

La justice sociale saisie par la régulation

par

Alain Supiot

Professeur à l'Université de Nantes
(UMR CNRS 6028/MSH Ange Guépin)

Il est douteux qu'un enfant ait jamais rêvé de devenir professeur de droit. Pareille vocation ne peut naître que de l'exemple de quelques maîtres susceptibles d'illustrer la fonction, c'est-à-dire au seuil de l'âge adulte. Lorsque j'eus la chance de suivre ses enseignements, Jacques Normand formait avec le regretté Emmanuel Du Pontavice, le tout du corps professoral de droit privé de la jeune faculté de droit de Nantes. Dans cette faculté, installée dans des baraques à la lisière de la Ville et secouée de soubresauts post-soixante-huitards, ils surent tous deux forcer le respect de nos têtes rebelles, en témoignant d'une civilité universitaire également éloignée de l'autoritarisme et de la démagogie¹. Mais ils y parvenaient chacun à leur manière. Emmanuel Du Pontavice, faisait montre à notre égard d'humour distancié et de sympathie narquoise, allant jusqu'à satisfaire notre critique radicale des examens en nous donnant dès le début de l'année le sujet d'un examen terminal de droit commercial dont la durée était laissée à notre appréciation (ce qui nous amena à travailler comme des forcenés et à souhaiter dès l'année suivante le retour à la douceur des épreuves traditionnelles...). Jacques Normand pratiquait lui l'enthousiasme communicatif pour la chose juridique. Il savait rendre passionnante l'étude de ses arcanes les plus techniques, et pour rien au monde nous n'aurions manqué l'un de ses cours. Pour pallier le manque d'enseignants, il avait accepté d'en donner beaucoup, dans les matières les plus diverses, et tous étaient animés du même souffle pédagogique et de la même rigueur intellectuelle. Mais c'est bien sûr de son enseignement de la procédure que je suis le plus redevable, au point d'avoir acquis alors une conviction qui ne m'a pas quitté depuis : si l'on ne devait n'enseigner qu'une seule chose dans les facultés de droit, ce devrait être la procédure, c'est-à-dire l'art de mettre en question les vérités alléguées et la capacité de métamorphoser le pugilat en controverse. Conviction bientôt renforcée par la lecture de son œuvre, de son analyse du juge et du litige, qui allaient marquer fortement mes premiers choix d'objets de recherche.

Plus de trente ans plus tard, la figure du juge s'est sensiblement modifiée. D'un côté on dénonce la "judiciarisation" des rapports sociaux, de l'autre on promeut leur "procéduralisation". Et ces deux tendances se rejoignent dans l'apologie de la régulation, dont on attend semble-t-il qu'elle généralise les bienfaits de la procédure tout en nous épargnant les désordres du litige et l'encombrante présence du juge. Ayant déjà tenté ailleurs une critique de cette idée de régulation², il n'est pas utile de rouvrir ici ce débat. Issue de la physique et de la mécanique, le concept de régulation a été repris à son compte par la biologie moléculaire avant d'être appliqué à l'Homme

¹ Sur les avatars de cette faculté depuis sa création au XV^{ème} siècle, Cf. G.Emptoz (dir.) *Histoire de l'Université de Nantes 1460-1993* Presses Universitaires de Rennes, 2002, 364 p.

² "Critique de la régulation", préf. de l'édition Quadrige de *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2002.

et à la société par les économistes et les sociologues. Sa transposition récente dans le vocabulaire juridique³ n'est admissible que moyennant certaines précautions épistémologiques. Dans l'ordre des affaires humaines, il ne saurait y avoir de régulation sans régulateur, c'est-à-dire sans l'institution d'un Tiers qui est la marque distinctive d'un état de droit. Et dans un ordre démocratique, il ne saurait y avoir de régulation sans un équilibre entre les forces qu'on prétend réguler.

Employée sous ces deux conditions, la notion de régulation a l'avantage de relativiser le concept occidental de Droit et de faire place à d'autres formes de dogmaticité à l'œuvre dans d'autres civilisations. Son emploi peut donc se révéler fécond, notamment dans le domaine de ce qu'il est convenu d'appeler la justice sociale dans les rapports de travail. A l'heure de la mondialisation de l'économie, il n'est pas en effet de péril plus grand que de laisser libre court à la croyance naïve qu'a le monde occidental en l'universalité de ses catégories de pensée. La compréhension profonde des transformations de la vie de travail dans les pays du Nord exigerait de mobiliser les savoirs et l'expérience propres des pays du Sud. Car de même qu'on ne comprendrait rien à la situation présente de ces derniers si on ne prenait pas en compte l'omniprésence du modèle occidental, de même on ne comprendra pas grand chose aux évolutions anthropologiques à l'œuvre dans nos propres pays si on ne les regarde pas d'un point de vue extérieur, avec ce "regard persan" auquel nous invitait déjà Montesquieu⁴.

