

Protection et efficacité économique : un couple dans la crise (1)

par *Elsa PESKINE* et *Jérôme PORTA*, Maîtres de conférences
à l'Université de Paris-Ouest Nanterre-La Défense,
Tatiana SACHS, Maître de conférences à l'Université de Nancy-II,
Cyril WOLMARK, Professeur à l'Université Lyon-2

PLAN

I. La protection au service de l'efficacité économique

- A. Objectif
- B. Constat
- C. Remèdes

II. L'efficacité économique aux dépens de la protection

- A. Objectif
- B. Constat
- C. Remèdes

III. L'efficacité économique au service de la protection

- A. Objectif
- B. Constat
- C. Remèdes

Mettre en relation crise et droit du travail, l'exercice est périlleux. Le juriste travaille ici sans filets. Dès lors qu'il s'agit de rapporter des évolutions juridiques à des évolutions sociales ou économiques, les outils paraissent, en effet, manquer. Sont alors fréquemment mentionnés l'impact, l'influence de l'un sur l'autre, les réactions de l'un à l'autre, « et inversement » serait-on tenté d'ajouter.

Effets de la crise sur le droit du travail, effets du droit du travail sur la crise : il n'y a là aucune évidence et pourtant l'étude de ces relations est plus que légitime (2). Quels critères faut-il alors utiliser pour distinguer, parmi les transformations du droit du travail, celles qui seraient imputables à la crise de celles qui ne lui seraient que contemporaines ? D'une part, il paraît difficile de tirer quelques conséquences du constat de simples corrélations ou concomitances entre l'existence de la crise et des changements juridiques (3). Il est assez hasardeux d'affirmer l'existence d'un lien de causalité entre la seconde et la première. D'autre part, rechercher un critère de distinction dans le droit lui-même et, spécifiquement, dans la motivation des actes juridiques, pourrait s'avérer vain. Pareil attachement à la justification formelle énoncée par l'auteur en préambule de l'acte risque bien d'être décevant pour une telle enquête. Ce serait se méprendre assez dangereusement sur l'objet évidemment politique, voire stratégique, de ces motivations exhibées au frontispice des réformes législatives. Bien souvent la crise est tout autant le mobile que l'alibi d'une « adaptation » du droit du travail inscrite de longue date à l'agenda politique (4).

Méthodologiquement alors, un terrain de recherche peut être exploré : l'analyse, non pas des modifications du droit qui seraient dues à la crise, mais celle des discours sur les relations entre celle-ci et celui-là. Donner sens à la question des effets croisés de la crise et du droit du travail à partir d'une étude sur la manière dont ces effets sont pensés dans des discours qui structurent le champ du droit du travail, principalement des rapports publics marquants dans

(1) Ce texte est le fruit d'une réflexion collective. Nous remercions les organisateurs de nous avoir permis de mettre à plat et d'approfondir les commentaires balbutiés lors de la table ronde organisée à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense.

(2) Sur la question de l'identification des effets d'une règle juridique, cf., notamment, J. Porta, *La réalisation du droit communautaire*, LGDJ-Fondation Varenne, 2008, p. 450. Sur la question des effets économiques d'une règle de droit, T. Kirat, « Les indicateurs de l'emploi : la mesure du droit du travail en question », in *La protection de l'emploi en question : vers la fin du droit du travail ?*, Economie et institutions, n° 9, 2007 ; É. Serverin, J. Valentin, T. Kirat, D. Sauze, R. Dalmaso, « Évaluer le droit du licenciement : comparaison des droits et

des procédures, mesure des actions », *Revue de l'OFCE*, n° 107, octobre 2008, p. 1 et s.

(3) A. Jeammaud, « Crise et relations du travail », in *Droit de la crise, crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Paris, PUF, coll. « Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers », 1997, spéc. p. 96 ; Adoración Guamán Hernández, Olivier Leclerc, *Se réformer pour mieux s'adapter ?*, Le droit du travail espagnol face à la crise économique, dans ce même numéro.

(4) V. également dans ce numéro, Th. Pasquier, « La négociation en temps de crise : l'exemple des accords Fiat », E. Dockès, A. Fabre, « Les résistances du droit du travail français face à la crise ».

l'édification des réformes importantes de cette branche : tel est le déplacement, le changement de perspective ici proposé au lecteur de ces lignes. Cette étude s'ancre ainsi dans une typologie des discours qui n'est pas sans lien avec différentes périodes politiques (5).

Sous le bénéfice de ces premières observations méthodologiques, la quête d'une plus grande compréhension des rapports entre crise et droit du travail doit être entreprise. Car de cette quête, on peut attendre et tenter d'atteindre deux résultats. En premier lieu, cette recherche a pour ambition d'essayer de rompre avec la tentation isolationniste que dénotent certains discours des sciences juridiques, et de penser les rapports entre le système juridique et un contexte socio-économique (6). A travers la crise, c'est le droit du travail mis face à son environnement économique défavorable qui est visé. L'ambition n'est plus alors seulement de recenser les effets à porter au compte de la crise, mais plus fondamentalement de saisir les manières dont on a pu présenter l'articulation entre le droit du travail et économie (7).

