



HAL
open science

L'argument comparatiste : essai sur les mutations du droit du travail

Abdenbi Allouch

► **To cite this version:**

Abdenbi Allouch. L'argument comparatiste : essai sur les mutations du droit du travail. Droit. Université d'Avignon, 2016. Français. NNT : 2016AVIG2053 . tel-02970319

HAL Id: tel-02970319

<https://theses.hal.science/tel-02970319v1>

Submitted on 18 Oct 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

FACULTÉ DE DROIT

THÈSE

Pour obtenir le grade de

**DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE
VAUCLUSE**

Discipline : Droit Privé

Présentée et soutenue publiquement par

Abdenbi ALLOUCH

Le 17 octobre 2016

L'ARGUMENT COMPARATISTE

Essai sur les mutations du droit du travail

Sous la codirection de :

Mme Martine LE FRIANT

Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

et

M. Arnaud MARTINON

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris1)

JURY :

Mme Pascale DEUMIER, Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

Mme Martine Le FRIANT, Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

M. Pascal LOKIEC, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (Paris10)
(Rapporteur)

M. Arnaud MARTINON, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris1)

M. Pierre-Yves VERKINDT, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris1)
(Rapporteur)

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

L'issue de ce travail et sa présentation me permettent de remercier un certain nombre de personnes, qui m'ont accompagné et soutenu, me permettant de mener à bout ce travail dans de bonnes conditions.

Je tiens tout particulièrement à remercier Madame le Professeur Martine Le Friant et Monsieur le Professeur Arnaud Martinon, pour avoir accepté d'encadrer cette recherche et pour leurs conseils avisés.

Je remercie également les membres de ce jury qui me font l'honneur de participer à l'appréciation de ce travail.

Pour m'avoir confié différentes charges de travaux dirigés, je tiens à remercier vivement Mme Bérengère Gleize et Mme Patricia Partyka.

Je remercie, pour leurs enseignements et leur gentillesse, l'ensemble des enseignants, en particulier Mme Agnès Maffre-Baugé, ainsi que Messieurs Franck Petit et Jean-Louis Respaud.

Je tiens, également, à remercier tout particulièrement Henrik de Brier pour son amitié et son soutien précieux. Mais aussi, pour leur amitié, Charlotte Brès, Aziza Bouhayoufi, Olga Grechowicz, Hanane Ouirini, Mounir El Mimouni, Cécile Deschanel, Allan Rochette, Loredana Pavel, Annelieke Gillotot, Caroline Faure, Catherine Ripert, Kay Phongsavanh, Stanislas Kluczynski et Cristelle Nicolas.

Enfin, un grand merci à tout le personnel administratif, spécialement Madame André et Messieurs Mori, Mallem et Hebbard, pour leur disponibilité et leur gentillesse.

*À la mémoire de mon frère
À ma famille*

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

BnF	Bibliothèque nationale de France
Cah. soc.	Cahiers sociaux
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Coll.	Collection dans laquelle est publié l'ouvrage
Conv. EDH/Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
D.	Recueil Dalloz
Dall. Act.	Actualité Dalloz
Dir.	Ouvrage écrit sous la direction de
Dr. ouvr.	Revue Le Droit Ouvrier
Dr. soc.	Revue Droit social
Fasc.	Fascicule
GPEC	Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>Infra</i>	Ci-dessous
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
JCP E	Juris-classeur périodique édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique édition générale
JCP S	Juris-classeur périodique édition sociale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Obs.	Observation
OIT	Organisation Internationale du Travail
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (ouvrage déjà cité)
p.	page
Préf.	Ouvrage préfacé par
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France

P.U.R.	Presses Universitaire de Rennes
RDT	Revue de droit du travail
Rép. Dalloz Trav.	Encyclopédie Dalloz de droit du travail
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Sem. Soc. Lamy :	Semaine sociale Lamy
Suppl.	Supplément
<i>Supra</i>	Ci-dessus

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : LES RESSORTS DE L'ARGUMENT COMPARATISTE. 35

