de soi, au détriment des exigences de la collectivité, profite assez largement à cette dernière.

¹⁴⁶ In *Droit social* 2005, pp. 1087-1096.

¹⁴⁷ *La sécurité sociale professionnelle : un seul lit pour deux rêves ?*, précité.

Au demeurant, il est peu probable que l'individualisme ait pour seule horizon « le malheur d'être soi ». Le spectre de l' « *homme divisé* » ne hante pas la conscience de l'homme libre. C'est qu'en effet seul un principe de soumission des individus à une norme commune permet de mettre en évidence un étalon en considération duquel commence le jeu des comparaisons. Et chacun sait bien que les organisations, qu'elles soient publiques ou privées, sont leur terrain privilégié. On s'y trouverait toujours mieux à la place d'un autre, présumé au-dessus de là où on est. Pour ne plus corrélérer l'estime de soi à celle portée à autrui, mieux vaut compter sur des individus soucieux de persévérer dans leur être, pour reprendre la formule de Spinoza. D'aucuns considéreront que de tels individus n'existent pas et que l'être humain ne s'affirme que par le mimétisme¹⁴⁸. Sans s'étendre sur le désir amoureux, qui peut tout aussi bien prendre racine dans une relation triangulaire que s'épanouir en conséquence du simple échange d'un regard, on relèvera que la vie professionnelle n'est pas intégralement tributaire d'un regard extérieur. Elle est l'occasion d'éprouver l'aptitude des individus à compter d'abord sur eux-mêmes. Dans un univers pourtant concurrentiel, il est en effet avéré que les plus belles réussites profitent à ceux qui, au lieu de s'étalonner sans cesse, auront su se concentrer sur leurs propres forces. Les publicitaires n'ont pas toujours tort, « *la victoire est en eux* ».

Il y a des individus et des collectivités. Là où le « républicain » pense que les premiers se déterminent exclusivement en considération de la structure des secondes, et qu'en conséquence, il revient à ces dernières de leur trouver une place, l' « individualiste » — ou le « libéral » — estime au contraire que chaque être a une aptitude, partiellement éprouvée, à faire abstraction du groupe dont il est issu. Pour être clair, il s'en réjouit et souhaite en premier lieu que la société offre, non pas une place pour tous, mais la possibilité pour chacun d'exploiter cette aptitude.

Une morale à visage humain

Il n'y a pas lieu de pointer l'immoralité de ces petits exploitants dont la principale ambition est de prospérer. Bien au contraire, les admettre comme tel peut conduire à définir une morale bien plus séduisante que celle déduite d'un dévouement de principe à la cause exigeante, et en pratique rarement soutenue, de l'intérêt général. Tout d'abord, elle jette un regard sincère sur la cause réelle de nos actions. Ensuite, elle n'est pas exclusive d'une certaine exigence, ne serait-ce que celle d'assumer la cohérence et les conséquences de nos engagements. Encore, elle ne méconnaît pas la cause d'autrui. Car après tout, l'altérité est un fait dont chaque individu doit bien tenir compte. Lorsqu'il s'engage dans une activité, il sort de lui-même et s'expose, avec plus ou moins d'intensité, au contact d'autrui. Que l'intérêt personnel qu'il trouve à cet engagement se double d'un intérêt pour au moins quelqu'un d'autre, c'est en quelque sorte le moins que l'on puisse exiger.

Aujourd'hui, du reste, cette morale est communément répandue dans les différentes sphères professionnelles. Toutes ou presque ont défini de « bonnes pratiques », généralement consignées dans des codes de déontologie ou charte d'Éthique. De quoi s'agit-il ? Essentiellement de définir le rôle social de la profession et de déterminer les pratiques destinées à sa réalisation. Il est donc demandé à celui qui s'engage dans telle activité d'adopter un comportement en phase avec les utilités de celle-ci. Un trader peut avoir un goût immodéré pour l'effet de levier et les techniques de la finance. C'est là qu'est son être professionnel et que ce dernier se réalise le mieux. Simplement, il doit savoir qu'il n'est jamais qu'un mandataire et qu'en conséquence les intérêts de son client donnent la mesure des

¹⁴⁸ V. R. Girard *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, tirage LGF-livre de poche, 1983 ou *Le bouc émissaire*, tirage LGF-livre de poche, 1986. V. déjà G. Tarde, *Les lois de l'imitation*, tirage *Les empêchements de tourner en rond*, 2001. .

ordres qu'il passe. Il doit aussi savoir que les bienfaits de la finance, et notamment l'optimisation de la gestion des risques, nécessitent une intégrité des marchés, à laquelle il doit contribuer. S'il n'est pas demandé aux individus de savoir ce qu'ils veulent, qu'à tout le moins ils sachent ce qu'ils font.

Chapitre 8

UNE SOCIÉTÉ DE CAPITALISTES

Croître

Une société de capitalistes ne désigne pas un groupe dont l'organisation est effectivement soumise au pouvoir des entreprises et de la finance. C'est une société d'hommes libres au sein de laquelle règne l'esprit du capitalisme, c'est-à-dire, en quelque domaine que ce soit, l'aspiration à croître. Ses membres peuvent goûter aux joies de l'hédonisme. Au-delà des jouissances immédiates, ils cherchent un peu plus. Ils s'investissent dans leur travail, et plus généralement dans toute autre activité socialement référencée, et attendent en retour une rémunération, de la reconnaissance, en tout cas quelque chose qui contribue à leur épanouissement.

On peut dire qu'au sein d'une telle société, chaque individu œuvre à la satisfaction de ses intérêts. Mais cette façon de présenter les choses est un peu réductrice. Car elle accrédite l'idée qu'il n'y a plus d'intérêt collectif ou, ce qui revient au même, que celui-ci n'est que la somme des intérêts individuels. Or, ce n'est pas tout-à-fait de cela qu'il s'agit. L'esprit capitaliste n'entretient aucune polémique avec les choses communes. Ne serait-ce que par réalisme, il s'en accommode parfaitement puisque, en tout état de cause, elles précèdent chaque individu et généralement lui survivent. Son particularisme s'imprime dans le rapport que chaque individu entretient avec ces choses-là. Il tient à ce que celui-ci, lorsqu'il s'engage dans des activités qui n'engagent pas que lui-même, espère toujours y trouver son compte. A telle enseigne que celui qui, d'un dévouement supérieur à la moyenne, accepterait que son intérêt s'efface derrière l'intérêt général, serait le plus souvent bienheureux d'obtenir en récompense une reconnaissance, pour ainsi dire générale.

Sans doute cette part d'intérêt est-elle de tous les temps. De la sorte, il n'y aurait guère de particularisme au modèle exposé. Pourtant, on aperçoit assez aisément ce qui distingue une société de capitalistes de sociétés réglées sur d'autres modèles. Elle n'a tout d'abord rien à voir avec une société traditionnelle au sein de laquelle l'intérêt compte peu et où chaque individu doit se maintenir à la place qui lui a été préalablement attribuée, afin que demeure l'ordre dans lequel il s'insère. Elle est aussi bien différente d'une société bourgeoise, dont le principal trait est finalement d'opérer une réduction à l'individu des principes issus de l'ordre traditionnel (v. chap. 2). Le bourgeois, c'est celui qui se maintient. Il tire vanité de ses antécédents et s'efforce d'en assurer la transmission à ses descendants afin que ceux-ci, à leur tour, prennent en usufruit les valeurs morales et matérielles de la famille dont il est issu. Le capitaliste n'est pas du même bois. Il s'enrichit au fil de son existence. Mais son souci premier n'est pas le legs¹⁴⁹. S'il va au bout de sa logique, il voudra qu'à sa mort l'intégralité de ses avoirs soient utilisés de telle sorte que le plus grand nombre d'individus puissent, comme lui, s'accomplir à leur juste mesure. Le capitaliste type, c'est un personnage à la Warren Buffett, ayant acquis une immense fortune qu'il destine pratiquement en totalité à une Fondation dont les deux principales valeurs sont que toutes les vies valent autant et que, de ceux qui ont reçu beaucoup, on attend beaucoup (*Bill and Melinda Gates Foundation*).

De la rareté

¹⁴⁹ Dans les sociétés traditionnelles et bourgeoises, le personnage du financier attire la détestation dès lors qu'il est celui qui bouleverse les hiérarchies et l'ordre établi ; v. sur ce point, Godechot, *sociologie des traders*.

Ce qui menace une telle société, c'est moins le vide que le trop-plein. Il est en effet douteux que des individus soucieux de leur intérêt finissent par découvrir qu'entre eux, il n'y a désormais plus rien¹⁵⁰. Dans l'attente d'un retour sur leurs investissements, ils comptent bien sur quelque chose, distinct d'eux-mêmes et par conséquent commun à d'autres, de nature à susciter leur intérêt et leur désir de s'engager. Au reste, dans une société de type capitaliste, qu'il est admissible de qualifier d'hyperindividualiste, il n'y a pas de désintérêt à l'égard de la chose publique. On débat sans relâche et on vote avec appétit.

La principale difficulté est plus triviale. Si tout un chacun veut croître, il est à craindre que le gâteau ne soit d'une taille insuffisante. Le dynamisme des individus aura une incidence sur la croissance des choses communes, ce qui multipliera d'autant les chances de chacun. Cependant, dans l'immédiat, il y aura de l'insatisfaction. Tout le monde ne gagne pas. Et si l'on peut espérer de l'avenir, la promesse ne suffit pas. Le temps nous est compté. Il nous dévore, pour reprendre la formule de Saint-Augustin. Si bien que de l'avenir, nous pouvons aussi craindre qu'il ne grignote nos potentialités. Il faut donc bien se résoudre à admettre le présent et à traiter l'insatisfaction.

C'est cette dernière qui pousse à la comparaison. L'homme accompli ne se compare pas et s'il le fait, c'est au fond pour constater qu'il s'en sort plutôt bien. Il constate des différences mais celles-ci suscitent sa curiosité bien plus qu'elles ne créent de l'envie. En un mot, il ne souffre pas de s'étalonner. En revanche, malgré lui, il est bien vite tenu de rendre des comptes à ceux qui jugent la comparaison à leur désavantage. Pourquoi fait-il mieux que son voisin ? Voilà la question à laquelle il est sommé d'apporter une réponse sérieuse. Le constat de la rareté pose ainsi le problème de l'égalité. Pour le résoudre, il existe deux méthodes.

De Marx...

La première consiste à poser que l'inégalité procède d'une différence de nature entre les êtres de telle sorte qu'elle divise l'humanité en deux. Il y a les exploités et les exploités, les *possidentes* et les *humiliores*, les créanciers et les débiteurs, les capitalistes et les prolétaires... ceux qui peuvent et ceux qui ne peuvent rien, sinon se soumettre ou se révolter. Cette façon de raisonner ouvre assurément un conflit que la vulgate marxiste entretient avec largesse. Elle peut conduire à la dictature du prolétariat et autres variantes aussi peu réjouissantes.

Elle peut aussi produire des effets plus positifs que la société française a eu l'occasion d'expérimenter. La pensée socialiste s'est ainsi développée au cours du XIX^e siècle, alors que la France aspirait à trouver le chemin de la paix civile. Et il ne semble pas que cette ambition ait été sérieusement contrariée par la rhétorique de la lutte des classes. Abondamment sollicitée, cette dernière a vraisemblablement favorisé la mise en place de « compromis historiques ». A y réfléchir un peu, cela n'a finalement rien d'étonnant. Une société en quête de son pacte social trouve avantage au principe de sa division. Que celle-ci soit plus ou moins avérée, l'affirmation de son existence permet en tout cas d'identifier deux parties, ce qui est la condition première d'un accord. Pour qui cherche le contrat, entendu comme un compromis ou encore une transaction, il n'est pas si mauvais d'avoir deux parties en conflit.

D'autant qu'au lendemain de la Révolution, les juristes et plus largement les élites du pays vivent dans la crainte de la désunion du corps social. Selon les modèles de l'Ancien Régime, l'unité tenait à l'enchaînement hiérarchisé de rapports personnels. De suzerainetés en vassalités, la société formait ainsi une grande famille. D'où l'inquiétude, une

¹⁵⁰ Sur ce thème, v. G. Lipovetski, *L'ère du vide : Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, 1983 (rééd. poche)

fois les chaînes brisées, et l'aspiration à ce que, sous une forme ou sous une autre, la famille se recompose. Le modèle de la filiation ne convenait plus. Qu'à cela ne tienne, restait encore celui du mariage. A défaut de soumettre les uns aux autres, l'on pouvait faire le pari de leur alliance. Mais il fallait alors impérativement identifier deux parties, irréductibles l'une à l'autre. La lutte des classes les servit sur un plateau. D'une certaine manière, elle fût au corps social ce que la prohibition de l'inceste fût à la famille. Elle permit à la société de se maintenir, en changeant le contenu du pacte social sans en altérer cependant la nature.

Nous savons que, faute de combattants, cette rhétorique ne fonctionne plus. Deux siècles de progrès social ont donné aux individus suffisamment de consistance pour qu'ils n'acceptent plus la réduction de leur identité qu'implique le thème de la lutte des classes. La fusion dans un collectif n'est en effet admise qu'à la condition que celui-ci donne aux individus une identité qu'ils sont incapables d'obtenir par eux-mêmes. Lorsque justement cette capacité ne manque plus, la mécanique collective s'enraye. Il faut alors identifier d'autres principes d'association.

... *A Rawls*

La tâche est délicate car alors, malgré les inégalités, les individus sont un peu tous les mêmes. La plupart se considèrent injustement moins égaux que les autres et aspirent à l'être un peu plus. Sans doute une minorité s'estime comblée, tandis que pour la majorité, l'insatisfaction partagée est plus ou moins supportable. Mais entre tous ces êtres, il n'y a en fait que des différences de degrés. Car tout un chacun supporte une part de regret. Tous sont en balance et seul varie le point où s'équilibrent insatisfactions et joies de l'existence. Les catégories s'effacent et, dans le même temps, les parties clairement identifiées d'un pacte social.

En même temps, nous devons à un philosophe contemporain, John Rawls, d'avoir mis en forme les principes d'un pacte de substitution¹⁵¹. L'efficacité de sa pensée tient à ce que, sans la caricaturer excessivement, il est possible d'en retirer des règles de vie commune à peu près opératoires.

Parfaitement conscient que la cohabitation des individus ne se satisfait pas d'un simple ajustement de leurs libertés respectives, il propose une clef d'articulation de leurs intérêts. Avec une indiscutable cohérence, il invite les individus soucieux que leurs intérêts respectifs soient justement traités à identifier des principes qui puissent valoir pour d'autres qu'eux-mêmes. Il n'y aurait rien de juste si lesdits principes ne l'était qu'aux yeux de quelques uns. Il suggère donc que chacun fasse abstraction de sa position actuelle ; de son sexe, sa nationalité, son hérité, son, travail, ses revenus, en un mot, de tout ce qui le distingue des autres. C'est ce qu'il est convenu d'appeler le « *voile d'ignorance* ».

Ayant accepté d'oublier un instant leurs différences, les individus ne peuvent souhaiter le nivellement de leurs intérêts. Un traitement égalitaire au point que tout un chacun se verrait allouer exactement les mêmes dotations conduirait en effet à une inéluctable dégradation de celles-ci. En effet, il n'y aurait aucun intérêt individuel à croître puisque tout accroissement serait immédiatement redistribué. Tout un chacun resterait exposé à l'usure du temps, un temps d'autant plus destructeur qu'il ne se passe rien. Collectivement et individuellement, il n'y aurait rien de bon à attendre d'un choix aussi radical. Au reste, l'expérience valide le diagnostic. Les quelques pays qui, comme la Corée du Nord, sont l'illustration d'un modèle égalitaire offrent à peu près toujours le même spectacle : un Etat totalitaire, une société civile exsangue et déprimée et, comme de juste, une nomenclatura privilégiée et délétère.

