

■ L E S A M I S D E ■  
**l'École de Paris**

<http://www.ecole.org>

**Soirée-Débat  
"Les Invités"**

*organisée grâce aux parrains  
de l'École de Paris :*

Accenture  
Air Liquide\*  
Algoé\*\*  
ANRT  
AtoFina  
Caisse Nationale des Caisses  
d'Épargne et de Prévoyance  
CEA  
Chambre de Commerce  
et d'Industrie de Paris  
CNRS  
Cogema  
Conseil Supérieur de l'Ordre  
des Experts Comptables  
Centre de Recherche en gestion  
de l'École polytechnique  
Danone  
Deloitte & Touche  
DiGITIP  
École des mines de Paris  
EDF & GDF  
Entreprise et Personnel  
Fondation Charles Léopold Mayer  
pour le Progrès de l'Homme  
France Télécom  
FVA Management  
Hermès  
IDRH  
IdVectoR  
Lafarge  
Lagardère  
Mathématiques Appliquées  
PSA Peugeot Citroën  
Renault  
Saint-Gobain  
SNCF  
Socomine\*  
THALES  
TotalFinaElf  
Usinor

\*pour le séminaire  
Ressources Technologiques et Innovation  
\*\*pour le séminaire Vie des Affaires  
(liste au 1<sup>er</sup> mai 2001)

**LE DROIT PEUT-IL CHANGER  
L'ENTREPRISE ?**

*Exposé*  
**Antoine LYON-CAEN**  
Professeur à l'Université  
Paris X-Nanterre

*Commentaires de*  
**Michel BON**  
Directeur général de  
l'Agence nationale pour l'emploi

*Débat animé par*  
**Jacques GIRIN**  
Directeur du Centre de recherche en gestion  
de l'École polytechnique

Séance du 14 novembre 1994  
Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche  
Le compte rendu a été rédigé par Pascal Lefebvre

**Bref aperçu de la réunion**

Face à la dérive d'un droit que d'aucuns jugent bavard, le système juridique conduit-il à une perte d'efficacité de l'entreprise ou, entravé par sa lourdeur, est-il désormais l'otage de ces mêmes entreprises ? Cette question amène à s'interroger sur la fonction nouvelle d'un droit devenu omniprésent et sur les relations qu'il entretient, tant avec les autres discours sur le réel, qu'avec les choix de société les plus importants de ce temps.

*L'Association des Amis de l'École de Paris du management organise des débats et en diffuse  
des comptes rendus ; les idées restant de la seule responsabilité de leurs auteurs.  
Elle peut également diffuser les commentaires que suscitent ces documents.*

## EXPOSÉ d'Antoine LYON-CAEN

Le droit est-il en mesure de changer les organisations ? À l'évidence, cette question devrait intéresser tout le monde : depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, la classe politique considère le droit comme un puissant instrument de changement social. Or, on sait très peu de choses sur le rapport entre droit et action. Quels que soient les secteurs que l'on considère, le droit est vu comme l'instrument de régulation sociale par excellence.

Pourtant, "*on ne change pas la société par décret*", déclare Michel Crozier (parmi bien d'autres) et un discours dénonciateur vilipende le droit perturbateur, ne réclamant considération que pour l'individu, quitte à oublier la dimension collective et sociale du droit. Cela nous amène à nous demander pourquoi le droit n'atteint pas les résultats qu'on attend de lui et quelles transformations du rôle que lui assigne le politique découlent de cet échec.

Pour tenter d'y répondre, nous considérerons successivement les deux interrogations suivantes : comment le droit regarde-t-il l'action ? et comment les actions sont-elles transformées par le droit ?

### Comment le droit regarde-t-il l'action ?

Une vision naïve du droit, considère qu'il est constitué d'un ensemble de prescriptions qui ont pour objet de transformer les conduites (ce qu'on appelle l'application du droit). Dans cette optique, tout écart est analysé comme un dysfonctionnement qu'il s'agit d'amender. Cette représentation naïve doit être corrigée sur trois points.

#### *L'impérativité du droit*

Une règle n'est réellement obligatoire que pour les agents qui sont chargés de l'appliquer : les juges et, peut-être, les agents de l'administration. Pour le juriste, le droit est une référence qui joue dans les évaluations : les règles juridiques ne sont pas des règles morales, mais des règles pour l'action.