TITRE 1 : LES RESSORTS EXTRINSEQUES AU DROIT DU TRAVAIL	39
Chapitre 1 : La rhétorique de la globalisation	40
Chapitre 2 : L'appartenance à une organisation régionale	89
TITRE 2 : LES RESSORTS INTRINSEQUES AU DROIT DU TRAVAIL	171
Chapitre 1 : L'influence de l'appréciation économique du droit du travail	173
Chapitre 2 : L'influence internationale de la théorie des « origines juridiques » (<i>Legal Origins Theory</i>)	230

SECONDE PARTIE : LE JEU DE L'ARGUMENT COMPARATISTE 291

TITRE 1: LE DEPLOIEMENT DE L'ARGUMENT COMPARATISTE.....	292
Chapitre 1: La refondation des sources du droit du travail	293
Chapitre 2: L'amélioration de la protection de l'emploi.....	388
TITRE 2 : LA LOGIQUE DE L'ARGUMENT COMPARATISTE	480
Chapitre 1 : La construction du « <i>paradigme comparatiste</i> »	482
Chapitre 2 : La dynamique du « <i>paradigme comparatiste</i> »	538

« *Mes principes ont varié comme ceux des hommes, j'en ai dû changer, à chaque latitude. Ce que l'Europe admire, l'Asie le punit, ce qui est un vice à Paris est une nécessité quand on a passé les Açores. Rien n'est fixe ici-bas, il n'y existe que des conventions qui se modifient suivant les climats* », Balzac, *les Scènes de la vie privée, Gobseck* de janvier 1830.

« *Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà* », B. Pascal, *Pensées, De la justice. Coutumes et préjugés*.

INTRODUCTION

1. - Un droit du travail sous influence. La cohérence du droit du travail est mise à l'épreuve au contact de certains discours extra-juridiques scientifiques¹ ou idéologiques². Ces derniers, exprimant des rationalités différentes, sont incontournables pour tenter de comprendre la complexité du droit du travail³. Ce dernier ne constitue pas une exception au sein de la discipline juridique : « *il faut convenir que la discipline juridique est par nature accueillante. Il est fort probable même que le droit ne soit que le produit de multiples discours raisonnables qui s'influencent réciproquement*⁴ ». Au carrefour de plusieurs

¹ Au sein desquels figure en bonne place l'écrasant discours économique. V. not. G. Casale, A. Perulli (dir), *Compliance with labour legislation : its efficacy and efficiency, Respect de la législation du travail: effectivité et impact*, Working paper, OIT, 2010.

² « *Mais l'idéologie elle-même n'est pas sans lien avec les réalités économiques et sociales, qui commandent aussi, et très directement, l'évolution de ce droit contingent et « en situation » qu'est le droit du travail* », X. Blanc-Jouvan, *Du bon usage de la méthode comparative en droit du travail*, in. Mélanges offerts à André Colomer, Lexisnexis 1993, p. 84. Souligné par nous.

³ J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, in. M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir), *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'Univers des normes, 2007, p. 103.

⁴ J.-F. Cesaro, *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, in. B. Teyssié (dir.), *Standards, Principes*

disciplines scientifiques, la compréhension du droit du travail (comme *branche* du droit ou un sous ensemble du droit étatique) a toujours été redevable⁵ aux autres savoirs portant sur les « *cadres juridiques du travail salarié*⁶ ». Toutefois, « *dans notre système, tous les discours ne se valent pas*⁷ ». Le plus influent est incontestablement celui qui considère que les règles actuelles de droit du travail seraient nuisibles au bon fonctionnement du système économique et à l'emploi. En effet, « *le droit du travail est pollué par la question du chômage*⁸ ». Les objectifs assignés à la norme travailliste, concernant cette dernière question, sont insuffisants ; ils se révèlent contre-productifs et désavantagent les intérêts de ceux auxquels le droit du travail est censé apporter une protection ; l'« *instrumentalisation croissante* [du droit du travail] *a conduit non seulement à une inflation et à une instabilité législative et réglementaire sans équivalent dans aucune branche du droit, mais aussi à la fragmentation et la déstabilisation de cette pierre angulaire de la sécurité économique des personnes que constitue le statut salarial*⁹ ».

