

Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement*

Antoine Jeammaud

Introduction	204
I. L'ambivalence du droit du travail dans son rapport au capitalisme	205
II. Confronter le droit du travail aux "exigences de l'économie"	213

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 41/2005

Introduction

Les rapports entre le droit du travail et l'économie ne sont pas, à notre sens, des relations entre deux savoirs⁶⁰². Ce que la pensée moderne nomme "économie" est une dimension de nos sociétés ou, mieux, une classe de pratiques sociales identifiée, objectivée, par un savoir apparu au XVIII^e siècle: des pratiques de production et d'échange de biens et de services, que cette "science économique" s'est attachée à repérer dans leur singularité et à comprendre ou expliquer selon divers paradigmes. Le droit, en revanche, est un phénomène social doté d'une sorte de "matérialité" indépendante des discours et savoirs dont il peut faire l'objet, puisqu'il s'agit d'un phénomène de normativité sociale affichée, d'un procédé de régulation des rapports sociaux, visant à les ordonner, à favoriser leur maintien ou à les amender au moyen de règles pour la plupart posées. Le droit est donc donné au juriste chargé de le décrire, l'étudier ou en interpréter les énoncés constitutifs, comme (ou presque) à n'importe quel acteur⁶⁰³, tandis que l'économie est un objet construit par les économistes. Pour reprendre, sans paradoxe, la terminologie wébérienne⁶⁰⁴, "l'ordre économique" doit beaucoup plus à la construction de ses observateurs savants que "l'ordre juridique" au savoir des juristes décrivant ce "cosmos de normes" socialement produites ou posées.

Ce droit du travail pourrait constituer un corps de dispositions n'ayant d'autre caractère commun et remarquable que de se rapporter au travail humain. Or, si l'on peut concevoir et rencontrer différents types de "réglementation" de cette dimension de la vie sociale, dans les sociétés comme la nôtre le droit du travail constitue un ensemble de normes ordonnatrices du travail salarié, par priorité sinon exclusivement; et de normes dont il est entendu qu'elles tendent globalement à protéger le travailleur salarié en tant que partie faible au rapport avec son employeur. Au demeurant, cette protection n'est pas seulement tutelle que la puissance publique accorderait à ce salarié en imposant à cet employeur, partie dominante, obligations et interdictions. Elle repose aussi sur l'attribution au travailleur de droits subjectifs qui lui assurent une certaine autonomie d'action pour la défense de ses intérêts. De plus, ce *corpus* de règles ne se borne pas à gouverner les rapports de travail (qu'il tend à transformer en rapports d'emploi), puisqu'il prend également en compte ou instaure des relations professionnelles (organisation et représentation des intérêts, moyens d'action autonome et procédés de conflit, négociation) dont le régime sophistiqué éloigne un peu plus de l'image d'un droit purement tutélaire à travers lequel l'État protégerait le salarié. Ce droit du travail, support normatif de l'ordonnement des relations du travail⁶⁰⁵ constitue, en cela, une variante nationale d'un certain modèle de droit du travail (qui est à son tour l'une des configurations de la composante juridique du "modèle social européen").

⁶⁰² L'opinion contraire paraît dominer. V. par exemple: B. Oppetit, Droit et économie, *Arch. phil. dr.*, t. 37, Sirey, 1992, p. 19, repris dans *Droit et modernité*, PUF, Coll. Doctrine juridique, 1998, p. 169.

⁶⁰³ Du point de vue sereinement positiviste qui est le nôtre lorsqu'il s'agit, non pas de dire ce qu'est le droit, mais d'identifier ce que, dans nos sociétés, l'on nomme "droit". Ce point de vue repose sur une distinction du droit et de la "science du droit" (c'est-à-dire la ou les disciplines prenant ce droit pour objet).

⁶⁰⁴ Max Weber, *Économie et société* (traduction de *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922), Plon, 1971, t. I, p. 321 et suiv.

⁶⁰⁵ Sur ce concept: A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, L'ordonnement des relations du travail, *D.* 1998, Chr. 359. Peu importe que la branche du droit étatique nommée "droit du travail" n'œuvre pas seule à cet ordonnancement et que d'autres branches (droit constitutionnel, droit civil, droit administratif, etc) y contribuent aussi.

Les traités et manuels exposant et interprétant l'agencement juridique des relations du travail, et à travers lui le droit du travail-branche, ne manquent pas de souligner les *interactions de celui-ci et de l'économie*. Sacrifiant à cet indispensable exercice, le deuxième chapitre de la partie introductive du Précis Dalloz porte encore, dans la plus récente édition de l'ouvrage, l'empreinte de considérations qu'avait pu y loger Gérard Lyon-Caen; en particulier sur la contradiction partielle entre les aspirations que cette branche du droit prétend satisfaire et les exigences auxquelles elle se trouve soumise (exigence de justice *versus* contrainte économique)⁶⁰⁶. Mais s'y trouve également évoqué un propos plus original, inauguré un demi-siècle plus tôt par celui qui débutait alors dans la discipline avec un article sur "les fondements historiques et rationnels du droit du travail"⁶⁰⁷. Un article dont un manuel allait reprendre les conclusions⁶⁰⁸ et que la revue *Droit ouvrier* a opportunément annexé à celui donné par Gérard Lyon-Caen quelques semaines avant sa disparition⁶⁰⁹.

Le texte, proprement iconoclaste, de 1951 se concluait par une caractérisation substantielle du droit du travail en forme de définition tranchant avec celles proposées jusqu'alors. "Il ne me semble pas que la définition alors avancée fût inexacte", allait écrire l'auteur au soir de sa vie⁶¹⁰. En tout cas, elle n'est pas restée sans prolongement. Elle a constitué la première expression, au moins dans la littérature de droit français, d'une thèse sur *ce que fait ce droit du travail dans son rapport avec le système économique structurant notre société*: celle que l'on a pu nommer *thèse de l'ambivalence*⁶¹¹. Demeurée fort minoritaire, et très ignorée sans doute, elle propose la représentation aux arêtes les plus vives des rapports entre droit du travail et économie capitaliste. Aussi convient-il d'en retrouver les termes, mais aussi d'en relever les limites (I). Celles-ci majorent l'intérêt de recherches qui, prenant au sérieux l'invocation des "exigences de l'économie" au stade actuel de la mondialisation, visent à produire des connaissances partielles mais plus fines, étayées par des données empiriques (II).

I. L'ambivalence du droit du travail dans son rapport au capitalisme

Le plus illustre des maîtres français de la discipline avait exposé, au milieu du siècle dernier, une représentation des rapports entre droit du travail et économie que l'on peut dire classique, mais à laquelle un jeune professeur avait bientôt opposé une autre lecture (A). Celle-ci allait connaître,

⁶⁰⁶ Ce chapitre intitulé "Le droit du travail dans la société" dans la 22^e édition (J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, 2004) reste un développement du chapitre "L'économique et le social" de la 19^e édition (1998), la dernière à laquelle G. Lyon-Caen a directement contribué. À notre avis, ni le texte de 1998, ni celui de 2004 (v. n° 22 et suiv, 45 et suiv.) n'illustrent ce qu'un auteur appelle la "doctrine progressiste" (R. de Quénaudon, La "doctrine progressiste": une lecture du droit du travail en crise ?, *D.* 2005, chron. 1736), c'est-à-dire la lecture de l'évolution du droit du travail comme une marche constante dans le sens du "progrès social".

⁶⁰⁷ *Dr. ouvr.* 1951. 1.

⁶⁰⁸ *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, n° 19-21. Sur l'originalité de cet ouvrage en son temps, v.: B. Géniaut, C. Giraudet, C. Mathieu, Les ouvrages de droit du travail des années cinquante, *Dr. ouvr.* 2003. 367.

⁶⁰⁹ Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée, *Dr. ouvr.* 2004. 49.

⁶¹⁰ Permanence et renouvellement..., préc., p. 49.

⁶¹¹ L'expression, que l'on ne trouve pas dans les textes de G. Lyon-Caen, ni dans les écrits de la même veine qui seront évoqués plus avant, a été employée par Jean-Claude Javillier dans son traité des années soixante-dix (*Droit du travail*, LGDJ, 2^e éd., 1981, n° 107-108). Elle paraît trop anodine, mais aucune autre, en fin de compte, ne paraît préférable (celle de "thèse marxiste" conviendrait moins encore, compte tenu de la diversité des points de vue d'auteurs qui ont pu se réclamer du marxisme). Elle est retenue dans les plus récentes éditions du Précis Dalloz (22^e éd., préc., n° 32).

quelque trente ans plus tard, une nouvelle formulation dans le cadre de la construction d'une théorie critique d'inspiration marxiste (B). Déclin de cette veine d'interprétation du monde social ou faiblesse intrinsèque - les deux sans doute - cette thèse n'a pas eu grande influence chez les juristes (C).

A/ De ce que Paul Durand écrit dans son traité publié au lendemain de la seconde guerre mondiale, on retiendra trois idées. L'auteur pose, en premier lieu, que "des liens étroits unissent l'organisation économique et le droit du travail", en ce sens que ce dernier "subit l'influence des idées, des faits et des structures économiques"⁶¹². En deuxième lieu, il considère que "la formation d'un droit du travail n'est pas conditionnée par un système économique déterminé", parce que "le fait qui lui donne naissance, l'état de dépendance juridique, se retrouve aussi bien dans un régime capitaliste que dans une société collectiviste"⁶¹³. Enfin, il observe que ce droit influence "la vie économique" à travers son incidence sur deux éléments essentiels de l'action économique - l'utilisation et la rémunération de la main d'œuvre⁶¹⁴ - mais aussi qu'il contribue à la paix sociale dans la mesure où il "exprime le sentiment de justice du milieu social"⁶¹⁵. On a ainsi la version la plus claire d'une analyse, somme toute banale, qui exclut l'idée d'une détermination du droit par l'économie au profit de celle d'une interaction entre système économique et régime des relations du travail. Une analyse au demeurant harmonieuse avec la représentation des rapports sociaux, exclusive de toute idée de conflit radical entre capital et travail, qui sous-tend la "doctrine de l'entreprise" cultivée par l'auteur.