Envisagée d'un point de vue juridique, la régulation des marchés se présente comme un espace normatif à trois dimensions. En premier lieu la dimension des richesses qui s'échangent sur ce marché⁵, et dans le cas du marché du travail il s'agit de la richesse humaine, de l'intelligence et de la peine des femmes et des hommes au travail. En deuxième lieu la dimension des opérateurs qui agissent sur ce marché, c'est-à-dire essentiellement sur le marché du travail des entreprises qui emploient les travailleurs et des syndicats qui les représentent. En troisième lieu celle des régulateurs qui garantissent le bon fonctionnement du marché et qui prennent toujours à des degrés divers le visage du législateur ou celui du juge. Ce sont ces trois dimensions qui se trouvent aujourd'hui affectées par des changements qu'il ne faut ni sur-estimer ni sous-estimer, si l'on veut parvenir à les maîtriser. Prendre la mesure des transformations qui affectent chacune d'entre elles conduit à s'interroger sur les nouveaux équilibres qui s'y dessinent⁶.

³ Cf. la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE). Plus généralement v. M.-A. Frison Roche, "Le droit de la régulation", *D.* 2001, Chr., 610; et du même auteur : "Droit du travail et droit des sociétés : l'unité de la régulation des pouvoirs dans l'entreprise *Semaine sociale Lamy*, 2002, n° spéc. 1065, p. 49 sq.; J.Clam et G.Martin (dir.) *Les transformations de la régulation juridique* Paris, LGDJ, 1998, 449 p.

⁴ Cf. A.Cissé-Niang "L'interdiction internationale du travail des enfants vue d'Afrique", *Semaine sociale Lamy*, 2002, n° spéc. 1065, p.9 sq.

⁵ Sur l'idée de richesse dans la théorie économique, v. D.Méda *Qu'est-ce que la richesse ?* Paris, Aubier, 1999, 423 p.

⁶ La présente contribution prolonge la synthèse d'un séminaire tenu sous l'égide de l'Organisation Internationale du Travail à Lyon en janvier 2002. Elle doit beaucoup aux quatre rapports qui furent présentés lors de ce séminaire : S.Deakin "The Evolution of the Employment relationship"; A.-M. Frison-Roche "Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés"; M.J.Piore "The Reconfiguration of Work and Employment Relations in the United States at the Turn of the Century" ; B.Trentin "Le trasformazioni possibili dei sistemi di relazione industriale". Non encore publiés, ces rapports sont disponibles sur le site de l'OIT <www.ilo.org/public/french/bureau/inst/papers/confnce/lyon2002/index.htm>.

I - La richesse : les hommes et les femmes au travail

Cette première dimension de la régulation est celle des rapports individuels de travail et des droits individuels conférés aux travailleurs. Sur ce registre comme sur les autres, il faut distinguer ce qui ne change pas (les facteurs de stabilité), ce qui change (les facteurs de transformation) et ce qui se dessine (les perspectives de réorganisation)

1) *Ce qui ne change pas* pourrait se résumer dans la célèbre déclaration de Rabelais : "Je ne bâtis que pierres vives, ce sont hommes !"⁷. L'image de la pierre vive, est la plus parfaite qui se puisse donner des objets qui s'échangent sur le marché du travail. Elle permet de saisir d'emblée la singularité radicale de ce marché et la dimension structurelle d'une partie des problèmes qui s'y posent. L'économie de marché appréhende l'Homme à la fois comme un sujet libre et comme un objet déterminable et programmable, comme être souverain et comme être soumis. Cette ambivalence n'est pas propre au marché du travail. On peut la voir à l'œuvre par exemple dans les techniques de manipulation des consommateurs. Mais c'est seulement sur ce marché qu'elle prend une consistance juridique. Le travailleur salarié est à la fois objet et sujet d'un contrat, ce qui oblige à lui attribuer des droits qui limitent les effets de la dépossession de soi inhérente au contrat de travail et à reconstituer ainsi l'unité de la personne humaine.

Deux problèmes structurels se posent notamment au droit du travail, et continueront de se poser demain comme hier. Tout d'abord celui de la conciliation du temps bref de l'échange contractuel avec le temps long de la vie et de la reproduction humaine. Et ensuite celui de la conciliation de l'individualisation et de l'interdépendance, qui sont les deux fruits inséparables de la division du travail et des compétences, et qui sont toutes deux attisées par le progrès technique et amplifiées par la sécurité sociale. Cette double conciliation suppose que tout travailleur soit doté d'une identité professionnelle, qui l'assure sur le long terme du libre usage de ses capacités économiques. Faite d'un ensemble indissociable de droits et de devoirs, cette identité professionnelle inscrit le travailleur dans un système de solidarités qui, s'étendant de sa formation initiale à sa retraite, déborde nécessairement sa génération pour s'étendre à celle qui la précède et à celle qui lui succède. Dans le monde industriel, c'est l'emploi qui a constitué la pierre angulaire de cette identité professionnelle, le contrat de travail englobant un statut salarial défini de l'extérieur par la loi ou la négociation collective.