¹⁵¹ L'œuvre de référence est sa *Théorie de la Justice*. Les commentaires sur la pensée de Rawls sont innombrables. Parmi ses commentateurs les plus limpides, il faut citer Ph. Van Parijs (*Qu'est-ce qu'une société juste ?* Seuil 1991).

Il faut donc, selon les mots de l'auteur, se rallier à un *principe de différence*. L'inégalité doit donc être souhaitée pourvu qu'elle s'articule avec une réelle égalité des chances et qu'au surplus, elle profite à ceux qui restent les plus mal lotis. En clair, si un américain veut défendre son système, il doit prouver au plus pauvre des coréens (du nord) qu'en Amérique, il serait moins pauvre et qu'il y aurait au surplus plus de chances d'y rejoindre l'élite que dans son pays la nomenklatura. Et l'on comprend que le principe de différence est finalement assez exigeant mais aussi qu'il est somme toute assez convaincant. Quoi qu'il en soit, il offre avec simplicité un mode d'articulation d'intérêts divergents sans qu'il soit nécessaire d'en passer par une division de la société fondée sur une classification des individus. Il a l'immense mérite de ne pas méconnaître les singularités. En admettant que les hommes se distinguent, il leur laisse leur liberté.

La « flexicurité »

Sans doute parce qu'elle est suffisamment accessible pour être caricaturée, la pensée de Rawls a obtenu un premier résultat pratique. Même si c'est à son insu, elle est à l'origine de la doctrine dite de la « flexicurité »¹⁵² (ou « flexisécurité »), qui constitue aujourd'hui le carrefour de toutes les réflexions sur les politiques de l'emploi. Ce succès est loin d'être marginal. Quoiqu'on ait pu prétendre¹⁵³, l'emploi reste l'un des points d'attache les plus solides entre l'individu et la société. Au reste, c'est essentiellement par son travail que l'individu fait le lien entre ses intérêts propres et ceux d'autrui. C'est en l'investissant dans des choses communes qu'il peut espérer un accroissement de ses capacités. Dans une société de type capitaliste, l'emploi (et accessoirement le pouvoir d'achat qu'il procure) reste une question centrale. La résoudre, c'est encore accomplir l'essentiel.

De quoi s'agit-il ? L'idée est assez simple. Il s'agit de montrer que l'on peut offrir de la flexibilité aux employeurs sans pour autant brader la sécurité à laquelle aspirent les salariés. Même s'il est susceptible d'innombrables variantes, le canevas est le suivant : au lieu de protéger l'emploi, on protège les personnes¹⁵⁴. Rien ne sert en conséquence d'interdire les licenciements ou de les encadrer dans des procédures lourdes et contraignantes. Mieux vaut laisser les entreprises libres de choisir leurs collaborateurs. Qu'elles investissent dans la force de travail là où l'emploi de celle-ci est la plus productive et qu'au contraire elles renoncent à ses utilisations lorsque, comparativement, la rentabilité fait défaut. En contrepartie, la richesse ainsi créée doit être correctement redistribuée. D'une part, en intéressant les salariés aux résultats ainsi dégagés et ceci compte tenu de la mobilité à laquelle les expose la flexibilité admise. D'autre part et plus encore, en compensant généreusement les pertes subies par ceux dont les compétences sont momentanément inexploitées, en clair, les chômeurs.

Pour illustrer le modèle, il est aujourd'hui habituel de citer l'exemple danois. Au Danemark, la seule contrainte pour l'employeur est de donner une justification formelle au licenciement. Pour le reste la loi est muette et les partenaires sociaux se sont mis d'accord pour que les préavis soient courts (quelques semaines) et les indemnités de licenciement faibles. En revanche, les chômeurs peuvent prétendre pendant 4 ans à une assurance chômage leur garantissant 90% (95% pour une famille monoparentale avec deux enfants) du dernier revenu. La France s'est engagée dans cette voie grâce à l'accord conclu entre les partenaires

¹⁵² Là comme ailleurs, la littérature est abondante. L'une de ses mises en forme les plus opérationnelles est celle de P. Cahuc et F. Kramartz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation Française, 2005.

¹⁵³ V. D. Méda, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Aubier 1995.

¹⁵⁴ Selon l'expression inaugurée par O. Blanchard, J. Tirole, J. Freyssinet, F. K. P. Schioppa, in *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Documentation Française, 2003. Le thème est repris dans le rapport rédigé sous la présidence de M. Camdessus, *Le sursaut*, La Documentation Française, 2004.

sociaux le 11 janvier 2008. Ces derniers se sont mis d'accord sur le principe d'une rupture conventionnelle du contrat de travail, d'une mise en œuvre bien plus simple qu'une procédure de licenciement, en contrepartie de quoi les indemnités versées au salarié ont été revalorisées, et certains droits sociaux maintenus malgré le licenciement (droit individuel à formation, couverture sociale). Qui plus est, les partenaires sociaux se sont engagés à poursuivre leur entreprise réformatrice en renégociant les termes de l'assurance chômage.

Au moins dans l'esprit, ce rééquilibrage des relations sociales est à l'évidence d'inspiration rawlsienne. L'objectif est d'articuler sans contraindre. Qu'on laisse les entreprises croître, faire ce pour quoi elles ont été créées, pourvu que, d'un point de vue ou d'un autre, les salariés que cette politique de croissance affectent à la baisse finissent par y trouver leur compte. Dans son détail, le programme de la « flexicurité » est encore redevable des théories de Rawls. Plutôt que de poser un principe d'égalité des salariés devant l'emploi et garantir que tous en auront un, mieux vaut poser que tous n'y accéderont pas en même temps s'il est établi que ce *principe de différence* profite encore au moins bien loti. Rien ne sert donc d'interdire les licenciements, car à force d'entretenir les individus en les occupant sur des emplois peu productifs, on dégradera inéluctablement leurs rétributions tant morales que matérielles. Il est préférable de ne pas entraver la destruction des emplois dès lors que la richesse ainsi dégagée permet d'allouer des revenus décents aux chômeurs et de financer les conditions (formation, reclassement...) de leur retour à l'emploi.

Ce dont on peut déduire que, d'une part, les philosophes ne sont pas totalement inutiles, d'autre part, qu'une société de capitalistes est capable de produire des dispositifs permettant une coexistence des individus et de leurs intérêts¹⁵⁵. *It works*, comme on dirait outre-atlantique.

L'individualisme négatif

Il est des raisons de douter. Admettrait-on le principe de différence que malgré tout, celui-ci bute nécessairement sur le principe d'une égale dignité des individus. Il se pourrait donc que le dynamisme qu'incarne le premier ne soit entravé par les inévitables pesanteurs qu'engendrent les aspirations égalitaires. A peu près certains, à relativement peu de frais, de pouvoir subsister, les individus, ainsi protégés dans leur dignité, pourraient être saisis de l'envie de ne rien faire. Et même, ceux qui par convention se dédient à une activité productive, à force de ne travailler que pour eux-mêmes, finiraient par éprouver la vacuité de leur agitation. Faute de remplir leur existence d'autre chose que d'eux-mêmes, ils seraient en quelque sorte dans une forme de désœuvrement actif. Bien peu motivés, ils deviendraient bien peu productifs. Le pari de la croissance serait alors perdu. Egalement celui de la cohésion puisque les individus en déshérence s'associeraient bien vite dans des communautés de circonstances. Au lieu de la Société, on aurait les communautés. Tel serait le résultat de l'individualisme dans sa version capitaliste auquel serait alors permis d'ajouter l'adjectif « négatif »¹⁵⁶.

Ce scénario peut ici ou là trouver des illustrations. Il est cependant peu probable qu'il anticipe une trame inexorable. Tout enrichissement suppose une dépense. Sans ce préalable, il n'y a pas de retour. Pour croître, les individus sont donc nécessairement contraints de s'investir dans des choses communes. Et l'on ne voit pas que, majoritairement, les individus se détournent de ces dernières. Bien au contraire, ils cherchent à valoriser ce qu'ils sont en mesure de proposer. Au reste, cette valorisation fait ressentir ses effets au-delà de la seule sphère patrimoniale. La relation de travail, pour ne considérer qu'elle, débouche le plus

¹⁵⁵ Sur les liens entre libéralisme politique et libéralisme économique, v. J.-Cl. Michéa, *L'empire du moindre mal, essai sur la civilisation libérale*, Climats 2007.

¹⁵⁶ L'expression est de R. Castel.

souvent sur des liens d'une autre nature. Les associations et les amicales en tout genre, les liens affectifs et parfois amoureux ont souvent pour terreau les lieux où sont censés s'exercer en premier lieu des aptitudes professionnelles.

C'est plutôt lorsque les individus ne trouvent pas l'ouverture qu'ils sont tentés par la marginalité et les communautés qu'on y trouve. Ce qu'on peut concéder, malgré tout, c'est sans doute une aptitude plus prononcée au décrochage. Lorsque la collectivité est perçue comme un terrain d'exploitation, la tendance est à son abandon lorsqu'elle ne livre plus ses fruits.

Eloge du contrat : travail, entreprise

Il est cependant des moyens d'éviter que les individus ne prennent trop facilement la tangente. La solution consiste à définir des liens qui soient individuellement acceptables. Le contrat est à cet égard l'outil le plus performant. Non pas d'ailleurs le contrat comme paradigme d'une « société concertée », thème qui date d'une époque où prévalait le modèle d'une société institutionnelle (v. *supra* chapitres 4 et 5). Mais le contrat individuel, celui qui met aux prises deux parties se mettant l'une et l'autre d'accord sur leurs droits et obligations respectifs.

Abstraction faite des modifications de son régime¹⁵⁷, le contrat de travail devrait ainsi retrouver une place de premier rang. Bien souvent, la conclusion de ce contrat est bâclée. Il est même assez fréquent que le salarié signe son contrat de travail au détour d'un passage à la division Ressources humaines, quelques semaines après son embauche. Dans une perspective individualiste, cette pratique ne paraît plus recommandée. Il faut ici prendre son temps et consacrer à la réflexion une durée au moins aussi longue que celle mise à profit, par exemple, lors d'une acquisition immobilière. A condition de revoir certains aspects de notre législation par trop rigide, on craindrait à tort d'être trop bavard. Afin que le salarié puisse prendre l'exacte mesure de la relation dans laquelle il s'engage, le contrat doit préciser non seulement le travail attendu et la rémunération espérée mais également les conditions d'évaluation des compétences, les perspectives d'évolution et, plus généralement tout ce qui est lié à l'articulation entre vie professionnelle et vie non-professionnelle : lieu de travail, mobilité attendue, durée et éventuellement horaire... Il ne suffit plus de dire au salarié qu'il s'adaptera au collectif que son embauche lui fait intégrer, il faut convenir avec lui des conditions dans lesquelles il acceptera d'engager sa force de travail.

Quoique la proposition soit plus audacieuse, il faudrait sans doute étendre la portée du contrat de société. Celui-ci est le fait des associés. Ils déterminent leurs apports respectifs et, en principe en considération de ces derniers, définissent leur vocation aux bénéficiaires ainsi que leur contribution aux éventuelles pertes. En outre et surtout, ils choisissent l'activité de l'entreprise qu'ils entendent développer, ce qu'on appelle l'objet social. La réussite de cette dernière passera le plus souvent par l'embauche de salariés, lesquels, chacun le sait bien, ne deviennent normalement pas partie au contrat de société. Cela est somme toute bien naturel puisque les salariés ne courent pas le risque de l'entreprise. Ils ne supportent pas les pertes, ils ne peuvent prétendre aux bénéficiaires. En un mot, les droits et obligations issus du contrat de société ne sont pas pour eux.

Cependant, il est faux de prétendre que le salarié ne court aucun risque. En contrepartie de son activité, il se voit reconnaître une créance, sa rémunération, dont, soit dit en passant, il fait crédit au mois le mois à son employeur. Le salarié est en quelque sorte un « obligataire en industrie ». En effet, si certains deviennent associés lorsque, faute de capitaux, ils apportent leur seule industrie, les salariés, eux, deviennent créanciers, un peu

¹⁵⁷ Sur des propositions plus précises à cet égard, v. notre contribution dans *Le travail, autrement*, PRESAJE 2003.

comme des obligataires. Or, ces derniers sont exposés aux risques de l'entreprise. Si celle-ci n'est pas solvable, la valeur de leur actif s'en trouve lourdement affectée. Et si, au contraire, l'activité de l'entreprise permet de dégager des marges, ils ont des droits sur ces dernières, plafonnés, sans doute, mais prioritaires. La différence entre les créanciers et les associés n'est pas tant que les premiers ne courent aucun risque et que seuls les seconds acceptent de s'exposer. Elle tient simplement à ce que, au regard des flux de trésorerie que dégage une entreprise, leurs droits et obligations sont définis de manière différente. Le créancier a une priorité sur les flux qu'il paie au prix d'un plafonnement tandis que les droits de l'associés, supplantés dans cette limite par ceux des créanciers, peuvent théoriquement monter jusqu'au ciel passé le seuil de satisfaction de ces derniers.

Toutes les parties prenantes à la réussite de l'entreprise sont ainsi exposées au risque de son échec. La seule différence tient à ce qu'elles ne le sont pas exactement dans les mêmes conditions. C'est la raison pour laquelle il n'est pas absurde de prévoir, comme on le fait de longue date, un intéressement des salariés aux résultats et leur participation au capital. Il s'agit simplement, dans une mesure limitée, de les faire monter d'un cran dans le partage du risque. De manière plus utopique, il pourrait y avoir quelque intérêt à prévoir, par l'effet d'une sorte de stipulation prise dans l'intérêt des salariés, que le contrat de société définisse les conditions d'exposition au risque des parties prenantes. Il y aurait ainsi une clause précisant que la priorité accordée aux créanciers salariés sur les flux ne peut avoir une contrepartie telle que la part qui leur est allouée soit inférieure à une certaine fraction de la valeur ajoutée. A un moment où le partage de la richesse créée par l'entreprise — en ce compris, la rémunération des dirigeants — suscite autant d'interrogations et, il faut bien le dire de découragement, une clarification du partage des gains serait sans doute bienvenue.

Pour un contrat de vie professionnelle

Le risque de décrochage des individus est le plus évident lorsque ceux-ci, par l'effet du chômage, se trouvent relégués aux marges de la vie professionnelle. Sans doute y a-t-il des filets de sécurité : assurance chômage d'abord puis revenus de solidarité ensuite. Cependant, le lien principal a été rompu. L'individu est pris en charge dans une logique statutaire. Il n'est plus vraiment créancier, il a « droit à ». On règle sa situation alors qu'il n'est plus en mesure de la régler lui-même. L'aide qui lui est apportée a inévitablement pour effet de l'éloigner de la vie commune.