2. - Métamorphoses du droit du travail. La diversité des sources¹⁰ est l'une des caractéristiques principales du droit du travail¹¹. Sa spécificité réside dans sa capacité à

et Méthodes en droit du travail, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p.185.

⁵ N. Olszak, Histoire du droit du travail, Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2011, p. 4 et s. « *Bien comprendre le droit du travail suppose non seulement de disposer de solides bases en droit, mais aussi de s'intéresser aux autres disciplines qui prennent le travail salarié comme objet principal : la sociologie et l'économie du travail, l'ergonomie ou encore l'histoire sociale* », E. Peskine, C. Wolmark, Droit du travail, Dalloz, coll. Hyper Cours, 2015, p. 6.

⁶ Qu'illustre le droit du travail comme *discipline* : « *cette discipline combine divers savoirs ou démarches auxquels est vouée la doctrine au sens organique : dogmatique juridique (description systématique de la teneur des règles), activité proprement doctrinale (identification et traitement des « questions de droit », appréciation des solutions positives, propositions de lege ferenda), théorie, philosophie, voire sociologie du droit* », A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, *L'ordonnement des relations du travail*, D. 1998, p. 359.

⁷ J.-F. Cesaro, *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, op. cit., p. 185.

⁸ A. Lyon-Caen, intervention lors de la réunion organisée par l'Association française de droit du travail sur le devenir du droit du travail. V. le compte rendu de Fr. Champeaux, Le devenir du droit du travail : paroles d'experts, Sem. soc. Lamy, n° 1694, 19 octobre 2015, p. 5.

⁹ A. Supiot, *Le droit du travail, mort ou vif ? Déclin ou essor du droit du travail*, in. Ph. Waquet (dir.), *13 paradoxes en droit du travail*, Sem. soc. Lamy, supp. n° 1508, 2011, p. 270.

¹⁰ V. d'une manière générale sur les sources du droit, P. Deumier, Th. Revet, *Sources du droit (problématique générale)*, in. D. Alland, S. Rials (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF / Lamy, coll. Quadrige, 2003.

¹¹ Dès la première codification de la législation du travail par la loi du 28 décembre 1910, le Code du travail faisait l'objet de nombreuses critiques. Son origine légale et réglementaire était accusée d'être génératrice d'extrême rigidité nuisible aux entreprises. Des critiques auxquelles le législateur apportait, dans la loi de 1919, une réponse partielle (« *Dans l'esprit du principe de subsidiarité si cher à l'Eglise, au prêt-à-porter légal est préféré le « sur-mesure » conventionnel par négociation collective au plus près du terrain. Ce qui sera partiellement autorisé par la loi de 1919* », J. Le Goff, Faut-il brûler le Code du travail ? *Esprit*, n° 419 novembre 2015, p. 113. V. sur cette question N. Olszak, *Histoire du droit du travail*, op. cit., p. 111. « (...) *tout en maintenant les conventions collectives dans le cadre du droit civil* [effet relatif du contrat et liberté

organiser la cohabitation de « *divers corps de règles de droit, étatiques ou non* ¹² » offrant un certain nombre de garanties statutaires aux travailleurs subordonnés – synonyme de paix sociale –, et en même temps organisant utilement le fonctionnement de l'économie capitaliste ¹³. Sous le coup d'une cadence réformatrice accélérée – promotrice de la simplification du Code du travail – engagée depuis plusieurs années, l'édifice du droit du travail français vacille. Plus qu'une simplification ¹⁴ du droit du travail, il faudrait aujourd'hui parler d'une re-réglementation ¹⁵ des relations de travail, d'une « *cure libérale* ¹⁶ » avec un objectif précis : doter l'entreprise – ou, pour les plus sceptiques, le pouvoir qui s'y exerce ¹⁷ – d'une capacité d'autoréglementation ¹⁸ et détacher les droits des salariés du contrat de travail (c'est-à-dire le projet de la flexicurité) ¹⁹. Cette dernière exprime, depuis une quinzaine