2) *Ce qui change*, en matière de statut professionnel, ce sont les institutions sur lesquelles repose le modèle de l'emploi, c'est-à-dire l'entreprise et la famille. Le statut salarial s'est construit dans un monde marqué par la nette séparation de la vie professionnelle et de la vie familiale, par la division des tâches entre l'homme, en charge des tâches du dehors et des revenus du ménage, et la femme, en charge des tâches du dedans et du bien-être du ménage. Il s'est aussi construit par référence à la grande entreprise industrielle, fortement insérée dans une économie nationale, dont le capital et le personnel étaient stables et l'organisation étroitement hiérarchique. Or depuis trente ans, la famille et l'entreprise ont changé. Leurs contours ont perdu de leur netteté et de leur stabilité, leur organisation hiérarchisée a été remise en cause, leur taille s'est réduite, et leur exposition aux risques s'est accrue. D'où une forte

⁷ Rabelais *Le Tiers Livre*, Ch.VI

érosion des protections qui découlaient sur la longue durée de l'appartenance à ces institutions : qu'il s'agisse de vie professionnelle ou de vie privée, un principe général d'incertitude s'étend sur la vie de chacun, tandis que le nombre de ceux qui basculent dans la précarité n'a cessé de croître.

3) *Ce qui se dessine* dans un tel contexte, c'est un déplacement des termes de l'échange salarial. Là où, sur le marché de l'emploi, s'échangeait de la subordination contre de la sécurité, deux échanges d'un type nouveau sont recherchés, qui n'ont pas encore trouvé d'expression juridique stable.

En premier lieu un échange entre d'une part la *mobilité* désormais exigée du travailleur et d'autre part ce que le jargon technocratique appelle "l'employabilité"⁸, mais qui serait mieux dénommé la *capacité professionnelle*. On ne peut en effet raisonnablement attendre d'un travailleur une aptitude à faire face aux transformations de son emploi ou à passer d'un emploi à l'autre, sans lui donner les moyens de cette aptitude. Vieille notion issue du droit romain, la capacité désigne justement l'aptitude à s'engager sur la scène juridique. On distingue traditionnellement les capacités de droit, qui procèdent de la qualification juridique de celui qui s'engage (par exemple la majorité civile, ou la nationalité) et les capacités de fait qui procèdent de son être concret (par exemple l'intégrité physique ou mentale)⁹. C'est parmi ces dernières qu'il conviendrait de ranger la capacité professionnelle, à la lumière notamment du concept de *capability* avancé par la théorie économique¹⁰. La capacité professionnelle, telle qu'elle émerge en droit positif¹¹, n'est pas en effet un attribut abstrait. Elle diffère d'une personne à l'autre et doit être formée et entretenue sur le long terme par des dispositifs appropriés, notamment de formation et de qualification, auxquels tous les travailleurs, salariés ou indépendants, doivent pouvoir accéder tout au long de leur vie.

En second lieu un échange entre la *responsabilité* du travailleur à l'égard des résultats de son travail et la *liberté* sans laquelle cette responsabilité n'a pas de fondement. Le salarié qui travaille dans un lien étroit de subordination n'est pas censé avoir de volonté propre. Il est le simple instrument de la volonté de son employeur. C'est pourquoi ce dernier est tenu responsable des fautes commises par son préposé dans l'exercice de ses fonctions¹². Bénéficiaire exclusif des réussites de

⁸ Il paraît en effet peu conforme aux droits de l'Homme, et notamment au principe de dignité, de faire place à l'idée qu'il existe des hommes ou des femmes "inemployables". Il n'est pas du reste d'être humain valide et sain d'esprit qui ne puisse s'employer à une tâche utile, et c'est donc bien plutôt la notion d'employabilité qui est juridiquement inemployable.

⁹ Cf. P.F. Girard *Manuel de droit romain*, 5^e éd. Paris, Rousseau, 1911, p.463 s.

¹⁰ Cf. sur ce concept de *capability* les travaux d'Amartya Sen, et notamment *Commodities and capabilities*, Amsterdam, 1985, North Holland Lectures in Economy, 7; *Inequality reexamined* Oxford University Press, 1992, trad.fr. *Repenser les inégalités*, Paris, Seuil, 2000; "Capability and Well-Being", in Nussbaum, M. and A. Sen (eds.) *The Quality of Life*, Oxford University Press, 1993.

¹¹ Cf. Convention relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage du 1er janv. 2001, art. 1er, et Règlement annexé, art. 14 (JO du 6 déc. 2000). La capacité d'insertion professionnelle est aussi l'un des quatre "piliers" des lignes directrices pour l'emploi arrêtées chaque année dans le cadre de la politique européenne de l'emploi ; sur ses développements possibles dans le champ communautaire, v. R.Salais : "Libertés et capacités : une perspective pour la construction européenne" *Dr. Soc.* 1999, 467; "Europe and the politics of capabilities : stakes and routes" *European Trade Union Yearbook*, 2001, 271.