Cette marginalisation est d'autant plus forte dans une société de capitalistes que sa cohésion tient aux perspectives de croissance qu'elle offre à chacun. Or, qui est assisté ne croît pas. Tout au plus se maintient-il. Dans ces conditions, il est bien difficile d'exiger quoique ce soit des allocataires des aides sociales. Ceux-ci estimeront assez simplement que laissés de côté, ils ne sauraient être redevables de la moindre dette. D'où, par exemple, les réactions extrêmement vives lorsqu'il est question de conditionner les aides et de sanctionner ceux qui ne respectent pas lesdites conditions, que ce soit les parents défaillants dans l'éducation de leurs enfants ou les chômeurs refusant un emploi correspondant à leur qualification. Les pouvoirs publics en ont pris conscience et s'inquiètent aujourd'hui de susciter l'intérêt plutôt que de contraindre. Ainsi du Revenu de Solidarité Active, complément de rémunération versé aux individus qui retrouvent un emploi afin que leur nouvelle situation soit en quelque occurrence que ce soit plus avantageuse que l'ancienne.

Il n'est d'ailleurs pas tout-à-fait sûr que l'on soit allé au bout de ces mécanismes incitatifs. Un exemple parmi d'autres. Un individu licencié à l'occasion d'un plan social part avec des indemnités égales à un an de salaire. Il peut en outre percevoir pendant 23 mois 66% de son dernier salaire en net (s'il a travaillé au moins 16 mois auparavant), ce qui signifie que pendant 27 mois, il est assuré de percevoir une rémunération égale à son dernier salaire. Il

n'est pas sûr que cet individu ait immédiatement intérêt à se mettre en recherche d'un emploi. Une solution¹⁵⁸ serait de prévoir que les indemnités de licenciement s'imputent sur l'assurance chômage de telle sorte que le versement des allocations n'intervienne qu'après épuisement des premières. Dans ce cas, l'individu doté d'une réelle employabilité serait incité à retrouver immédiatement un emploi. En effet, ces indemnités viendraient s'ajouter à son nouveau salaire de telle sorte que, finalement, il tirerait profit de sa précédente éviction. Quant à celui qui n'aurait pas retrouvé d'emploi, l'assurance chômage prendrait le relais des indemnités. Les économies réalisées permettraient de le prendre en charge dans de meilleures conditions.

Quoi qu'il en soit de ses dispositifs incitatifs, il n'en reste pas moins que la rupture des relations de travail porte un sérieux coup au moral de l'immense majorité des salariés concernés. Ces derniers éprouvent alors la crainte de descendre progressivement sur l'échelle des garanties statutaires. C'est une singularité française, un salarié sur deux se sent menacé par l'exclusion (sondage BVA pour Emmaüs de décembre 2006). Il serait alors souhaitable de faire en sorte que, dès leur entrée dans la vie active, les salariés prennent clairement conscience qu'en principe, il n'y a aucune rupture de lien à craindre des périodes de chômage et qu'au contraire, celle-ci, bien négociée peut être l'occasion de rebondir. Cette proposition n'a rien d'utopique si l'on prend soin d'intégrer ces périodes dans des rapports contractuels prédéfinis. De la sorte, un jeune salarié de 25 saurait que, 10 ans après son entrée dans la vie active, il serait en mesure de faire valoir des droits à formation d'une durée conséquente qui plus est en profitant d'une année pleine en terme de rémunération. S'il devait y avoir un licenciement, ce ne serait plus un drame.

Pour qu'un tel système fonctionne, il faudrait qu'à l'occasion de sa première embauche, le salarié signe, outre son contrat de travail avec un employeur, un « contrat de vie professionnelle » avec un organisme qui pourrait être celui résultant de la fusion entre l'ANPE et l'UNEDIC. Ce contrat définirait un socle de garanties communes essentiellement en terme d'indemnisation du chômage et de formation professionnelle. De la sorte, il aurait pour première vertu d'informer le salarié du coût de sa protection¹⁵⁹. Il comporterait ensuite des garanties complémentaires — surcroît d'indemnités, droits à formation accrus — que le salarié pourrait financer moyennant un abondement plus important. Ainsi, au moment où il demanderait leur paiement, il agirait encore en qualité de créancier et non plus seulement comme un bénéficiaire en quête d'une allocation perçue comme aléatoire.

Les anciens et les modernes

Ces dernières propositions n'ont pas la valeur d'une formule magique. Elles tendent simplement à montrer que dans une société où les individus sont libres des contraintes de la tradition, où ils ont abandonné les perspectives messianiques de la lutte des classes, il existe encore des moyens d'articuler leurs intérêts et leurs passions, s'il en restent.

Une société de capitalistes n'est pas plus qu'une autre menacée de désagrégation. Au contraire, serait-on tenté d'ajouter, dès lors que pour tenir, elle s'accommode de liens relativement lâches. Lorsqu'il y a des tensions, il y a toujours un peu de mou. On peut il est vrai regretter cet état de chose et préférer les époques où les individus, moins soucieux de leur propre devenir, se dévouaient plus naturellement à la réalisation de choses communes. On peut décréter la valeur morale du « poilu » d'antan et du gréviste du Front populaire supérieure à celle du salarié d'aujourd'hui, essentiellement consommateur et vacancier. La nostalgie est un sentiment honorable. Ce n'est cependant pas une valeur. Sur nos jugements

¹⁵⁸ Préconisée par le soussigné en compagnie de MM. Michel Bon et Eric de Ficquelmont, in *C'est possible ! voici comment...*, ss. La dir. de M. Pébereau et B. Spitz, R. Laffont, Paris 2007.

¹⁵⁹ Sur les limites du « contrat pédagogique », v. J. Rochfeld, *Revue des contrats* 2005/2, p. 257.

moraux, mieux vaut faire preuve de prudence. D'autant que la généralisation de l'esprit capitaliste n'est jamais que l'expression d'un individualisme dans le traitement des questions matérielles. Le travailleur veut croître avant de servir parce qu'il se considère comme une entité distincte de la société dans laquelle il évolue. Or, cet individualisme est acté de longue date de sorte que sa critique, d'inspiration nostalgique, a les allures d'un faux semblant. Il ne peut être tenu pour une dérive.

Chapitre 9

L'INDIVIDUALISME N'EST PAS UNE DERIVE

Du droit aux droits

On a vite fait de mettre en scène l'hédoniste moderne, exclusivement soucieux de ses droits et plaisirs, pour l'opposer au valeureux citoyen d'antan, conscient de sa dette collective. Hier, il était prêt à mourir pour la patrie. Simple travailleur, il avait le goût du travail bien fait et s'il faisait grève, c'était au risque de perdre son gagne-pain et pour le bien de ses pairs et de leurs enfants. Patron, il pouvait bien être un peu paternaliste et souvent trop autoritaire. Mais jamais il ne lui serait venu à l'esprit de donner congé à ses ouvriers pour satisfaire de simples appétits boursiers. Il avait conscience de ses devoirs. Il n'est pas comme l'individualiste d'aujourd'hui qui, désormais, n'a plus que des droits.

Cette présentation réactionnaire de la société contemporaine n'est pas totalement fautive. Au moins sur le premier point en tout cas puisqu'il vraisemblable que les français ne sont plus prêts à faire la guerre. Leurs voisins également. Et sans doute est-ce là l'une des raisons de la paix européenne. D'où il suit qu'après tout, l'effacement des bonnes vieilles vertus n'est peut-être pas une si mauvaise nouvelle. Au-delà de cette incidente, cette présentation a cependant le défaut de caricaturer les évolutions qu'elle prétend saisir.

Les exigences dont elle fait état sont en réalité bien moins l'expression d'un sens du sacrifice qu'elles ne traduisent une volonté d'établir des liens entre les individus. Au lendemain de la Révolution, le « lien social »¹⁶⁰ repose sur la consécration des solidarités bourgeoises (v. chap. 1 et 2). Pour se lier, les individus s'échangent leurs propriétés. Si affinités, serait-on tenté d'ajouter, ils se marient puisqu'à l'époque, il n'y a pas vraiment de solution de continuité entre le mariage et l'échange. L'un comme l'autre sont perçus comme des contrats. C'est la diffusion de ce modèle dans le monde de l'entreprise qui a conduit à considérer celle-ci comme un lieu où, malgré leurs conflits d'intérêts, les individus s'associent à la réussite d'un projet commun. Pour que ces derniers nouent entre eux des relations pacifiées, il suffit de mettre quelque chose entre eux sur lequel elles s'accordent : tantôt un bien, tantôt une entreprise.

Préoccupée d'établir des liens, la législation classique en fait le seul objet de ses dispositions. Ainsi Portalis annonce-t-il la couleur dans le discours préliminaire au Code civil : « *pour connaître les divers ordres de lois, il suffit d'observer les diverses espèces de rapports qui existent entre des hommes vivant dans la même société* ». Il ajoute : « *les lois civiles disposent sur les rapports naturels ou conventionnels, forcés ou volontaires, de rigueur ou de simple convenance, qui lient tout individu à un autre individu ou à plusieurs* »¹⁶¹. Au regard de ce programme, la législation moderne se démarque assurément. Elle est dominée par des déclarations de droits, lesquelles, en raison de leur valeur constitutionnelle ou supranationale, s'impose au législateur national. Celui-ci apparaît en conséquence comme le simple opérateur de droits fondamentaux. Au moins en première lecture, il ne définit plus des rapports humains, il s'efforce de garantir les droits des individus.

Il y a donc bien, dans la législation, une évolution représentative du changement des mentalités. Ce n'est pas tant que l'égoïsme aurait pris la place du dévouement. C'est que des choses communes sur le fondement desquelles on tissait des liens, on tente aujourd'hui de retirer des biens. Ainsi, au lieu de définir des rapports, le droit en vient à donner des droits. En analyste spécialement avisé des évolutions de la législation contemporaine, J. Carbonnier

¹⁶⁰ Le mot est utilisé par Portalis dans les travaux préparatoires du Code civil.

¹⁶¹ *Fenet*, tome 1, p. 477-478.

écrivait que l'on assiste à une « *pulvérisation du droit en droits subjectifs* »¹⁶². Il est difficile de soutenir le contraire, cette dernière reflète bien les progrès de l'individualisme.

Même pavé de bonnes intentions, l'enfer, c'est toujours l'enfer

Aux bonnes âmes qui se laissent séduire par la rhétorique des droits fondamentaux, de bons esprits annoncent souvent le pire¹⁶³. Aux termes d'un discours dont il faut reconnaître la cohérence.

Consacrer sans limite des droits fondamentaux revient à ne poser aucune autre condition de leur acquisition que le fait d'appartenir au genre humain. La situation est naturellement contentieuse : comme ses droits supposent un débiteur qui ne se reconnaît pas comme tel, ils sont une source inépuisable de disputes. Il suffit d'imaginer le conflit possible entre le propriétaire d'un appartement vide, qui peut invoquer le droit au respect de ses biens, et le S.D.F. au bas de chez lui qui tenterait de lui opposer son droit au logement aux fins d'occuper les lieux. La situation est d'autant plus difficile à maîtriser que tous ces droits, en ce qu'ils sont posés comme l'expression de notre humanité, sont en réalité dotés d'une même légitimité.

La solution consiste à instituer des instances de régulation, en fait des juges, aux fins de résoudre les difficultés d'articulation entre les droits individuels. Le garant de leur légitimité sera la régularité de la procédure suivie. On s'inquiètera sans cesse de l'indépendance et de l'impartialité de celui qui juge, de la transparence de sa démarche, de l'équité dans le traitement procédural de chacune des parties. Mais cela ne donnera que des résultats mitigés. Car l'impartialité, la transparence, l'équité seront souvent mises en doute. Pourquoi ? Tout simplement parce que le juge ne disposera pas de règles sûres pour trancher les différends. Celles-ci le renverront à l'égalité légitimité des droits en conflits. Elles ne lui donneront pas de quoi décider. Du coup, on soupçonnera toujours le juge d'avoir penché en faveur du plus puissant, que ce soit d'un point de vue économique, ou simplement médiatique.

En un mot, les droits sont destructeurs de droit. Ils font de la règle un simple verbiage et du juge un porte voix du plus fort. Le mal est contagieux car, bien vite, la Politique et la Société sont atteints.

Si l'individu aspire au développement de ses droits, et si ceux-ci sont le reflet de son humanité, les politiques ne peuvent rien faire de mieux que lui en accorder de nouveau. Ils se font démagogues. Et s'ils ne peuvent satisfaire tout le monde, ils s'en remettent à des experts ou des « sachants ». Le pouvoir de décision des politiques devient essentiellement un pouvoir de nomination. Le politique devient alors un homme d'intrigues ; rien ne le distingue plus du « politicien », jusqu'à ce qu'il dégénère en « politicard ». Il déçoit le souverain en même temps qu'il porte atteinte à la souveraineté. Car, le plus souvent, s'il sollicite l'intelligence des meilleurs, c'est pour mieux éluder la force du nombre.

Au fond peu importe, serait-il tenté d'ajouter avec cynisme, puisque, en tout état de cause, une société de droit laisse le peuple en charpie. Lorsque le droit définit des rapports, il est présumé qu'à l'état isolé, les individus ne sont rien. Le droit n'intervient que si ces derniers entre en contact les uns avec les autres. Il se saisit d'un fait, le lien, dont il admet la préexistence. Parmi les liens existants, il sélectionne les plus prometteurs (échange, union matrimoniale...) et leur confère une valeur juridique. En revanche, lorsque le droit considère l'individu avant toute chose, il en fait un sujet de droits avant même son entrée en contact avec autrui. Son semblable n'est alors qu'un débiteur ou un responsable : un débiteur s'il est

¹⁶² J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion 1995.

¹⁶³ V. déjà les critiques articulées par M. Villey in *Le droit et les droits de l'homme*, P.U.F., Paris 1983.

tenu de satisfaire ces droits, un responsable s'il y a porté atteinte. Il s'ensuit une inéluctable « judiciarisation » de nos sociétés.

Les mots et les choses

Les démonstrations cohérentes ont parfois le défaut de tourner à la caricature. Le monde que l'on critique mérite sans doute de l'être, cependant qu'il n'existe pas.

Il n'y a pas de judiciarisation de la société française. Le contentieux civile augmente légèrement, le contentieux prud'homal stagne sinon régresse. Au reste, s'il était avéré qu'il y ait un recours plus fréquent au juge, il ne faudrait pas nécessairement y voir un échec de la socialisation. On peut aussi considérer qu'il fait bon vivre dans une société qui offre la possibilité d'obtenir une réponse rapide et satisfaisante des institutions judiciaires. Il y aurait ainsi plus d'actions en justice tout simplement parce que la confiance du justiciable dans les institutions judiciaires se serait améliorée. L'augmentation de ces actions serait ainsi le signe d'une socialisation de meilleure qualité. Au reste, elle serait également le signe d'une diversification des rapports sociaux. Des liens se noueraient au-delà des communautés d'origine. Les difficultés seraient là, destinées à être résolues par un juge, seule instance habilitée à trancher les conflits individuels. Elles pourraient être le résultat de plus d'ouverture.

Au reste, pas plus aujourd'hui qu'hier les politiques ne bornent-ils leur œuvre à la consécration solennelle de droits fondamentaux. Le législateur moderne ressemble plutôt à un hyperactif et, considère-t-on, parce qu'il en fait trop, son travail est de mauvaise qualité. Il n'est pas impossible qu'inflation législative et individualisme aillent de pair. Un législateur sommé en permanence de répondre à des demandes multiples verse le plus souvent dans la complexité. Le plus simple est toujours de faire compliqué. Mais si tel est le cas, on comprend alors que l'individualisme, loin de borner l'action politique, est au contraire ce qui l'énerve.