Tout autre est la lecture proposée par Gérard Lyon-Caen dans son article de 1951, puis dans son manuel de 1955. Elle voit dans le droit du travail un traitement du travail lié au régime capitaliste, dans la mesure où la pratique à grande échelle du salariat présupposait une dissociation du travail humain et de la propriété des "instruments de production"; dissociation consommée par la consécration d'une liberté du travail contraignant le travailleur "libre" à vendre sa force de travail contre un salaire pour subsister. Ce droit du travail serait doublement lié, par son histoire et par sa substance, au capitalisme:

- si la naissance d'un droit du travail salarié supposait une assez ample pratique de ce genre de travail appelé par l'avènement du capitalisme, sa formation puis son développement doivent fondamentalement à l'action du mouvement ouvrier, c'est-à-dire de la classe ouvrière organisée pour lutter contre l'exploitation capitaliste et tenter de modifier son sort dans la société; sa teneur est le fruit de cette lutte de classe menée contre le patronat et l'État garant de l'ordre bourgeois, c'est-à-dire d'une lutte politique et d'une lutte sociale qui ont connu des succès et des revers imprimant au développement de la "législation ouvrière" des mouvements de flux et de

⁶¹² *Traité de droit du travail*, LGDJ, Tome 1, avec le concours de R. Jaussaud, 1947, n° 8.

⁶¹³ *Ibid.*

⁶¹⁴ *Traité...*, n° 14 et suiv. L'auteur avait déjà constaté l'apparition d'un "droit du travail à finalité économique" (Une orientation nouvelle du droit du travail, *DC* 1941, chron. 29). Idée reprise par G. Levasseur, présentant le droit du travail comme une "technique de direction économique" par certains de ses aspects (Évolution, caractères et tendances du droit du travail, in *Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, Tome II, p. 444).

⁶¹⁵ *Traité...*, n° 13.

reflux, tels que cette dernière a contribué à améliorer la condition de cette classe "sans jamais parvenir à la transformer absolument"⁶¹⁶;

- cette genèse autorise à définir le droit du travail comme "l'ensemble des règles qui régissent: 1°) l'exploitation du travail humain en régime capitaliste; 2°) les instruments de la lutte ouvrière contre cette exploitation; 3°) les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le régime d'exploitation lui-même"⁶¹⁷.

Différant à la fois d'une définition formelle, qui vise seulement à identifier le droit du travail au sein de l'ordre juridique d'un pays, et d'une définition par les finalités ("droit visant à protéger les salariés"), celle qui est ainsi proposée peut être qualifiée de substantialiste. Elle tente de dire la nature profonde de ce droit. Son auteur la présente comme le fruit d'une "conception scientifique du droit du travail" et l'oppose aux représentations distillées par les principaux ouvrages alors disponibles: celle qu'il impute à un "réformisme opportuniste"⁶¹⁸, comme celle empreinte d'idéalisme mystificateur et, plus largement, toutes celles négligeant ou niant la lutte des classes.

Bien qu'elle ne fasse aucune référence à Karl Marx ni au matérialisme historique, cette analyse a été aussitôt perçue comme "marxiste". De fait, G. Lyon-Caen allait écrire, bien plus tard, que son ambition avait été d'entreprendre pour le droit (ou pour la "science juridique") "ce que Marx avait fait pour la science économique: une analyse critique sans indulgence"⁶¹⁹.

B/ Pourtant, cette thèse de l'ambivalence du droit du travail dans son rapport au système capitaliste n'allait pas être accueillie par les juristes liés au Parti communiste français. La perception de ce droit qu'offrent les auteurs d'un ouvrage publié à la fin des années soixante par les Éditions sociales, reste celle d'un îlot de "contre-droit" au sein du droit bourgeois, d'un "droit d'inspiration démocratique et populaire"⁶²⁰. En revanche, les vues de deux juristes universitaires de la décennie suivante, étrangers à cette mouvance idéologico-politique, n'étaient pas très éloignées de celles de Gérard Lyon-Caen⁶²¹.

⁶¹⁶ Les fondements historiques et rationnels..., p. 3 (p. 54 dans la publication de 2004); *Manuel...*, n° 174. On trouve trace de cette analyse de l'évolution normative, appliquée à la période plus récente, dans l'idée de "réversibilité du droit du travail" à laquelle est consacrée le dernier ouvrage de l'auteur (*Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1995).

⁶¹⁷ Les fondements historiques et rationnels..., p. 5 (p. 56 dans la publication de 2004); *Manuel...*, n° 21. Une définition un peu différente allait figurer dans le Précis Dalloz jusqu'à sa 19^e édition ("... ensemble des règles: qui reflètent les exigences du fonctionnement des entreprises dans leur utilisation de la force de travail; qui traduisent en termes juridiques les avantages obtenus par l'action collective des travailleurs; que l'État impose dans le cadre de sa politique et qu'il charge son administration et ses tribunaux de faire respecter"). Elle a ensuite cédé la place à une définition plus formelle, propre à identifier le droit du travail sans rien dire de sa nature, de sa signification (v. 22^e éd., préc., n° 7).

⁶¹⁸ Illustré par Georges Scelle, qu'il crédite pourtant d'une certaine lucidité lorsqu'il voit dans le droit du travail une "législation de classe" (à ce détail près que "c'est l'ensemble du droit actuel qui tend au maintien d'un ordre favorable à une classe et oppresseur pour une autre") mais auquel il reproche un point de vue "résolument idéaliste (et) historiquement inexact" lorsqu'il affirme que cette législation s'efforce de réaliser la justice sociale" (Les fondements historiques et rationnels..., p. 3; p. 55 dans la publication de 2004). Dans le *Manuel* de 1955, G. Lyon-Caen oppose son analyse du droit du travail à celle d'un Scelle, rattaché au "courant anarcho-syndicaliste" et à celle d'un P. Pic rapproché du "socialisme réformiste" (n° 18). Le qualificatif alors appliqué à la pensée du premier nommé apparaît contestable s'il est exact que son œuvre et ses engagements relèvent plutôt d'un radicalisme d'inspiration solidariste. V.: C.-M. Herrera, Un juriste aux prises du social. Sur le projet de Georges Scelle, *Rev. franç. hist. des idées pol.* 2005. 113 (qu'accompagne un article de l'auteur sur "Le problème ouvrier", publié en 1924).

⁶¹⁹ Permanence et renouvellement..., p. 50.

⁶²⁰ M. et R. Weyl, *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, Ed. Sociales, 1968, p. 101-102, p. 126 et suiv.

⁶²¹ P.-D. Ollier, *Droit du travail*, A. Colin, Coll. U, 1972; L. François, *Introduction au droit social*, Faculté de Droit de Liège, 1974.

L'existence de cette tendance non conformiste a pu encourager quelques juristes de la génération suivante à réactiver une mise en question de la représentation convenue du droit du travail. Sinon dans le cas de Bernard Edelman, alors très sensible à la lecture de Marx par Althusser, du moins dans celui de membres du mouvement "Critique du droit"⁶²². Ces deux tentatives ont, en effet, produit des analyses assez différentes. L'une prend le contre-pied de la conception hégémonique pour soutenir que le droit du travail n'est en fin de compte que le vecteur ou le produit d'une "légalisation de la classe ouvrière", "du droit bourgeois qui s'applique au travail"⁶²³; d'où l'on devrait déduire que les travailleurs n'en retirent rien d'essentiel et n'ont rien à attendre de son éventuel "progrès"⁶²⁴. L'autre retrouve et développe la thèse de l'ambivalence, en s'attachant davantage aux apports théoriques du courant marxiste⁶²⁵ comme à l'analyse des règles et mécanismes du droit positif⁶²⁶. Engagée par des essais individuels⁶²⁷, cette démarche s'est ensuite traduite par une exploration du droit du travail à partir de diverses entrées - du réexamen de sa genèse à une nouvelle interprétation de ses fonctions - dans un ouvrage réalisé par un groupe de jeunes juristes auxquels Gérard Lyon-Caen avait souhaité se joindre⁶²⁸.

Cette lecture critique du droit du travail vise principalement à élucider ses *fonctions*, distinguées de ses fins ou finalités convenues qui seraient "la protection des salariés", "le progrès social", voire une réforme sociale de "troisième voie" également distante du capitalisme et du socialisme⁶²⁹. Elle livre une interprétation des voies par lesquelles le régime juridique propre des relations du travail (régime du contrat de travail, pouvoirs patronaux, etc) et les dispositions du droit commun des obligations, dont il n'est ni séparé (cf. l'art. L. 121-1 C. trav.) ni dissociable, œuvrent à la fois à la constitution et au travestissement des rapports entre capital et travail salarié - rapports d'exploitation de la force de travail par le premier, caractéristiques du mode de production capitaliste - à leur légitimation, leur fonctionnement, leur protection, leur reproduction. Une

⁶²² Constitué en 1977, peu après la parution du livre de Michel Miaille, *Une introduction critique au droit* (Maspéro, 1976) mais sans lien direct avec celle-ci. Constitution attestée par la publication de la revue *Procès*, puis d'un ouvrage-manifeste: *Pour une critique du droit* (Ph. Dujardin, J.-J. Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, M. Miaille, J. Michel), Maspéro-PU Grenoble, 1978.

⁶²³ B. Edelman, *La légalisation de la classe ouvrière*, Ch. Bourgois, 1978.

⁶²⁴ Cf. notre note de lecture dans *Procès* 3-1979, p. 156.

⁶²⁵ À commencer par des écrits de Karl Marx lui-même (*Le Capital* notamment), mais aussi des analyses de N. Poulantzas, E. Balibar, E.-B. Thompson, M. Godelier, P. Naville, M. Miaille et d'autres membres du groupe "Critique du droit". On ne trouvera guère trace d'influence de L. Althusser. Limitée est la référence à E. Pasukanis, dont l'ouvrage (dans sa traduction française) reste obscur (A. Supiot y voit, au contraire, "la présentation la plus intelligente et la plus systématique" de la "critique marxiste du Droit": *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 103, note 2). Sont aussi mises à profit des analyses d'auteurs se réclamant moins clairement ou pas du tout du marxisme.

⁶²⁶ Un observateur éclairé distingue exactement les trois conceptions qui, en France, se sont réclamées du marxisme (G. Couturier, *Droit du travail*, PUF, T. I, 3^e éd., 1996, n° 9).

⁶²⁷ A. Jeammaud, *Droit du travail et/ou droit du capital*, *Procès* 2-1978, p. 15; Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail, *Dr. soc.* 1978. 337.