¹² Cf. sur l'évolution d droit de la responsabilité en ce domaine, l'analyse de M.Fabre-Magnan, "Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations", *Semaine sociale Lamy*, 2002, n° spéc. 1065, p. 32 sq.

ses salariés, il lui faut subir les conséquences de leurs échecs. Cet équilibre est rompu lorsqu'on fait peser sur le travailleur des obligations de résultat ou lorsqu'à l'inverse on fait prévaloir la protection de sa liberté individuelle sur le pouvoir de direction de l'employeur¹³. Un nouvel équilibre ne peut alors être établi qu'en activant le couple liberté/responsabilité et en indexant le degré de responsabilité du salarié sur le degré de liberté qui lui a été consenti. Et cette activation n'est possible que dans le cas d'un travailleur doué de la capacité professionnelle requise par l'acte à accomplir.

A l'équilibre binaire entre dépendance et sécurité, tend donc à se substituer un équilibre ternaire entre liberté, responsabilité et capacité professionnelle. La recherche de ce nouvel équilibre s'est traduite par l'émergence d'une nouvelle génération de droits sociaux. Ces droits sont nouveaux par leurs objets qui étaient ignorés du salariat industriel : droits à la formation, à la concordance des temps, à la vie familiale, à la conversion et à la réorientation professionnelle. Ils sont aussi nouveaux par leur champ d'application, car ils ont le plus souvent vocation à s'étendre au-delà des frontières du salariat, aux petits travailleurs indépendants, semi-autonomes et parasubordonnés. Ils sont enfin nouveaux par leur nature, car il s'agit souvent de *droits de tirage sociaux*, qui permettent au travailleur de mobiliser, dans les limites d'une certaine provision, une solidarité collective pour exercer des libertés nouvelles¹⁴. Se répandent ainsi des formes nouvelles de sécurité qui ne sont plus conçues comme des contreparties de la subordination, mais comme des supports de la liberté, des sécurités actives qui accompagnent les initiatives du travailleur au lieu de les brider. La logique des droits de tirage sociaux est la même que celle qui prévaut aujourd'hui en matière de prévention des accidents du travail lorsqu'on remplace une protection passive, qui contraint le corps du travailleur et le soumet au fonctionnement de la machine, (tel l'enchaînement des mains qui empêche l'ouvrier de les exposer à la lame du massicot) par des mécanismes de sécurité active qui ajustent le fonctionnement de la machine au libre mouvement des hommes (telle la cellule photoélectrique qui empêche le massicot de sectionner les mains de l'ouvrier).

Si ces tendances se confirment, le fossé qui séparait dans le domaine économique et social les droits garantis (dits aussi "droits de.." ou "droits-résistances") et les droits virtuels (les "droits à.." ou "droits-créances") pourrait bien disparaître et avec lui la distinction habituellement opérée entre droits de l'Homme de la première et de la deuxième génération. Cette distinction a été justifiée par le fait que les droits civils de la première génération (liberté individuelle, propriété, etc.) viendraient borner le pouvoir des Etats tandis que les droits sociaux se présenteraient au contraire comme autant de créances dont la valeur demeurerait suspendue à une intervention positive des pouvoirs publics¹⁵. Cette opposition perd chaque jour de sa pertinence. Les nouveaux droits sociaux qui émergent aujourd'hui relèvent autant du domaine des libertés que de celui des créances. Et à l'inverse le droit de propriété, droit réel par excellence, se transforme en simple créance dès lors qu'il porte sur des choses immatérielles et ne s'exprime plus par la possession physique des objets sur lesquels

¹³ Cf. par exemple en France la jurisprudence de la Cour de cassation garantissant au salarié une sphère de liberté personnelle dans l'usage de son ordinateur professionnel (Soc. 2 oct. 2001, *Dr. Soc.* 2001, 1039, obs. J.-E.Ray).

¹⁴ Sur cette notion, v. A.Supiot (dir.) *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris Flammarion, 1999.

¹⁵ Cf. F.Sudre *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 5^e éd. 2001, n^o21, p.38 s. et n^o133 s., p.197 s.

il porte. La propriété intellectuelle, les marques, les brevets, dont on sait l'importance nodale dans la globalisation de l'économie, n'ont d'existence qu'au travers des lois qui les consacrent, au même titre que le droit à la sécurité sociale, à la santé ou à l'éducation.