Les politiques ont su « récupérer » la rhétorique des droits. Elle leur a rendu formellement hommage en présentant toute réforme comme le moyen de les défendre. C'est ainsi qu'il n'est pas rare d'inscrire à l'article 1^{er} des lois d'importance le droit — droit à l'habitat, droit à l'emploi, à la formation... — dont celles-ci sont censées permettre la réalisation concrète. Mais l'hommage aux Droits n'a jamais empêché le législateur de faire ce qu'il a toujours fait, c'est-à-dire poser des règles dont l'objet est de définir des rapports entre individus. Le précédent chapitre a permis de montrer que sur la question particulièrement délicate de l'articulation entre liberté d'entreprendre de l'employeur et droit à l'emploi des salariés, le législateur, aidé des partenaires sociaux, est parfaitement capable de définir des rapports équilibrés, respectueux de ces droits et liberté fondamentaux.

Le mouvement de l'égalité

La référence aux droits fondamentaux induit essentiellement une manière différente de définir les rapports entre individus. Elle conduit le plus souvent à considérer que deux droits se font face. De la sorte, il faut considérer d'une même vue les attentes de l'une ou de l'autre des parties. Il n'y a *a priori* aucune raison de traiter les unes moins bien que les autres.

Les évolutions de la législation sur le contrat de travail sont à cet égard emblématiques. En 1804, le Code civil pose que le contrat de travail à durée indéterminée peut être librement rompu par chacune des deux parties. Même si à l'époque, la règle est jugée à l'avantage du salarié qui échappe ainsi aux statuts d'antan le liant définitivement à son maître, il n'en reste pas moins qu'en pratique, elle profite plutôt aux employeurs qui peuvent dès lors adapter leurs effectifs en toute liberté. On avance alors que la gestion des ressources humaines est l'un des aspects du pouvoir de direction de l'employeur, lui-même expression de

la liberté d'entreprendre de ce dernier. Cette liberté, ajoute-t-on, heurte cependant les attentes des salariés qui, lorsqu'ils sont évincés, préféreraient le plus souvent demeurer dans l'emploi. A ces attentes, il peut être donné une coloration juridique à travers la notion de droit à l'emploi que consacre le préambule de la Constitution. La relation de travail devient alors un lien où l'on trouve aux deux bouts deux droits et liberté fondamentaux : la liberté d'entreprendre et le droit à l'emploi. Cela considéré, la réglementation évolue. L'employeur peut licencier mais il doit donner un motif réel et sérieux sauf à s'exposer à d'importants dommages et intérêts. Et si cet équilibre a été remis en cause à la suite d'un récent accord des partenaires sociaux, ce fut au prix de nombreuses contreparties.

Introduire les droits fondamentaux n'empêche pas que le droit reste l'outil au travers duquel sont principalement définis des rapports. Cette introduction a pour seul effet d'en faire varier l'équilibre, au bénéfice d'une plus grande égalité entre les individus. Où l'on voit que la prolifération des droits n'est en réalité qu'une des manifestations du mouvement de l'égalité.

De celui-ci, et grâce à Tocqueville, nous savons désormais l'essentiel. L'égalité fait partie de ces mots dont la force d'évocation est telle que sitôt prononcé, il produit toujours plus d'effets que ceux dans lesquels on voudrait le circonscrire. Au sens juridique, l'égalité n'est ni plus moins le principe selon lequel les règles de droit sont les mêmes pour tous. Chaque règle définit les conditions de son application et quiconque parvient à les établir peut prétendre au bénéfice de celle-ci. Toute victime, quelle qu'elle soit, si elle établit son dommage et si elle montre que celui-ci a été causé par la faute d'autrui peut demander réparation de son dommage à ce dernier. Cette égalité dite « de droit », ou encore « formelle », ne suffit pas. On réclame bien vite l'égalité réelle ou de fait. Si l'égalité est le principe de la République, elle autorise tout un chacun à s'étonner que son voisin puisse avoir un sort meilleur que le sien. On peut bien dire qu'employeur et salarié ont également le droit de rompre le contrat de travail. Il faut en plus que le droit considère le fait qu'en pratique, la décision de l'employeur est plus lourde de conséquence que celle du salarié.

Le droit ne peut pas donner suite à toutes ces aspirations égalitaires. Cela lui est politiquement impossible car la satisfaction de toutes les angoisses mimétiques passerait par une réduction de tous à l'identité ; ce dont personne ne veut. Cela lui est théoriquement impossible car ce serait donner une valeur juridique au moindre affect, et en conséquence signer la disparition du droit. Pour se concevoir, celui-ci doit au moins marquer sa différence avec le fait. Le droit, ce ne peut être le fait et si c'est le fait alors ce n'est plus du droit. S'il doit tenir compte des envies qui s'expriment, il doit tout aussi bien faire des distinguos. Et c'est précisément à quoi servent les droits fondamentaux. Leur consécration donne une légitimité à certaines aspirations. Celles-ci restent cependant comptées. L'aspiration à une stabilité de l'emploi trouve ainsi sa reconnaissance dans le droit à l'emploi. En revanche, dans un tout autre domaine, le désir d'adoption reste en-dehors du champ des reconnaissances : adopter n'est pas un droit¹⁶⁴.

Le mouvement de la liberté

Tout comme le développement des droits accompagne et contient le mouvement de l'égalité, il donne son rythme au mouvement de la liberté.

Dans le monde de l'entreprise, c'est la relation de travail qui permet au mieux d'illustrer le propos¹⁶⁵. En effet, son particularisme tient au fait que, par définition, elle

¹⁶⁴ Ce que la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme a encore rappelé dans un arrêt du 13 décembre 2007, Aff. Emonet et autres c/ Suisse, Req. n° 39051/03, § 66.

¹⁶⁵ V. *Droits fondamentaux et droit social*, sous la direction de A. Lyon-Caen et P. Lokiec, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz 2005, spéc. la contrib. de F. Guiomard, pp. 61-90.

institue une subordination au détriment du salarié. Là plus qu'ailleurs, le besoin de liberté se fait ressentir. Il est satisfait au gré des évolutions de la loi et de la jurisprudence. Celles-ci se traduisent ainsi par une interdiction faite à l'employeur de faire des différences entre les salariés prétexte pris des libertés dont ils se prévalent : la liberté religieuse, la liberté matrimoniale ou plus simplement les mœurs ne sauraient ainsi être prétexte à discrimination. Elles se traduisent également par une interdiction faite à l'employeur d'empiéter sur ces libertés, ce qui permet de préserver, selon l'expression consacrée, une sphère d'autonomie de la personne. L'employeur ne doit ainsi pas prendre des mesures qui porteraient atteinte à la liberté des correspondances du salarié ou encore au libre choix de son domicile. D'ailleurs, et c'est l'un des faits marquants de la jurisprudence contemporaine, ne sont plus seulement protégées les libertés qui s'exercent dans la sphère privée mais également celles dont l'exercice peut interférer avec la sphère professionnelle. Dans un arrêt du 26 novembre 2002, la Cour de cassation a ainsi jugé que « *une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur* ».

Cette libéralisation progressive est inéluctable. Si la liberté est un concept dont la définition est si difficile, c'est qu'elle se réfère moins à un état qu'à une dynamique. Elle est d'abord le fruit d'une rupture avec les principes d'une société traditionnelle où, chacun, pratiquement dès sa naissance, se voit notifier sa destinée. Cette rupture consommée, le mouvement de la liberté emporte les principes d'une société bourgeoise qui assigne à chacun de ses membres la tâche de se maintenir. Mais alors, dégagé des contraintes de la reproduction, qu'elles soient dictées par la société globale ou par la sphère familiale, l'individu aspire à vivre selon ses désirs. Et l'on ne voit plus bien quelle limite lui opposer, sinon le fameux principe dit de la coexistence des libertés qui veut que leur exercice ne se solde pas par la contrainte d'autrui. D'où il suit que si ce dernier consent à mes fantaisies, rien ne saurait m'empêcher d'y donner libre cours. Chacun connaît la formule, entre adultes consentants, tout est permis. Et c'est sur cette trame que se délie la rhétorique des droits fondamentaux.

Ainsi cette dernière ne peut-elle être trop facilement stigmatisée dès lors qu'elle accompagne une tendance qu'il semble vain de vouloir combattre. D'autant qu'elle permet de surcroît d'en régler, autant que faire se peut les contradictions. La coexistence des libertés n'est en effet pas plus facile à organiser que le concours des aspirations égalitaires. Pour le comprendre, il suffit de raisonner sur quelques hypothèses limites quoique bien connues et fortement débattues. Lorsqu'une jeune fille décide de se voiler, il se peut qu'elle consente à ce que le plus grand nombre considère comme une atteinte à sa personnalité. Il n'est cependant pas certain que l'enseignant qui l'instruit consente à son tour à cette tenue vestimentaire. Autre exemple, qui bien que n'ayant aucun rapport avec le précédent, pose sensiblement le même problème. Dans un rapport de prostitution, le client et la prostituée peuvent être l'un et l'autre consentants. Il n'est cependant pas sûr que les riverains se satisfassent du développement de ce « commerce de proximité ». Point n'est besoin de chercher bien loin pour comprendre que lorsque tout un chacun prétend vivre selon ses aspirations, les occasions de conflits se multiplient.

Précisément, la référence aux libertés et droits fondamentaux aide à les régler. L'adjectif fondamental est distribué avec une certaine parcimonie. De la sorte, des hiérarchies sont possibles entre ce qui est fondamental et ce qui ne l'est pas. Ainsi peut-on arbitrer entre les désirs de l'un et l'insatisfaction de l'autre. Un exemple pour bien comprendre que ce ne sont pas là que des mots. Il y a quelques temps, un agent technique tenu par le règlement intérieur de porter une blouse décide de venir travailler en bermuda. Son employeur le somme

de porter un pantalon, pour des raisons de sécurité, peut-être, mais aussi sans doute pour des raisons esthétiques, le port du bermuda sous une blouse n'étant pas du meilleur effet, spécialement pour un homme. Quoiqu'il en soit le salarié s'obstine tant et si bien qu'après de multiples rappels à l'ordre, il est licencié. Il prend prétexte de ses libertés bafouées et demande l'annulation du licenciement et sa réintégration. La Cour de cassation le renvoie sèchement dans ses cordes en retenant que « *la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales* »¹⁶⁶. Dans un domaine différent, mais au terme d'une logique comparable, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme a jugé que la liberté matrimoniale n'impliquait pas le droit au divorce qui, ainsi, n'accède pas au rang de droit fondamental¹⁶⁷. A l'épouse qui réclame une prestation compensatoire, l'époux ne peut donc répondre que celle-ci entrave son droit de divorcer.

Le mouvement naturel

L'individu dont l'ambition est de profiter des choses communes trouve ainsi dans les droits fondamentaux la reconnaissance, en même temps que la mesure, de ses aspirations. On perçoit ainsi qu'il n'est en quelque sorte pas né de la dernière pluie. Le Code civil prenait en effet place dans une société ayant élevé la liberté et l'égalité au rang de ses valeurs fondamentales. Il était en conséquence inévitable que le bon père de famille, dont le Code civil dessinait les contours, se laisse un jour ou l'autre séduire par la dynamique de ces valeurs. Liberté et égalité ont ainsi servi de point d'appui naturel pour desserrer l'étau de la législation napoléonienne. Il n'y a là rien de surprenant.

D'autant que cette dernière, quoiqu'il fût dit de ses finalités, préparait par elle-même cette émancipation.

A l'origine, tel n'est pas le dessein. Les rédacteurs du Code civil savent bien que la tradition défaite, le législateur moderne doit désormais s'occuper des individus. « *Elles (les lois) atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout* » nous dit Portalis (p. 466). Mais là où le politiste décèle le risque de l'oppression, le juriste a principalement la crainte du chaos. Il anticipe qu'un individu libéré des contraintes de la tradition part naturellement dans toutes les directions. Il faut donc le contenir. Ce que fait le Code civil en le liant à ses semblables. « *Pour connaître les divers ordres de lois, il suffit d'observer les diverses espèces de rapports qui existent entre des hommes vivant dans la même société* » écrit Portalis, pour ajouter, un peu plus loin : « *Les lois civiles disposent sur les rapports naturels ou conventionnels, forcés ou volontaires, de rigueur ou de simple convenance, qui lient tout individu à un autre individu ou à plusieurs* » (p. 477-478).

L'opposition entre les rapports naturels et les rapports conventionnels est légèrement forcée. Les premiers renvoient aux liens familiaux. L'amour donne la maternité, situation qui est censée cimenter ces derniers et, au-delà, conforter « *l'esprit de cité* ». Les rapports conventionnels se nouent autour des biens. Ce sont les contrats, dont l'office essentiel est « *d'acquérir ce qu'on a point encore et de disposer de ce que l'on a* »¹⁶⁸. Les relations contractuelles sont ainsi connectées à une théorie de la propriété. Or, à cette dernière, les rédacteurs du Code donnent une coloration naturelle. « *le principe du droit (de propriété) est en nous ; il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive ; il est dans la constitution même de notre être* »¹⁶⁹. Sans doute est-il ajouté que la reconnaissance de ce

¹⁶⁶ Cass. soc. 28 mai 2003, *Bull.* V n° 178 ; commenté aux *Grands arrêts du droit du travail* (Pélissier, Lyon-Caen, Jeammaud, Dockès, Dalloz 2004, 3^{ème} éd.).

¹⁶⁷ CEDH 18 décembre 1986, *Aff. Johnston et autres c/ Irlande*, A-112.

¹⁶⁸ Fenet, tome 1, p. 509.

¹⁶⁹ Fenet, tome 11, p. 113.

principe favorise le développement de l'industrie. De la sorte, il semble moins le produit de la nature qu'une récompense accordée au travail de l'homme. Cependant, à cette industrie, il est donné une origine naturelle. C'est parce que la population a augmenté qu'il a fallu accroître les produits de la terre. Surtout, elle est perçue comme l'expression d'une nature humaine, d'« *un esprit de mouvement et de vie qui anime tout* ». Les fruits du travail sont en quelque sorte ce que l'homme ajoute naturellement à l'ouvrage de la nature. « *La tâche de l'homme* », écrit Portalis, « *était, pour ainsi dire, d'achever le grand ouvrage de la création* »¹⁷⁰.

La tradition offrait l'ordre et la hiérarchie. La Révolution l'a défaits si bien que les rédacteurs du Code civil ont dû puiser dans la nature, seul substitut acceptable pour imposer quelques contraintes aux individus. Ils y ont trouvé l'amour et la propriété desquels ils ont extrait les liens familiaux et les relations contractuelles. Ceux-ci ont ainsi constitués les relais d'une civilité bourgeoise où, par l'effet d'échanges raisonnés, chacun pouvait espérer se maintenir. Cependant, le détour par la nature a insufflé une dynamique à laquelle ce modèle pouvait difficilement résister. On a voulu instituer des rapports contraignants mais on l'a fait avec une matière qui s'y prêtait mal. Car si l'amour donne la famille, il donne aussi l'infidélité. Si la propriété est le terreau de l'industrie, elle est aussi le ferment du capitalisme. Ainsi la référence à la nature était-elle grosse de métamorphoses.

Nature et capitalisme

La nature qu'imaginent les rédacteurs du Code civil n'a pas vraiment d'équivalent philosophique. Censée ressouder le corps social un temps secoué par les spasmes révolutionnaires, elle sert en réalité la cause du capitalisme et donc celle de l'individualisme.