⁶²⁸ *Le droit capitaliste du travail*, par F. Collin, R. Dhoquois, P.-H. Goutierre, A. Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil, PU Grenoble, Coll. Critique du droit, 1980. Mis en chantier et coordonné par nous-même avec le concours d'A. Roudil, mais soumis à discussion collective avant bouclage du manuscrit, cet ouvrage comporte une contribution de G. Lyon-Caen sur "La crise actuelle du droit du travail".

⁶²⁹ Une posture critique se caractérise d'abord par l'interrogation sur les fonctions sociales du droit, de telle ou telle de ses composantes ou institutions (à quoi sert-il ou sert-elle *objectivement* dans la société ?), malgré la difficulté que l'on peut éprouver à dégager une compréhension précise du concept de fonction (central en sociologie du droit), en raison de la banalité d'usage du terme (le plus souvent employé comme synonyme de "fin" ou "finalité", ou "rôle" à propos d'une disposition particulière), comme du risque de dérive fonctionnaliste.

œuvre que ces multiples dispositions accomplissent tant à travers leur signification normative (institution de rapports et gouvernement de pratiques) qu'en nourrissant une certaine représentation des rapports sociaux (dimension idéologique).

La thèse avancée⁶³⁰ est que *le droit du travail participe à l'expression juridique déformante et au conditionnement juridique des rapports de production (concept de "médiation juridique de l'exploitation de la force de travail"), autant qu'à la sauvegarde de la domination capitaliste*. Elle se laisse résumer à l'extrême en deux propositions:

- le droit du travail contribue à la légitimation de ces rapports que fondent d'autres dispositifs (propriété, liberté et techniques contractuelles) d'un ordre juridique dans lequel il s'inscrit pleinement, et il tend ainsi à leur sauvegarde, en limitant ou tempérant l'exploitation de la force de travail, donc en les rendant plus acceptables, mais aussi en assurant une manière d'égalité entre entrepreneurs concurrents et, au-delà de ces derniers, entre détenteurs du capital, au service d'une "saine concurrence" (garantie, mais empêchée d'"avilir" les conditions de travail)⁶³¹;
- il est ambivalent dans sa relation avec le système capitaliste, en ce sens qu'il l'amende en assurant une réelle protection aux porteurs de cette force de travail qui doivent la vendre (ou la louer, peu importe).

Cette œuvre de sauvegarde accomplie par un corps normatif, que l'on peut dès lors qualifier de *"droit capitaliste du travail"*, repose en partie sur un effet de juridification (ou juridicisation)⁶³², qui apparaît si l'on prête attention aux modalités d'une régulation du social par production d'énoncés destinés à signifier des règles ou des décisions. Des énoncés voués à interprétation en contexte de différends, des règles nécessairement abstraites (celles du droit commun des obligations le sont tout particulièrement) même si leur signifiant linguistique vise des situations en apparence très concrètes (comme le sont ceux du code du travail) : on comprend que le droit soit apte à celer la réalité des rapports qu'il rend possibles et régit, mais aussi que ses solutions puissent, à textes constants, favoriser tour à tour les intérêts des employeurs et ceux des salariés⁶³³, et être l'objet de véritables "luttres pour le sens des énoncés" entre lectures servant des

⁶³⁰ Notamment dans la partie "Les fonctions du droit du travail" (p. 149 et suiv.) de l'ouvrage *Le droit capitaliste du travail*, préc. Cette thèse ne relève pas de la "doctrine progressiste" au sens de l'étude de R. de Quénauon (préc.). Il nous semble d'ailleurs que cette dernière expression conviendrait pour nommer un courant du milieu des juristes, universitaires ou praticiens, se livrant à l'activité doctrinale (identification et traitement des questions de droit, appréciation de la *lex lata* et positions sur la *lex ferenda*) distinguée de l'activité proprement théorique, et soutenant des argumentations ou des opinions favorables aux intérêts des salariés afin que le droit positif évolue effectivement dans le sens de ce qu'ils pensent être le progrès social. Se situer dans ce courant doctrinal n'implique pas que l'on adhère à une théorie critique du droit du travail, qu'il s'agisse de celle de B. Edelman ou de la "thèse de l'ambivalence". L'une et l'autre, d'ailleurs, ont suscité la méfiance, sinon l'hostilité, de la majorité des juristes de (ou proches de) la CGT comme de la CFDT.

⁶³¹ A. Jeammaud, La condition du travailleur dans l'ordre concurrentiel, in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Éd. Frison-Roche, 2003, p. 371; A. Lyon-Caen, Droit du travail et libéralisation des échanges: regards sur leur liaison, in *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro* (dir. A. Lyon-Caen et A. Perulli), Padoue, Cedam, 2005, p. 23.

⁶³² Ce concept est délicat et le terme qui le nomme s'avère polysémique. Pour une tentative d'identification de ses possibles significations, v. notre texte: Des concepts en jeu, in *Les transformations de la régulation juridique*, dir. G. Martin et J. Clam, LGDJ, Coll. Droit et Société, 1998, p. 47, spéc. p. 62 et suiv.). Il nous semble que "juridification" conviendrait mieux, ici, que "juridicisation", utilisé en 1980.

⁶³³ Certains des "aléas de la domination par le droit" (*Le droit capitaliste du travail*, préc., p. 200 et suiv.) correspondent à certaines manifestations de ce que G. Lyon-Caen allait appeler la "réversibilité" du droit du travail (ouvrage préc. *supra* note 13).

intérêts antagonistes⁶³⁴.

Cette interprétation du droit du travail s'écarte d'une représentation, souvent jugée essentielle à "la théorie marxiste" dont elle exprimerait au plus haut point l'inscription dans la tradition philosophique matérialiste. Il s'agit de l'opposition entre "infrastructure" (les "rapports économiques") et "superstructure", qui situerait le droit à ce second niveau, en compagnie de la morale, de la religion et d'autres composantes d'une "idéologie" comprise comme corps de croyances ou représentations trompeuses de l'infrastructure, "vraie base" de la société et seule "déterminante en dernière instance". À considérer divers écrits issus de "Critique du droit"⁶³⁵, la théorisation esquissée rompt avec la thèse déniautout autonomie ou "efficace propre" au droit, que l'on pourrait déduire de cette distinction pratiquée par Marx⁶³⁶ mais qui ne peut avoir d'autre sens que métaphorique. *Le droit, donc le droit du travail, ne saurait être ni "simple reflet", ni "produit" de rapports économiques, que ceux-ci détermineraient comme la cause détermine l'effet*, sous réserve d'une vague "action en retour de la superstructure sur l'infrastructure". L'idée de rapports "purement économiques", antérieurs à toute forme de juridicité, paraît erronée: l'économie capitaliste, pour ne parler que d'elle, peut-elle se concevoir, donc se construire, sans une représentation (déjà) juridique des relations entre ses agents, sans positivité de normes juridiques instituant un marché? Peut-on concevoir un marché sans consécration d'une liberté de contracter, d'acheter et vendre, sans cadre normatif fournissant des références communes, voire garantissant une concurrence? Conçoit-on un "marché du travail" sans préexistence d'une représentation et d'une construction juridiques du travail comme possible objet d'échanges⁶³⁷? *Une part de l'ordre juridique positif participe à la configuration des rapports sociaux de production, et pas seulement à leur reproduction ou leur protection*: le droit n'est pas extérieur ("postérieur") à l'économie, et simplement chargé d'en travestir la réalité⁶³⁸. Ce modeste apport du courant "Critique du droit", en particulier avec la formulation renouvelée de la thèse de l'ambivalence du droit du travail, constitue moins une pièce de ce qui serait une "théorie marxiste du droit" qu'une contribution, principalement inspirée par l'œuvre marxienne, au débat théorique et politique sur le droit dans notre société.

⁶³⁴ Il y a donc place pour ce que Jean-Paul Murcier et le service juridique de la CFDT ont pu théoriser, dans les années 70-80, sous le nom de "conflit des logiques" (v. notamment : *Le droit du travail dans la lutte des classes*, CFDT *Aujourd'hui*, n° 23, 1977, p. 3, et différents articles republiés dans *Action juridique-CFDT*, n° 100, Mai 1993); une analyse à laquelle d'autres juristes ont adhéré (J.-C. Javillier, dans son *Droit du travail*, LGDJ, 2^e éd., 1981, n° 14; T. Grumbach, *Méthode du conflit des logiques et conventions instituant*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 43). Pour une présentation et une appréciation nuancée de cette construction, v.: A. Supiot, *Les juridictions du travail, Traité de droit du travail*, tome 9, Dalloz, 1987, n° 81 et suiv. Si l'expression choisie pour la nommer paraît discutable, nous ne partageons pas la vive critique que G. Lyon-Caen a toujours dirigé (v. en dernier lieu: *Permanence et renouvellement...*, préc., p. 50) contre cette théorisation à finalité militante, mais réaliste, d'un aspect essentiel de la vie du droit.

⁶³⁵ V. notamment: Ph. Dujardin et J. Michel, *Marx et la question du droit*, in *Pour une critique du droit*, préc., A. Jeammaud, in *Le droit capitaliste du travail*, p. 153 et suiv.. Rappr.: M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, préc., p. 81 et suiv.

⁶³⁶ Notamment dans un fameux passage de sa *Contribution à la critique de l'économie politique* publiée en 1859 (Giard, 1928, p. 4 et suiv.). Sur ce texte v. M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, préc., p. 76 et suiv.

⁶³⁷ On rejoint là l'idée d'une institution juridique du marché du travail (F. Gaudu, *L'organisation juridique du marché du travail*, *Dr. soc.* 1992. 941; J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, préc., n° 89).

⁶³⁸ On est assez loin de la négation de l'autonomie du droit ("Marx aboutit à nier l'autonomie du juridique", observe très classiquement B. Oppetit, *Droit et économie, Droit et modernité*, préc., p. 170) ou de la sous-estimation de son rôle, généralement imputées à la théorie marxiste.

C/ Cette perception des relations entre le droit et les rapports qualifiés d'économiques, telle que le premier participe à la constitution et à la reproduction des seconds et que ceux-ci présupposent une forme élémentaire de juridicité, n'est pas sans parenté avec certaines théories économiques hétérodoxes de type institutionnaliste. Théorie de la régulation et théorie conventionnaliste⁶³⁹ rejettent également l'idée que la coordination des actions économiques s'effectuerait essentiellement par le marché et les prix; par un marché conçu comme lieu de rencontre entre agents rationnels et parfaitement informés, cherchant à maximiser leurs intérêts à travers chaque transaction, un marché exempt de règles venant perturber le jeu spontané de la loi (sociologique) de l'offre et de la demande. Elles reconnaissent au contraire un rôle fondamental aux règles, normes, conventions et autres montages institutionnels dans la constitution même et le fonctionnement de l'économie⁶⁴⁰.