#### *Le rôle de la contrainte*

La contrainte est définie par l'ensemble des techniques assurant que les actions se soumettent aux règles. Elle peut prendre la forme d'une peur diffuse et limitée (la peur du gendarme), ou d'une intériorisation des références. Si nombre de règles sont effectivement assorties de la menace d'un mal, aujourd'hui, beaucoup le sont davantage de l'espoir d'un gain (dans le cas des politiques incitatives de l'emploi par exemple). La règle ne propose alors qu'un modèle susceptible d'apporter un avantage, la contrainte apparaissant ainsi relative à la seule vision naïve du droit.

#### *L'impuissance pragmatique des règles*

Les règles ne font rien d'elles-mêmes, il faut qu'elles soient mobilisées. Cela suppose une connaissance des agents, de leurs intérêts et de ceux de leurs adversaires. Par définition, les règles ne sont que des discours, dont l'existence ne se conçoit que par leur insertion au sein d'un système. Ainsi, le licenciement sans cause réelle et sérieuse est interdit. Cependant, dans notre système, la réaction à un tel abus se limite à une indemnisation du salarié, à supposer que celui-ci ait engagé une action, un effort probatoire, pour emporter la conviction des juges. En dépit de la règle, un tel licenciement est donc efficace.

En fait, le droit construit sa réalité sociale : toute connaissance est construction interne d'une réalité externe et le droit n'est qu'un système de communication parmi d'autres,

avec ses codes propres, qui n'est pas seulement informé par la réalité mais qui la construit.

Mais c'est un système de communication fermé : la personne à laquelle il s'adresse est un construit et le droit ne s'adresse qu'à lui-même. Il ne peut s'immuniser contre les réalités produites ailleurs et doit constamment statuer sur des discours autres qu'il incorpore dans son propre discours par la production d'artefacts (par exemple, la bioéthique et son discours non médical sur le corps).

Depuis un siècle, ce système a sophistiqué son langage et ses techniques mais, simultanément, a été davantage exposé à la réalité extérieure, avec des exigences concrètes accrues, ceci créant une tension interne de plus en plus forte. C'est ainsi que le droit s'est vu assigner ce nouveau rôle de transformation sociale.

### **Comment les actions sont-elles transformées par le droit ?**

Pourquoi le droit atteint-il si mal ses objectifs et pourquoi continue-t-on néanmoins à lui demander toujours plus ? On constate à l'évidence une distance entre règle et action dans l'organisation. Pourquoi ?

En premier lieu, parce qu'entre le droit et l'action, s'immiscent les savoirs, syncrétiques, sur les règles juridiques. Ensuite, parce qu'entre droit et action, s'interposent d'autres références pour les opérations de jugement, des routines, des régulations, etc. Enfin, parce qu'entre droit et action, on trouve les calculs des acteurs : les attentes de celui qui mobilise le droit sont très éloignées de celles des auteurs des règles. Dans la loi de 1990 sur l'emploi précaire et la flexibilité, il n'y a, par exemple, aucune rencontre possible entre le projet des auteurs et celui des acteurs, qui s'efforcent à un usage habile de la règle. Les règles juridiques sont ainsi reconstruites de manière non juridique dans les organisations : l'entreprise comme système ne subit pas, mais retraduit dans son propre langage, la règle juridique.

On peut identifier au moins six façons de relire la règle juridique selon son environnement. Prenons une taxe par exemple. On peut y voir :

- un article comptable d'une analyse économique avantages/coût;
- une contrainte;
- un moyen de pression pour obtenir une contrepartie, par extension du champ de négociation, vis-à-vis de l'administration, des salariés, etc.;
- l'opportunité d'un changement de préférence ou d'image;
- un signal de prix, qu'il conviendra de répercuter vers le client;
- une utilisation habile de l'illisibilité de la règle qui, ne pouvant être comprise par l'organisation, est contournée à son profit (le marché noir, par exemple).

En fonction de ces analyses, quelles sont les perspectives pour une recherche d'effectivité du droit ?