Dès lors que les droits économiques et les droits sociaux se situent ainsi sur le même registre, et ne peuvent plus être hiérarchisés selon leur plus ou moins grande densité juridique, de nouvelles voies s'ouvrent à leur conciliation. Ce n'est pas la moindre leçon de la dernière réunion de l'Organisation Mondiale du Commerce que d'avoir fait céder le droit des brevets pharmaceutiques devant le droit à la santé des populations africaines frappées par la pandémie du SIDA. La même leçon peut être tirée des mesures draconiennes prises aux Etats-Unis pour lutter contre le terrorisme à l'anthrax : il n'a fallu guère plus de 48 heures pour que le Gouvernement fédéral fasse plier les droits des industries pharmaceutiques devant le droit à la santé. Ces précédents pourraient avoir une portée considérable dès lors qu'une Autorité serait chargée de concilier au plan du commerce international le respect des droits économiques et celui des droits sociaux.

II - Les opérateurs : l'entreprise et le syndicat

Cette seconde dimension de la régulation est celle des relations collectives de travail et des droits collectifs des travailleurs.

1) *Ce qui ne change pas* en ce domaine c'est le besoin de rapports équilibrés entre opérateurs sur le marché du travail. Ce marché ne peut exister que si l'on appréhende le salarié à la fois comme l'égal de l'employeur et comme son subordonné. Il faut qu'il soit son égal pour que leur relation soit de nature contractuelle; et il faut qu'il lui soit subordonné pour que l'employeur puisse user des droits que ce contrat lui donne. Cette antinomie est donc inhérente au contrat de travail, qui combine le principe d'égalité et le principe hiérarchique. Elle est à la source d'un déséquilibre structurel qui ne peut être corrigé qu'en instituant un plan de relations collectives, où soient restaurées les conditions de l'équilibre contractuel. En termes de régulation, ceci implique l'existence sur le marché du travail d'opérateurs qui négocient sur un pied d'égalité les conditions d'exploitation de la « ressource humaine ». Du côté patronal ces opérateurs sont les entreprises ou leurs représentants. Du côté salarial, ce sont historiquement les syndicats qui ont joué ce rôle.

2) *Ce qui change*, c'est le cadre d'action de ces opérateurs. Dans le monde industriel l'action économique des entreprises et l'action collective des syndicats s'inscrivaient toutes deux dans un même cadre juridique national, qui imprimait ses formes à l'organisation du marché du travail. Les relations collectives de travail étaient placées sous l'égide d'un même droit national, qui s'imposait également aux entreprises et aux syndicats. Avec la libre circulation des marchandises et des capitaux, les entreprises s'émancipent de ce cadre juridique national au contraire des syndicats dont l'action demeure enfermée dans les limites géographiques et juridiques des Etats. Ce déséquilibre est particulièrement visible en droit communautaire, qui donne une portée transnationale à la liberté d'établissement et de prestation de service des entreprises, mais qui exclut l'action syndicale et la grève de son champ de compétence.

Les syndicats se trouvent par ailleurs affaiblis par l'individualisation des modes de vie et des comportements, qui sape l'homogénéité des collectifs de travail, fait décliner l'audience et l'adhésion syndicale et rend improbable l'affirmation d'un intérêt collectif où tous les travailleurs puissent se reconnaître. IL y a longtemps que le droit du travail n'est plus le "droit de classe" dépeint par Josserand, cette classe ouvrière, soudée par l'identité de ses droits, partageant les mêmes références politiques et culturelles. Embrassant désormais la grande majorité de la population active, l'empire du salariat tend à se fragmenter en intérêts divers et contradictoires dont la représentation unitaire est de plus en plus difficile à opérer.

Les syndicats sont dans le même temps concurrencés par de nouveaux groupes identitaires. L'essor de ces groupes est particulièrement visible aux Etats-Unis où ils se sont développés depuis trente ans sur le modèle du mouvement des *civil rights* qui a soudé la communauté noire dans les années soixante et lui a permis de lutter contre les discriminations dont elle était victime¹⁶. Ce modèle d'action collective, qui fait une part importante à l'action judiciaire et se fonde sur des solidarités non-salariales, s'est généralisé par la suite et a servi à défendre les intérêts des groupes les plus divers : les femmes, les minorités ethniques, les homosexuels, les immigrés, etc. Bien que moins marquée en Europe, cette tendance s'y retrouve également avec la place croissante occupée sur la scène sociale par les associations de défense des femmes, des immigrés, des chômeurs, des sans-papiers, des homosexuels, etc. Ce sont aujourd'hui ces associations, bien plus que les syndicats, qui incarnent, notamment dans l'esprit des jeunes, les valeurs de l'engagement. Elles tirent leur représentativité de leur efficacité, de leur capacité à mobiliser les médias et à se faire reconnaître comme partenaires légitimes par les Etats et les organisations internationales.

