

## L'esprit de Philadelphie

# Des fondamentaux bien assés, mais que faire ?

par Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur d'université, directeur de la *Regulatory Law Review* (RLR)

L'ouvrage d'Alain Supiot (1) part de la *Déclaration de Philadelphie* qui, en 1944, pose des droits sociaux universels, que les nations avaient vocation à appliquer à travers l'OIT pour construire un ordre juridique international nouveau. Il souligne la force dogmatique du texte, puisqu'il s'agit de créer des droits et des lois qui ne préexistent pas, en réaction à tout ce qui a nourri les atrocités des guerres, à savoir le scientisme et l'idée d'une nature que le droit viendrait relier, notamment par les textes raciaux, et dont il ne pourrait se départir. Ainsi, il en serait de même aujourd'hui du scientisme économique, qui présente le marché, nouvel état de nature, dont le droit ne pourrait que refléter la violence, la globalisation des échanges étant alors une fatalité, heureuse pour certains, certes regrettable pour d'autres mais dans cette dimension-là hors de la sphère du droit.

Alain Supiot se dresse contre ce nouveau scientisme, tout aussi destructeur des hommes que les précédents, les réduisant lui aussi à des sortes d'insectes, interchangeables, à observer, à classer, à licencier en masse, la biologie se rapprochant d'ailleurs de la science économique en la matière, à travers la notion-clé de sélection. Il faut en revenir à « l'esprit de Philadelphie », c'est-à-dire non pas une situation observée, révélée, mais au contraire à une situation humainement construite par le droit. L'essentiel est alors le principe nouveau à l'époque de « dignité humaine », qui suppose que l'on reconnaisse que l'Homme n'est certes pas désincarné, mais ne peut pour autant être traité comme simple animal. Pour être véritablement libre, l'Homme doit être protégé de la peur et du besoin (lien entre liberté et sécurité). Cette sécurité est celle du corps, elle est aussi d'une façon plus globale la *sécurité économique*, qui conduisait le texte de 1944 à construire la notion de *justice sociale*, qui lie étroitement sécurité économique et égalité des chances. La mise en œuvre est confiée à l'OIT, institution édifée en 1919 et nécessairement internationale, puisqu'il s'agit de droits universaux.

Or, Alain Supiot constate qu'aujourd'hui tout va à l'encontre de ce texte fondamental, de l'esprit qu'il exprime en ce qu'il avait posé les mécanismes économiques et financiers comme étant au service de la sécurité économique, c'est-à-dire de la justice, les moyens ayant donc remplacé la fin, sous couvert de libéralisation des échanges. Citons l'auteur dans son diagnostic : « Au lieu d'indexer l'économie sur les besoins des hommes, et la finance sur les besoins de l'économie, on indexe l'économie sur les besoins de la finance et on traite les hommes comme du "capital humain" au service de l'économie » (p. 25).

Voilà pour la description de l'ouvrage. Passons au commentaire. Il sera de deux ordres, quant à sa pertinence et quant à son utilité.

Mais avant et comme chacun, je tiens à exprimer combien j'admire l'érudition, la clarté, l'économie d'écriture, la fermeté de la pensée d'Alain Supiot. Chacun gagne à le lire, surtout s'il pense différemment. J'ai pour ma part de la chance car je ne partage pas toutes les opinions de l'auteur et j'ai donc particulièrement apprécié son livre parce qu'on ne peut jamais balayer d'un revers de main ce qu'il écrit. Ainsi, lorsqu'il insiste sur le fait que la *Déclaration de Philadelphie* est dogmatique, et que c'est une qualité majeure du droit que de créer du nouveau, d'être artificiel, de résister donc à la nature (dont on nous rebat les oreilles par ailleurs, discours général liberticide dont Elisabeth Badinter nous met également en garde avec grande raison, car les libertés sont construites par le droit et contre la nature), il met en valeur la première raison qu'il y a d'être juriste : pouvoir créer de l'artefact et en cela se désengluier d'un système naturel de force pour aller vers une adéquation du droit et du juste. Il est essentiel de l'écrire, surtout dans ces matières économiques, dont le pire serait que nous croyions nous-mêmes qu'elles ne seraient que techniques.