On peut bien sûr accroître les systèmes de sanction, ce qui relève, on l'a vu, d'une relation de causalité élémentaire et grossière. On peut aussi envisager une dé-juridification, un arrêt de la prolifération des règles, ce qui relève du discours néolibéral le plus pur. La théorie de la capture postule ainsi que le système juridique, entravé par sa lourdeur, est désormais otage des entreprises. Cette approche ne fait cependant pas de diagnostic sérieux sur la nécessité d'harmoniser ces sous-systèmes de rationalités différentes. Mais si le sous-système juridique ne peut jouer ce rôle d'harmonisation, qui d'autre le fera ? Les travaux qui essaient de répondre à cette question relèvent du courant de pensée dit de procéduralisation du droit.

Pour parvenir à donner une fonction harmonisatrice au droit, il faut désormais le penser comme instance chargée de distribuer, non pas seulement les règles d'application, mais

plutôt les procédures et les compétences de régulation, dans le cadre d'une prise en charge de la protection de l'autoproduction des règles. Ce qui nécessite une constitution.

## **EXPOSÉ de Michel BON**

Pour commencer, j'opposerais à l'humilité et au scepticisme du juriste, la méfiance des entrepreneurs. Auguste Detoef ne disait-il pas : *"un juriste ne transige pas, il a le droit pour lui"* ? N'étant pas juriste, et plus vraiment entrepreneur, j'ai cependant retenu de mes années passées dans la grande distribution qu'en dernier ressort, seul le client peut changer positivement l'entreprise, les autres, actionnaires, dirigeants, juges, pouvant tout au plus lui faire du tort. L'idée que ce puisse être le droit me plonge dans des abîmes de perplexité.

### **Le droit peut-il faire régresser l'entreprise ?**

Mille lois et décrets en vigueur, quinze mille pages du J.O. par an, c'est beaucoup. Cela conduit à une perte d'efficacité de l'entreprise face à cette dérive d'un droit bavard. Savoir vivre, savoir jouer avec tout cela mobilise des légions de juristes qui passent de plus en plus de temps pour mettre l'entreprise en conformité. Dans une précédente expérience de banquier, j'ai vu au fil des ans épaissir les contrats de prêts.

Il me semble également que le droit est à l'origine d'une perte de repères moraux : en son absence, on vit sur les notions de bien et de mal ; avec le droit, on passe progressivement à d'autres catégories, celles du permis et du pas permis. Dès lors que l'on sait qu'on ne transgresse pas une règle en faisant quelque chose de douteux, il est moins net qu'il est immoral de le faire, le droit fiscal étant une mine d'or de ce point de vue.

Il y a aussi la perte des repères sociaux auxquels mes nouvelles fonctions m'ont sensibilisé. Avec la prise en charge progressive par le droit du rôle social de l'entreprise, on assiste à l'abandon par des patrons, qui, ayant cotisé, se tiennent quitte de leur responsabilité et de leur capacité d'invention en cette matière. Aujourd'hui, ce reflux du rôle social de l'entreprise ne convient ni aux salariés, ni à la société.

Il me semble qu'il y a aussi une perte de repères juridiques : à force de vouloir traiter de tout, le droit ne s'impose plus, comme l'a justement dit Antoine Lyon-Caen, qu'à ceux qui veulent bien le respecter. Quantité de règles sont seulement indicatives, un peu comme les sens interdits à Rome. En 1945, on a fait une loi imposant à l'employeur de transmettre à l'Administration toutes ses offres d'emploi. Simplement, on n'a prévu aucune sanction, donc personne ne le fait. Et une règle dont tout le monde se moque, ça ne me va pas du tout. Ce champ immense du droit écrit mais non valable me gêne beaucoup : c'est une perte importante de repères pour notre société.

In fine, j'ajouterais dans les effets négatifs du droit un élément d'actualité : l'action de certains juges qui pèse lourdement sur les entreprises et dont certaines passent beaucoup trop de temps à chercher ce qui leur épargnera leur intervention. Ça ne me paraît pas très satisfaisant non plus : les entreprises n'adoptent pas des comportements différents, dictés par une éthique, mais des postures différentes, anticipant l'action éventuelle du juge.