En second lieu, l'étude de ces présentations offre bien évidemment la possibilité, dans cette perspective, de (dé)montrer l'équivocité et la pluralité des relations entre droit du travail et crise, ce qui permet de mieux apprécier les modifications du droit du travail ainsi préconisées. La pluralité des relations entre droit du travail et crise n'est, en vérité, pas surprenante. Car, en définitive, une pensée des rapports entre le droit du travail et son environnement économique repose sur plusieurs variables, dépendantes les unes des autres : les objectifs assignés au droit du travail, l'identification des lacunes et des défaillances dans l'architecture du droit et, enfin, appelé par les diagnostics ainsi formulés, la « nécessité » de remèdes, d'adaptation de la législation sociale. Ces variables servent ainsi à procéder à des évaluations (8) du droit du travail, et plus précisément à une appréciation de l'aptitude du droit du travail à remplir sa (ses) mission(s), i.e son efficacité (9). Compte-tenu du moment critique que constitue la crise, aussi bien économiquement et socialement, la confrontation du droit du travail avec cette dernière conduit à penser à nouveau frais l'articulation de ses visées protectrices et économiques, de ses missions sociales et économiques. En somme à remettre sur le métier la tension qui habite le droit du travail.

L'on voit alors que la protection des salariés peut être perçue comme un facteur d'efficacité économique et les réformes proposées visent alors à renforcer la protection des salariés (I) ; à l'inverse, les vertus protectrices du droit du travail sont parfois conçues comme une entrave à l'efficacité économique : les changements du droit du travail s'en ressentent, les protections offertes aux salariés s'effritant (II). Enfin, l'efficacité économique peut être conçue comme une condition de l'effectivité de la protection dont bénéficie le droit du travail. Pareille primauté donnée à l'efficacité économique donnent naissance à des dispositifs tout à fait originaux (III).

(5) Une sélection de rapports et d'articles de doctrine a été opérée. Ont été choisis ceux qui ont alimenté le débat juridique et politique des quarante dernières années, notamment les rapports Auroux (1982), Matteoli (1993), De Virville (2004) et Cotte/Barthélémy (2010). Elle n'a pas vocation à être exhaustive, mais seulement exemplaire de la manière de concevoir les relations entre droit du travail et crise. Tout au plus, comme on le lira, l'ambition des auteurs est de rendre compte de différentes manières dont les relations entre droit du travail et crise peuvent être conçues et de dégager, ainsi, des « types » d'arguments. A cet égard, si les rapports sont présentés dans un ordre chronologique, il ne s'agit pas ici de retracer une évolution historique. Le faire aurait impliqué une mise en perspective notamment politique qui dépassait le cadre de la présente étude.

(6) En ce sens, cf. G. Lyon-Caen, « Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. Ouv.* 2004, p. 49, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier> ; A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005.

(7) Sur cette articulation, cf. T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, Thèse dir. par G. Borenfreund, Université Paris Ouest – Nanterre La Défense, 2009 (à paraître LGDJ).

(8) P. Lascoumes, E. Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 130 ; A. Jeammaud, E. Serverin, « Evaluer le droit », *D.* 1992, p. 263 ; J. Affichard, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail. Quelques leçons d'un programme de recherche », *RDT* 2009, p. 631.

(9) Sur la notion d'efficacité, cf. O. Favereau, « Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée », *Efficaccia e diritto del lavoro*, ss. dir. A. Lyon-Caen et A. Perulli, CEDAM, Padoue, 2008, p. 107, T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, op. cit., p. 461 et s. ; J.-F. Cesaro, « L'analyse économique du droit et le droit du travail », in *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, ss. dir. B. Teyssié, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2010. Sur l'articulation de la notion d'efficacité et les conceptions de la relation entre droit et société, cf. P. Lascoumes et E. Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », art. cit. Sur les rapports entre les notions d'effectivité et d'efficacité, v. Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2011.

I. La protection au service de l'efficacité économique

Quarante ans de crise (!) économique nous feraient oublier la fonction économique attribuée au droit du travail en temps de prospérité. Avant 1973, dans une situation économique d'expansion, le droit du travail était mis en demeure d'atteindre des objectifs économiques et sociaux (10) : politique volontariste de l'emploi féminin, amélioration de la qualité de la main-d'œuvre, lutte contre les inégalités de revenus et la pauvreté, partage profits-salaires. A l'heure où la croissance était forte, la question était d'abord celle de la redistribution et d'une politique de l'emploi adéquate. C'est dans le prolongement de cette conception redistributive du droit du travail qu'ont été perçues les premières « réactions » du droit du travail face à la crise de 1973 (11). Dans le cadre de la politique de l'emploi qui émerge alors, le droit du travail est appelé à la rescousse de la sécurité de l'emploi et de la garantie de ressources. L'avant-propos au numéro spécial de *Droit social* consacré au nouveau droit des licenciements, intitulé « *La sécurité de l'emploi et du salaire* », témoigne du lien établi entre la crise et cet accroissement de la protection consentie aux travailleurs : « *La crise que traverse notre pays a engagé les pouvoirs publics et les partenaires sociaux à renforcer précipitamment, en catastrophe pourrait-on dire, le dispositif juridique destiné à assurer la protection des travailleurs contre le chômage, à leur garantir une certaine sécurité de l'emploi et du salaire* » (12). Le traitement de la crise requiert alors le renforcement de la protection des salariés, celle-ci se réalisant par l'émergence d'un droit de la rupture du contrat de travail, comme d'un renforcement de l'assurance-chômage afin de réagir contre les aléas du contexte économique. C'est donc bien par la protection que le droit du travail assume un rôle économique : celui d'amortisseur social redistributif pour contrecarrer les effets de la crise (13). Sans remettre en cause cette conception des missions du droit du travail, le rapport *Auroux* (14) marque toutefois un infléchissement.