Tout d'abord, ils écartent l'hypothèse (pourtant vraisemblable) d'une communauté originelle. « *Quelques écrivains supposent que les biens de la terre ont été originellement communs* », écrit Portalis. Puis il ajoute : « *cette communauté, dans le sens rigoureux qu'on y attache, n'a jamais existé ni pu exister. Sans doute, la Providence offre ses dons à l'universalité, mais pour l'utilité et les besoins des individus ; car il n'y a que les individus dans la nature* ». Si cette dernière est la source d'inspiration du législateur, nul doute alors qu'aucun carcan collectif ne peut *a priori* contraindre l'individu.

Ensuite, celui-ci aspire à croître. C'est ainsi qu'il a été dit, le *mouvement de la vie* qui le porte à l'industrie et à l'accroissement continu de ses avoirs. Serait-ce partiellement exact qu'en tout état de cause, l'on aurait tort de cultiver l'esprit de paresse. Le « bon sauvage », qui ne convoite rien d'autre que ce qui suffit à sa subsistance, n'a pas vraiment la côte. Ainsi Portalis écrit-il : « *on fait honneur à l'homme qui erre dans les bois, et sans propriété, de vivre dégagé de toutes les ambitions qui tourmentent nos petites âmes. N'imaginons pas pour cela qu'il soit sage et modéré : il n'est qu'indolent. Il a peu de désirs, parce qu'il a peu de connaissances. Il ne prévoit rien, et c'est son insensibilité même sur l'avenir qui le rend plus terrible quand il est vivement secoué par l'impulsion et la présence du besoin. Il veut alors obtenir par la force ce qu'il a dédaigné de se procurer par le travail : il devient injuste et cruel* »¹⁷¹. A l'adresse des bonnes âmes que séduit encore la vulgate rousseauiste, il conclut en ces termes : « *l'état sauvage est l'enfance d'une nation, et l'on sait que l'enfance d'une nation n'est pas son âge d'innocence* ».

Enfin, et peut-être est-ce là l'élément le plus décisif, le processus juridique de reconnaissance de ces aspirations individualistes est d'une simplicité telle qu'il est ainsi une invitation à leur développement continu. Si la propriété est dans *la constitution même de notre*

¹⁷⁰ Fenet, tome 11, p. 114.

¹⁷¹ Fenet, tome 11, p. 115.

être, il n'en reste pas moins qu'il faut une intervention du droit pour qu'elle devienne un principe de constitution de la société. Le « *droit d'acquérir les choses* » suppose ainsi « *l'appropriation, qui seule peut le rendre utile, en le liant à la certitude de conserver ce que l'on acquiert* ». D'où vient cette certitude ? De ce que l'on appelle l'opposabilité de ce droit. Il est opposable à tous en ce sens que tous doivent en reconnaître l'existence et ne rien faire qui puisse menacer les prérogatives de son titulaire légitime. Ce qui fait passer la propriété du for interne au for externe, c'est tout simplement le fait, qu'aspiration intérieure, elle est extérieurement reconnue. Cette reconnaissance est sans doute conditionnée. C'est cependant elle, et elle seule, qui marque l'accès de la propriété au droit.

Cette conception de la propriété fait logiquement le lit de l'individualisme. Si la propriété doit son rang au processus de reconnaissance dont elle fait l'objet, bien d'autres qualités peuvent légitimement prendre rang. Il suffit alors d'en isoler quelqu'une présentant un minimum d'objectivité et qui, susceptible d'être identifiée par tous, pourra faire l'objet d'une reconnaissance de même étendue. Ainsi de la qualité de salarié, mais aussi de celle de locataire, et pourquoi pas également celle d'emprunteur, plus généralement celle de consommateur... Le modèle de la propriété peut ainsi remplir de nombreuses utilités. Il est en quelque sorte le marchepied des revendications de toutes sortes. Il sert aussi bien le mouvement de l'égalité que celui de la liberté. Le travailleur qui espère un rehaussement de sa condition passe ainsi par la catégorie du salariat et obtient en conséquence des droits qui donnent corps à ses espérances. Le salarié qui aspire à ne pas subir de discrimination du fait de ses orientations sexuelles demande en fait à ce que celles-ci soient en fait unanimement reconnues et respectées. La propriété permet ainsi la synthèse de la liberté et de l'égalité en ce qu'elle permet de réceptionner les aspirations que ces deux dernières suscitent.

D'aucuns regretteront ces évolutions. Il faut cependant reconnaître qu'elles découlent d'un modèle acté dès 1804. En faisant de la propriété la pierre angulaire de la « nouvelle société » et en marquant la juridicité de celle-ci par un processus de reconnaissance d'aspirations naturelles, les rédacteurs du Code civil devaient susciter des vocations. Sans doute ont-ils voulu jeter les fondements d'un pacte social et se sont-ils de la sorte focalisés sur les rapports entre individus. Mais en faisant appel à la nature de l'homme, c'est-à-dire, en dernière analyse, à toutes les aspirations qui lui traversent l'esprit, ils ont réduit ce pacte à un processus de reconnaissance de nos singularités.

Pas plus hier qu'aujourd'hui, toutes ne passent pas la rampe. Les changements se font dans la lenteur. Le temps de passage d'une société traditionnelle à une société individualiste se compte en siècles. Au reste, et l'ultime chapitre est là pour le montrer, une gestion bien tempérée de nos transformations est sans doute la condition de leur justesse. En revanche, il n'est plus temps de s'étonner que l'individu constitue la ligne de fuite de notre marche en avant.

Chapitre 10

QU'EST-CE QUI EST JUSTE ?

Juristes et philosophes

Le juriste qui tente de répondre à cette question se sent un peu comme un peintre amateur posant son chevalet à côté de toiles de maîtres. La philosophie morale a laissé sur le sujet tant de chefs d'œuvre qu'au moment de prendre la plume, la fébrilité le retient.

Au reste, les philosophes sont là pour lui rappeler ses insuffisances, souvent assez durement, à l'image de Kant qui prêtait aux *jurisconsultes* la capacité d'énoncer « *ce qui est de droit, c'est-à-dire, ce que disent et ont dit des lois en un certain lieu et une certaine époque* » pour ajouter que « *la question de savoir si ce qu'elles prescrivaient était juste et celle de savoir quel est le critère universel auquel on peut reconnaître le juste et l'injuste lui resteront obscures, s'il n'abandonne pas quelque temps ces principes empiriques et ne cherche pas la source de ses jugements dans la simple raison afin d'établir la fondation pour une législation empirique possible* ». Plus sèchement encore, il poursuivait en écrivant : « *une science purement empirique du droit est une tête, qui peut être belle ; mais il n'y a qu'un mal, elle n'a point de cervelle* »¹⁷².

Le juriste connaît le droit mais il ignore ce qui est juste. Tel est au fond le message. Ou alors, s'il prétend accéder à la justice par le droit, c'est uniquement par voie d'affirmation. Il est un peu dans la situation de l'inventeur des tests de Q.I. à qui l'on demandait « qu'est-ce que l'intelligence ? » et qui n'avait d'autre réponse que : « l'intelligence, c'est ce que je mesure ». Ceux qui font du droit à défaut de « faire du juste » exposent ainsi sur un mode similaire que « ce qui est juste, c'est ce qu'ils racontent ».

Il n'est d'ailleurs pas tout-à-fait certain que les docteurs et les praticiens du droit contestent eux-mêmes le brevet d'incompétence que leur décernent les philosophes. Après tout, la paix civile est leur principal objectif. Rien ne sert de dissenter à plein régime sur l'idée de justice car il y a autant de conceptions que d'auteurs. Pour éviter les divisions, mieux vaut faire preuve d'empirisme et, à force de recension et de synthèse, identifier les principes qui, dans une société donnée, peuvent être tenus pour acceptables par le plus grand nombre. Mieux vaut faire du droit plutôt qu'avoir la prétention de savoir ce qui est juste. D'ailleurs, dans cette perspective, les juristes trouvent le secours d'un philosophe. Pascal moquait cette « *plaisante justice qu'une rivière borne* ». Ce faisant, il brocardait la posture idéaliste, poursuivant ainsi : « *Rien suivant la seule raison n'est juste en soi, tout branle avec le temps. La coutume est toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue* »¹⁷³.

En même temps, nul ne se satisfait pleinement d'une dissociation sans scrupule entre droit et justice. Un auteur classique exprimait en ces termes une opinion communément répandue : « *les hommes ont une foi ardente dans l'existence de la justice, et leur cœur ne se résignera jamais à un divorce entre ce qui est juste et ce qui est juridique* »¹⁷⁴. Le droit ne peut donc se réduire à une accumulation de textes adoptés par des autorités compétentes et appliqués avec la rigueur technique de professionnels. Pour que ses solutions soient admises, il faut malgré tout que ses destinataires aient le sentiment que passe à travers elles un esprit de justice. La contrainte juridique n'est acceptable que si la loi emmagasine une puissance

¹⁷² *Introduction à la doctrine du droit*, § B, trad. Philonenko, Vrin, Paris 1986.

¹⁷³ *Pensées*, 294, éd. Brunschvicg.

¹⁷⁴ Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris 1951, n° 24.

supérieure à la vigueur du vote dont elle est issue et les jugements une autorité qui force le respect au-delà de ce qu'inspire le seul suivi de la méthode judiciaire.

Telle est donc la quadrature du cercle : le pacte social qu'explicitent les principes juridiques ne fonctionne réellement qu'à la condition que ceux-ci soient perçus comme justes ; en même temps, de l'idée de justice, nous ne savons pas grand chose, sinon qu'aucun des systèmes jusqu'à présent proposés ne recueille un consensus suffisamment large pour constituer l'assise du pacte à définir. Les juristes ont besoin de l'idée de justice mais ils savent ne pouvoir trop compter sur les philosophes, pourtant les plus compétents à cet égard. Que décider ?

Point de système, de la méthode

Il faut essayer de peser juste avec une balance fautive, produire des solutions justes sans forcément avoir une idée ferme de l'idée de justice.

De ce point de vue, les juristes ne sont pas désarmés. S'ils n'ont pas la rigueur des philosophes, ils ont l'efficacité des sophistes. Pour comprendre leur façon de travailler, il faut s'imaginer une table de douze convives et un treizième pour animer une réflexion sur ce qui est juste. Le maître de cérémonie peut poser la question « *qu'est-ce qui est juste ?* ». Celle-ci suscitera une double difficulté : beaucoup peineront à répondre et si certains parviennent à fournir du contenu, bien vite il faudra prendre acte des désaccords. L'animateur peut s'y prendre autrement et soumettre un certain nombre de propositions à la table en sollicitant de chaque participant qu'il prenne seulement parti sur leur caractère juste ou injuste. Les réponses seront faciles à obtenir. Qui plus est, l'imparité aidant, une majorité se dégagera automatiquement.

Les juristes exploitent cette seconde méthode. Simplement, ils poussent un peu plus loin l'exercice. S'ils constatent que les individus ont l'intuition de ce qui est juste, ils attendent d'eux qu'ils en aient aussi l'idée. Or, cette dernière a partie liée avec la transcendance. En effet, le sentiment que telle solution est juste naît de ce que celle-ci porte quelque chose de plus que les simples processus dont elle est issue. Ce qui est juste doit être dégagé des contingences et se situe de la sorte au-delà de ce qui a été fait. Si à telle époque, telle chose est reçue comme juste c'est qu'à tout le moins, on présuppose qu'elle entretient un rapport avec une idée de justice dépourvue d'historicité. Ce qui est juste ici et maintenant l'est à la condition d'être en liaison avec un lieu sans histoire.

Nul besoin d'entretenir une quelconque croyance pour parvenir à cette conclusion. Celle-ci n'est qu'une conséquence logique de l'hypothèse qu'en quelque sorte, il y a de la justice. Là où le droit s'observe à un moment et un lieu déterminé, la justice échappe à cet espace-temps. Là où tout change d'une rive à l'autre, là où tout branle avec le temps, ailleurs, le royaume imaginaire de la justice offre un ensemble cohérent de propositions immuables. Dans le temps et dans l'espace, la contradiction y est indésirable.

Pour figurer les rapports entre droit et justice, on peut prendre appui sur les enseignements les plus simples de la linguistique. Si le mot droit est un signifiant, la justice est son signifié et les règles positives constituent son référent¹⁷⁵. Reste alors à mieux comprendre les rapports qu'entretiennent le signifié et le référent, en un mot, le concept et la réalité.

¹⁷⁵ A condition de prendre dans le passage qui suit le mot « *droit* » pour justice et le mot « *lois* » pour règles positives, c'est à peu de choses près ce qu'écrit Portalis dans le discours préliminaire : « *Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers. Le droit est moralement obligatoire ; mais par lui-même il n'emporte aucune contrainte ; il dirige, les lois commandent ; il sert de boussole et les lois de compas* » (Fenet, tome 1, p. 476).

La justice ou le changement bien tempéré

S'il ne doit pas y avoir de divorce entre le droit et la justice, on peut être tenté de cristalliser la matière juridique. Il faut alors veiller à ce que rien ne change. Par son immutabilité, le droit se rapproche ainsi de la justice. Cette posture conservatrice séduit parfois. Elle est pourtant bien fragile¹⁷⁶. Car quiconque fige le droit relève sans tarder les contradictions qu'il comporte. Tout principe juridique charrie une cohorte d'exceptions. D'ailleurs, les juristes le savent bien qui, par souci de cohérence, tentent de faire le tri parmi ces dernières. Ainsi substituent-ils à un amas de solutions contradictoires une articulation de règles concurrentes. Bien plus, un droit que l'on ne modifie plus finit par tourner dans le vide. Ses principes ne trouvent plus de points d'accroche de telle sorte qu'en pratique, ils ne permettent plus d'atteindre les fins initialement arrêtées. Il faut donc sans cesse les ressourcer. Ainsi, autant il est normal de valoriser la propriété immobilière dans une économie et une société largement rurale, autant il est inévitable que les règles de la propriété s'adaptent au développement de la richesse mobilière. Pour pérenniser la protection juridique de la propriété, la transformation est nécessaire.

Le rattachement du droit à la justice conduit à conférer au premier une certaine forme d'immutabilité. Mais dans le même temps, ce même rattachement induit également le principe de sa transformation. En effet, pour être conforme à un idéal de justice, les règles en vigueur dans une société donnée doivent sans cesse être améliorées et mises à jour. Le référent (les règles de droit positif) doit se rapprocher du signifié (l'idéal de justice) et gagner en cohérence. Le concept de justice doit s'accomplir dans la réalité mouvante du droit de telle sorte que la permanence du premier justifie l'actualisation sans discontinuité du second.

D'une certaine manière, une proposition juste se caractérise en ceci que, pour atteindre l'éternité, elle doit en quelque sorte être perpétuellement soumise à un principe d'amendement. Essayons à présent d'observer comment fonctionne cette mécanique paradoxale.

Nécessaire immutabilité

S'adosser à l'idée de justice oblige à faire une part à l'immutabilité. En effet, il n'y a guère que ce qui est vrai qui soit contestable par principe. Chacun sait bien, à la suite de Popper, que le propre de la connaissance est d'admettre la « falsifiabilité » de ses énoncés. C'est d'ailleurs bien la raison pour laquelle, lorsque la science a trouvé ses premiers repères, elle s'est heurtée aux « vérités » révélées des différentes églises. Il n'est nul besoin de reprendre le procès de Galilée pour savoir que les propositions vraies doivent toujours être reçues comme des hypothèses. Dans ces conditions, et s'il faut distinguer justice et vérité, il est cohérent d'admettre que ce qui est juste ne se discute pas. Sans doute, la phase d'élaboration des propositions justes devra-t-elle comprendre un temps consacré au dialogue et à la réflexion. Simplement, viendra le temps où les débats seront clos. Et alors, si la justice est passée, les conclusions devront être tenues pour définitivement arrêtées.