### **Le droit peut-il influencer le comportement du client ?**

Alors le droit peut-il faire régresser l'entreprise ? Oui, je le crains. Le droit peut-il modifier l'attitude du client et par là même celle des entreprises ? Je le crois aussi. Antoine Lyon-Caen a évoqué le droit de l'environnement : je ne sais si c'est le droit qui a fait changer les entreprises. Je crois plutôt que les clients, ayant maintenant un certain

nombre d'attentes en cette matière, ont influé sur l'attitude des entreprises, qui adoptent alors des règles plus vertueuses que le législateur entérine. La phrase de Montesquieu disant que le droit est l'expression des moeurs me paraît assez fondée.

De même, en matière de droit de la consommation, les clients émettent un certain nombre de signaux auxquels les distributeurs se conforment, et l'Etat édicte des règles : tout cela va à peu près au même pas, et dans la même direction. Parfois le droit est un peu en avance, parfois c'est l'entreprise.

Je suis frappé de voir les attentes extrêmes des citoyens envers le droit. Dans le domaine de l'emploi, qui m'occupe aujourd'hui, nos concitoyens, face à un problème aussi massif, réfléchissent. Certains écrivent, et je reçois chaque jour plusieurs lettres qui m'apportent des contributions au problème de l'emploi, ce que je trouve fort bien. Je suis frappé de voir que la quasi-totalité de ces lettres en appelle à l'action de l'Etat et du législateur. Il y a une croyance stupéfiante dans le fait que par la règle de droit, on peut changer les choses, et en revanche bien peu de reconnaissance de ce qui me paraît une réalité massive : celle des actions locales. Le comportement des entreprises, les réalités économiques, me paraissent plus fertiles en emplois que la règle stricto sensu. Ceci témoigne de cette attente formidable qu'on voit dans d'autres domaines. Mais cette attente, j'ai peur que le droit ne la déçoive parce que le droit suit plus qu'il ne précède, comme l'indiquent les différents droits de l'environnement, de la consommation, etc. Et c'est également lui accorder un rôle dans des domaines qui ne sont pas pertinents de son point de vue, que sont l'économie, la morale, le social, qui sont de grands et vastes sujets mais qui ne sont pas des sujets du droit.

Je ne suis pas sûr non plus que le droit soit bien efficace dans d'autres problèmes. Dans le domaine de la corruption, par exemple, il y a quantité d'articles de loi sur la façon dont le droit doit s'attaquer à ce sujet. Il y a pourtant dans ce sujet, une réalité qui est à peine vue par le droit : c'est que, par construction, dans les affaires de corruption, il existe une complicité entre le corrompu et le corrupteur qui fait obstacle à la recherche de la preuve.

Le résultat, est ce qu'on a vécu en France jusqu'à une époque très récente : on utilise notre bon vieux droit, c'est-à-dire la trilogie "faute - preuve - sanction", mais qui ne marche pas, faute de preuve. Et les corrompus et les corrupteurs vivent heureux. On peut essayer la méthode italienne, que certains de nos juges ont adoptée, qui consiste à dire : "*Je vous mets en détention préventive, et quand vous voudrez bien dénoncer votre petit camarade, vous téléphonerez, je vous libérerai aussitôt*". Ça n'a pas mal marché en Italie. Est-ce que le droit y trouve son compte ? Ça ne me paraît pas évident ! Je pense qu'il s'agit là d'une forme intelligente, moderne, de la torture, mais tout aussi détestable. La variante américaine consiste à prendre le couple corrompu-corrupteur et à lui dire : "*J'ai besoin d'un coupable. Alors, le premier qui dénonce l'autre sera indemne!*". Aux Etats-Unis, ça marche assez bien. Du point de vue du droit, ça ne me paraît toujours pas exaltant.

Voilà donc un sujet, de quelque importance par les temps qui courent, et qui pour l'entreprise est une vraie préoccupation, et pour lequel je ne vois pas quelles solutions satisfaisantes peut apporter le droit. J'aurais pu trouver d'autres sujets, en particulier dans le domaine de l'emploi.