Pour ces différentes raisons, l'équilibre des forces entre les entreprises et les syndicats se trouve aujourd'hui rompu au détriment de ces derniers. Cette rupture d'équilibre est sans doute le facteur le plus puissant de dérégulation sociale. Elle s'est traduite aux Etats-Unis par l'effondrement du système de négociation collective mis en place à l'époque du *New Deal*. En Europe, elle se traduit à la fois par une désyndicalisation et par ce que Bruno Trentin, grande figure historique du syndicalisme italien, qualifie aujourd'hui de "désintégration corporative" du mouvement syndical¹⁷. Faute de pouvoir ou de vouloir encore représenter l'intérêt collectif des salariés, les syndicats sont tentés de se replier sur la défense de groupes professionnels étroitement définis, i.e. de ceux qui disposent encore d'un rapport de force suffisamment favorable pour défendre leurs intérêts particuliers fût-ce au mépris de l'intérêt des autres travailleurs. Cette tendance, particulièrement manifeste dans la fonction publique, se répand aussi chez certains travailleurs indépendants associés à une mission d'intérêt général, comme par exemple les médecins, qui n'hésitent plus à faire grève et à refuser de soigner leurs malades pour défendre leurs revenus ou leurs conditions de travail.

Cette dégénérescence corporative n'est au fond que la projection, dans l'ordre syndical, d'un modèle économique qui entend affranchir les opérateurs de toute considération autre que la recherche de leur propre profit. Ce modèle de capitalisme

¹⁶ Cf. M. Piore *Beyond Individualism* Harvard University Press, Cambridge (MA) 1995, 215 p.

¹⁷ Cf. plus généralement son analyse des transformations de relations de travail : B. Trentin *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, Milan, Feltrinelli, 1997; et du même auteur "Un nouveau contrat de travail", *Dr. Soc.* 1999, 472.

prédateur est aujourd'hui hautement défendu par certains dirigeants entreprises et avalisé par certaines organisations internationales qui dénie le principe même d'une responsabilité sociale des entreprises¹⁸. Il n'est donc pas surprenant que, par un effet miroir, il donne jour à un syndicalisme prédateur, indifférent lui aussi à ses "externalités négatives".

3) *Ce qui dessine* dans un tel contexte, c'est un déplacement de l'objet des relations collectives. Dans le modèle industriel, ces relations avaient un objet purement économique. Il s'agissait de définir au plan collectif les termes d'un échange entre des quantités : montant des salaires contre durée du travail. Ces éléments demeurent bien sûr présents aujourd'hui, mais ils ne sont plus que les éléments d'un problème plus vaste : celui de l'insertion de l'économie dans la société. Les relations collectives débordent en effet la sphère économique dès lors qu'elles ont pour objet, non pas seulement l'échange salarial, mais la conciliation des intérêts des entreprises avec ceux de la société dans son ensemble. La représentation, l'action et la négociation collective prennent alors une dimension qualitative qui s'exprime de façons diverses selon les pays.

En terre étasunienne, historiquement rebelle à l'interventionnisme des pouvoirs publics dans les relations de travail, l'action des groupes identitaires procède essentiellement du principe d'égalité devant la loi, et de son corollaire la prohibition de toute discrimination fondée sur l'identité. C'est l'affirmation d'une identité distincte (*afro-american, hispano-american, "gay-american", "gender-american",* etc.) qui fournit le ressort de l'action collective et permet de se voir reconnaître des droits particuliers que les entreprises, pour se prémunir de coûteuses condamnations judiciaires, intègrent dans des codes internes de comportement.

En terre anglaise, de nouvelles opportunités sont offertes à l'action collective par la doctrine de la gouvernance d'entreprise (*corporate governance*)¹⁹. Pour éviter qu'elle se limite à la défense des intérêts financiers à court terme des actionnaires, il faudrait qu'elle englobe ceux de tous les partenaires de l'entreprise. Ce glissement de l'actionnariat au partenariat permet aux théories du *stakeholding*²⁰ d'ouvrir les relations collectives à un éventail élargi de groupes d'intérêts : ceux des travailleurs dans leur diversité, mais aussi ceux des consommateurs, des femmes, des défenseurs de l'environnement, des minorités, etc.

En Europe continentale le déplacement de l'objet des relations collectives se marque par le développement sous l'égide des pouvoirs publics d'une négociation collective de type relationnel plutôt que transactionnel. Il s'agit de s'accorder sur des projets plutôt que sur des objets, de soutenir des trajectoires plutôt que de définir des

¹⁸ Cf. le témoignage de l'ancien vice-président de la Banque Mondiale et prix Nobel d'économie Robert Stiglitz *Globalization and Its Discontents*, New-York, W.W.Norton, 2002, trad. fr. *La grande désillusion* Paris, Fayard, 2002.

¹⁹ Cf. A.Tunc : Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 1, pp.59-72; J.-Ph. Robé *L'entreprise et le droit*, Paris, PUF, 1999, coll. Que sais-je ?, p. 80 sq.; N.Decoopman : Du gouvernement des entreprises à la gouvernance, in *La gouvernabilité*, ouv. coll. Paris, PUF, 1996, p.105 s.; B.Brunhes : Réflexions sur la gouvernance *Dr. Soc.* 2001, 115.