A. Objectif

Le rapport *Auroux* est le lieu d'une reformulation de l'articulation entre les visées protectrices et économiques

du droit du travail (15). Le rôle de redistribution prêté au droit du travail se double désormais d'une prétention à voir dans ce droit un élément participant directement de l'efficacité économique. De la sorte, efficacité économique et protection des salariés ne s'opposent pas. Au contraire, la seconde vient conforter la première, dans la perspective d'une démocratie économique où compétitivité et respect des droits des travailleurs se rejoignent.

B. Constat

Bâti en vue de justifier la reconnaissance de nouveaux droits aux travailleurs, le rapport *Auroux* repose sur un diagnostic particulier des relations entre droit du travail et crise. Selon le ministre du Travail : « *La crise du système capitaliste international servait de prétexte à une évolution négative du droit des travailleurs et souvent à la dégradation de leurs conditions de vie et de travail* ». L'éclatement de la collectivité de travail est le vecteur par lequel s'opère l'affaiblissement de la protection conférée au travailleur par le droit du travail. Il tient à une transformation dans l'organisation des entreprises : « *L'impact de la crise économique depuis 1974, la dégradation de la situation de nombre d'entreprises et l'incertitude générale quant aux perspectives à moyen terme qui en résulte a profondément modifié les pratiques de gestion de la main-d'œuvre... fondées sur la réduction des coûts et la recherche de flexibilité* ». En d'autres termes, la fragilisation de la collectivité de travail procède d'une réduction du « *nombre des salariés permanents qui (...) constituent le « noyau dur » [de l'entreprise] et bénéficient de tous les avantages de la convention collective et de l'accord d'entreprise* ». Le rapport *Auroux* stigmatise ainsi en premier lieu « *le recours à des emplois temporaires dont les titulaires ne bénéficient ni de l'ensemble des avantages accordés aux travailleurs permanents, ni de la garantie de l'emploi : travail intérimaire, contrats à durée déterminée, travail saisonnier...* ». Autrement dit, l'affaiblissement de la protection du droit du travail par l'émergence de nouveaux modes d'organisation et de

(10) Cf. par exemple, P. Dubois, « La croissance économique et les limites de la politique sociale », *Droit Social*, 1972, p. 87 ; également, Extrait du Rapport Général, Objectifs et principaux moyens du VI^e plan, *Droit social*, 1972, p. 5

(11) Cf. par exemple, la présentation de cette période dans G. Lyon-Caen et J. Pélissier, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 15^e éd. 1990, n° 19 : « *Depuis 1974, les progrès de l'inflation, la crise des échanges extérieurs ramènent au premier plan les préoccupations élémentaires : la garantie de l'emploi en face de la montée du chômage et de l'accroissement des licenciements collectifs ; la garantie des ressources en présence des réductions d'horaires ou de la hausse du coût de la vie* ».

(12) La sécurité de l'emploi et du salaire, vol. 1, *Droit social*, juin 1975, vol. 2, *Droit social*, sept.-oct. 1975 ; J.-J. Dupeyrou, Avant-propos, in « *La sécurité de l'emploi et du salaire* », vol. 1, *Droit social*, juin 1975, spéc. p. 3

(13) A. Jeammaud, « Flexibilité : le procès du droit du travail », *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité*, dir. J. Pélissier, Editions législatives et administratives, 1986, p. 23, spéc. p. 28.

(14) J. Auroux, *Les droits des travailleurs. Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, sept. 1981, Collection des rapports officiels, La Documentation française.

(15) Pour une vue complète des finalités assignées au droit du travail dans le rapport *Auroux*, v. J. Le Goff, « Les lois Auroux, 20 ans après », *Droit social*, 2003, p. 703.

gestion des entreprises a été sinon rendu possible, du moins facilité par certaines modifications des règles du droit du travail. Tel est le diagnostic posé par le rapport *Auroux* : « *Les pouvoirs publics ont ainsi reconnu et organisé la précarité avec le vote de la loi du 3 janvier 1979 sur les contrats à durée déterminée. Ils ont de même mis en place par la loi du 28 janvier 1981 une organisation du travail à temps partiel qui constitue une forme d'emploi infériorisée, et de ce fait précaire, pour les salariés qui le choisissent ou y sont contraints par la situation de l'emploi* ». Parallèlement à ce recours à des emplois précaires, le rapport *Auroux* vise également l'émergence de la figure du réseau en lieu et place de celle de l'entreprise : les entreprises en quête de flexibilité de la main-d'œuvre ont recours à l'externalisation de cette main-d'œuvre, laquelle se manifeste par « *la création de filiales, le développement de la sous-traitance de production et de service, et le renouveau du travail indépendant* » (16).

C. Remèdes

Confronté à ce constat d'un affaiblissement du droit du travail, le rapport *Auroux* propose de nécessaires remèdes. La plupart des propositions dépassent d'évidence la seule réponse conjoncturelle à la crise. Elles s'articulent autour de deux logiques : celle du rétablissement et celle de la conciliation.