Il reprend en outre un thème que l'on retrouve dans tous ses travaux, à savoir la méfiance que le droit doit avoir à l'égard de la volonté, parce que la volonté du faible est ce par quoi celui-ci s'aliène, et qu'il convient alors que des mécanismes extérieurs (juge, loi, conven-

(1) Le Seuil, 2010, 178 p.

tion collective) la contrecarrent (pp. 48 et s.). En cela, on retrouve chez l'auteur la trace de ses nombreuses études comme spécialiste du droit du travail, alors qu'un spécialiste du droit des affaires, qu'on appelait naguère le « droit des forts », donnerait plus de marge à la volonté. Il est vrai que si l'on se défie de la volonté, alors on se défie des marchés, car ceux-ci fonctionnent sur des contrats-échanges, c'est-à-dire des expressions de volonté. En droit, on est plus ou moins sensible aux volontés ou aux situations, même si les deux se mêlent toujours. Alain Supiot est davantage sensible aux situations.

De la même façon, l'ouvrage reprend l'autre mise en garde présente dans tous les écrits de l'auteur, qui cantonne la quantification légitime à l'objet naturel, et l'exclut lorsqu'il s'agit d'objets sociaux ou politiques, donc des humains par excellence (pp. 81 et s.), car cette opération de quantification les réduit à n'être plus que des chiffres, dont le pouvoir peut ainsi disposer. En cela, comme on pouvait s'en douter, le rapport *Doing Business* est critiqué par l'auteur dans son principe même (pp. 67 et s.). Fondamentalement, et on ne peut que le suivre sur ce point fondamental, Alain Supiot oppose cette quantification mécanique au « sens de la mesure », par lequel le Droit exprime la valeur aristotélicienne du Juste (pp. 115 et s.), l'unité de mesure devant être l'objectif de justice sociale.

Mais, et c'est là mon premier ordre de commentaire, tenant à la pertinence du propos: « qui veut tuer son chien l'accuse de la rage ».

Sur bien des points, l'auteur vise des mouvements qu'il désigne comme idéologiques alors qu'ils ne le sont pas nécessairement. Ainsi, il vise sans cesse les « ultralibéraux » (façon qu'ont de désigner les libéraux ceux qui ne les approuvent pas), qui poseraient le marché comme état de nature, donc totalitaire, instrumentalisant le droit et réduisant l'homme au statut de fourmi. On ne peut qu'adhérer à tous les développements de l'ouvrage qui critiquent le modèle du marché, présenté comme « autorégulé » ou comme exprimant toute vie sociale (pp. 75 et s.). Mais Alain Supiot ne cite quasiment que des auteurs tenants d'un marché « spontané », somme toute minoritaire (Hayek ne résume pas toute la doctrine). Madame Thatcher est désignée comme une idéologue ultralibérale, mais, dans les faits, elle a libéralisé l'industrie britannique non par esprit de doctrine, mais pour remplir les caisses du Trésor public qui étaient complètement vides. De la même façon, il est trop facile de dire que l'État a renfloué les banques parce que les fonctionnaires et les ministres sont aujourd'hui des avocats d'affaires d'origine, alors que c'est bien à l'État d'empêcher le déclenchement et la propagation du risque systémique. La privatisation des services publics est désignée comme une « prédation » (p. 53) et imputée à des méchants (ceux qui reprennent le « credo ultralibéral »), etc. Mais il ne faut pas user systématiquement d'un vocabulaire stigmatisant les autres, qui seraient bien découragés à lire ce livre qui les désigne comme des personnages immoraux. De la même façon encore, le livre dénonce le droit qui n'adopte le raisonnement téléologique, notamment en droit communautaire, que pour faire triompher le marché et enfoncer les droits sociaux privés d'une telle manière de raisonner (pp. 120 et s.), mais tout le droit de la régulation, qui met en équilibre le droit de la concurrence et d'autres principes (par exemple de ser-

vices publics, dont sociaux) est construit sur ce type de raisonnement.