Cette convergence partielle peut fonder des coopérations en quête d'une meilleure intelligence de ce que font ou peuvent faire des dispositifs juridiques dans le champ économique⁶⁴¹. Mais nous ne dirons pas qu'elle conforte une théorisation du droit du travail à laquelle on ne manquera pas de reprocher, selon le degré d'hostilité qu'elle inspire, sa complexité ou son caractère alambiqué. Ce facteur de faiblesse tient pourtant à une conscience de l'ampleur et de la difficulté des questions qui surgissent dès que l'on s'interroge sur les fonctions sociales du droit. En effet, on se trouve en présence d'une théorie modeste. Elle ne prétend pas répondre à l'ambitieuse question "pourquoi un droit du travail?", ni dans le registre de l'explication, ni dans celui de la justification⁶⁴². D'ailleurs, dans sa plus récente formulation et à la différence de ce qu'avait pu avancer G. Lyon-Caen trente ans plus tôt, elle n'affirme pas l'existence d'un lien nécessaire et exclusif entre droit du travail et mode de production capitaliste. Elle prétend seulement mettre en évidence une *adéquation de ce droit à un système économique capitaliste*, qui est plus qu'une compatibilité mais moins qu'une nécessité, et même qu'une fonctionnalité.

Mais là n'est pas la seule raison de sa faible réception⁶⁴³. Il faut tenir compte de la traditionnelle hostilité du milieu des juristes à la théorie matérialiste de l'histoire et de la société développée par Marx. Une hostilité qui s'est élargie, au moins provisoirement, avec les tragédies de quelques révolutions communistes, avant de céder la place à un décret de mort du marxisme après la chute de l'empire soviétique puis la conversion de la Chine rouge à un capitalisme conquérant. Dans le

⁶³⁹ Soit les deux courants de la science économique française plus connus sous les appellations respectives d'École de la régulation (M. Aglietta, R. Boyer, etc.) et d'Économie des conventions (F. Eymard-Duvernay, O. Favereau, R. Salais, L. Thévenot, etc.).

⁶⁴⁰ Selon l'excellente formule d'un économiste qui se réclame de l'institutionnalisme, "il n'y a pas un marché mais des marchés, plus ou moins fondés sur les principes d'une régulation concurrentielle, mais toujours touchés par des règles; les marchés ne sont pas en effet des objets naturels, mais des constructions sociales, des institutions créées ou façonnées par le droit" (Th. Kirat, *L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique: l'analyse économique du droit*, in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, préc., p. 339).

⁶⁴¹ A. Jeammaud, L'interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques, in *Le droit dans l'action économique*, dir. Th. Kirat et E. Serverin, CNRS Éditions, 2000, p. 219 (spéc., p. 222-223).

⁶⁴² Ce qu'ont pu tenter de faire, par exemple, A. Supiot (Pourquoi un droit du travail?, *Dr. soc.* 1990. 485), ou P. Verge et G. Vallée (*Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, Québec, 1997, p. 9 et suiv.).

⁶⁴³ Rares sont les auteurs, en France et dans les pays francophones tout au moins (telle Micheline Jamouille: *Le contrat de travail*, Tome I, Fac. Droit de Liège, 1982, p. 8 et suiv.; *Seize leçons sur le droit du travail*, Fac. Droit de Liège, 1994, p. 60), qui lui reconnaissent quelque mérite. Aujourd'hui qui parle de "théorie critique du droit du travail" songe sans doute à l'ouvrage d'Alain Supiot (*Critique du droit du travail*, PUF, 2^e éd, Coll. Quadrige, 2002), dont les analyses sont éloignées de celles de "Critique du droit".

cercle des spécialistes du droit du travail, des auteurs parmi les moins sensibles à la contestation libérale des acquis sociaux s'en prennent en termes vifs, sinon aux analyses marxiennes en général, du moins aux tentatives des "docteurs du marxisme", indistinctement frappés par la réprobation du "socialisme ayant réellement existé"⁶⁴⁴.

Enfin, on ne saurait sous-estimer *les conséquences intellectuelles des expériences réformistes de majorités politiques de gauche* qui ont marqué la vie politique française depuis un quart de siècle, en particulier de celle des années 1981-1986. Le recours, évidemment sans alternative acceptable, à la réforme du droit par les voies de la démocratie représentative en vue de "changer la société" - notamment de "démocratiser" les relations du travail - puis la réalité et la modestie des résultats obtenus, ont eu un double effet. D'un côté, ils ont conforté le scepticisme suggéré par la théorie critique quant à l'aptitude du droit et de sa modification (à cadre constitutionnel et international constant) à transformer le système économique et les rapports sociaux. D'un autre côté, ils ont fait ressortir *les limites heuristiques de cette théorie*. Les amples réformes du droit du travail réalisées entre 1982 et 1985 invitaient, non pas à délaisser la thèse de l'ambivalence, mais à s'interroger sur l'amplitude réelle et concevable de modifications que ces innovations juridiques prétendaient apporter à cette manière d'équilibre entre classes sociales dans un rapport de domination, que procure en fin de compte le droit du travail. Elles conviaient à approfondir la description et l'interprétation de dispositifs juridiques, à s'interroger sur les conditions et le sens de la contribution d'un droit du travail "démocratisé" au cadre d'une démocratie rendant plus acceptable un ordre social lié au mode de production capitaliste. Or, par le degré de généralité qu'elle conservait dans sa plus récente formulation, la thèse de l'ambivalence offrait peu de ressources à cette fin. *La démarche critique à l'égard du droit ne pouvait donc plus se contenter de perfectionner une analyse fondamentalement tributaire de l'apport marxiste*⁶⁴⁵. D'autres circonstances allaient d'ailleurs la requérir d'explorer le droit dans son outillage et son fonctionnement le plus concret⁶⁴⁶.

L'entrée du droit du travail dans une phase d'incessantes réformes, d'instrumentalisation de ces changements normatifs et des dispositifs ainsi ajustés ou introduits, et de flexibilisation des conditions juridiques d'usage de la force de travail, a également affecté la représentation dominante. Même si le thème de "la crise du droit du travail" est moins présent que dans les années 80-90⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ V. par exemple les pages d'A. Supiot sur "les critiques de la légalisation de la relation de travail" (*Critique du droit du travail*, préc., p. 200 et suiv.), ou sa dénonciation des vaines "théories qui prétendent aujourd'hui expliquer le Droit en se passant de l'idée de justice" et au nombre desquelles sont signalées les productions de "Critique du droit" (*Homo juridicus*, préc., p. 22-24). V. aussi ce que Jean-Pierre Le Goff dit de sa propre démarche et de son rejet de la grille d'analyse marxiste ("je n'étais pas de cette chapelle", caractérisée par "la priorité donnée au souci d'avoir raison sur celui de rendre raison"), dans l'avant-propos de la nouvelle édition de *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PU Rennes, 2004; comp. ses propos plus nuancés dans *Droit du travail et société*, Tome 1, PU Rennes, 2001, p. 27-28.

⁶⁴⁵ Cette tentative de dépassement inspire l'essai *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, dir. A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, Actes Sud, 1986 (v. p. 9 et suiv.).

⁶⁴⁶ La jonction avec des préoccupations plus classiques de théorie du droit (théorie de la norme) et de sociologie du droit a été illustrée, notamment, par la création du Centre de recherches critiques sur le droit de l'Université de Saint-Etienne.

⁶⁴⁷ Thème inauguré par la contribution de G. Lyon-Caen à l'ouvrage *Le droit capitaliste du travail*, préc. Sa vogue des années durant signifiait nécessairement que la "doctrine progressiste" (au sens indiqué *supra*, note 5) n'était déjà plus ce qu'elle avait pu être. Encore fallait-il s'entendre sur ce concept de "crise", et cette exigence conceptuelle rendait le diagnostic fort délicat (A. Jeammaud, Sur le

Du coup, la thèse de l'ambivalence a perdu de son caractère subversif. Il est probable que domine aujourd'hui, soit une représentation des interactions entre économie et droit du travail héritée de P. Durand mais moins sensible aux ambitions de celui-ci qu'aux exigences de celle-là⁶⁴⁸, soit un discours dérivé de l'exaltation contemporaine de l'entreprise et voyant dans le droit du travail un "droit organisateur de l'entreprise"⁶⁴⁹. Pas plus que la thèse critique, pourtant, ces interprétations ne devraient dispenser de nouveaux efforts de compréhension du fonctionnement et des effets sociaux du droit du travail.

II. Confronter le droit du travail aux "exigences de l'économie"

Alors que le capitalisme domine totalement la planète et en l'absence, pour l'heure, de claire alternative, on souligne les vertus du droit social comme armature d'une "société salariale" qui se délite⁶⁵⁰. On retient qu'il donne "visage humain" à cette économie de profit tendant à tout transformer en marchandise, et l'horizon désirable paraît être celui d'un "nouveau réformisme" adapté au contexte de changement du rapport des forces entre capital et travail, voire d'une "troisième voie" social-libérale. D'autant plus qu'au stade présent de la mondialisation de ce système économique, de sa "financiarisation", de la globalisation de l'organisation et de la stratégie des firmes, on perçoit fort bien ce qui menace les acquis de systèmes nationaux de droit social malgré l'existence de quelques normes et d'une organisation internationale ou de dispositifs régionaux imposant certains standards sociaux minimaux⁶⁵¹. On pourrait d'ailleurs penser que l'interrogation inquiète sur l'avenir du droit social est stimulée par des attaques frontales menées contre ce dernier au nom des "exigences économiques" ou de "l'efficacité économique". Localement, on imagine l'argumentaire invoquant la nécessaire amélioration, au nom de "la lutte pour l'emploi", de la compétitivité des coûts de main d'œuvre pour les entrepreneurs et de l'attractivité du "site France" pour les investisseurs. Or, ces mises en cause restent dans l'ensemble prudentes - dans ce pays tout au moins - et ne s'adossent pas à de robustes connaissances (A). L'heure n'est-elle pas venue de s'engager sérieusement dans une analyse économique du droit du travail en quête d'une compréhension des manières dont ses dispositifs affectent concrètement ou s'inscrivent dans l'ordre économique présent (B)?

droit du travail de la crise, *Procès 6-1980*, p. 73, et Crise et relations du travail, in *Droit de la crise, crise du droit?, Actes des Cinquièmes Journées R. Savatier*, PUF, 1997, p. 91, spéc., p. 125-128).