La première repose sur une (ré)affirmation de la fonction de protection du droit du travail. A une dégradation de la protection des travailleurs, « *il s'agit donc aujourd'hui de procéder au rétablissement de ces droits – parfois chèrement acquis par le monde du travail – qui doit en trouver ou en retrouver le plein exercice* » (17). Ce rétablissement requiert un encadrement juridique des nouvelles pratiques de gestion, afin d'en contrecarrer les effets négatifs sur les salariés. A cette fin, le rapport *Auroux* vise à une adaptation systémique du droit du travail, par la « *reconstitution de la collectivité du travail* ». Il appelle ainsi à un encadrement plus important du recours aux emplois temporaires, dont le coût doit, de surcroît, être renchéri. Est réaffirmée la vocation de principe des salariés employés dans le cadre de contrats temporaires à bénéficier d'un contrat de travail à durée indéterminée. Si la nécessité d'une « *certaine flexibilité dans la gestion du personnel* » se trouve admise par le rapport, sa mise en œuvre doit être recherchée en interne : développement de la gestion prévisionnelle, développement des possibilités de mobilité interne par la

variation du temps de travail, développement du recours à des actions de formation ou au chômage partiel (18).

La seconde logique, plus novatrice, est tournée vers un objectif de conciliation des droits des travailleurs et des intérêts économiques : « *il serait illogique d'opposer droits nouveaux et progrès économique* ». Selon le rapport, les droits sociaux participent donc de l'efficacité économique. Au fondement de la réconciliation du social et de l'économique, on trouve une justification. L'acquisition de nouveaux droits est décrite comme susceptible de concourir à l'amélioration de la qualité de la main-d'œuvre. L'exercice solitaire du pouvoir patronal est décrit comme source d'inefficacité économique : « *Les travailleurs dans l'entreprise constituent un potentiel souvent mal utilisé de compétences, d'innovation et de talents* » (19). La réponse à la crise peut ainsi être d'ordre structurel, par l'attribution ou le développement de droits à la participation des salariés. Sont ainsi prônés le renforcement des instances de représentation des travailleurs, le renouveau de la négociation collective, ainsi que la mise en place d'un droit à l'expression des travailleurs. En effet, « *à plus long terme, dans la crise économique qui touche les pays développés, la richesse essentielle de ceux-ci, à défaut d'autres, réside dans la qualité de leur main-d'œuvre : ils ne pourront sortir des graves difficultés économiques actuelles qu'en permettant à la qualification et à l'innovation que possèdent leurs travailleurs de s'exprimer et d'agir* ».

Certes, la conciliation entre économique et social procède d'abord d'une hiérarchie clairement affirmée, celle du primat du politique sur l'économique : « *citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise* » (20). Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance de nouveaux droits fait également l'objet d'une justification économique. Le renforcement du droit du travail est nécessaire, car économiquement efficace. Le droit du travail n'est plus seulement perçu comme un amortisseur des effets négatifs de la crise sur le niveau de l'emploi ou sur celui des revenus, mais comme un moyen d'en sortir. Ce changement de perspective s'accompagne de l'émergence d'un nouveau point d'ancrage du droit du travail : l'entreprise. Cette dernière devient un cadre pertinent du déploiement du droit du travail. C'est à ce niveau – et non plus sur le seul marché du travail – que sont conçus les constats de défaillance et les propositions de remèdes à la crise. Paradoxalement, l'un des effets de la crise a été ce resserrement sur l'entreprise.

(16) L'ensemble des citations de ce paragraphe sont extraits du rapport *Auroux* (*Les droits des travailleurs. Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, op. cit.), p. 11-15.

(17) *Ibid.* p. 1.

(18) *Ibid.* p. 34.

(19) *Ibid.* p. 4.

(20) *Ibid.* p. 3-4.

II. L'efficacité économique aux dépens de la protection

Un autre discours sur les relations entre droit du travail et crise économique a largement prospéré, et prospère aujourd'hui, sans doute davantage que le précédent. Ce discours, manifestation de la doctrine économique libérale, met en avant la protection qu'offre le droit du travail, et plus largement le droit social, pour en souligner l'inefficacité économique. La teneur protectrice des règles de droit du travail est perçue comme une source d'inefficacité économique.

A. Objectif

L'objectif des réformes préconisées dans différents rapports (21) ou points de vue doctrinaux (22) est clairement orienté vers une amélioration des indicateurs économiques de la France. Tiennent une place de choix dans l'argumentaire l'amélioration de la productivité du travail, de la balance commerciale, de la croissance (déjà molle), de la compétitivité de la France dans l'économie mondiale. Le droit du travail ne doit pas entraver ces objectifs et sa mission de protection doit s'effacer devant les impératifs et défis nouveaux.

B. Constat

Le diagnostic découle bien évidemment de l'objectif poursuivi. Le rapport *Mattéoli* (23) constitue un objet précieux pour comprendre le diagnostic. Selon le rapport, la France est tiraillée entre une logique d'Etat providence et une logique libérale. Elle a réussi la cohabitation entre ces deux logiques, par un accroissement du chômage, socialement acceptable car correctement indemnisé (24). Mais la prise en charge du chômage serait devenue trop lourde. Il faut donc « résoudre la contradiction » (25) en s'attaquant aux « obstacles structurels à l'emploi » (26). Dans cette perspective, il paraît évident, qu'outre la trop forte indemnisation du chômage, les protections offertes par le droit du travail sont au cœur de la crise, et empêchent sa résorption. La rigidité, créée par le droit du travail, est la cible des critiques. Il faut donc changer le droit du travail, pour l'« assouplir ». En effet, l'employeur

ne serait pas en mesure, en raison des pesanteurs du droit du travail, de s'adapter aux fluctuations des marchés des biens et services, pesanteurs qui, de surcroît, créeraient des privilèges au profit des salariés déjà en place au détriment des demandeurs d'emploi.