Il me semble donc que l'effet le plus clair du droit sur le comportement des entreprises sera un effet de contorsion. C'est l'attitude de calcul qu'évoquait Antoine Lyon-Caen, qui ne change rien au comportement effectif de l'entreprise, animée du désir d'aller du point A au point B, quel que soient les détours que le droit lui impose.

Les vrais changements de comportement viendront des clients, c'est-à-dire des citoyens, de la société, des moeurs comme disait Montesquieu. Ceux-là seuls feront changer l'entreprise. Les entreprises s'y feront, le droit aussi !

### **Antoine Lyon-Caen :**

Je ne me reconnais pas dans cette dialectique régression/progrès, à laquelle je ne souscris pas, bien que je la comprenne fort bien.

Le droit facteur de régression, dites-vous. Dans la complexité des énoncés, les repères généraux semblent effectivement disparaître. Votre point de vue est macro-social, ce n'est pas forcément le point de vue que développerait une entreprise. On peut regretter que l'on ne voit plus quels sont les présupposés, les orientations générales, les ancrages du système. C'est un discours d'homme politique ou de juriste universitaire, dont je suis, qui se plaignent de cette dégradation du système juridique : il faudrait faire simple. Mais dans l'entreprise, en revanche, les acteurs eux-mêmes aiment beaucoup disposer de références multiples qu'ils puissent mobiliser à merci. La complexité même peut alors être vue comme ressource dans l'action par l'entreprise.

Sur la perte de références morales, le problème est plus complexe. L'argument majeur que Tocqueville opposait à l'existence du droit du travail (qui par parenthèse légitime l'existence de l'ANPE) que réclamait Louis Blanc, était de dire : "*Si vous juridifiez le travail, ce sera la fin de la charité !*". Il y a une incompatibilité absolue entre le droit et la charité, et je serais prêt à vous suivre sur ce terrain si vous ne preniez différemment les problèmes moraux. Ce que vous évoquez, ce sont les modes d'évaluation du juste, pas de l'efficace. Le registre sur lequel se place le juriste quand il fabrique une règle, ce n'est pas l'efficace de la règle, mais le juste. Et je ne vois pas en quoi le système juridique ferait disparaître les repères du juste : il les multiplie au contraire. Ce qui, il est vrai, revient sur votre argument de perte de ces repères du fait de leur surabondance !

Le second point de votre intervention sur lequel je souhaite revenir, c'est celui concernant le client. Je ne connais pas le client et j'admets volontiers, sans toutefois pouvoir le vérifier, que l'entreprise évolue du fait de l'idée qu'elle se fait de son client. Mais quelles sont alors les règles qui peuvent corriger les déviations de l'entreprise ? Si, comme vous le dites, elle atteindra, quoi qu'il advienne, son projet, il faut alors supprimer les politiques de l'emploi ! C'est la critique que formule Hayek et votre conclusion me paraît typique de ce que j'appellerais une posture néolibérale. Alors, entre trop attendre du droit et pas assez, que choisissiez-vous ?

### **Michel Bon :**

Je choisirais la clarté du droit. Ce qui tue le droit, ce sont ses excès. On peut se réjouir si l'excès de droit permet effectivement d'agir avec plus de flexibilité. C'est peut-être ce que pense le directeur des affaires fiscales, mais je suis sûr que son président, lui, préférerait des règles claires, comprises, acceptées et suivies par chacun dans l'entreprise. Est-ce là de "l'hayekisme" ou du simple bon sens ? Pour ma part, je n'y mets aucune posture politique.

Quant aux politiques de l'emploi, je ne suis pas éloigné de partager votre opinion, selon laquelle, en effet, la quasi totalité des aides que l'on peut attribuer ne change vraiment qu'à la marge le nombre d'emplois qui sont créés dans l'économie. Mais elles peuvent contribuer à changer un peu plus qu'à la marge la qualité de ceux qui sont employés.