⁶⁴⁸ Représentation à l'œuvre, nous semble-t-il, dans l'étude de J.-E. Ray, Mutation économique et droit du travail, in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 11.

⁶⁴⁹ J. Barthélémy, *Droit social, organisateur de l'entreprise*, Éd. Liaisons, 2003; B. Teyssié, Droit du travail et droit des affaires, *D.* 2004. 2698 (texte étonnant, puisque l'auteur est bien près de prétendre que le droit du travail appartient au droit des affaires et d'affirmer que ses dispositions doivent être interprétées et appliquées à la lumière d'un "principe de compétitivité", dont on ignore le statut, la source, la teneur). Parce qu'ils négligent de distinguer le *droit* (un ensemble de règles socialement produites) et les activités de connaissance ou la pratique dont il fait l'objet, c'est-à-dire sa *discipline* (sa "science"), de nombreux juristes qualifient facilement ce droit de "science". Il est alors tentant de voir dans le droit du travail une "science d'organisation" de l'entreprise (ex.: B. Teyssié, Remarques sur le droit du travail, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 495).

⁶⁵⁰ R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, 1995. Travaillant sur des données récentes, J. Rigaudiat conclut à une "profonde dégradation de la condition salariale", qui alimente ce phénomène capital qu'est "la montée des précarités" (À propos d'un fait social majeur: la montée des précarités et des insécurités sociales et économiques, *Dr. soc.* 2005. 243).

⁶⁵¹ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail, préc.*, n° 46.

A/ Des juristes respectables assurent depuis longtemps, par exemple, que "le régime restrictif du licenciement" dessert les travailleurs par son inadaptation aux "contraintes économiques". La "psychose du licenciement interdit", ou au moins le risque élevé d'une contestation du licenciement et d'une condamnation pécuniaire, dissuaderait les employeurs d'embaucher et inciterait même, avec d'autres considérations liées aux "coûts induits" par la législation sociale, à déplacer la production vers des pays au droit moins exigeant. Les organisations patronales, des dirigeants d'entreprise, des économistes de tendance libérale s'en prennent avec constance aux "contraintes" engendrées par le droit du travail. Mais le procès instruit contre celui-ci - depuis sa naissance en vérité - *n'a pas encore donné lieu à la rédaction de quelque acte d'accusation savant, nourri de critiques radicales mais étayées*, dénonçant la responsabilité du droit social dans la nouvelle division internationale du travail en raison d'une rigidité du marché du travail entravant son ajustement naturel par les prix et décourageant l'embauche⁶⁵².

Souvenons-nous du *Rapport sur les obstacles structurels à l'emploi*, élaboré il y a douze ans, à la demande du gouvernement Balladur, par un groupe d'experts présidé par J. Mattéoli. Il s'agissait alors de préparer ce qui allait être la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle du 20 décembre 1993. La prudence de ce document dans la mise en cause d'un droit du travail volontiers qualifié de "garantiste" confirmait la difficulté d'imputer l'aggravation du chômage à l'état de ce droit et d'apprécier les effets socio-économiques des dispositifs juridiques.

Cinq années plus tard, le groupe d'experts chargé par la Commission européenne d'identifier les perspectives d'évolution du droit du travail allait même proposer une vision franchement optimiste de la relation entre un droit du travail ambitieusement "reconfiguré" pour assurer un "état professionnel" à chaque personne à travers un système de "droits de tirage sociaux", et l'économie de l'Europe communautaire⁶⁵³. Certes les perspectives tracées suggèrent bien des questions sur les forces sociales susceptibles de les appuyer ou de s'y opposer, ou sur leur compatibilité avec l'organisation et les mouvements contemporains du capital à l'échelle mondiale. Mais ces interrogations sont-elles pertinentes? En effet, le chapitre "Droit du travail et performance économique" du rapport⁶⁵⁴ semble ruiner quelques idées reçues et dissiper les doutes jetés par le plus classique procès du droit du travail et le plaidoyer en faveur de sa "flexibilisation". Ce texte s'en prend aux visions simplistes de la mondialisation (sa perception purement négative) en même temps qu'à l'idéologie de la flexibilité des conditions d'usage du travail salarié; il critique aussi vivement la théorie économique standard, son paradigme de l'*homo economicus* comme sa conception du marché du travail. Contre ces croyances et représentations, il propose la construction d'un "référént économique adéquat" permettant de concevoir un système performant alliant flexibilité pour les entreprises comme pour les travailleurs et sécurité pour les personnes, c'est-

⁶⁵² S'il insiste sur l'insuffisante performance du marché du travail et les impute partiellement à certains segments au droit social, le récent rapport de l'Organisation de coopération et développement économiques (OCDE) sur l'économie française (*Études économiques de l'OCDE. France*, Juin 2005, www.oecd.org), ne constitue pas semblable réquisitoire.

⁶⁵³ V. son rapport: *Au-delà de l'emploi*, dir. A. Supiot, Flammarion, 1998. Sur ce rapport, v. *Dr. soc.* 1999, p; 438 et suiv., et *Dr. soc.* 2000, 66.

⁶⁵⁴ Influencé par les analyses de Robert Salais, l'un des principaux représentants de l'économie conventionnaliste.

à-dire cette "flexisécurité" dont on parle désormais. Un droit social sophistiqué ne serait donc pas le fauteur de déclin de nos économies.

Pourtant, cette analyse, qui ne doit guère convaincre les économistes du courant dominant, ne fait pas l'unanimité parmi les hétérodoxes⁶⁵⁵. Ne repose-t-elle pas sur une "vision éthérée des mutations économiques", et n'ignore-t-elle pas superbement la logique de la "mondialisation financière", la "contrainte de la finance"⁶⁵⁶? Le non-économiste est perplexe. Même s'il ne fait pas aveuglément confiance au savoir économique pour savoir ce qu'est l'économie, et s'il est prêt à admettre que les exigences de l'économie ne sont pas nécessairement celles qu'accrédite le sens commun⁶⁵⁷!

Dans la période la plus récente, la critique du droit du travail au nom des exigences économiques s'en prend moins à ses effets de perturbation ou à ses prétentions de tempérament des mécanismes du marché du travail, d'action sur la distribution des revenus, d'encadrement du pouvoir patronal (ses tendances à la "démocratie économique" pour emprunter la terminologie bien désuète du Rapport Auroux de 1981), qu'à son "incertitude"⁶⁵⁸. Une incertitude imputée à l'instabilité des règles juridiques, mais aussi à la teneur de nombre d'entre elles (en premier lieu celles qui imposent aux employeurs de justifier leurs décisions et retiennent comme critères de justification des notions indéterminées, voire des standards), génératrice d'imprévisibilité des évaluations juridiques auxquelles pourra donner lieu un procès dont le risque est censé avoir grandement augmenté (car nul ne conteste la réalité de la "judiciarisation" des relations du travail)⁶⁵⁹. Bref, grief est fait à des traits du droit de ce temps d'engendrer une "*insécurité juridique*" particulièrement nocive pour la direction des entreprises et l'investissement.

Le rapport *Pour un Code du travail plus efficace*⁶⁶⁰, remis en janvier 2004 au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité par M. de Virville, est exemplaire à cet égard. Ce document porte un jugement sur le droit du travail du point de vue de l'efficacité de l'activité économique des entreprises, mais sans prendre la peine - le risque - de préciser ce concept et encore moins

⁶⁵⁵ Un autre économiste, Bernard Gazier, propose, à la lumière de l'expérience de divers pays européens et au terme d'une enquête collective et comparative, un modèle social ("social-démocrate") - donc de nouvelles règles pour le travail, l'emploi et la protection sociale - assez proche de celui du Rapport Supiot et tout aussi ouvertement axé sur "l'autre flexibilité", celle choisie par le travailleur (*Tous "sublimes"*, Flammarion, 2003).

⁶⁵⁶ Th. Coutrot, 35 heures, marchés transitionnels, droits de tirage sociaux. Du mauvais usage de bonnes idées..., *Dr. soc.* 1999. 659 (spéc. p. 666).

⁶⁵⁷ Certains ne jugent-ils pas que les pouvoirs dont notre droit positif investit tout employeur constituent une "nuisance économique" en ce temps d'extension des tâches cognitives et relationnelles (E. Dockès, Le pouvoir dans les rapports de travail. Essor juridique d'une nuisance économique, *Dr. soc.* 2004. 620)?

⁶⁵⁸ Observation confortée par la lecture: T. Sachs, Droit du travail et rhétorique libérale: la règle de droit à l'épreuve du jugement d'efficacité", in *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, préc., p. 147...

⁶⁵⁹ L'exemple le plus volontiers évoqué est évidemment celui de l'appréciation du caractère réel et sérieux du motif de licenciement, en particulier lorsqu'il s'agit d'un motif économique.

⁶⁶⁰ La Documentation française, 2004. Le rapport souligne d'entrée que le droit du travail "poursuit deux missions essentielles": "il protège le salarié (...)" et "il contribue à une organisation efficace de l'activité économique des entreprises, en donnant à l'employeur un pouvoir de direction clair et sans ambiguïté lui permettant d'encadrer et d'orienter l'activité des salariés", par où "il est (...) source d'emploi". Cette présentation, à laquelle on reconnaîtra un certain réalisme, ne saurait être prise pour une variante de la thèse de l'ambivalence.

les critères de l'efficacité de dispositifs juridiques. La spectaculaire montée de cette valeur d'efficacité (à ne pas confondre avec l'effectivité) parmi les critères ou conditions de légitimité du droit laissait pourtant espérer un effort d'élucidation. D'ailleurs, ce rapport ne livre pas les enseignements d'une investigation rigoureuse sur les effets socio-économiques du droit du travail, mais plus sûrement des impressions ou convictions des membres du groupe ou des personnes auditionnées. Il critique surtout les manières de produire les règles juridiques, et la grande affaire paraît être, plus que la production législative et réglementaire à jet continu, l'audace de la chambre sociale de la Cour de cassation, la dérive légiférante qui lui est reprochée. Que l'insécurité juridique soit le mal majeur est confirmé par des documents publiés simultanément par des organisations patronales⁶⁶¹; singulièrement l'insécurité inhérente à la rétroactivité des revirements de jurisprudence qui "peut produire des effets fondamentalement anti-économiques"⁶⁶².