²⁰ Cf. P.Ireland : Corporate Governance, Stakeholding and the Company : Towards a Less Degenerate Capitalism ? *Journal of Law and Society*, 1996, 287; S.Deakin & A.Hughes (dir.) *Enterprise and Community : New Directions in Corporate Governance*, Cambridge, Blackwell, 1997.

positions professionnelles. Le recours croissant à des accords cadres²¹, l'émergence d'une négociation territoriale²², l'exigence de représentation majoritaire²³, sont autant de signes de cette transformation des relations collectives et des moyens de prendre en compte l'extrême diversité et hétérogénéité des intérêts en jeu.

Par delà la diversité des expériences nationales, quelques données communes se retrouvent partout. Partout le syndicalisme se trouve à une croisée des chemins, soit qu'il parvienne à se réorganiser dans des réseaux incluant les autres formes d'action et de représentation collective, soit qu'il cède à une désintégration corporative en se repliant sur la défense de groupes professionnels de plus en plus étroitement définis et de plus en plus indifférents au sort des autres travailleurs. Partout se fait jour le besoin d'un cadre juridique pour de nouvelles formes d'action collective (labels, boycotts, etc.) qui, au-delà de la grève, permettent de transcender les frontières nationales et de lier l'action des travailleurs à celle d'autres groupes d'intérêts (consommateurs, défenseurs de l'environnement, femmes, immigrés, sans-logis, sans-papiers, etc.)²⁴.

III - Les régulateurs : le Législateur et le Juge

Cette dernière dimension de la régulation est celle du Tiers garant des échanges qui s'opèrent sur le Marché. Ici encore, nous nous sommes attachés à distinguer facteurs de stabilité, facteurs de transformation et perspectives de réorganisation.

1) *Ce qui ne change pas*, c'est le besoin structurel d'un Tiers garant des échanges. Il n'y a pas en effet de marché sans contrat, pas de contrat sans loi et pas de loi sans juge. La force de cet impératif s'exprime particulièrement bien dans l'évolution du marché du travail américain. L'effondrement, ou à tout le moins le considérable déclin du système de *collective bargaining* a conduit à une montée en puissance des sources hétéronomes du droit. Face au reflux du droit conventionnel du travail le Gouvernement fédéral est intervenu pour régler divers aspects des relations de travail (égalité de traitement, mais aussi santé et sécurité, protection des travailleurs âgés et handicapés, encadrement des systèmes de pensions, congés parentaux, licenciements, etc.). Quant au juge, il a été de plus en plus souvent saisi par les salariés les plus fortunés, c'est-à-dire principalement des cadres supérieurs. Mais le règlement de ces litiges a été la source de précédents formant une jurisprudence sociale dont tous les travailleurs peuvent exiger le respect.

2) *Ce qui change*, c'est le visage, ou plutôt les visages pris par ce Tiers régulateur. Deux tendances fortes se dégagent ici.

²¹ M.-L. Morin et F. Teyssié, "L'accord cadre", *Dr. Soc.* 1988.741 ; Chr. Vigneau : L'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée *Dr.Soc.* 1999, 928; S. Frossard : "L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par des conventions de champ d'application plus large", *Dr. Soc.* 2000, 617.

²² M.-L. Morin, Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale, *Dr.Soc.* 1999, 681.

²³ M.-L. Morin : Principe majoritaire et négociation collective : un regard de droit comparé *Dr.Soc.* 2000, 1083 s.; J.Pélissier : Droit des conventions collectives. Évolution ou transformation, in *Mélanges J-M Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, 95 s.; G.Borenfreund : L'idée majoritaire dans la négociation collective, *Mélanges M.Despax*, Presses Univ.Toulouse, 2002, 429.

²⁴ Cf. Revisiter les droits d'action collective, *Dr.Soc.* 2001, 687.

Tout d'abord la fragmentation de la figure du Tiers Régulateur. Cette fragmentation est une constante, même si elle se manifeste sous des formes différentes selon les pays. Nulle part il n'y a déclin du rôle du législateur. Bien au contraire son rôle s'accroît là où il était restreint, comme aux Etats-Unis, et il augmente là où il était déjà important comme le montre l'inflation législative française. Mais le législateur n'a plus nulle part le monopole de la régulation. Il doit compter en Europe avec l'influence grandissante des organes communautaires, qu'il s'agisse des directives du Conseil, des accords légiférants négociés par les partenaires sociaux ou de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes et, à un moindre degré, de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Au niveau infra-national, la fragmentation peut se traduire par la multiplication d'Agences spécialisées, comme aux Etats-Unis, ou bien par un rôle accru du droit conventionnel, comme en Europe continentale.