Un exemple : nous voulons réduire le chômage des jeunes, ce qui paraît un objectif absolument incontestable : nous avons un jeune sur quatre au chômage alors même que nous sommes le pays qui les garde le plus à l'école. A partir de là, on invente le CIP, qui ne marche pas, on invente l'aide au premier emploi des jeunes... Qu'importe ce qu'on invente, l'Etat me paraît relativement fondé à dire : "Vous, entreprises qui allez créer un emploi, si cela vous est indifférent que ce soit un jeune ou un vieux, choisissez plutôt un jeune. Moi, ça m'arrange, parce que mon rôle, dans la cohésion sociale du pays, c'est de

répartir le fardeau le plus équitablement possible". Le fait que l'on mette une aide sur Pierre et pas sur Paul, effectivement, ça peut faire bouger le comportement de certains chefs d'entreprise. Ça ne créera peut-être pas d'emplois, en vérité personne ne sera jamais capable de le dire ni de le démontrer, en revanche ça peut déplacer certains choix. C'est déjà une ambition légitime.

## DÉBAT

**Un intervenant :** *Le rôle du droit me paraît clairement être, comme l'a dit Antoine Lyon-Caen, de changer les règles de jeu et non d'imposer l'action. Il faut faire une analyse systémique avant de poser une règle de droit. Le contre-exemple parfait me paraît être la loi de 1948 qui a cassé le marché de la location immobilière. Mais alors le droit est mal conçu : quand on fait du droit, on ne s'intéresse pas au justiciable, au client. La loi n'est pas faite pour régler un problème, mais bien pour satisfaire l'électeur.*

*L'entreprise est le rassemblement d'un certain nombre d'acteurs- salariés, actionnaires, fournisseurs, clients - réunis en communauté (l'affectio societatis) pour entreprendre. Or, dans nos pays, on constate que le droit est conçu pour organiser la confrontation entre ces acteurs, j'en prends pour exemple le droit de la faillite, ou le droit de la société anonyme qui confie aux actionnaires le monopole de la décision, en faisant totalement fi des salariés, des clients, etc. Mais pour faire des choses, il faut avoir une logique de coopération et non de confrontation. Cette logique, on la voit dans certains pays, en Allemagne, avec la cogestion, ou au Japon : c'est ce que Michel Albert a développé dans "Capitalisme contre Capitalisme". Il serait souhaitable qu'en France on réfléchisse à un droit-règle du jeu orientant les acteurs en ce sens.*

**Antoine Lyon-Caen :** À nouveau, vous surestimez me semble-t-il, de façon extraordinaire le rôle du droit. Ce qui caractérise une règle juridique, c'est qu'elle offre une référence, et que cette référence est susceptible d'être mise en question. Le juge interprète ensuite les comportements à la lumière de cette référence, c'est là toute l'importance de la jurisprudence.

Alors, que l'on voie de la contestation, de la litigiosité dans l'ensemble du jeu du droit, c'est dans le système juridique lui-même, mais aller jusqu'à dire que c'est le droit lui-même qui organise la confrontation, cela me paraît excessif.

Lorsque des acteurs mobilisent le droit à certaines fins, cela peut conduire à ça, mais le droit lui-même ne parle ni de confrontation, ni de coopération : ces deux mots ont été bannis du langage juridique, justement parce que l'on avait peur de prendre parti pour je ne sais quel système social.

**Michel Bon :** Pour revenir sur l'exemple de l'Allemagne que vous citez: nous avons introduit en France les sociétés à directoire et à conseil de surveillance à l'imitation du système allemand. A-t-on pour autant fait venir les syndicats dans les conseils de surveillance ? Nullement. Nous les avons utilisés comme des solutions transitoires pour certains managers qu'on n'ose pas mettre à la retraite trop brutalement ! Et quand on les a vraiment mis à la retraite, on revient à la société traditionnelle. Avec un même droit, on a des éventualités différentes. Ça me paraît bien là l'indice d'une surévaluation du rôle du droit sur les comportements.

Je ne voudrais pas que par notre silence nous nous fassions, Antoine Lyon-Caen ou moi, approuvateurs de ce que vous avez dit sur le thème : "les hommes politiques font des lois pour satisfaire l'électeur". Fort heureusement ! C'est exactement ce que j'attends d'eux ! Les hommes politiques sont là pour satisfaire le citoyen ! Il y avait dans votre propos un vague arrière-goût anti-parlementariste que je ne partage pas.