C'est selon cette dernière modalité que se manifeste la réalisation la plus concrète de l'idée de justice. Lorsque, dans un procès, la décision de justice fait suite à l'instruction et aux plaidoiries, elle est dotée d'une qualité désignée comme l'autorité de la chose jugée. Et cette qualité n'est rien d'autre que l'immutabilité de cette dernière, à savoir l'impossibilité, sauf recours, de remettre en cause le contenu du jugement.

¹⁷⁶ De manière un peu triviale, Portalis rappelait que « *tout ce qui est ancien a été nouveau* ».

Lorsque le droit prend la forme de dispositions générales, ce que sont la plupart des lois votées par les assemblées parlementaires, on trouve également trace d'une telle incommutabilité. Sans doute le législateur contemporain est-il présenté comme un instable chronique, principalement soucieux de défaire l'œuvre de ses prédécesseurs, sinon la sienne. Il faut cependant faire le tri entre la caricature et la réalité. En pratique, et spécialement sur les réformes emblématiques, les parlementaires hésitent toujours un peu avant d'abattre la législation en vigueur. Voilà bien longtemps, par exemple, qu'il est question d'en finir avec les 35 heures. Et pourtant, la chute finale est sans cesse reportée comme si, quelque part et fût-ce d'une main maladroite, les lois Aubry avaient réussi à accrocher le train de l'immutabilité.

Surtout, lorsque le législateur impose des réformes, et tel est malgré tout son office dès lors qu'il n'a pas été choisi pour contempler l'acquis, il le fait dans le respect de l'immutabilité qu'implique l'idée de justice. Il n'admet pas qu'il faille laisser les choses en l'état puisque, de fait, il les change. En revanche, il concède son absence de qualité pour contester l'existence d'un lien entre l'idée de justice et le droit qu'il modifie. C'est que le changement résulte en quelque sorte du travail de l'idée de justice, lequel ne peut s'opérer qu'à la condition d'admettre que le droit est d'ores et déjà arrimé à ce puissant signifié. Ainsi les lois que l'on réécrit n'en restent-elles pas moins des lois éternellement justes. Ainsi le législateur contemporain s'interdit-il deux choses : la politique de la table rase ou l'appel à la Révolution qui, par l'ampleur des remises en cause qu'ils impliquent, comportent la négation de tout idéal de justice dans le droit préexistant ; la rétroactivité des lois qui, sauf exception, induit également l'affirmation de l'iniquité de la loi ancienne. C'est au reste sans surprise qu'il nous est historiquement donné d'observer que l'abus de la rétroactivité est le plus souvent le fait de gouvernements révolutionnaires.

Nécessaires transformations

Parce qu'il ne nie pas le lien entre droit et justice, le gouvernement modéré est cependant tenu de concéder la nécessité du changement, à tout le moins des évolutions. Simplement, et parce que la justice n'est pas la vérité, l'admission de ces dernières est conditionnée.

Afin d'identifier les conditions du changement, le plus simple est, une fois encore, de considérer le régime des décisions de justice. Leur autorité se traduit essentiellement par leur immutabilité. Mais cette dernière cède dans deux hypothèses : soit que l'on constate une contradiction entre deux décisions¹⁷⁷, soit encore qu'il survienne un élément nouveau¹⁷⁸, inconnu lors de l'instance ayant conduit à la décision dont l'autorité est invoquée. Au travers de ces deux conditions alternatives, s'illustre ainsi le double principe de cohérence et de permanence auquel les normes juridiques doivent être conformes pour être apparentées à un idéal de justice. Celui-ci ne souffre pas la contradiction de telle sorte que l'ordre juridique (pour faire simple, l'ensemble des normes) doit sans cesse gagner en cohérence. Les principes qui l'inspirent doivent être pérennes de telle sorte qu'il faut être assuré, alors que la réalité change, de l'adéquation des solutions consacrées à la nouveauté du contexte¹⁷⁹. L'indifférence à cet égard aurait en effet pour conséquence une absence d'application effective des principes dont la justesse a été préalablement admise. Et ce serait là reconnaître que ces principes sont sans valeur, ce serait renoncer à la réalisation de l'idée de justice.

¹⁷⁷ Cette hypothèse est spécialement prévue par les articles 617 et 618 du code de procédure civile français.

¹⁷⁸ C'est aujourd'hui la principale condition pour échapper à l'autorité d'une décision ; v. Cass. Ass. Plén. 7 juillet 2006, disponible sur le site de la Cour de cassation.

¹⁷⁹ C'est en ce sens que l'on peut admettre le nécessaire lien entre légitimité et effectivité de la norme juridique ; v. à cet égard, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris 1962, p. 278 et s.

En ce qu'il implique de vaincre les contradictions entre normes juridiques, le principe de cohérence est d'une compréhension relativement aisée. Au moins dans son explicitation, le principe de permanence est un peu plus subtil. Il ne commande pas l'immobilisme. Bien au contraire, il conduit au changement. Simplement, celui-ci n'a d'autre finalité que d'assurer l'effectivité des solutions précédemment en vigueur. L'exigence de permanence se traduit ainsi par la nécessité de changer les règles lorsque la pérennité des principes qui les inspirent est menacée. Un exemple simple pour illustrer le propos. Voici une action par laquelle l'acquéreur d'un bien immobilier demande la nullité de la vente au prétexte que le vendeur ne lui a pas révélé un élément propre à en diminuer la valeur (par exemple, la construction d'une usine à proximité). Si les faits sont avérés, il est juste d'annuler une telle vente. De fait, un minimum de loyauté exige le vendeur révèle à l'acheteur les éléments permettant à ce dernier de se faire une idée de la valeur du bien. Simplement, le juge constate qu'*a priori* rien ne permet d'établir que le vendeur savait. Il a vendu parce que, par l'effet d'une nouvelle affectation professionnelle, il a déménagé. Quelque temps après que la décision de justice ait été rendue, rejetant la demande du plaignant, celui-ci obtient enfin la preuve de la mauvaise foi du vendeur. Qui ne voit alors que le maintien de la décision aboutirait à une solution injuste ? Pour garantir, dans ce cas particulier, le caractère juste de la solution juridique, il importe ainsi de la modifier.

Cohérence et permanence sont les principes de la réforme

Au-delà de cet exemple, un examen des grandes réformes de ces dernières années montre qu'elles ont à peu près toutes été conduites à l'aune de cette double exigence de cohérence et de permanence. Deux exemples parmi d'autres : le marché du travail, les retraites.

Concernant le premier, il a été exposé¹⁸⁰ que ce marché, articulé autour d'une multitude de contrats de travail — CDI, CDD, intérim, apprentissage, formation en alternance... — était devenu illisible et qu'en conséquence, il convenait de le réformer. Pour vaincre les incohérences, on a ainsi proposé un contrat de travail unique. Et pour justifier un assouplissement des contraintes pesant sur la rupture de ce lien, il a été exposé que dans un contexte de globalisation, caractérisé par une concurrence exacerbée, la protection des salariés à l'égard du risque de chômage devait être assurée par d'autres voies que par une réglementation rigoureuse du licenciement. Celle-ci, a-t-on dit, constitue un frein à l'embauche et elle est, de la sorte, contreproductive dans la lutte contre le chômage. Et puis, a-t-on ajouté, elle exagère les inégalités entre les salariés, entre ceux qui ont accès à des carrières linéaires se déroulant au long d'un contrat à durée indéterminée et ceux qui restent en-dehors de cet écrin et sont de la sorte cantonnés dans la précarité. Peu importe ici l'exactitude du raisonnement. C'est la rhétorique qui importe. Et celle-ci, comme on le voit, tente de convaincre que le maintien des règles existantes a pour effet de trahir l'idéal d'une sécurité économique garantie à l'ensemble des salariés. Ainsi fonctionne le principe de permanence qui, pour assurer la réalisation des idéaux, requiert la modification des règles qui les mettent en œuvre.

Cohérence et permanence sont également les deux atouts maîtres des réformes des retraites. La réforme des régimes spéciaux s'est en quelque sorte construite autour de la maxime « à travail égal, retraite égale ». Si le droit à pension se constitue tout au long de la vie active, il est incohérent qu'il diffère d'un sujet à l'autre alors même que ces derniers auraient eu une existence professionnelle comparable. Et puis, si l'on veut sauver le régime de retraite par répartition, il importe de modifier les règles en l'état du vieillissement de la

¹⁸⁰ Sur le sujet, le rapport le plus consensuel est celui de MM. P. Cahuc et F. Kramartz, précité.

population ; d'où l'allongement pour tous de la durée de la cotisation. D'aucuns proposent d'ailleurs d'aller plus loin et estiment que pour sauver les retraites « tout court », il faudrait introduire une dose de capitalisation¹⁸¹. Quelle que soit la solution proposée, la structure du raisonnement ne change pas. Pour préserver les principes, il faut changer les règles.

L'esprit de justice, entre compromis et réforme

Ce qui est de droit est juste et ne peut le rester qu'à la condition d'être amélioré, dans un souci de cohérence et de permanence. Cette vision de la justice peut paraître un peu courte.

Pourtant, elle convient à une société comme la nôtre qui, au lendemain d'une Révolution plutôt violente, a eu pour principale obsession le retour à la paix civile. La cessation des hostilités suppose de reconnaître qu'aucune des parties en conflit n'a plus raison qu'une autre. Tout le monde a raison et tout le monde dit juste. C'est la première chose à admettre pour progresser sur le chemin de la réconciliation. Ensuite de quoi, il faut trouver des compromis, bancales nécessairement et donc amendables par principe. Ainsi se contente-t-on d'une conception minimaliste de l'idée de justice. Les doctrines prétendues justes sont reçues comme telles mais faute de pouvoir consacrer pleinement l'une d'entre elles, le seul point d'accord sera d'œuvrer à l'amélioration des solutions imparfaites qui, un temps, auront permis de dépasser les conflits du moment. Dans une société pacifiée, faire juste, ce ne peut être que faire mieux.

Au lendemain de la Révolution, le compromis acté par le Code civil a consisté à distribuer les rôles entre les courants contradictoires qui traversaient la société française. L'esprit de l'Ancien régime où, pour le dire vite, le tout prévaut sur la partie, s'est traduit par la consécration de règles propres au développement d'une société bourgeoise. Cette dernière se démarquait naturellement des hiérarchies abattues par la Révolution. Mais elle entretenait deux traits de l'ancienne société : la nécessité de maintenir son rang, et spécialement celui de la famille, mais aussi le souci d'entretenir des liens et ainsi d'éviter le délitement que faisait craindre la poussée de l'individualisme. Les deux allaient de pair. Pour ne pas être obsédé par sa propre croissance, le bourgeois était ainsi disposé à inscrire son devenir dans un réseau de solidarités. Il cherchait l'association de qualité, celle garantissant qu'aucune partie ne laisserait tomber l'autre ni ne chercherait à faire mieux. Son travail étaient ainsi d'identifier de bonnes relations. Le mariage des enfants devait ainsi se nicher quelque part entre la prohibition de l'inceste et le discrédit de la mésalliance. De bons contrats devaient permettre, sur des objets de qualités, de nouer d'utiles transactions, dans l'intérêt raisonnablement compris de chacune des parties prenantes. Ainsi s'est construite la conception civiliste de la propriété bourgeoise, destinée à être maintenue dans les familles, mais également prétexte à la conclusion de relations contractuelles fortement personnalisées (v. chapitres 1 et 2).

Cette confusion des biens et des liens a cependant pris appui sur une rhétorique nettement plus individualiste (v. chapitre 9). C'est la « bonne nature » qui fût sollicitée pour servir d'assise à la famille et à la propriété. Celles-ci furent présentées comme un geste de reconnaissance, respectivement, du sentiment amoureux et de l'instinct d'appropriation. Des choses bien simples, en somme, qui, sans nécessité aucune d'un pari théorique sur l'existence d'un état de nature, se constatent au quotidien et au fil des jours. De la sorte, le Code civil donnait une valeur juridique à l'individu tel qu'il est. Toutes les qualités de ce dernier n'étaient naturellement pas retenues. On reconnaissait le propriétaire, industriel sur sa terre, l'époux, amoureux sans doute mais surtout fidèle. Simplement, le code enclenchait une dynamique de la reconnaissance, une sorte de droit au droit. C'est qu'en effet si le droit est un processus de consécration par la collectivité des aspirations naturelles des individus, ceux-ci

¹⁸¹ C'est notamment le point de vue des libéraux ; v. not. J. Bichot et A. Madelin, *Quand les autruches prendront leur retraite*, Seuil 2003.

peuvent aisément prendre prétexte de leur nature pour obtenir des droits. Il leur suffit d'isoler une qualité — consommateur, salarié, mais aussi concubin... —, identifiable par la collectivité et susceptible d'être partagée, pour prétendre ensuite à une reconnaissance juridique de celle-ci.

Cette mécanique fonctionne de manière plutôt maîtrisée. Par exemple, pour raisonner sur un exemple polémique, on a récemment vu que l'orientation sexuelle (en pratique homosexuelle) n'a obtenu qu'une reconnaissance partielle. Elle est opposable en ce sens que quiconque en a connaissance ne peut en tirer parti pour justifier une nuisance, spécialement professionnelle. En termes juridiques, l'orientation sexuelle ne peut être un motif de discrimination. En revanche, si elle n'interdit pas certaines formes d'union reconnues, et spécialement le PACS, elle ne donne droit ni au mariage, ni à l'adoption. Sur le fond, il est évidemment permis d'en débattre. Mais cela montre bien que la dynamique individualiste se déroule non sans scrupules.

En revanche, celle-ci a pleinement fonctionné dans la sphère matérielle. Le droit et la protection sociale ont ainsi conféré une valeur juridique à deux nouveautés : l'instinct de conservation, l'appropriation du travail.

Brève dialectique

Le portrait de la France juste peint par les rédacteurs du Code civil devait nécessairement se décolorer. Le compromis était en effet construit sur une incohérence entre les règles et leur esprit. On affichait une sorte de volontarisme solidaire (v. chap. 8), prenant appui sur une conception moralisante du contrat, alors que, dans le même temps, on justifiait l'ensemble par une nécessaire reconnaissance d'aspirations individualistes. Pour gagner en cohérence l'ensemble devait bouger. Et ce fût assez largement au bénéfice de l'esprit plutôt que de la lettre.

La société que le législateur imagine est un agrégat de propriétaires. Le modèle présente alors un vice majeur : il n'est pas réalisable en l'état. Les propriétaires sont en trop petit nombre de telle sorte que ceux qui ne le sont pas ne se reconnaissent pas dans ce modèle. Ces derniers perçoivent plus volontiers les propriétaires comme des capitalistes abusivement enrichis. Pour garantir la permanence du modèle, il faut en conséquence engager de profondes transformations.