Au-delà des généralités routinières ou des formules polémiques, les accusations lancées contre le droit du travail par ceux qui lui font procès au nom de l'économie, ne sont pas aussi nourries qu'on pourrait l'attendre. Nous n'avons pas rencontré, dans la littérature de ce pays, de véritable reprise de la vision hayékienne, qui dénoncerait dans le droit du travail "la législation" par excellence (contre un "Droit" limité à des "règles de juste conduite"), une forme de pseudo-juridicité dégradée par l'interventionnisme étatique et radicalement anti-économique. Pas davantage de données issues de recherches méthodiques. Que les appels à l'éradication ("brûler le code du travail") restent inaudibles pourrait conforter la thèse de l'ambivalence du droit du travail dans son rapport à un système économique capitaliste. Mais l'argument serait de pure rhétorique et l'on ne peut se satisfaire de l'état présent des "savoirs".

La thèse de l'ambivalence demeure une interprétation, à notre avis pertinente, d'un droit "pris au sérieux" à la lumière d'une certaine théorie du capitalisme, mais elle se maintient à un assez haut niveau de généralité, même dans sa version la plus sophistiquée. Qu'un droit du travail "protecteur" des travailleurs salariés, promoteur de relations professionnelles fondées sur la liberté et l'autonomie syndicales, au surplus garant des "droits fondamentaux" dans les relations du travail, s'avère adéquat au capitalisme *n'empêche que le renforcement de la concurrence internationale, lié à l'intégration européenne et à l'intensification de la mondialisation de l'économie, accroît l'importance des différences substantielles entre les systèmes juridiques nationaux*. Parce que "l'assise spatiale des marchés correspond de moins en moins à l'assise spatiale des institutions et politiques sociales (...) la libéralisation des échanges rend plus sensible la diversité des droits du travail"⁶⁶³. La "concurrence par le droit" entre firmes ou entre États, jouant sur les écarts entre standards (et coûts) sociaux résultant des règles juridiques, est trop manifeste et dramatique (les délocalisations productives) pour que l'on s'en tienne à quelque thèse globale. À la considération de la mise en cause sans précédent du droit du travail des pays de notre région par cette intensification du processus de mondialisation, s'ajoute le constat d'une plus vive sensibilité à la diversité des intérêts qui s'entrechoquent dans nos "sociétés capitalistes développées" (ceux des salariés

⁶⁶¹ *Réflexions sur la simplification du droit. Note de l'Institut de l'Entreprise* (par Ph. Langlois), Janvier 2004; *Moderniser le code du travail. Les 44 propositions du Medef*, Direction des relations sociales du Medef, Mars 2004.

⁶⁶² *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, remis en novembre 2004 par N. Molfessis à M. le Premier président de la Cour de cassation.

⁶⁶³ A. Lyon-Caen, *Droit du travail et libéralisation des échanges: regards sur leur liaison*, préc., p. 28.

en tant que tels, mais aussi ceux des usagers ou des consommateurs que sont aussi travailleurs et personnes privées d'emploi). Bref, les thèses ou positions évoquées jusqu'ici se révèlent un peu "courtes", et *beaucoup reste à faire pour comprendre le jeu et l'effet concret des dispositifs juridiques dans "l'ordre économique"*.

B/Des juristes sont depuis assez longtemps sensibles aux interactions du droit et de l'économie pour que soit apparu un "droit économique", au statut incertain⁶⁶⁴, mais qui s'entend probablement d'une manière de traiter ou pratiquer le droit positif plutôt que d'une nouvelle branche de ce système⁶⁶⁵. Le droit du travail serait donc justiciable de cette approche, mais les spécialistes de droit économique ont d'autres priorités. Certes, en dehors de ce milieu du droit économique, les juristes - les juristes du travail en particulier - ont à l'esprit une représentation plus ou moins syncrétique de ce qu'est l'économie ou au moins de ce qui est "économique" (ne serait-ce que pour pratiquer des opérations de qualification). Chacun d'eux a également, un sentiment, une idée, voire une conviction quant au poids qu'il convient de reconnaître aux lois ou exigences de cette économie dans l'application comme dans l'évolution du droit, ainsi que de la place à accorder au savoir produit par les économistes⁶⁶⁶. Un spécialiste réputé du droit du travail milite avec vigueur et constance pour la primauté de "la référence à l'intérêt de l'entreprise, créatrice de richesses, dispensatrice d'emplois" dans l'élaboration et l'interprétation de cette branche, allant même jusqu'à avancer que "le principe de compétitivité" doit gouverner l'application et l'interprétation de ses dispositions⁶⁶⁷. On en reste cependant à une référence purement rhétorique aux interactions de l'économie et du droit.

Or, les spécialistes de toutes les branches du droit positif sont aujourd'hui sollicités par un courant de pensée, *l'économie du droit* ou *analyse économique du droit* (AED), qui invite à systématiser l'appréciation de l'incidence économique des règles juridiques et propose des méthodes à cette fin. Il paraît ainsi répondre directement à la préoccupation diffuse d'efficacité et, en fin de compte, de viabilité économique des dispositifs juridiques. Développé aux États-Unis à partir des années soixante selon les canons de la théorie microéconomique néo-classique ("nouvelle *Law and Economics*", principalement basée à l'Université de Chicago), ce corps de thèses sur le droit et de positions doctrinales sur son application, son élaboration, sa connaissance, a été assez tardivement connu dans notre pays. Les premiers exposés systématiques en langue française, par des

⁶⁶⁴ V. par exemple le constat perplexe du regretté Bruno Oppetit (Droit et économie, préc., p. 172 et suiv.).

⁶⁶⁵ " Le droit économique n'est pas une nouvelle matière juridique, mais une nouvelle optique vis-à-vis de matières traditionnelles", estiment deux pionniers (A. Jacquemin et G. Schrans, *Le droit économique*, PUF, Coll. Que sais-je?, 3^e éd., 1982).

⁶⁶⁶ Un repérage de ces conceptions doctrinales a été entrepris par Tatiana Sachs, doctorante à l'Université Paris X-Nanterre, qui a bien voulu nous communiquer un texte livrant un aperçu de cette recherche. V. également, ci-dessous: A. Lyon-Caen, À propos de l'adjectif "économique" dans la langue du droit.

⁶⁶⁷ Bernard Teyssié, Remarques sur le droit du travail, et Droit du travail et droit des affaires, préc. On s'interroge sur le statut de ce "principe de compétitivité"; serait-ce une norme nouvelle de notre droit positif?

auteurs nord-américains, remontent à une vingtaine d'années⁶⁶⁸. Cette AED, à triple vocation critique, normative et prédictive⁶⁶⁹, a d'abord été perçue comme un programme fortement marqué par l'idéologie néo-libérale. Les quelques analyses d'institutions du droit du travail destinées à convaincre un lectorat français⁶⁷⁰, puis le premier ouvrage d'un économiste local consacré à cette approche du droit⁶⁷¹, pouvaient conforter cette perception. Mais - "positivisme tenace", idéologie "progressiste" hostile, ou encore réticence d'un certain jusnaturalisme? - on pouvait écrire, au début des années quatre-vingt dix, que ce mouvement n'avait qu'un très faible écho en France⁶⁷².

Les choses ont changé, même si des juristes étrangers s'étonnent de la réserve de leurs collègues de l'Hexagone et entreprennent de les convaincre en soumettant certaines institutions du droit local à l'analyse économique⁶⁷³. Celle-ci est désormais mieux connue, en France, grâce aux exposés et investigations de quelques économistes sensibles au poids du juridique (de "l'ordre juridique" au sens wébérien, de ces règles que "visent" les acteurs) dans ou sur les actions ou activités sociales à travers lesquelles se réalise ou se manifeste "l'ordre économique"⁶⁷⁴. On dispose d'un certain nombre de publications individuelles de juristes locaux⁶⁷⁵ ou des travaux collectifs impliquant des juristes⁶⁷⁶. L'encouragement vient de haut, puisque le Premier président de la Cour de

⁶⁶⁸ L. A. Kornhauser, L'analyse économique du droit, *Rev. de synthèse*, n° 118-119, avr.-sept. 1985, p. 313, V° "Économique (Analyse — du droit)", in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ-Story scientia, 1^{er} éd. 1986; E. Mackaay, La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, *Rev. intern. dr. éco.* 1986. 43. L'attention de nos voisins belges a été plus vite retenue, ainsi qu'en témoignent deux articles publiés en 1987 dans la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (n° 18): A. Strowel, Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner (p. 1) (également dans *Arch. phil. dr.*, t. 37, Sirey, 1992, p. 143), et B. Bouckaert, L'analyse économique du droit: vers un renouveau de la science juridique (p. 47).

⁶⁶⁹ B. Lemmenicier, *Économie du droit*, Éd. Cujas, 1991, p. 17 et suiv.

⁶⁷⁰ Nous songeons à trois études publiées dans un numéro de la revue *Droit prospectif-Revue de la recherche juridique* (1987-2) consacré à l'AED.

⁶⁷¹ B. Lemmenicier, *Économie du droit*, préc.

⁶⁷² B. Oppetit, *Droit et économie*, préc., p. 176 et suiv. Th. Kirat observe que, si le système de *common law* est réputé "largement perméable au calcul économique", la pratique de l'économie du droit en pays de tradition romano-germanique "suppose qu'elle intègre les particularités du système juridique, tels le poids des règles positives et de la législation, notamment par rapport aux tribunaux, ou l'inscription subtile et peu visible de la logique du calcul dans des dispositifs juridiques centrés sur la règle" (*Économie du droit*, La Découverte, Coll. Repères, 1999, p. 5)

⁶⁷³ A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit: le cas français*, Avant-propos de L. Vogel, Éd. Panthéon-Assas, 2002.

⁶⁷⁴ Thierry Kirat et Bruno Deffains, principalement. On doit au premier un petit ouvrage de présentation (*Économie du droit*, préc.) et divers articles livrant d'autres éléments de compréhension de l'AED (en particulier: Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit, in *Le droit dans l'action économique*, dir. Th. Kirat et É. Serverin, CNRS Éd., 2000, p. 43; L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique: l'analyse économique du droit, in *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, préc., p. 339). Le second conduit des recherches d'analyse économique de la justice ou d'autres objets juridiques, et a notamment dirigé un ouvrage sur *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (Éd. Cujas, 2002). D'autres textes d'économistes peuvent faciliter l'accès à cette connaissance (ex.: C. Fluet, L'analyse économique du droit, *Économie appliquée*, n° 3-1990, p. 53; S. Harnay et A. Marciano, *Richard A. Posner. L'analyse économique du droit*, Éd. Michalon, Coll. Le bien commun, 2003). V. également *Problèmes économiques*, n° 2.872, 30 mars 2005, comportant un dossier "Regards économiques sur le droit". Un récent et riche manuel de droit des obligations éclaire sur l'AED (M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, Coll. Thémis, 2004, n° 39 et 42).