**Int. :** *Ce dialogue me passionne, mais c'est un dialogue de riche. S'interroger sur ce que le droit peut apporter à l'entreprise, c'est s'interroger sur un passé récent. Je songe aux conquêtes fabuleuses du droit, telles que la normalisation des fabrications, celle*

*des écritures comptables, l'interdiction du travail des enfants... Aujourd'hui, on a réglé tout cela, on en est à la septième décimale et on règle des petits trucs. Ce dont vous témoignez, c'est d'une saturation : saturation de démocratie (c'est fou ce qu'on s'exprime et ce qu'on râle), saturation d'Etat (l'Etat ne pouvant agir sur les choses agit sur les textes), mais je pense que cette saturation n'est pas propre au domaine du droit. Nous sommes saturés d'économie : il n'est plus question de vêtir ceux qui sont nus, il est question d'acheter trois manteaux pour donner du travail à ceux qui les fabriquent. On est saturé de politique, et puis, finalement, on est saturé de communication, et le droit est une des modalités de la communication.*

**Int. :** *A qui profite la complexité du droit ? Un homme puissant me disait : "Il y a deux sortes de juristes : ceux qui disent pourquoi c'est impossible et ceux qui disent comment c'est possible. Evidemment je préfère les seconds !". Est-ce que la complexité des règles, pour un chef d'entreprise bien armé, avec des juristes qui n'ont qu'un cas à étudier, n'est pas un grand atout face à un juge débordé ? Si tel était le cas, que peut-on faire ? Simplifier le droit ou mieux armer les juges ?*

**Int. :** *Le droit, s'il ne fait pas changer l'entreprise, a au moins fait changer les entrepreneurs. Aux Etats-Unis, où le droit est beaucoup plus complexe, en particulier à cause des conflits de droit que nous découvrons avec le droit communautaire, la complexité du droit a été extrêmement bénéfique pour le comportement des entrepreneurs. Cette complexité, reflet de la complexité et de la sophistication des entreprises, force l'entrepreneur à devenir un homme vigilant, sophistiqué lui aussi.*

**A. L.-C. :** L'histoire de la complexité du droit est longue et deux facteurs principaux l'expliquent.

Le premier, c'est l'existence des professionnels du droit eux-mêmes : il existe des entreprises, qu'on appelle entreprises de droit, qui sont sur un marché et produisent des services. Ce monde, qui a fait l'objet de nombreuses études des deux cotés de l'Atlantique, est marqué par les luttes très fortes qui existent entre les universitaires, qui proposent une vision plutôt générale et interprétative du droit, et les praticiens qui affûtent des armes juridiques précises. Le produit de ces entreprises reflète dans sa complexité, la complexité des approches et des intérêts de ceux qu'un sociologue a appelé, avec une pointe de méchanceté, les marchands de droit,

En second lieu, le système juridique s'est vu confier, à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle en France, une fonction totalement inédite de régulation sociale, c'est-à-dire la mission d'établir les grands équilibres sociaux. La loi de 1841 sur le travail des enfants, à laquelle vous faisiez allusion, ne relève pas originellement de ce domaine. On l'a "récupérée" ensuite pour en faire le premier acte de ce droit interventionniste à fonction d'ingénierie sociale, naturellement complexe en raison de son objet même.

Cela explique sans doute que, dans certains milieux, on ait vu dans la complexité du droit une école de la vigilance pour les dirigeants. Pourquoi en effet, ne pas s'initier à cette technologie qui, dans sa complexité, a des vertus qui peuvent être largement utilisées en dehors du champ de la dispute ou de la construction d'édifices juridiques ? Je crois qu'il y a un lien entre la culture juridique américaine et la grande socialisation juridique des individus ; sans doute sans commune mesure avec celle que l'on observe en France.

Par contre, je suis en désaccord avec l'idée de saturation. Je crois qu'un certain nombre de discours prétendent concurrentement à dire la vérité, sans qu'aucun ne parvienne à être englobant. Le système juridique y prétend lui aussi. Il construit sa réalité et dit : "Voilà ce qui est juste dans ce monde que je mets en scène avec mes propres catégories et, quasiment, avec ma propre trame romanesque". Sa prétention à la vérité rencontre alors d'autres prétentions et ce qu'il y a lieu de construire, ce sont ces articulations avec les autres discours.