contractuelle], *la loi du 25 mars 1919 va constater leur originalité* [art. 31 du Code du travail]: *leurs clauses s'imposent aux parties signataires et à leurs membres et s'appliquent en cas de silence du contrat. En présence de clauses contraires dans les contrats individuels, celles-ci sont réputées non écrites. Enfin, les groupements liés peuvent non seulement agir en justice en leur nom propre, mais également exercer les actions individuelles résultant de la convention sans mandat spécial, pour peu que le salarié syndiqué ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer* [art. 31v du Code du travail]. *Les innovations sont certaines. L'application et l'exécution des conventions collectives restent toutefois largement tributaires de la volonté individuelle des salariés et des employeurs, qui peuvent à tout moment démissionner du groupement signataire* », S. Nadal, *Conventions et accords collectifs de travail (I - Droit de la négociation collective)*, Rép. droit du travail, Dalloz, n° 5). Pour une réflexion ancienne, mais fondatrice, sur les sources du droit du travail, v. le rapport du juriste allemand H. Sinzheimer, *La théorie des sources du droit et le droit ouvrier*, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique. Travaux de la première session 1934-1935, *Le problème des sources du droit positif*. Recueil Sirey 1934, pp. 73-79 (disponible sur le site de la Bibliothèque nationale de France, Gallica Bibliothèque numérique) : « *le droit non-étatique est une « source primaire du Droit ». Ce qui veut dire que les formations juridiques ne sont pas l'œuvre de l'Etat, mais résultent directement des forces de la Société elle-même ...* », p. 77.

¹² A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-caen, L'ordonnement des relations du travail, op. cit.

¹³ A. Jeammaud, Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement, in. A. Jeammaud (dir), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 15

¹⁴ V. sur ce discours de simplification, P. Lokiec, *Les idéologies de la simplification*, Sem. soc. Lamy, 18 mai 2015, n° 1677, p. 4 ; M. Véricel, *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* Dr. soc. 2015, p. 833 ; J.-P. Chazal, Simplifier le droit du travail : entre naïveté herméneutique et démantèlement politique, D. 2015, p. 1593 ; T. Sachs, Simplifier le droit du travail. Simplification : les illusions dangereuses, RDT 2010, p. 491.

¹⁵ A. Jeammaud, *La réglementation du travail*, in. A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement, A. Mias (dir), *Dictionnaire du travail*, Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2012, p. 621.

¹⁶ J.-P. Chazal, Simplifier le droit du travail : entre naïveté herméneutique et démantèlement politique, D. 2015, p. 1593 : « *Il fut un temps où les libéraux ne parlaient pas cette langue de bois et expliquaient sans ambages que la libéralisation du marché du travail avait pour objectif la paupérisation des travailleurs* ».

¹⁷ M. Poirier, À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ?, Dr. ouvr. 2013, p. 240 ; du même auteur, *Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective vecteur d'altération en droit du travail*, Dr. ouvr. 2013, p. 250.

¹⁸ G. Loiseau, A. Martinon, Des révolutions dans l'ombre, Cah. soc. 2016, n° 254, p. 223 : « *Supplantant l'accord de branche et reléguant la loi au rang de normes supplétives [...], l'accord collectif d'entreprise sera peut-être demain la loi du travail* ». Souligné par les auteurs.

¹⁹ A. Suptiot, Mise en perspective des réformes depuis 2013. Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ? Dr. ouvr. 2015, p. 561 ; P. Lokiec, D. Méda, *La loi sur le travail est dangereuse*, Mediapart 26

d'années, la manifestation la plus emblématique de l'influence des « droits d'ailleurs » sur l'évolution de la législation travailliste française.

3. - Flexicurité. L'évolution du droit du travail n'est plus seulement marquée par les vicissitudes du contexte national et de l'importance que l'on attache à telle ou telle de ses fonctions²⁰. Les réformes du droit du travail – surtout celles concernant le projet de construction de la flexicurité à la « française »²¹ – ne peuvent être appréhendées sans mentionner l'influence du « *travail d'imitation des meilleures pratiques existant en Europe*²² ».

4. - Circulation de modèles juridiques. Les législations des pays industrialisés à forte croissance économique sont portées au rang de modèles auxquels les producteurs nationaux de la norme sociale sont invités à s'y référer pour tout projet de réforme. Le droit n'est pas une technique immuable de régulation des relations sociales et les systèmes juridiques ne

mars 2016.