⁶⁷⁵ V. par exemples deux récents articles de notre collègue H. Muir Watt: Analyse économique et perspective solidariste, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 183; Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 615.

⁶⁷⁶ Ex.: *Le droit au défi de l'économie*, dir. Y. Chaput, 2002; *Les mondes du droit de la responsabilité: regards sur le droit en action*, dir. Th. Kirat, LGDJ, Coll. Droit et Société, 2003; L'analyse économique du droit des contrats: outil de comparaison, facteur d'harmonisation (Colloque Paris 1, mai 2004), *Gaz. Pal.*, 9-10 mars 2005.

cassation estime que celle-ci doit être capable "d'intégrer l'analyse économique dans le raisonnement juridique"⁶⁷⁷, que les juges comme le législateur doivent intégrer les données économiques dans la "prise de décision juridique", et en particulier considérer les conséquences économiques de leurs décisions⁶⁷⁸. Le discours de ce haut magistrat lors de la rentrée 2005 de la Cour a confirmé cette sensibilité aux interpellations de l'analyse économique du droit⁶⁷⁹. Le droit du travail est-il menacé, *via* un utilitarisme commandant l'instrumentalisation progressive des règles, d'un "économisme" dominé par le primat du marché et du "tout concurrence", avec généralisation d'un raisonnement "conséquentialiste" dans l'interprétation des dispositions et le règlement des différends? Le péril ne saurait être ignoré⁶⁸⁰. Le Président Canivet avertit toutefois que, même si "elles nous imposent (...) un programme ambitieux de modernisation de notre appareil légal et juridictionnel", ces analyses émanant du courant de l'économie du droit d'origine nord-américaine "ne peuvent être acceptées sans examen et rester sans réplique"⁶⁸¹.

S'il est exact que, comme l'écrit l'un d'eux, "les économistes ont toujours manifesté une certaine réserve à l'égard du droit du travail, suspecté de perturber le fonctionnement efficace du marché"⁶⁸², cette branche du droit aurait dû constituer un objet (ou une cible) privilégié pour les démarches d'AED. Pourtant, *hors du monde anglo-saxon, la pénétration de l'analyse économique du droit dans la discipline du droit social a tardé*⁶⁸³. Tout au moins à considérer les travaux univer-

⁶⁷⁷ *Les Échos*, 1^{er} mars 2004. On sait qu'un cycle de conférences "Droit, économie et justice" a été mis en place, à la Cour, à l'initiative du Premier président G. Canivet et de notre collègue M.-A. Frison-Roche.

⁶⁷⁸ Note d'introduction de l'atelier "Droit, vie économique et sociale" du colloque "Quelles perspectives pour la recherche juridique?" (21-22 mars 2005), *Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice*, n° 19, Hiver 2004-2005, p. 4.

⁶⁷⁹ "Le droit français est, dans l'ordre mondial, brutalement rappelé à l'impératif d'efficacité par des écoles américaines d'analyse économique des facteurs de développement. Postulant le rôle déterminant de la qualité des lois et règlements régissant la vie des affaires sur la croissance économique, ces études, à partir de l'observation de nombreux systèmes de droit, proposent de démontrer que les réglementations les plus lourdes produisent les plus mauvais résultats parce qu'elles sont généralement associées à une inefficacité des institutions publiques, à de longs retards de décisions, à des coûts élevés des formalités administratives, à l'inefficacité des procédures judiciaires, à plus de chômage et de corruption, à une moindre productivité et à l'assèchement des investissements. À partir des critères qui en sont déduits, sont défavorablement cotés et classés les systèmes inspirés du modèle français. (...) Or, aujourd'hui, les mérites d'un système de droit s'apprécient à ses aptitudes à permettre la production et la circulation de la richesse, à favoriser le développement économique et l'intégration sociale et à assurer la sécurité juridique. L'esprit de réforme doit donc mobiliser toutes les ressources de l'économie, de la sociologie, de la philosophie, des sciences du langage et de la communication. La nouvelle pensée juridique doit être inter-disciplinaire." (G. Canivet, Audience solennelle de rentrée, 7 janv. 2005).

⁶⁸⁰ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, préc., n° 47. Alain Supiot est, dans son assidu plaidoyer pour la reconnaissance de "la fonction instituante du Droit", l'un des critiques les plus résolus de l'AED (v. notamment *Homo juridicus...*, préc., p. 115 et suiv., 292 et suiv.).

⁶⁸¹ Allocution préc.

⁶⁸² F. Eymard-Duvernay, Le droit du travail est-il soluble dans les incitations? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciement, *Dr. soc.* 2004. 812.

⁶⁸³ Les premiers écrits américains datent d'une vingtaine d'années, les études britanniques sont plus récentes. On trouve une substantielle bibliographie en note d'un article publié en français par Pietro Ichino, professeur de droit du travail à l'Université de Milan et avocat: Négociation collective et loi antitrust, *Bull. dr. comparé du trav. et de la séc. soc.* (COMPTRASEC, Univ. Montesquieu de Bordeaux) 2002, p. 3, note 16. Dans cet article l'auteur écrit: "Les juristes italiens (et, plus généralement, d'Europe continentale, avec pour chefs de file les Français) ont pu se permettre jusqu'à maintenant de snober le débat des économistes sur la justification rationnelle du droit du travail et du droit syndical: de faire abstraction des théories économiques qui distinguent et expliquent les nobles (ou les moins nobles) raisons d'être d'une réglementation d'ordre public du contrat de travail, de la liberté d'association et de l'autonomie collective" (p. 14). V. du même auteur: : Marché du travail: regard d'un juriste sur les arguments des économistes, *Rev. intern. trav.* (BIT), 1998, p. 312; *Lezioni di diritto del lavoro. Un approcio di labour law and economics*, Milan, Giuffrè, 2004. Dans son

sitaires ou les recherches impliquant des juristes. Car, sans parler des "études d'impact" qui devaient accompagner tous les projets de loi ou de décret (circulaire de janvier 1998), mais dont on sait fort peu de choses, *l'évaluation des effets extra-juridiques de la mise en œuvre de nombreux dispositifs juridiques* adoptés au titre des politiques sociales (en particulier de la politique publique de l'emploi) est pratique courante. Elle incombe à des organismes tels que la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (Dares) du ministère chargé du travail et de l'emploi, le Centre d'études de l'emploi, l'Insee, etc. Cette pratique illustre une opportune prise en considération de cadres juridiques de l'action dans la production de savoirs sur l'économie, et confirme la montée en puissance de la valeur d'efficacité comme source de légitimité de l'action publique. Toutefois, ils mobilisent peu les juristes et leurs enseignements nourrissent bien modestement la connaissance du droit social et son enseignement.

D'ailleurs, outre que les données produites ne sont pas seulement d'ordre quantitatif⁶⁸⁴, on évitera de voir dans ces opérations d'évaluation autant d'applications d'un programme d'analyse économique du droit, car elles s'attachent principalement aux effets du point de vue de l'objectif "social" fixé aux dispositifs en cause. Les récentes études d'économistes qui ont proposé une évaluation de la "protection de l'emploi" selon le droit français⁶⁸⁵ suscitent, indépendamment de leur capacité de convaincre, une hésitation analogue. Certes, ils raisonnent en termes d'efficacité des dispositifs, leurs analyses reposent sur une conception utilitariste de l'action en société et sur l'individualisme méthodologique. Ils s'apparentent à ce titre à l'AED. Mais ils s'attachent à une efficacité du point de vue de la protection de l'emploi, en tant qu'objectif non contesté d'une intervention de l'État dans le champ économique et la vie des entreprises. S'ils proposent d'abandonner l'essentiel de l'encadrement juridique du licenciement, ce serait en contrepartie d'une disparition des principales espèces de contrats de travail précaires et de l'instauration d'un système de taxation visant à faire supporter aux employeurs qui licencient le coût de l'indemnisation du chômage et du retour à l'emploi des salariés licenciés ("internalisation" des externalités négatives) de la décision de licencier). On est donc loin de l'économie du droit posnérienne, indifférente sinon hostile à toute idée de justice distributive⁶⁸⁶. On ne peut non plus parler de projets

intervention au colloque "Quelles perspectives pour la recherche juridique?" de la Mission de recherche Droit et Justice (21 mars 2005), Bruno Deffains a suggéré que l'analyse économique investisse le droit social.

⁶⁸⁴ Elles sont aussi sociologiques, comme dans le cas des études publiées par l'Insee sur les effets des deux lois "35 heures" de 1998 et de 2000 (*Économie et Statistique*, n° 376-377, 2004), qui constituent, sauf erreur, le "premier bilan scientifique des lois Aubry" (*Sem. soc. Lamy*, 11 juil. 2005, n° 1223).

⁶⁸⁵ O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du CAE (avec un commentaire de J. Freyssi-net, La Doc. française, 2003; P. Cahuc, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, Publication du Centre d'observation économique de la CCI de Paris, Juin 2003; P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au Ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale (décembre 2004), La Doc. française, 2005. Le texte donné par P. Cahuc et F. Kramarz au présent ouvrage (*infra*, p.) reprend les éléments essentiels de ce rapport. V. sur les deux premiers rapports les commentaires critiques d'autres économistes: F. Eymard-Duvernay, *Le droit du travail est-il soluble dans les incitations?*, préc.; J. Gautié, *Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexisécurité*, *Dr. soc.* 2005. 3. Et sur l'ensemble de ces rapports les contributions ci-dessous de F. Eymard-Duvernay (p. ...) et de F. Gaudu (p. ...).