C. Remèdes

Le diagnostic posé, les remèdes se parent, là encore, des apprêts de l'évidence. Le maître mot du discours sur les relations entre crise et droit du travail est alors celui de flexibilité. « Objectif », « réalité » (27), « bataille truquée » (28), le débat se concentre sur ce slogan. Mais si l'on souhaite conserver un sens à ces mots (29), il faut alors distinguer flexibilité et allègement, ce que les discours prônant les souplesses du droit du travail ne font pas nécessairement. La flexibilité recherchée par ces discours est une flexibilité dans la gestion de l'entreprise. Techniquement, cette flexibilité se traduit par une conception très instrumentale des règles et dispositifs juridiques. La règle de droit du travail se fait supplétive, et surtout le droit devient une véritable technique d'organisation de l'entreprise (30). Cette logique de flexibilité cohabite avec celle de l'allègement. Il ne s'agit pas d'un allègement du droit ; la déréglementation, même chez ses partisans (31), ne s'accompagne pas d'une contraction du droit. Il s'agit d'un allègement des contraintes que produit le droit.

Flexibilité

La flexibilité se décline en flexibilité interne et externe (32). Le rapport *Mattéoli* consacre une telle distinction. La flexibilité interne rassemble tous les ajustements de main-d'œuvre internes à l'entreprise qui se réalisent sans rupture du lien contractuel. S'y rattachent les différentes modalités de variation de la durée du travail, modalités qui peuvent être aux seules mains de l'employeur. Au premier chef, le chômage partiel est présenté dans le rapport comme un levier très efficace de lutte contre le chômage en faisant correspondre le plus exactement possible conjoncture économique et volume d'emploi. La traduction législative

(21) Sera pris pour parangon de ce discours le Rapport d'étape à M. le Premier ministre sur les obstacles structurels à l'emploi, dit rapport *Mattéoli*, 1993. Pour de larges extraits du rapport d'étape, cf. *Liaisons sociales*, n° 80/93, du 12 août 1993 (série V, projets économiques et sociaux). Pour des extraits des rapports particuliers annexés au rapport, *Liaisons sociales*, n° 113/93, 25 octobre 1993 (série R, problèmes humains du travail). Les citations qui suivent seront celle de *Liaisons sociales*, le rapport n'étant disponible, à notre connaissance qu'à la bibliothèque de la documentation française et à celle du Cereq.

(22) Cf. le colloque de Montpellier, « Faut-il brûler le Code du travail », dont les actes sont publiés dans *Droit social*, juillet-août 1986.

(23) Cf. notes n° 20.

(24) Rapport *Mattéoli*, art. cit., p. 4.

(25) *Ibid.*

(26) Les termes sont empruntés au titre du rapport *Mattéoli*.

(27) Centre de recherche en droit social, *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité*, dir. J. Péliissier, Editions législatives et administratives, 1986.

(28) G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », *Droit social*, 1985, p. 801.

(29) Pour une analyse plus poussée, voir A. Jeammaud, « Flexibilité : le procès du droit du travail », *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité*, op. cit., p. 23, spéc. p. 25 et s.

(30) Le thème sera au cœur des écrits de J. Barthélémy.

(31) B. Teyssié, « Propos autour d'un projet d'autodafé », *Droit social*, 1986, p. 561.

(32) Rapport préc. *Liaisons sociales*, p. 10 et s.

de cette préconisation fut le temps réduit indemnisé de longue durée introduit par la loi quinquennale du 20 décembre 1993, dispositif que le décret du 29 avril 2009 a réactivé en créant une « *activité partielle de longue durée* » (33). L'assouplissement des conditions du recours et de gestion des contrats de travail à temps partiel fait également partie des mesures à promouvoir (34). La flexibilité externe doit tout autant être encouragée. Derrière ce terme, il faut comprendre une plus grande entrée et sortie dans l'emploi en entreprise. La suppression de l'autorisation administrative de licenciement en 1986 s'inscrit en partie dans cette perspective (35). L'assouplissement du recours au contrat de travail à durée déterminée et, mieux encore, le contrat unique doperaient cette flexibilité externe (36). Plus généralement, le développement des formes particulières de mise au travail (contrats aidés, contrats dits atypiques, etc.) est conçu comme une manière de gérer la crise en offrant de nouvelles possibilités d'embauche aux entreprises (37).

Allègement

Le premier allègement préconisé est celui du coût du travail (38). Les cotisations sociales doivent être diminuées et le salaire minimum pourrait être réduit, notamment pour les jeunes ; la proposition du CIP, à l'origine des grandes manifestations étudiantes de 1994, est issue des ces préconisations.

Le mot d'ordre de l'allègement commande également de simplifier le travail de gestion de l'employeur. Ainsi des améliorations administratives sont hautement recommandées (39). De même, la charge est sonnée contre les « seuils sociaux » qui décourageraient l'embauche dans les petites entreprises et contre la balkanisation des institutions représentatives du personnel, source de lourdeurs inutiles (40). La mise en place de la délégation unique du personnel par la loi quinquennale y puise ses racines.

Au-delà de cet aperçu des dispositifs préconisés ou adoptés, il faut noter que, même s'il n'est pas absent, l'appel à la négociation collective reste timide dans ce discours opposant protection du droit du travail et efficacité économique. Pour des thèmes qui paraissent aujourd'hui relever du « dialogue social » – variation des périodes de travail, représentation du personnel dans l'entreprise – l'accent est mis sur la restauration du pouvoir unilatéral ou de la capacité de choix de l'employeur. À l'inverse, des rapports récents mettent l'accent sur le nécessaire développement de la négociation collective comme remède au déséquilibre structurel du marché du travail. Un tel changement de remède, un tel glissement n'est que la conséquence d'une autre conception de la relation du droit du travail avec son environnement économique, mais aussi de la dialectique protection-efficacité économique.