Plus fondamentalement et au contraire, en économie aussi, on sait que le marché est construit et ne peut fonctionner sans institutions et sans droits, sans droit pour construire des institutions sans lesquelles les marchés ne fonctionnent pas, droits des travailleurs (et pas seulement des offreurs et des demandeurs). Des économistes, comme Étienne Wasmer, ont montré que le marché du travail était atteint si les hommes étaient traités comme des fourmis, et non seulement dotés d'une volonté réduite au service de l'intérêt de l'autre. De très nombreuses études ont montré que l'entreprise était atteinte si le « contrat moral » entre elle et les travailleurs était rompu parce que ceux-ci étaient traités comme des objets vendables, jetables. Que l'on estime dans un second temps, et parce que l'entreprise est un nœud de contrats, qu'il y faille plus ou moins de prérogatives données aux travailleurs, par rapport à celles données aux actionnaires (*shareholders/stakeholders*), est une autre question, de nature politique, de nature dogmatique précisément.

Prenons un autre exemple, sans cesse repris par l'auteur: l'infailibilité des marchés. Il est difficile de suivre ce que l'auteur fait exprimer par cette expression, alors même que les travaux économiques montrent précisément la « myopie » des marchés et leur difficulté à engendrer des prix exacts. Il est vrai que le vocabulaire n'aide pas les libéraux (toujours qualifiés d'« ultra »), par l'expression d'usage de « juste prix », car le « juste prix » peut être très « injuste »: ainsi, comme le disait Adam Smith, dans un désert, le juste prix de l'eau est plus élevé que celui du diamant. C'est injuste pour celui qui va mourir de soif et n'a pas les poches pleines de diamants, mais c'est un prix exact. Dans un tel cas, le prix exact est un prix injuste. Si le bien est essentiel, l'État (dont l'économiste libéral reconnaît la place première) interviendra, par exemple par la réglementation, pour que le prix soit juste.

Mon second angle de commentaire est celui de l'utilité du livre d'Alain Supiot, au-delà du fait qu'il est toujours utile d'apprendre l'ampleur d'un désastre (dont je ne doute pas quant au recul décrit des droits sociaux face à la puissance des marchés économiques et financiers), de réfléchir sur les idées à mettre en œuvre (dont pour ma part je doute davantage): *Quid facere?* Ce « marché », qui s'ampute lui-même de sa dimension sociale, alors qu'elle lui est vitale et finalement de même nature que le marché concurrentiel, à savoir aussi artificiel que celui-ci dans la construction juridique de ses équilibres, faisant advenir un « marché total » qui serait donc comme un « marché sorti de ses gonds », qui l'entraverait et comment?

En effet, Alain Supiot semble croire que c'est la méchanceté de certains hommes, leur âpreté au gain, leur désir de dominer les autres, etc., qui les ont conduits à déconstruire tout ce que le sage droit d'avant avait bâti, essentiellement les droits sociaux. Il faut donc faire passer le film à l'envers, punir au passage ces personnages, etc., qui nous ont menés à cet état, par idéologie de la nature et par souci de leur intérêt particulier. Mais cela n'est pas si simple. En effet, comme l'auteur le décrit parfaitement bien, une notion-clé dans le mouvement d'ensemble est la monnaie. La monnaie est l'expression même du régalien, mais elle est aujourd'hui l'objet d'une concurrence de

chaque instant entre les marchés monétaires. De la même façon, les entreprises dépendent de la cotation de leurs instruments financiers et titres et les travailleurs sont devenus la variable d'ajustement. À aucune page de son livre, Alain Supiot ne développe le thème des technologies qui ont rendu possible cette fluidité des marchés financiers, les rendant premiers par rapport aux marchés économiques. Ce sont donc les performances techniques des échanges plus que la globalisation (qu'il désigne comme « mot fétiche » – p. 61) qui est la cause. Si on veut bien l'admettre, comment l'empêche-t-on ?