²⁰ « *Droit de l'organisation d'un curieux marché [marché du travail], droit de la régulation de la concurrence entre entreprises – mais sans doute entre travailleurs aussi – droit de l'encadrement des conflits, droit de la citoyenneté du producteur-consommateur, le droit du travail change parce que les équilibres entre ses fonctions changent et qu'entre elles des tensions s'expriment* », A. Lyon-Caen, Ce que François Gaudu nous dit, in. Droits du travail. Emploi. Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 10.

²¹ La littérature française dominante sur la notion de flexicurité considère que « *la flexicurité peut permettre de promouvoir le progrès social dans un nouveau système d'organisation économique. Cela passe par une nouvelle conception de l'ordre public social, une contractualisation du droit du travail, une nouvelle gestion de la formation et la mise en place de garanties sociales déconnectées du contrat de travail* » (J. Barthélémy, Réflexions sur la flexicurité, Les Cahiers du DRH, 2009 n° 155). La réception actuelle de la notion de flexicurité en France entretient l'idée d'un échange ou d'un « deal » entre flexibilité de la réglementation des rapports de travail et protections des salariés en créant une confusion avec l'idée de sécurité sociale professionnelle (J.-Ch. Le Duigou, *Quelle « sécurité sociale professionnelle » ?*, Dr. soc. 2011, p. 1300 ; du même auteur, *La sécurité sociale professionnelle : une utopie réaliste*, Dr. ouvr. 2015, p. 606) visant originellement à attacher de nouveaux droits à la personne (la flexicurité « *part des contraintes du marché pour y adapter les êtres humains, au lieu de partir des besoins et capacités de ces derniers pour réglementer les marchés. Elle vise à « accompagner » une évolution pour laquelle nous n'aurions aucune prise, comme on accompagne un malade en fin de vie* », A. Supiot, *Mise en perspective des réformes depuis 2013. Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ?*, Dr. ouvr. 2015, p. 561). Le projet de loi Travail en témoigne. Le compte personnel d'activité, inséré dans ce projet de loi (I. Vacaric, *Le compte personnel d'activité ou la figure du « travailleur mobile »*, Sem. soc. Lamy, n° 1722, 9 mai 2016, p. 8), est considéré comme la contrepartie de la flexibilisation des règles de protection de l'emploi en matière de licenciement pour motif économique (P. Lokiec, *Le motif économique malmené dans le projet de loi Travail*, Sem. soc. Lamy, 11 avril 2016, n° 1718, p. 4).

²² En particulier l'expérience danoise (D. Méda, *La flexicurité à la française: un échec avéré*, in. A. S. Pascual (dir), *La flexicurité : mutation symbolique de la notion de sécurité*, Revue Les Politiques sociales, 2012, p. 86, spéc., p. 91). « *Si la flexicurité s'est introduite avec tant de facilité en France, c'est d'une part, grâce au détour par le Danemark [...] et, d'autre part, parce que l'adoption des réformes rassemblées sous la bannière de la flexicurité a été présentée comme une réponse à la question de la sécurisation des trajectoires professionnelles* », D. Méda, *La flexicurité à la française : un échec avéré*, op. cit., p. 87.

vivent pas en autarcie juridique ; le droit, comme produit social et technologie du changement du social²³, fait l'objet d'un renouvellement constant qui se nourrit, notamment, de mimétismes spontanés des droits étrangers²⁴. Cela est d'autant plus nécessaire pour les décideurs publics souhaitant « moderniser » leur arsenal juridique national en vue de répondre aux défis²⁵ qu'impose une économie de marché globalisée et déstabilisatrice²⁶. Or, selon la doctrine comparatiste majoritaire²⁷, il a toujours été admis que les projets d'imitation ou de transplantation juridiques portent atteinte à l'intelligence et à la cohérence de la norme juridique nationale en dénaturant son dessein axiologique originel²⁸. Le rejet de la greffe d'une institution ou d'une règle juridique étrangère est un risque bien réel²⁹.

5. - Par opposition aux mouvements d'influence croisée ou d'inspiration spontanée qui sont traditionnellement inhérents à l'évolution des systèmes juridiques³⁰, l'appel à l'imitation

²³ J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, p. 417.