III. L'efficacité économique au service de la protection

« *Pour un droit du travail plus efficace* » (41), « *Pour une meilleure protection de l'emploi* » (42), « *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique* » (43) : les appels à une réforme radicale du droit du travail, à l'instillation d'un souffle nouveau se multiplient. Ces appels, loin d'être conjoncturels, ne font pas vraiment écho à la crise (44). Ils entendent, plutôt, répondre à une « *absolue*

nécessité » (45) : réformer le droit du travail de manière à ce qu'il porte « *dans sa structure même cette capacité d'adaptation et d'anticipation* » (46). Ils se proposent ainsi d'inverser la dialectique protection – efficacité économique : le droit du travail ne peut remplir sa fonction protectrice qu'à la condition d'être efficace économiquement.

(33) V. par exemple, P. Le Cohu, « Du TRILD à l'activité partielle de longue durée », Les cahiers du DRH, juillet 2009, n° 156, p. 37.

(34) Rapport préc., Liaisons sociales, p.11.

(35) Voir toutefois, les réserves exprimées dans le rapport d'étape, Liaisons sociales, préc. p. 8.

(36) Rapport préc., Liaisons sociales, p.11. V. également, J. Boissonnat, *Le travail dans vingt ans*, La Documentation française, Odile Jacob, 1995.

(37) Pour une analyse de ce mouvement, A. Jemmaud, « Crise et relations de travail », préc. p. 91, spéc. p. 110.

(38) C'est la première préconisation du rapport *Mattéoli*.

(39) Voir notamment Rapport préc., Liaisons sociales, p. 10.

(40) *Ibid.* p.11.

(41) M. de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, La Documentation française, 2004.

(42) *Pour une meilleure protection de l'emploi*, rapport au Centre d'organisation économique, CCIP. Dans le même sens, P. Cahuc, F. Kramarz, 2004, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2005.

(43) J. Barthélémy, G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, La Documentation Française, 2011.

(44) Le rapport Cette-Barthélémy, paru après 2008, ne fait jamais mention de la crise. Seul J.-P. Fitoussi, dans son commentaire, invoque la crise pour mieux souligner l'intérêt du rapport.

(45) J. Barthélémy, G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, op. cit., p. 8.

(46) *Ibid.*

A. Objectif

Au-delà de ce qui les distingue, les rapports mentionnés sont bercés par le même refrain. Il est temps de concilier, voire de réconcilier, les deux missions du droit du travail, généralement considérées comme antagonistes : protéger les salariés d'une part, contribuer efficacement au fonctionnement de l'économie d'autre part. L'ensemble des rapports mentionnés refuse d'opposer ces deux missions : « *Il faut que le droit social parvienne à concilier sa vocation protectrice et la capacité à s'adapter aux mutations économiques et sociales (voire à les anticiper)* » (47). Marquant une rupture avec la critique libérale du droit du travail en termes de nécessaire flexibilisation du droit, l'objectif de réconciliation n'est cependant pas nouveau (48). La nouveauté réside plutôt dans la logique qui préside à cette réconciliation. Elle se distingue nettement de celle proposée par le rapport *Auroux* : l'efficacité économique est ici première, érigée en matrice de l'efficacité sociale du droit du travail.

B. Constat

Cette conception originale transparaît dès le diagnostic effectué. A cet égard, l'ensemble des rapports convergent vers une proposition : le droit du travail est doublement inefficace, en ce qu'il n'assume ni sa fonction de protection, ni sa fonction proprement économique. Sous des aspects rebattus, la critique s'avère subtile dans la mesure où l'inefficacité sociale du droit du travail trouve sa source dans son inefficacité économique. Pour parvenir à un tel diagnostic, les analyses empruntent un chemin rhétorique original.

Les auteurs suggèrent que le droit du travail est inefficace parce que « *mal appliqué* » (49). Sans qu'il n'y paraisse, ce constat relevant de la logique – du truisme même – est porteur d'un glissement si l'on veut bien porter l'attention sur les raisons pour lesquelles le droit du travail n'est pas appliqué. Selon le rapport *De Virville*, le droit du travail est mal appliqué parce qu'inadapté aux besoins de l'activité économique, et plus précisément aux attentes et aux anticipations des employeurs (50). Ne sont pas ici en cause la teneur des règles de droit du travail, les coûts et la rigidité qu'elles engendrent, mais plutôt l'insécurité juridique dont elles sont porteuses. Le raisonnement qui y est tenu peut être schématisé de la

manière suivante : inadapté, le droit du travail en devient mal appliqué. Mal appliqué, il conduit à un accroissement du recours aux juges, dont les sentences, difficiles à anticiper, déjouent, selon les auteurs, les prévisions des agents. En conséquence, ces derniers se trouvent dans l'impossibilité de prendre des décisions économiquement rationnelles, et donc efficaces. L'ultime maillon de l'argumentation en découle : redoutant cette incertitude, les employeurs adoptent des comportements pour « éviter » de se voir soumis aux règles de droit du travail. En clair, ils n'embauchent pas (51). Le droit du travail ne peut alors assumer sa mission protectrice. La boucle est bouclée : l'inefficacité économique du droit du travail explique l'ineffectivité de la protection qu'il procure.