Celles-ci se soldent par une sorte d'extension de la société bourgeoise (chap. 4). Aux individus, le droit social offre progressivement des garanties semblables à celles d'un propriétaire. Au moins sous l'angle de leur subsistance, il les sort de la précarité. En outre, il propose un mode de relation entre entrepreneurs et travailleurs qui s'apparente à celui que le code offre à ses sociétaires propriétaires. Ces derniers s'associent autour d'un objet commun de telle sorte que, dans cette relation loyale, ils trouvent l'un et l'autre leur intérêt. Même s'il est nécessaire de forcer les choses pour décalquer ce canevas, il n'en reste pas moins que celui-ci inspire la conception des relations entre employeurs et salariés. A travers la doctrine de l'entreprise, on promeut l'idée, qu'au-delà de leurs divergences, les uns et les autres œuvrent ensemble à la réussite d'un projet commun. Fabriquer des voitures ou construire des maisons, cela crée des liens pourvu qu'on le fasse ensemble.

Par l'effet de cette lente transformation de la société bourgeoise, les aspirations individualistes auraient dû être mises sous l'éteignoir. Ainsi serait-on parvenu à une sorte d'« ordre juste », ayant gagné en permanence et en cohérence. Cependant, les progrès sociaux n'ont pas vraiment produit cet effet. Un prolétaire auquel on offre les garanties qui s'attachent à la propriété ne devient pas un bourgeois (au reste, celui-ci le lui fait souvent durement ressentir). La classe ouvrière ne s'embourgeoise pas, elle devient capitaliste. Car ce que voit le travailleur auquel profite les premiers acquis sociaux, c'est qu'en premier lieu son

aspiration naturelle à plus de sécurité économique est satisfaite. C'est aussi que son travail n'est plus une servitude mais un moyen d'améliorer sa situation. En faisant la promotion d'une civilité bourgeoise, on conforte ainsi des sentiments individualistes. Ainsi se généralise l'esprit capitaliste puisque, en pareille occurrence, l'individu espère des progrès de son travail. Il souhaite croître, lui, déjà, ensuite ses enfants.

Que les contempteurs du capitalisme ne le perdent pas totalement de vue, l'ascenseur social y puise son énergie.

Epilogue

CE QUE LA CRISE NOUS APPREND

Revenir aux « fondamentaux » ?

La situation actuelle est-elle de nature à remettre en cause le mouvement de l'individualisme ? La volonté de croissance qui semble constituer la marque de l'esprit contemporain est-elle à ranger désormais au rayon des illusions perdues ? L'ampleur de la crise autorise à poser la question.

Nombreux pensent qu'il faut maintenant en revenir aux « fondamentaux ». Que les banques financent les entreprises plutôt qu'elles n'alimentent les spéculations boursières. Que les entreprises embauchent et investissent. Que les consommateurs consomment et alimentent ainsi la croissance en même temps qu'ils augmentent leur bien-être. Certains vont même plus loin et proposent de remettre l'« humain » au cœur de l'activité économique. Que les firmes soient de nouveau le lieu d'une heureuse association du travail et du capital. Qu'elles soient à tout le moins porteuses de projets communs propres à permettre l'intégration de tous et non plus seulement, un lieu où investir. Que revivent les collectivités d'antan et qu'importe la croissance.

Ces discours du moment sont des invitations à faire revivre des institutions anciennes. Le procédé est banal dans les périodes de crise. Ainsi, celles qui ont jalonné le XIX^{ème} siècle avaient conduit les entrepreneurs à développer le patronage. Ceux-ci reprenaient ainsi à leur compte les protections autrefois liées aux tutelles et vassalités de l'Ancien Régime¹⁸². Aujourd'hui, en vantant le capitalisme des entrepreneurs pour mieux dénigrer le capitalisme financier, on ne fait rien de plus ni de mieux que promouvoir les conceptions institutionnelles de l'entreprise (v. chap. 4). Dans cet esprit, et avec un idéalisme rétrospectif, on prête également une indiscutable humanité aux structures collectives.

Il n'est pas sûr que ces nostalgies aient devant elles un grand avenir. Il y aura ici et là des mouvements de recul. Il est cependant improbable que ceux qui continuent d'investir dans leur vie professionnelle, et plus largement leurs diverses activités sociales, renoncent désormais à leur légitime ambition de croître.

*Quand la critique du capitalisme répond à une inspiration capitaliste*¹⁸³

Les mécontentements qui s'expriment à l'occasion de la crise actuelle en sont la meilleure preuve. Ils proviennent des salariés qui, pour l'heure, luttent afin de préserver leur pouvoir d'achat. Ils estiment ne pas avoir à subir les conséquences des dérèglements du système financier dont les acteurs ont trahi l'esprit du capitalisme. Ces derniers ont encaissé les bénéfices et refusent désormais d'assumer les pertes. Les salariés ne peuvent se satisfaire de cette logique perverse. Que les traders et autres financiers commencent par essuyer les pertes des banques à l'aide des bonus mirobolants des années passées. Il sera ensuite temps d'apprécier la nécessité de mettre à contribution les salariés.

Cette réaction revient à dénoncer une inversion de perspective. Il est habituellement dit que le salarié perçoit une rémunération plafonnée en contrepartie de quoi il ne court pas les

¹⁸² En ce sens, R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard 1995, pp. 231-258.

¹⁸³ Les critiques des excès du capitalisme financier par des auteurs adeptes de l'économie de marché sont légions ; v. pour la plus médiatique d'entre elles, v. C. Bébéar et Ph. Manière, *Ils vont tuer le capitalisme*, Plon 2003 ; plus sérieux, P. Artus, *Le capitalisme est en train de s'autodétruire*, La découverte 2005 ; v. aussi J.-L. Gréau, *Le capitalisme malade de sa finance*, Le Débat – Gallimard, 1998, J. Stiglitz, *Quand le capitalisme perd la tête*, Poche 2005.

risques de l'entreprise. Au contraire, est-il ajouté, l'investisseur peut prétendre à des rendements sans limites, conséquences des risques auxquels il s'expose. Rien n'est plus faux soutient le salarié secoué par la crise. Car, expose-t-il, non seulement il n'a pas bénéficié des fruits de la croissance lorsque les bonus étaient généreusement distribués ; mais encore sa rémunération, et plus grave son emploi, sont aujourd'hui menacés, de sorte qu'il risque de perdre son investissement professionnel. Et l'on comprend qu'à ses yeux, les financiers ont encaissés les bénéfices tandis qu'ils lui facturent les pertes.

Pour injuste que soit la situation dénoncée par les salariés, elle s'explique aisément au regard des principes les plus élémentaires de la finance d'entreprise¹⁸⁴. Il est de principe que les créanciers de l'entreprise, ce que sont les salariés, se paient sur les flux de trésorerie que dégage l'entreprise et qu'ils supportent en conséquence le risque de l'insolvabilité de cette dernière. Les actionnaires, ce que sont les investisseurs, peuvent quant à eux prétendre à l'intégralité des excédents de trésorerie laissés par les créanciers. Au pire, ils perdront leur mise initiale.

Si les salariés n'admettent pas cette logique financière, c'est au fond qu'ils aspirent à être traités au moins aussi bien que les investisseurs. En investissant leur force de travail, ils aspirent à une rétribution comparable à celle des financiers occupés à jouer l'argent des autres. Ils adhèrent ainsi volontiers à l'une des propositions du moment, à savoir le partage de la valeur ajoutée en trois tiers : celui de l'entreprise, celui des actionnaires, également celui des salariés. Quels que soient le réalisme et la pertinence de cette répartition, l'adhésion que celle-ci suscite est révélatrice de ce que le salarié se considère moins comme une variable d'ajustement ballottée par le grand capital que comme un capitaliste injustement traité. On ne reconnaît pas son investissement, et même on le méprise. Telle est la raison de sa colère.

« Une saine colère »

Il faut bien le reconnaître, la colère n'est pas totalement injustifiée. Rarement une crise n'avait été à ce point annoncée¹⁸⁵. Nombreux savaient que, depuis belle lurette, les financiers ne respectaient plus les règles du jeu capitaliste.

Que s'est-il passé au juste ? Le scénario est désormais bien connu¹⁸⁶. Des banques américaines ont décidé de faire mentir l'adage selon lequel on ne prête qu'aux riches. Elles ont ainsi prêté de l'argent à des individus auxquels habituellement on ne prête pas : emprunteurs ayant été en défaut de paiement dans les 12 derniers mois ou en faillite dans les cinq dernières années, ayant fait l'objet d'une saisie immobilière dans les derniers 24 mois, ménages présentant un taux d'endettement supérieur à 50 %...etc. Ainsi de nombreux prêts, les fameux *subprime*, ont-ils été accordés à ceux qui, par le passé, n'avaient pu faire face à leurs engagements. 94 milliards de dollars en 2001, 685 milliards en 2006. On pouvait voir dans le dispositif une certaine générosité, précision étant rappelée qu'il existe aux Etats-Unis une loi datant de 1977 (le *Community Reinvestment Act*) qui encourage « *les institutions financières à répondre aux besoins de crédit des communautés locales au sein desquelles elles opèrent, y compris dans les quartiers à revenu faible ou modéré* ». Quoi qu'il en soit des

¹⁸⁴ V. par ex. P. Vernimmen, *Finance d'entreprise*, 4^{ème} éd. par P. Quiry et F. Ceddaha, Dalloz 2000, pp. 596-609.

¹⁸⁵ V. not. H. Bourguinat et E. Briys, *L'arrogance de la finance : comment la théorie financière a produit le krach*, La découverte, janvier 2009, qui, dans cet ouvrage rappellent leurs annonces antérieures de la crise actuelle.

¹⁸⁶ Pour un exposé particulièrement clair, v. le dossier de *Le débat*, septembre-octobre 2008, *Dans la tourmente financière*, avec les contributions de J.-L. Gréau, P. Charrin, P. Jorion ; v. aussi, l'article de A. Steta, in *La revue des deux mondes*, Décembre 2008. Plus complet, *La crise des subprimes*, Rapport du Conseil d'analyse économique par P. Artus, J.-P. Betbèze, C. de Boissieu et Gunther Capelle-Blancard, La documentation française 2008.

bénéfices sociaux escomptés, le risque était considérable. Sans doute pouvait-il être couru. S'il s'était produit, les pertes auraient été importantes. Dans l'hypothèse inverse, au contraire, ce sont les gains qui auraient été appréciables. Car, naturellement, lorsque l'on prête aux pauvres, on leur réserve un prix ad hoc.

Comme on le sait, ce sont des pertes qu'il a fallu constater. Au début de la crise, certains pensaient d'ailleurs qu'elles pourraient être essuyées par les acteurs du système financier. Certaines mauvaises langues de la vieille Europe saisissaient avec légèreté cette occasion pour brocarder la naïveté des américains, seuls à croire que la finance peut être au service du social. Simplement, bien vite, les critiques désinvoltes ont cédé le pas à une authentique angoisse. Les observateurs ont compris que les banques avaient fait bien plus que distribuer des crédits à des sujets fragiles. Par une accumulation de techniques et de croyances, elles ont conforté le sentiment que le risque avait disparu. Dès le départ, tout d'abord, en adossant les prêts consentis sur des hypothèques, avec la conviction que la valeur du bien offert en garantie permettait de couvrir le risque d'impayé. Ensuite, en recourant au mécanisme de la titrisation, ce qui devait permettre, d'une part, de diluer le risque, d'autre part, de le céder sur les marchés.

Ce dernier point mérite une explicitation. Lorsqu'il consent un *subprime*, le banquier sait bien qu'il s'est constitué une créance douteuse. Et s'il veut la céder pour ainsi se défaire du risque qui y est attaché, il aura bien du mal à convaincre un acheteur, sauf à brader cet actif. Il va donc procéder de la manière suivante. S'il a consenti 100 *subprimes*, il va les réunir dans un portefeuille (une sorte de copropriété) puis diviser ce dernier en parts, par exemple 100, qu'il va ensuite négocier sur les marchés. L'astuce tient à ce que chaque part représente non pas un *subprime* mais 100 fois $1/100^{\text{ème}}$ de chacun des *subprimes* consentis. De la sorte en cas de défaut de l'un des emprunteurs, ce n'est pas un titulaire d'une part correspondant au prêt sinistré qui déplorera une perte de 100% mais chaque titulaire de part qui subira une perte limitée à 1%. Le risque a été substantiellement diminué, alors même que la rémunération demeure conséquente puisque calculée en considération d'une opération jugée risquée compte tenu de la faible solvabilité de l'emprunteur. On devine que dans ces conditions, acheter du *subprime* devienne un must des pratiques financières. Dès lors, les banques ont tout intérêt à prêter aux pauvres. Elles améliorent leur image, elles ne prennent aucun risque, enfin, elles distribuent des produits prisés par les investisseurs. Socialement, économiquement et financièrement, les banques ont tout bon ; un triple A en quelque sorte, pour reprendre la nomenclature des agences de notation.

Naturellement, toute pratique financière peut être améliorée. Ainsi va-t-on mélanger du *subprime* avec d'autres créances jugées plus sûres (par exemple des créances bancaires) pour consolider les produits de titrisation. On appelle cela des *Collateralised Debt Obligations* (CDO). L'idée, exacte en finance, au moins du point de vue de l'investisseur, est que la diversification du risque a pour conséquence de le réduire. Ainsi parvient-on à créer des produits monétaires, jugés sûrs, et du reste reconnus comme tels par les agences de notation. A ce moment, la finance peut susciter l'admiration. A partir d'un actif comportant une prise de risque maximum, elle construit un placement de bon père de famille. Simplement, la magie ne dure qu'un temps. Si les défauts des emprunteurs augmentent, de nombreux biens immobiliers sont mis en vente. L'immobilier baisse et dans le même temps la qualité des garanties consenties par les emprunteurs. La crise de l'immobilier s'accroît, le chômage augmente et le rythme des défauts s'accroît. Les biens immobiliers sont bradés...etc. Le risque devient alors infiniment supérieur à l'évaluation faite au départ. La dilution de ce dernier fonctionne désormais comme une dissémination. Le mal est partout, la défiance s'installe et la liquidité vient à manquer. Quant à la suite, elle est parfaitement connue.

Les capitalistes en défaut

En première analyse, les financiers se sont rendus coupables d'un comportement anticapitaliste. Le capitaliste a le désir de croître en faisant fructifier ses talents. Après avoir identifié ses points forts (et aussi ses points faibles), il engage son être dans une activité dont il attend des gains mais dont il sait également qu'elle peut susciter des pertes.

Lorsque les financiers font leur miel du *subprime*, ils espèrent des gains conséquents. Cependant, ils oublient tout le reste. Et ce faisant, délaissant les principes qui font la charpente de l'esprit capitaliste, ils construisent sur du sable.

Tout d'abord, ils refusent d'admettre ce qui est consubstantiel à tout engagement, à savoir la prise de risque. Le mal ne vient pas des marchés qui, lorsqu'ils fonctionnent correctement, constituent une formidable machine à diluer et à gérer les risques. Dans son principe, la titrisation reste un outil tout-à-fait performant. Le vice est dans la prestidigitation. Car alors, la maîtrise du risque passe ni plus ni moins par sa dissimulation. Les spéculateurs deviennent des autruches et comme celles-ci ne passent pas pour spécialement habiles, on comprend alors que les premiers jouent un contre-emploi.