La seconde tendance générale est la montée en puissance du rôle du juge. Laissant la place laissée vacante par le déclin syndical, le juge est appelé à intervenir de plus en plus souvent dans les relations de travail. Son rôle se trouve aussi accru par l'individualisation des droits sociaux, qui tout à la fois nourrit la jurisprudence et est nourrie par elle. Pour se prémunir de l'intervention du juge, les entreprises peuvent être tentées de recourir à l'arbitrage. Le point de fuite de cette évolution est alors la privatisation de la figure du Tiers, comme on peut le voir dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis, admettant la licéité des clauses compromissaires dans les contrats de travail²⁵.

Faute d'être maîtrisées, ces évolutions sont évidemment cause de complexité et d'insécurité juridique. Elles conduisent à livrer certaines situations à l'hypernomie, à l'excès de règles, tandis que d'autres situations sont abandonnées à l'anomie, à l'absence de règles. D'où ces débats absurdes dont l'actualité française donne l'exemple, entre les tenants d'un tout-conventionnel, qui prétendent se passer de Régulateur, et ceux d'un tout-législatif, qui refusent toute autonomie aux partenaires sociaux. Ni l'anarcho-capitalisme des uns, ni le caporalisme d'Etat des autres ne sont des voies juridiquement praticables. Le problème n'est pas en effet de choisir entre la loi et le contrat, entre régulateur et opérateurs, mais de permettre que chacun puisse jouer pleinement son rôle.

3) *Ce qui se dessine*, ou pourrait se dessiner dans cette voie, ce sont les trois orientations suivantes.

En premier lieu un recentrage du Régulateur sur ses missions. Celles-ci consistent à garantir les droits fondamentaux de l'Homme au travail et à fixer les procédures propres à assurer leur mise en œuvre. Ces deux aspects sont également nécessaires. Il est aussi illusoire pour le Régulateur de prétendre dicter le détail des règles qui doivent régir les relations de travail, que de se décharger de la définition de l'ensemble de ces règles sur les opérateurs.

²⁵ Admise en termes généraux dans une première décision du 21 mars 2001 (*Circuit City Stores, Inc. v. Adams* 121 S. Ct. 1302 [2001]), cette possibilité d'échapper au juge a été ensuite restreinte par une seconde décision du 21 janvier 2002 (*Equal Employment Opportunity Commission v. Waffle House, Inc.* 122 S.Ct. 754 [2002]), qui l'a déclarée inopposable aux victimes de discrimination.

En deuxième lieu une séparation des opérateurs et des régulateurs. Cette séparation est une exigence commune à tous les marchés. Elle traduit la résurgence contemporaine de la vieille distinction du Pouvoir et de l'Autorité, qui s'était estompée depuis la naissance des Etats modernes. Un tel impératif devrait conduire à repenser les formes prises par le tripartisme. Il est nécessaire que les Etats et les partenaires sociaux puissent se retrouver dans des structures communes. Mais il est contraire aux principes de base d'une saine régulation qu'ils s'y trouvent mis sur un pied d'égalité et que la représentation d'intérêts particuliers soit ainsi confondue avec celle de l'intérêt général. Cette nécessaire séparation des régulateurs et des opérateurs devrait conduire en particulier à repenser le fonctionnement de la Conférence internationale du travail. La présence conjointe des représentants des partenaires sociaux et des Etats au sein de l'OIT ne deviendra une force et une source de dynamisme face aux autres organisations internationales que le jour où leurs attributions et responsabilités respectives seront clairement distinguées et articulées.

En troisième lieu, la création de véritables Autorités sociales de marché à l'échelle internationale. Cette orientation est celle prise par l'Union Européenne, dont l'expérience quarantenaire montre que l'ouverture des frontières à la libre circulation des marchandises et des capitaux ne peut s'opérer durablement sans la fixation de règles communes en matière de relations de travail. A l'échelle mondiale, ce besoin d'une Autorité sociale pose évidemment la question des rapports entre l'OIT et l'OMC. Il est urgent d'organiser la division du travail entre ces deux institutions. Dès lors qu'un litige commercial pose un problème de niveau de protection sociale, ce problème devrait constituer devant l'OMC une question préjudicielle relevant de la seule compétence de l'OIT. L'instauration d'un tel mécanisme supposerait bien sûr que l'OIT se dote d'un organe de règlement des litiges, c'est-à-dire d'une compétence juridictionnelle. La figure du Juge est en effet la seule figure juridique universelle. Tandis que la fixation *a priori* de clauses sociales dans les traités du commerce international peut être soupçonnée de protectionnisme des pays du Nord, la méthode judiciaire permet au contraire de prendre en compte au cas par cas les inégalités de niveaux de développements entre les pays concernés par le litige. De cette casuistique pourraient se dégager progressivement des règles qui ne seraient pas la projection des normes des pays du Nord sur les pays du Sud, mais le fruit d'un arbitrage équilibré entre les intérêts des uns et des autres.