En vérité, cet argument est une déclinaison de « *la rhétorique de l'effet pervers* », dont A.O. Hirschman a décortiqué la genèse et l'usage en réaction aux mesures de progrès social (52). Selon cet auteur, cette rhétorique consiste à affirmer que « *les mesures destinées à faire avancer le corps social dans une certaine direction le feront effectivement bouger mais dans le sens inverse* » (53). Vieille de deux siècles, corrélative à la conscience des limites de l'esprit humain (54), cette rhétorique s'est trouvée confortée par l'idée d'un marché autorégulateur, conformément à laquelle le marché n'a nul besoin de règle pour fonctionner. Ce faisant, toute hétéronomie, toute intervention extérieure, est potentiellement perturbatrice et porteuse d'effets pervers, d'effets non voulus, peu importants que ceux-ci soient avérés, certains ou seulement possibles : « *La possibilité d'effet pervers constitue à elle seule un argument* » (55). Cette rhétorique de l'effet pervers est poussée à son paroxysme lorsque les auteurs se réfèrent au sentiment d'insécurité que procure la législation... protectrice. Certains affirment de manière catégorique : « *Le sentiment d'insécurité apparaît croissant avec l'intensité de la protection de l'emploi* » (56).

La force du diagnostic réside dans sa neutralité axiologique, dans le respect apparent de toutes les missions du droit du travail. La satisfaction de la mission économique et celle de la mission sociale du droit du travail semblent aller de pair, comme si l'ambivalence du droit du travail n'était pas porteuse de tensions.

(47) *Ibid.* p. 7.

(48) Cf. *supra*.

(49) M. De Virville, *Pour un droit du travail plus efficace*, op. cit., p. 5.

(50) Est notamment mis en avant le caractère complexe du droit du travail. Sur ce point cf., T. Sachs, « Simplifier le droit du travail ? Simplification : les illusions dangereuses », RDT 2010, p. 489.

(51) En ce sens, P. Cahuc, F. Kramarz, 2004, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, op. cit.

(52) A. O. Hirschman, *Deux siècles de rhétoriques réactionnaires*, Fayard, 1991.

(53) *Ibid.*, p. 28.

(54) Cette limitation empêche de pouvoir envisager l'ensemble des effets d'un dispositif, ouvrant ainsi un espace pour la rhétorique de l'effet pervers. *Ibid.*, p. 68.

(55) *Ibid.*, p. 52.

(56) J. Barthélémy, G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, op. cit., p. 11.

C. Remèdes

Les remèdes proposés découlent, logiquement presque, du diagnostic proposé : des remèdes qui garantissent l'efficacité économique du droit du travail et, par voie de conséquence, l'effectivité de la protection qu'il procure. Dès lors, les propositions s'écartent du leitmotiv de la nécessaire flexibilisation des relations du travail. Il ne s'agit pas d'alléger les règles de droit du travail (57) ou de les rendre plus flexibles. Ce n'est pas tant la teneur des règles qui fait l'objet de toutes les attentions que leur mode de production. Les auteurs ne promeuvent aucune règle substantielle, mais considèrent que le remède réside dans l'usage et le développement de nouveaux types de règles. Stigmatisant l'inadaptation des règles hétéronomes et l'incertitude créée par la « *judiciarisation* » (58), les auteurs proposent un ensemble de mesures. Ainsi, selon le rapport De Virville, afin de rendre le droit du travail plus prévisible, il convient de « *mieux organiser les modalités d'intervention du juge* » et « *d'accélérer la formation de la jurisprudence pour réduire l'incertitude des usagers du droit du travail* » (p. 18). Dans cette optique, le rapport propose, entre autres, l'introduction de la possibilité, pour les juridictions du fond, de saisir pour avis la Cour de cassation avant de rendre leur propre jugement (proposition n° 7), l'instauration d'un délai de forclusion pour la contestation des accords collectifs (proposition n° 8), la possibilité pour la Cour de cassation de moduler les effets de ces décisions dans le temps (proposition n° 10). Mais, surtout, les rapports proposent de promouvoir des règles conçues en fonction d'un destinataire auquel elles s'adressent. Pour ne pas déjouer les prévisions de leurs destinataires, les règles doivent interférer le moins possible sur la formation, par les acteurs de l'entreprise, de leurs « *préférences* ». Bref, elles doivent être adaptées à

leur logique d'action. La *ratio legis* se trouve donc indexée sur la rationalité des agents. Concrètement, cela conduit les auteurs à promouvoir deux types de dispositifs juridiques : des règles conventionnelles (59) et des règles incitatives. Par les premières, il s'agit d'obtenir des normes qui incarnent un compromis situé au plus près des contingences locales et qui, de ce fait, n'introduit pas de contrainte exogène. Le processus de négociation collective se trouve ainsi conçu comme une manière d'internaliser la contrainte : par ce processus, les partenaires sociaux font leur la contrainte qui se trouve dès lors adaptée. Comme le souligne le rapport De Virville, « *la négociation collective garantit, par son processus même, l'adaptation des normes aux besoins de ceux qui sont chargés de les appliquer ou qui se les verront appliquer. Elle répond symboliquement et efficacement à cette exigence* » (60).