On ne peut le faire convention internationale contre convention internationale, en raison du peu de puissance des États. Si l'on est désormais précipité dans un univers de Matrix, film prophétique s'il en est, les ordres de Bourse étant le plus souvent « décidés » par des ordinateurs, comment fait-on ? Il est tout à fait admissible que le droit revendique son dogmatisme, son exogénéité par rapport au simple fonctionnement du marché, par exemple par l'injection normative de règles de régulation, notamment donnant l'accès à chacun aux biens essentiels. Mais comment ? Comment renouer avec cet *esprit de Philadelphie* qui construisit pour chacun la sécurité économique, donc la justice sociale, et finalement la paix ? Où est l'institution extérieure aux marchés financiers techniquement globalisés ? Elle ne semble pas exister. N'est-ce pas la machine, et non l'esprit dogmatique naturaliste, qui est première et qui a la main sur le système ? Il faut donc songer à réguler les machines. Alain Supiot ne l'évoque pas.

La figure qui se dégage est alors régressive et l'auteur nous dit qu'il « est vain de déplorer cette évolution » (p. 109), puisque nous rebouclons sur le gouvernement médiéval par les hommes (pp. 103 et s.). Si nous ne l'admettons pas, si nous restons accrochés à l'État-souverain, alors nous deviendrons à la fois narcissiques et neurasthéniques, le premier parce que c'est croire que la pensée occidentale du XVIII<sup>ème</sup> est la seule qui vaille, le second parce que l'effacement des frontières rend impossible le retour vers la douce chaleur du dieu laïc étatique. Voilà aussi pourquoi on aime lire Alain Supiot : parce qu'il formule les choses les plus désagréables à lire, et, en premier lieu, pénibles pour lui-même.

Mais ici, le spécialiste de droit des marchés s'y retrouve tout à fait car effectivement les marchés, surtout ceux soustraits des puissances étatiques du fait des prouesses technologiques (pas de lieu, pas de corporéité,

pas de temps) fonctionnent de cette façon-là. Les régulateurs en sont les suzerains. Pour ne prendre que les marchés financiers, les régulateurs sont à la fois à l'extérieur des entreprises et à l'intérieur des conseils d'administration ; ils sont constitués en réseau mondial ; ils élaborent des normes exogènes que les marchés à l'intérieur desquels ils sont, subissent tout en validant la légitimité du régulateur (*Qui t'a fait Duc ? Qui t'a fait Roi ?*).

Le lecteur aurait aimé que l'auteur aille plus loin que la description de cette régression, qu'il ne juge d'ailleurs pas sévèrement. Ainsi, lui qui montre très bien que l'art du Droit tient dans celui de poser des limites, c'est d'ailleurs là son lien avec le Juste, ne consacre que deux ou trois paragraphes aux juges. On aurait aimé davantage, car les juges montent en puissance dans cette régulation.

Ainsi, si la mesure de toute chose doit être l'objectif de justice sociale (p. 118), comment l'obtient-on ? Il ne semble pas que le seul système médiéval, dont on voit nettement la résurgence dans les régulations de marché, les contractualisations d'actions publiques, etc., suffit à la concrétiser. Si l'on raisonne en économie libérale, on dira simplement qu'il faut que les deux agents aient intérêt pour qu'une telle justice soit satisfaite, ce qui peut engendrer des salaires justes, parce que gages de fidélité, notion médiévale elle aussi. La question majeure, et des marchés, et du droit, est celle du temps et de la durée. Nous n'y avons accordé que peu d'intérêt car c'était l'État, être éternel, qui l'endossait. Maintenant que nous avons perdu celui-ci, y compris dans ses politiques sociales, nous voilà seuls face au temps, le marché n'étant précisément un lieu ni de durée ni de promesse, alors que l'être humain est un être d'engagement.

Mais revenons à l'essentiel et sur lequel on ne peut qu'être d'accord avec Alain Supiot : le marché n'est pas le principe général et spontané de tout mouvement économique. C'est le droit qui le fait perdurer et c'est le droit qui le rend supportable pour les êtres humains faibles, exposés à la férocité naturelle des autres. Pour choisir la phrase que l'on préfère dans le livre, ce serait celle-là : « Pour juger d'une réalité, il faut en effet pouvoir la rapporter à un système de valeurs qui lui est extérieur. Et réciproquement, pour remettre en question un système de valeurs, il faut admettre qu'il n'est pas inhérent à la nature et se prête à délibération ou contestation » ■