Des philosophes allemands actuels, certains travaux américains, à travers des prémisses assez différentes, tournent tous autour d'une question centrale : "Comment penser l'articulation de ces discours ?". C'est cela, la procéduralisation : comment penser la répartition des compétences d'énonciation ? C'est un des grands problèmes de



la démocratie moderne, sinon *le* grand problème, qu'on l'appelle procéduralisation ou autrement.

**M. B. :** Quel sens a l'égalité dans une société comme la nôtre, aujourd'hui ? M'occupant des chômeurs, il y a encore du conceptuel à bâtir sur un tel problème ! Face aux débordements du droit aux Etats-Unis, aux indemnisations folles, qui nous font rire mais qui, bientôt, viendront chez nous, comment arrivera-t-on à faire fonctionner ensemble un droit raisonnable et la démocratie ? Conceptuellement, ce n'est pas clair. Quel équilibre établir entre les droits et les devoirs, quand on est passé d'une société qui a bâti le droit au moment où on ne considérait que le droit dit formel, à une société de droits réels, à dimension beaucoup plus sociale et économique ? Quels devoirs doit-on mettre en face de ces droits-là, en face de la sécurité sociale et de l'indemnisation du chômage par exemple ? Il y a là aussi des montagnes de réflexions à mener ! Je ne crois donc pas non plus qu'on puisse penser qu'il y ait saturation de droit.

**Int. :** *Cette croissance de la complexité, dans le cas du droit des contrats par exemple, ne résulte-t-elle pas d'une plus grande méfiance des cocontractants, qui deviendraient, selon les termes de la théorie économique, de plus en plus opportunistes ? N'est-ce pas le reflet d'une conflictualisation croissante de la société ?*

*À l'inverse, en matière de réglementation environnementale, il y a de moins en moins de règles et de plus en plus de négociations. L'Etat menace les entreprises d'une taxe ou d'une norme, puis dit : "Discutons ensemble". La règle n'intervient plus que comme menace avant de signer des accords dits volontaires. La règle a alors disparu comme de la cire en fonderie. Est-ce spécifique ou le signe d'une évolution plus générale ?*

**A. L.-C. :** La règle ne s'oppose pas à la négociation, beaucoup d'entre elles en sont issues, ce qui est aussi une cause de complexification. Le cas des contrats négociés que vous avez évoqués l'illustre. Ce phénomène de contractualisation, très bien étudié, ne tient pas seulement à la méfiance, mais plutôt à une certaine façon, stratégique, d'envisager la coopération entre entreprises, d'où l'importance des juristes aux Etats-Unis dans la construction de ces accords de coopération.

Mais j'ai parlé des règles énoncées en forme publique, c'est-à-dire les lois, les décrets, ce qu'on appelle le droit étatique, en laissant de côté cet aspect de la contractualisation. Quant à l'essor de ces règles, il y a effectivement un certain mystère : tout le monde dénonce cette prolifération et pourtant elle continue de plus belle ! On pourrait même dire que la forme française de la flexibilisation, c'est l'hyper-réglementation, l'hyperinflation des textes !

En droit du travail, par exemple, le mot d'ordre de flexibilisation a conduit à une surproduction normative juridique en matière de contrat, de temps de travail, etc. Mais qui peut connaître aujourd'hui le monde juridique consacré au temps de travail ? C'est devenu proprement impossible !

L'explication me paraît tenir à la fois à la mission confiée au système juridique qui est de procéder, au plus près des normes, à la gestion des tensions entre groupes sociaux, et au fait que l'on confie, de plus en plus, l'édification de ces textes à un processus dont font notamment partie les partenaires sociaux. Or ceux-ci produisent des textes encore plus compliqués que ceux qui sont l'oeuvre des parlementaires ! Ne pouvant se mettre d'accord sur tout, ils laissent délibérément des ambiguïtés et pour parvenir à un accord, font de nouvelles distinctions là où un parlementaire ou un membre de cabinet ministériel aurait négligé de faire un *distinguo* pour ne pas compliquer !

Cette complexification provient donc, à mon sens, de la mission même confiée au droit (mais je ne vois pas à qui d'autre on aurait pu la confier) et, dans le même temps, du mode de fabrication de ce type de règle.