La mise en place de normes incitatives (61) consiste, quant à elle, à diminuer le caractère contraignant de la norme tout en garantissant l'effectivité de la protection qu'elle procure. La proposition faite par certains économistes de remplacer le contrôle judiciaire du motif économique de licenciement par une taxe sur le licenciement s'offre comme un bel exemple de cette logique. Les auteurs considèrent qu'une telle taxe assumerait efficacement la fonction de protection, ce que le contrôle judiciaire du licenciement ne parvient pas à faire (62). Le propos n'est pas ici de discuter l'opportunité d'une telle mesure, mais simplement de porter à la lumière les conceptions des rapports entre le droit du travail et l'économie qui la fonde. La promotion de normes incitatives porte en elle un glissement : le droit du travail est considéré, moins comme une technique d'organisation de l'entreprise, que comme une règle structurant le marché du travail (63). Ainsi, n'est-ce pas un

(57) Soulignons, toutefois, que l'objectif de simplification du droit à l'œuvre poursuit un objectif d'allègement « administratif » du droit du travail.

(58) Sur le terme « *judiciarisation* », A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, ss. dir. de J. Clam et G. Martin, Droit et société, coll. « Recherche et travaux », n° 5, 1998, p. 64.

(59) La promotion de la négociation collective obéit ici à une logique différente de celle qui présidait au rapport Auroux. Ce n'est pas tant la démocratie sociale dont est porteuse la négociation collective qui est ici valorisée, mais plutôt son efficacité économique.

(60) M. De Virville, « Pour un droit du travail plus efficace », op. cit., p. 63.

(61) L'incitation peut être définie comme un dispositif qui vise à encourager un comportement par l'octroi d'une récompense financière. Sur l'incitation, cf. l'article de P. Coppens in *La sanction vue par les juristes et les économistes*, sous la dir. Y. Chaput, Ronde, 2011.

(62) Les auteurs établissent une équivalence fonctionnelle entre la taxe sur le licenciement et le contrôle judiciaire du licenciement pour motif économique. Selon eux, le contrôle judiciaire du licenciement pour motif économique vise à protéger l'emploi en limitant sa destruction. Une taxe sur le licenciement, qui responsabiliserait financièrement les employeurs, assumerait la

même fonction, dans la mesure où « *la protection de l'emploi doit prendre la forme d'un taux de contribution unitaire des entreprises à la caisse d'assurance chômage* » (O. Blanchard, J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, op. cit., p. 18. Dans une optique similaire, cf. P. Cahuc, 2003, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, rapport au Centre d'organisation économique, op. cit. ; P. Cahuc, F. Kramarz, 2004, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, op. cit.). En payant cette taxe, les employeurs assumeraient foncièrement l'impact social de leur décision et, à ce titre, contribueraient à la protection de l'emploi. Cette logique de responsabilisation repose sur un mécanisme incitatif. Débitrice de la taxe, l'entreprise se trouve forcée d'intégrer, comme facteur décisionnel, l'impact social du choix de rompre le contrat de travail. En ce sens, la taxe tient lieu de mécanisme réflexif, qui contraint l'auteur d'une décision à tenir compte, au moment du choix, de ses effets. Au-delà de la satisfaction de l'impératif de protection de l'emploi, cette taxe éviterait les écueils liés à l'incertitude. Calculé *a priori*, le coût social du licenciement pourrait être pris en considération par l'employeur dans son évaluation de l'opportunité de rompre le contrat de travail. « *Socialement appropriée* », la décision serait aussi économiquement rationnelle.

(63) La notion même de « *marché du travail* » mérite d'être discutée. Sur ce point, cf. A. Perrot, *Les nouvelles théories du marché du travail*, La Découverte, coll. « Repères », 1992.

hasard si la rupture conventionnelle – que l'on peut analyser comme une manifestation de cette logique incitative – a vu le jour dans une loi « portant sur la modernisation du marché du travail » (64).

Que conclure de ce cheminement à travers ces quelques écrits qui ont compté dans l'évolution du droit du travail ? Assurément que la crise ne *cause* – au sens mécanique du terme – rien dans l'ordre interne du droit du travail. Le passage d'une observation de données économiques à des préconisations dans l'ordre du droit ne relève pas de l'explication causale. Les assauts que

subit le droit du travail puisent leur origine dans une *interprétation* des phénomènes économiques qui s'appuie sur des préceptes économiques, voire politiques. Ces mêmes préceptes assignent aux règles de droit du travail certaines visées. Le passage du monde des faits à celui du droit repose sur des opérations d'évaluation des règles de droit. Ces opérations permettent de passer du constat aux remèdes. Ce sont donc ici des valeurs qui sont en jeu, et c'est d'elles qu'il faut débattre.

A cet effet, l'analyse présentée s'offre comme une boîte à outils qu'il n'est peut-être pas inutile de présenter au moyen du tableau ci-dessous :

(64) La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 « portant modernisation du marché du travail », publiée au JO du 26 juin 2008.

Rapport	Registre d'efficacité	Mode d'articulation des visées économiques et sociales	Objectif des réformes proposées	Teneur des remèdes	Logique des remèdes
Auroux	Protecteur donc efficace économiquement	Conciliation	Instaurer une démocratie sociale dans l'entreprise ; Améliorer le fonctionnement de l'entreprise	Participation des salariés ; Recomposition de la collectivité de travail	Logique mixte : substantielle (teneur des règles)/ procédurale (mode d'élaboration des règles)
Mattéoli	Protecteur donc non efficace économiquement	Opposition	Accroître le pouvoir de l'employeur	Flexibilité et allègement	Logique substantielle
De Virville / Cette-Barthélémy	Efficace économiquement donc protecteur	Conciliation	Réguler le marché du travail	Respect des anticipations rationnelles	Logique procédurale

Elsa Peskine, Jérôme Porta, Tatania Sachs et Cyril Wolmark