⁶⁸⁶ Caractérisée par "son anti-étatisme et son hostilité à la manipulation par le droit de la répartition des revenus" plus que par son conception du libre marché qui ne saurait échapper à un certain contrôle a posteriori du juge (Th. Kirat, *L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique...*, préc., p. 342). "L'orientation du rapport (Blanchard-Tirole) est plutôt "de gauche", puisque les auteurs préconisent de taxer les licenciements", observe F. Eymard-Duvernay (*Le droit du travail est-il soluble dans les incitations?*, préc.). Le récent rapport de l'OCDE sur l'économie française (*supra*, note 51) semble reprendre les préconisations de ce rapport et du rapport

de pure "flexibilisation" des conditions juridiques d'emploi de la main d'œuvre afin d'améliorer la "compétitivité du site France" et des entreprises qui y sont établies. Ces rapports proposent plutôt une meilleure conciliation des exigences de flexibilité pour les entreprises et de sécurité ("sociale") pour les personnes vivant de leur travail.

Mais peut-être l'économie du droit n'est-elle pas, essentiellement, le fruit du néo-libéralisme appliqué au droit. Ses meilleurs connaisseurs indiquent qu'il s'agit d'une orientation de théorie et de recherches fort diversifiée. Elle constituerait un courant en raison du lien que toutes ses tendances entretiennent avec le réalisme américain en théorie du droit et par leur focalisation sur les conséquences économiques des règles juridiques. Mais on apprend que l'école de Chicago avait été précédée, dans les premières décennies du XXe siècle, par une "*Law and Economics* institutionnaliste" et "progressiste" animée par une préférence pour l'intervention étatique et des critères de justice sociale, et que cette orientation connaît un certain renouveau aux Etats-Unis même⁶⁸⁷. Il apparaît aussi que tous les tenants de l'AED "nouvelle" n'adhèrent pas également aux différentes "thèses" réunies sous cette bannière, en particulier à la "thèse normative" érigeant l'efficacité d'un point de vue économique en critère de choix des règles de droit⁶⁸⁸. Bref, *s'engager dans l'exploration des effets économiques du droit du travail ne vaut pas nécessairement adhésion à quelque conception posnérienne ou hayékienne de l'évaluation de ses dispositions ou des préconisations de politique du droit.*

"Dé-diabolisé" autant que de besoin, un tel programme ne saurait être qu'interdisciplinaire, mobilisant les compétences de juristes, d'économistes et de sociologues. Il supposerait toutefois quelques clarifications.

D'abord une clarification sur le plan des concepts théoriques maniés dans les disciplines appelées à coopérer. Elle paraît la plus simple, puisqu'il s'agirait seulement de convenir, contre la manière de présenter les actuels débats sur les mérites du régime de protection de l'emploi, que *droit et incitations ne s'opposent pas*. En effet, les règles du droit étatique, si elles se veulent obligatoires quant à leur usage, n'ont pas toutes pour sens d'imposer des obligations de se conduire d'une manière déterminée ou d'accomplir un acte ou une action déterminé; elles n'ont même pas

Cahuc-Kramarz, mais avec une troublante réserve en ce qui concerne le coût des licenciements imposé aux employeurs (v. la recommandation n° 14, p. 13, et les développements p. 115-116).

⁶⁸⁷ Th. Kirat, *Économie du droit*, préc., p. 14 et suiv., 36 et suiv.; L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique..., préc.; L. Bazzoli et Th. Kirat, Deux regards non hayékiens sur l'efficacité et la sélection des règles juridiques: l'économie institutionnaliste et l'analyse économique du droit, *Arch. phil. dr.*, t. 42, Sirey, 1997, p. 201 (notamment à propos de John R. Commons). Sur le courant institutionnaliste actuel et ses divergences avec la tradition de Chicago, v. le texte d'un de ses représentants: N. Mercurio, La *common law*, l'efficacité et la *Law and Economics* institutionnaliste aux Etats-Unis, in *Le droit dans l'action économique*, préc., p. 59.

⁶⁸⁸ Lewis A. Kornhauser (L'analyse économique du droit, préc., p. 318 et suiv.) distingue : une *thèse behavioriste* (le droit influence effectivement le comportement des individus, traités comme des agents économiques rationnels animés par la recherche de maximisation de leurs intérêts, et les juges choisissent ou devraient toujours choisir les règles aptes à procurer des objectifs déterminés), une *thèse normative* prescrivant d'adopter les règles propres à minimiser les coûts donc à majorer l'efficacité économique du droit, une *thèse descriptive* soutenant que la *common law* (en tant que droit d'origine judiciaire) induit des comportements efficaces (pour peu que les pouvoirs publics n'en altèrent pas le fonctionnement par la loi ou la réglementation), une *thèse évolutionniste* (ou *génétique*) soutenant que l'évolution du droit est déterminée par le choix que les "forces sociales" effectuent en faveur des règles les plus efficaces. Mais il dit n'adhérer ni à la thèse normative, ni à la thèse descriptive. D'autres auteurs rejettent la troisième thèse, celle de la surdétermination de l'évolution du droit américain par une logique d'efficacité (Th. Kirat, *Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit*, in *Le droit dans l'action économique*, préc., p. 43, pséc. P; 47 et suiv., et *Économie du droit*, préc., p. 13, p. 72 et suiv.).

toutes pour objet une conduite. D'ailleurs, d'innombrables actes législatifs ou réglementaires qui agencent des dispositifs (en matière fiscale ou d'emploi notamment) prétendant inciter à accomplir certains actes, certains choix ou à se conduire d'une certaine manière par l'instauration d'un avantage ou d'un désavantage, le font à travers des énoncés dont nous n'apercevons pas comment ils pourraient ne pas signifier des règles ou décisions (juridiques)⁶⁸⁹.

Les clarifications majeures et délicates se situeraient au cœur même de la recherche parce qu'elles conditionnent toute évaluation. En premier lieu, *que faut-il entendre par "efficacité" ou "efficience"?* On précisera certes, ne serait-ce que pour distinguer ce concept de celui d'effectivité, que l'efficacité d'une règle ou d'un corps de règles de droit ou d'un dispositif juridique (constitué par combinaison d'énoncés signifiant autant de règles ou décisions) s'entend de son aptitude à procurer la résultat extranormatif (autre chose que la simple conformation des choses, situations, comportements, actes, etc. à une règle) et métajuridique (social, économique, politique, moral) qu'elle ou il est censé viser⁶⁹⁰. Ou plus précisément, car hors le cas des énoncés performatifs les règles de droit ne "font" rien par elles-mêmes, de son effective contribution à l'obtention de ce résultat. Mais, cela dit, de quel(s) résultat(s) s'agit-il, même si l'on parle de résultat "économique"⁶⁹¹? Ne doit-on raisonner qu'en termes d'allocation optimale des ressources ou de compétitivité des entreprises? N'importe-t-il pas de s'attacher, pour parler trivialement, à la répartition des revenus et des pouvoirs, à l'état de l'emploi, à la santé et la sécurité des travailleurs ? *La question de l'évaluation "économique" du droit fait inévitablement surgir celle des valeurs que le droit devrait servir et des conceptions de la justice.*

En second lieu, à supposer que l'on s'accorde sur les résultats au regard desquelles l'efficacité doit être appréciée, il faut disposer, pour entreprendre l'évaluation à travers l'interprétation de données empiriques, d'une perception suffisamment nette du *cadre d'action que constituent les règles ou dispositifs considérés*. Or, on peut d'abord mettre en question la thèse behavioriste de l'AED postulant que les individus sont parfaitement rationnels dans leurs choix d'action et parfaitement informés de l'état du droit (dont les dispositions, de surcroît, seraient toutes ou presque toutes dotées d'"un sens clair", ce qu'excluent les théories contemporaines de l'interprétation autant qu'un minimum d'expérience juridique). Cette hypothèse de rationalité est fort contestée et celle d'une "rationalité limitée", mais aussi d'une information inégalement et nécessairement limitée de l'acteur, paraît plus réaliste. Au surplus, et quelles que soient les conditions empiriques dans lesquelles se trouvent les acteurs, un effort de recherche spécifique s'impose (aux juristes en particulier) afin de déterminer *quelle contrainte les règles en question font peser sur ces acteurs*. Il ne s'agit pas de psychologie ("juridique"), mais d'un travail sur l'outillage du droit: considérer ces dispositions, non pas isolément, mais dans leur combinaison avec d'autres, dans leur inscription dans le "système" de droit positif observé, et décrire quelles possibilités elles

⁶⁸⁹ Cette observation découle d'une perception réaliste de la normativité juridique dans notre société, qui s'oppose à la vision "déontique et impérativiste" dominante. V. notre étude: La règle de droit comme modèle, *D.* 1990, chron. 199

⁶⁹⁰ A. Jeammaud et É. Serverin, Évaluer le droit, *D.* 1992, chron. 263.

⁶⁹¹ Il est significatif que la conception de "l'efficience" constitue l'un des points de désaccord, de division, au sein de la mouvance de l'économie du droit.

offrent, quelles incitations elles recèlent ou émettent, à quels risques elles exposent, quels obstacles elles dressent⁶⁹².

D'autres questions se dessinent, moins familières encore aux juristes⁶⁹³. Mais, pas plus que celles à l'instant relevées, les difficultés qu'elles signalent ne devraient dissuader de soumettre le droit du travail à une analyse visant à en savoir un peu plus sur ses rapports avec le fonctionnement quotidien d'une économie capitaliste⁶⁹⁴. Ne doutons pas que concepts et hypothèses de l'économie du droit seraient, par là-même, mis à l'épreuve.

⁶⁹² Sur ces thèmes du droit comme cadre d'action et de la contrainte engendrée par ses règles, sur leur importance pour la théorie du droit comme pour le travail interdisciplinaire avec des économistes ou des sociologues, v. nos articles: Les règles juridiques et l'action, *D.* 1993, chron. 20; L'interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques, préc.; Théorie de la régulation sociale et intelligence du droit, in *La théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel Reynaud. Débats et prolongements*, dir. G. de Terssac, La Découverte, 2003, p. 219.

⁶⁹³ Par exemple, celle que Jérôme Gautié soulève à propos de l'indicateur de "protection de l'emploi" utilisé par l'OCDE: peut-on s'en tenir aux règles en vigueur, à l'état du droit, sans prendre en compte leur effectivité (Les économistes contre la protection de l'emploi..., préc., p. 4)? La réponse négative est plus rationnelle mais plus exigeante, car elle appelle de délicates investigations empiriques. D'ailleurs toutes les questions de mesure de l'efficacité ("en fait") de dispositifs juridiques paraissent redoutables.

⁶⁹⁴ Un projet interdisciplinaire coordonné par l'Institut international de Paris-La Défense (Université Paris X-Nanterre) a été soumis à la Dares en réponse à un appel à recherche sur l'analyse économique du droit lancé en mai 2005.