Si le risque est abusivement effacé, c'est que préalablement, l'investissement a été artificiellement construit. Le prêteur ne peut être considéré comme un investisseur dès lors qu'en réalité, à travers le prêt consenti, il fabrique un produit financier qu'il s'empresse de céder à d'autres. Le premier investisseur dans l'affaire, c'est l'emprunteur qui, comme on dit, investit dans l'immobilier. Simplement, s'il est déjà aux limites de l'insolvabilité, ce qu'il met dans l'affaire confine au néant. En réalité, il espère s'en sortir grâce à l'augmentation de la valeur du bien acheté. Il compte sur la plus-value pour créer une richesse inexistante au départ. L'investissement se fonde dans l'espérance d'un gain. En quelque sorte, ce n'est pas l'acheteur qui investit dans la maison achetée mais cette dernière qui, compte tenu des plus values attendues, investit pour l'acheteur.

Cette mécanique fonctionne aussi longtemps que tous achètent. Et tous achètent aussi longtemps qu'ils restent convaincus d'une augmentation continue de la valeur des actifs. Achetons aujourd'hui car demain l'on achètera plus cher, tel est le mot d'ordre. En un mot, la mécanique inflationniste suppose un esprit moutonnier. Il faut que l'individu s'oublie pour n'avoir plus d'autres repères que le comportement de son alter ego. Il agit pour être sûr qu'un autre n'agira pas à sa place. Ce faisant, il adopte l'attitude contraire à celle d'un capitaliste normalement constitué qui, avant de s'engager, fait plus ou moins consciemment le bilan de lui-même. L'individu opère un curieux retour à l'homme sans qualités de jadis qui, peu conscient de sa singularité, acceptait de se fondre dans un collectif (v. chap. 6). A cette différence près qu'au lieu de faire pareil, il tente toujours de faire mieux.

Ainsi pourrait-on attribuer la crise actuelle non pas aux excès du capitalisme mais aux insuffisances des capitalistes.

Une carence partagée

En même temps, cette dernière proposition s'apparente à une pirouette. Les dites insuffisances sont de fait une conséquence de l'individualisme. Dès lors, constater que les individus ne sont pas à la hauteur des libertés qu'ils se sont accordées ne suffit pas à l'innocenter. Qu'on parle d'excès ou d'insuffisance, les crises du capitalisme révèlent malgré tout la face sombre de l'individualisme.

Dans la bourrasque actuelle, il n'y a pas que les traders dont la boussole s'est dérégulée. On leur reproche de faire commerce de tout, et donc de rien, de voir la richesse partout et le risque nulle part. Ils ne sont pas seuls¹⁸⁷. Cette disposition d'esprit se rencontre aussi bien loin

¹⁸⁷ V. sur ce point, l'essai polémique de Ph. Dessertine, *Ceci n'est pas une crise : (Juste la fin d'un monde)*, Editions Anne Carrière, février 2009.

des sphères financières. Une affaire récente montre qu'une quête approximative du salariat peut en être l'occasion¹⁸⁸.

La télévision offre depuis une dizaine d'années des émissions de « télé réalité ». Le genre s'essouffle mais il suscite des contestations qui, pour prendre une tournure judiciaire, sont de nature à s'éterniser. Certains participants ont soutenu, jusqu'à ce jour avec succès, qu'en réalité, ils avaient la qualité de salarié des entreprises ayant produit et réalisé les émissions. Ils ont exposé que soumis à des contraintes de la production, ils se sont de fait engagés dans un lien de subordination, caractéristique d'une relation de travail. Ce point peut être discuté mais en réalité, le débat n'est pas là. Les participants aux émissions ont plus vraisemblablement estimé que la diffusion de leur image à l'écran avait suscité d'importants flux de trésorerie et qu'à tout le moins, une partie de ceux-ci leur était destinée. Leur vocation salariale n'a d'autre but que servir cette cause-là.

Ne jugeons pas la moralité de cette stratégie procédurale. Ce jeu est réversible. Plus substantiellement, il est en revanche permis de s'interroger sur l'existence du travail. Non pas en raison des plaisirs supposés des participants. Car fort heureusement, là où il y a du travail, il n'y a pas que de la souffrance. Mais tout simplement parce qu'un doute naît sur la consistance de l'activité pour laquelle une rémunération est sollicitée. L'objet de la « télé réalité » est de montrer les individus tels qu'ils sont. Il ne leur est pas demandé de jouer mais d'être eux-mêmes (même si, en pratique, ils y arrivent plus ou moins bien). Or, pour travailler, il faut faire autre chose qu'être soi-même. Au reste, à supposer qu'il y ait un semblant d'activité, elle n'a aucun caractère professionnel. Le participant occasionnel ne peut sérieusement espérer faire profession de participer durablement et régulièrement à ce type de programmes. D'ailleurs, il ne cherche pas un salaire, mais plutôt une expérience, et sans doute aussi un brin de notoriété.

Qu'y a-t-il de commun entre le trader fou et la star d'un jour ? Principalement, obtenir beaucoup en faisant peu, sinon rien. Un peu d'inventivité donnera au financier la chance de créer, pour un temps, un secteur de marché hautement rentable. Un peu de temps, quelques menus efforts et un rien de complaisance dégageront peut-être les chemins de la gloire d'une consistance, il est vrai, exclusivement télévisuelle. L'un comme l'autre exagèrent la volonté de croissance au principe de l'action capitaliste. En un mot, ils maximisent.

Le lieu commun est incontournable : l'individualisme exacerbé conduit à la crise.

Moraliser le capitalisme ?

Si les crises s'inscrivent dans une logique individualiste et si l'on ne croie, ni ne souhaite un retour des structures collectives, il n'y a d'autres solutions que de « discipliner » les individus. D'où le thème récurrent de la moralisation du capitalisme qui, soit dit en passant, n'a rien d'absurde¹⁸⁹. Car si l'esprit du capitalisme repose sur une invitation faite aux individus de croître ici bas et d'y développer leurs virtualités, on peut, d'une part, lui concéder une valeur morale, d'autre part, consolider celle-ci en exigeant de ceux-là qu'ils fassent preuve de cohérence dans la mise en œuvre de leurs aspirations. Ce qui suppose a minima quelques scrupules éthiques avant de maximiser ses avoirs puisque, comme on le sait, une maximisation sans retenue conduit à la crise.

Les voies et moyens de la moralisation sont cependant difficiles à identifier. Porté par un certain charisme, l'appel au sursaut moral peut avoir de l'efficacité. En même temps, il demeure insuffisant. Les individus s'inscrivent plus aisément dans la normalité que la

¹⁸⁸ Par souci de transparence, le soussigné indique qu'il a consulté en faveur de la société ayant produit l'émission *l'Île de la tentation*.

¹⁸⁹ Quoique beaucoup restent convaincus du contraire ; v. dernièrement, représentative d'opinions répandues, la chronique de R. Castel, *Le glas a sonné pour le libéralisme sauvage*, in *Le Monde*, 27 février 2009.

moralité. Ils éviteront de faire ce qui est mal, ils ne tiendront pas longtemps à vouloir faire le bien. A défaut de morale, faisons donc du droit. Simplement, les dérèglements d'aujourd'hui ont mis en évidence l'inefficacité de la régulation financière. Amphigourique, la réglementation n'a pas permis d'éviter le désastre. Non pas que, par principe, les financiers soient des fraudeurs. Kerviel et Madoff restent des cas isolés. Mais tout simplement que la complexité de l'ingénierie financière est telle qu'elle permet d'éluder en toute légalité les contraintes réglementaires a priori les plus lourdes. Ainsi la titrisation s'est-elle développée sans jamais pâtir des exigences résultant des ratios de Bâle.

Modérons toutefois la critique des réglementations qui, à la longue, s'apparente à une plainte démagogique. Leur inefficacité tient souvent à leur localisme. Par exemple, le droit français est tel qu'il interdit la pratique des *subprime*. En effet, un banquier qui prête à un particulier doit le faire en considération de ses capacités financières et non seulement de la valeur de ses actifs. Simplement, cette règle ne vaut pas aux Etats-Unis et rien n'interdit les banquiers français de souscrire des contrats financiers qui contiennent du *subprime* fondu dans des produits titrisés. Sans être exagérément hexagonal, on peut ici se dire qu'une réglementation semblable au droit français à l'échelle de la planète nous aurait évité bien des peines.

Le propos n'est cependant pas d'élaborer dans ces dernières lignes le décalogue d'une réglementation financière pertinente. Il est, dans la logique de cet ouvrage, d'identifier les principes que les individus doivent intégrer s'ils veulent durablement vivre avec leur individualisme. Il n'y a pas beaucoup de marges dès lors que ces principes doivent avoir à la fois une portée juridique et une valeur morale. Il faut de la contrainte, mais, pour que cette dernière soit efficace, il importe également de persuader sans convaincre. Elle doit donc paraître naturelle. Sa nécessité ne doit pas faire grand doute.

L'objet du contrat : une vraie valeur

Les principes disponibles ne sont pas en nombre illimités. A part ceux qui sont inscrits dans le Code civil et dont il est avéré qu'ils marquent notre culture, on ne voit pas bien où puiser.

D'autant que, de fait, ils donnent de la tenue à une conception individualiste des relations sociales. Cette dernière s'appuie naturellement sur le contrat. En conséquence de quoi, une valeur éminente est reconnue à la volonté. Cependant, cette dernière ne suffit pas. Il faut également un objet sur lequel les parties s'accordent. Il n'est donc pas question de se satisfaire d'un libéralisme mal compris duquel il résulterait que toute chose vaut pour autant qu'elle est voulue. L'ambition est d'accrocher les volontés sur des données objectives propres à donner de la densité aux relations ainsi construites. Il ne suffit pas que les individus aient de la volonté, il faut que quelque chose soit voulu par eux.

L'objectif n'est pas seulement de protéger la volonté des parties en leur permettant de se décider de manière libre et éclairée en contemplation d'un objet précisément défini¹⁹⁰. Il est aussi et surtout d'éviter que les relations ne s'appuient sur du néant. Car s'il n'y a rien, ou si peu de choses, l'excès et les crises guettent. Dans la sphère financière, tout repose alors sur la confiance qui, faute de prendre appui sur quoi que ce soit de tangible, dégénère bien vite en simple croyance. Que la foi décline et le système s'écroule. Dans d'autres sphères, le contrat ainsi dénudé ne vaut aux yeux des parties qu'à la seule mesure des satisfactions qu'elles y trouvent. Que les affects vacillent et la relation entre en crise.

Ce qui se constate empiriquement se démontre d'ailleurs logiquement. A défaut d'un objet, le contrat n'est qu'une rencontre entre deux individus. Or, le sujet ne peut tenir lieu

¹⁹⁰ Sur les incertitudes de la volonté, v. le § « *l'illusion de la volonté* », chap. 7.

d'objet. Dans une société d'hommes libres, en effet, le sujet ne peut accepter une telle réduction puisque celle-ci amène à le considérer comme la matière même de la relation contractuelle. Comme cette dernière est contraignante, autant dire que la substitution du sujet à l'objet est une négation de la liberté du premier. Elle ne se conçoit donc pas. Et si elle se conçoit, elle n'est pas réalisable car le « sujet contractualisé » ne renonce jamais à sa liberté. Un jour ou l'autre, il reprend ses droits. De la sorte, à défaut d'objet, il est assuré que la relation manque absolument de points de référence. Elle est parfaitement volatile. Elle s'évapore au premier coup de vent.

Le retour aux sources civilistes de notre ordre social présente ainsi l'avantage de donner quelque consistance à la volonté de croissance. En exigeant que toute relation contractuelle ait un objet, notre vieux code civil permet de rappeler cette évidence qu'une croissance pérenne suppose sinon un travail, à tout le moins une activité que l'on soit capable de définir. A conduire cette dernière, l'individu se singularise et s'engage. Il risque quelque chose et peut espérer des gains légitimes. D'ailleurs, si l'activité peut être clairement appréhendée par autrui, celui-ci peut s'en approprier certains bénéfices pour espérer d'autres gains. Et si ces derniers sont nécessairement corrélés à une activité, cela rend incontournable l'examen des proportions. Il faudra bien que les individus s'accordent sur un juste rapport entre l'activité fournie et les gains obtenus. Aux questions que suscitent les insuffisances ou les excès du capitalisme, le droit civil ne fournit pas toutes les réponses. Il permet cependant d'organiser les réflexions à même de les identifier.

Néo-conservatisme ?

Ces dernières propositions peuvent être perçues comme la marque d'un conservatisme. Il faudrait d'ailleurs dire « néo-conservatisme » comme il est devenu d'usage. Peu importe les mots. Retenons que celles-ci s'inscrivent dans une logique évolutive et qu'elles sont tout le contraire de l'expression d'une nostalgie.

On se ressource principalement par manque de sources. C'est ainsi que l'innovation passe le plus souvent par l'exploitation de données issues de notre fonds commun. Simplement, ces dernières sont comprises autrement et là se trouve la nouveauté. L'objet du Code civil, pilier du rapport d'obligations issus du contrat, est aussi conçu comme le ciment de la relation interpersonnelle entre les contractants. Le contrat, c'est en quelque sorte un mariage sans époux et l'objet du contrat définit l'espace de cette petite communauté. Telle n'est plus (et ne peut plus être) la compréhension de l'objet. Celui-ci n'a plus pour fonction de créer du lien mais plutôt d'éviter le rien. Il n'est plus la condition d'une alliance, il est au principe de la croissance. Ainsi compris, le retour aux conceptions civilistes du contrat ne constitue pas une invitation à faire de l'ancien. Il est au contraire le moyen d'entrer dans une modernité maîtrisée, c'est-à-dire d'assurer la pérennité d'une société à l'intérieur de laquelle le souci de soi l'a définitivement emporté sur la conscience du tout.

Il est vrai que les conceptions d'antan n'avaient peut-être pas l'homogénéité qu'on leur prête rétrospectivement. Au temps du Code civil, il est des discours qui, au-delà du respect des alliances, valorise également le principe de croissance. Ainsi de Portalis lorsqu'il fait l'éloge de la propriété « *qui a vivifié, étendu, agrandi notre propre existence* », lorsqu'il s'émerveille devant « *l'industrie de l'homme, cet esprit de mouvement et de vie qui anime tout* », lorsque, enfin, il condamne l'esprit de décroissance de cette si convaincante sentence : « *l'état sauvage est l'enfance d'une nation, et l'on sait que l'enfance d'une nation n'est pas son âge d'innocence* »¹⁹¹. Il n'y aurait donc aucune espèce de modernité à défendre des thèses acquises de si longue date.

¹⁹¹ Fenet, tome XI, p. 115.

Sauf à relever que la nouveauté tient à l'espace qu'on accepte de leur donner. Longtemps, leur développement a été bridé par la lutte des classes. Par l'effet de cette dernière, la conception civiliste du contrat, et, à travers lui, des relations sociales, a été perçue comme un leurre. En fait, cette conception était au service de quelques propriétaires s'échangeant leurs biens au gré de leurs alliances. Dans les relations entre bourgeois et prolétaires, elle n'était qu'un moyen commode d'aliéner les seconds. A défaut de posséder quoi que ce soit, ces derniers n'avaient en fait d'objet à proposer que leur force de travail. Autrement dit, ils faisaient bien malgré eux don de leur personne. L'objet du contrat ne constituait qu'une utile référence pour masquer le fait de la subordination. Les choses ont changé. Le droit social a fait son œuvre et offert aux individus le principe d'une dissociation crédible entre force de travail et personne (v. chap. 6). De sorte qu'il est aujourd'hui permis d'offrir une seconde chance au contrat et aux conceptions qui l'accompagnent. Là se trouve à la fois la modernité et la cohérence.