²⁴ « *Les phénomènes d'imitation spontanée des modèles se multiplient ; les barrières fléchissent [...] ; l'uniformisation, conséquence directe de l'imitation, s'accroît* », A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Traité de droit comparé, Le droit d'occident et d'ailleurs*, LGDJ, coll. Traités, 2011, p. 29.

²⁵ « La défense de chaque modèle juridique ne se gagnera pas ainsi qu'à l'étranger mais également chez soi, en fonction de sa capacité à relever les défis de la mondialisation. Plus que ses traditions, c'est surtout son dynamisme que l'on exporte », A. Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France - Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, 2003, p. 294.

²⁶ M.-A. Moreau, G. Trudeau, *Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie*, Relations industrielles / Industrial Relations, vol. 53, n° 1, 1998, pp. 55-89 ; X. Blanc-Jouvan, *Le droit du travail face au défi de la mondialisation*, in. *Etudes offertes à Genevieve Viney*, LGDJ, coll. Mélanges, 2008, p. 95 ; T. Lahalle, *Mondialisation et convergence des droits sociaux*, JCP S, n° 15, 12 Avril 2011, 1180.

²⁷ V. par ex. X. Blanc-Jouvan, *L'influence du Code civil sur les codifications étrangères récentes*, in. *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec. 2004, spéc., p. 480. Contra., v. notamment, A. Watson, *Comparative law and legal change*, *Cambridge Law Journal* 1997, p. 321 ; « *In most places at most times borrowing is the most fruitful source of legal change* », A. Watson, *Aspects of Reception of Law*, *American Journal of Comparative Law*, 1996, p. 335 ; U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, Univ. of Michigan Press, 1997. V. pour une approche critique de cette dernière thèse, Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, in. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir.), *L'efficacité économique en droit*, *Economica*, coll. Etudes juridiques 2010, p. 49 et s.

²⁸ Par ex. la protection des salariés en droit du travail. V. toutefois, la thèse de l'ambivalence du droit du travail : protection des travailleurs subordonnés et efficacité économique : « *Le droit du travail est donc constitué de règles et d'institutions à double sens et toutes réversibles, qui peuvent coïncider avec les intérêts des entreprises ou des salariés selon qu'on les présente sous une face ou une autre. Le rôle de l'argumentation juridique y est de ce fait décisif pour faire triompher un point de vue. [...]. Le droit du travail, c'est Pénélope devenue juriste* », G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, coll. Connaissance du droit 1995, p. 6. v. égal. J.-Y. Kerbourc'h, *Penser la flexibilité en droit du travail*, in. M. de Nanteuil, A. El Akremi (dir.), *La société flexible*, ERES, coll. Sociologie économique, 2005 p. 32.

²⁹ S. Vigneron, *Le rejet de la bonne foi en droit anglais*, in. S. Robin-Olivier, D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant. 2009, pp. 307-332. G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, (1998) 61 *Modern Law Review*, p. 11.

³⁰ La rencontre des droits savants (on songe aux codifications doctrinales privées (droit des contrats, de l'arbitrage et de commerce international...etc.) ou des droits positifs nationaux, de plus en plus fréquente,

des droits étrangers fait écho aux pressions concurrentielles exercées sur les législateurs afin d'améliorer la compétitivité juridique et économique du territoire national. A suivre cette grille de lecture, certaines institutions juridiques migreraient facilement d'un pays à l'autre au besoin de quelques réglages institutionnels et adaptations minimales aux traditions locales³¹.

6. - Inspirations étrangères. L'invocation du « *législateur étranger*³² » est devenue une pratique courante au sein du débat français³³ sur la réforme³⁴ du droit du travail. Si l'inspiration étrangère est enrichissante pour la réflexion et stimule, potentiellement, l'innovation institutionnelle et juridique, son utilisation normative fait l'objet d'un scepticisme au sein de la communauté des comparatistes ; l'usage de l'argument comparatiste est problématique, pour ne pas dire suspect.

7. - Le débat sur les voies d'amélioration de l'attractivité et de l'efficacité économique du droit du travail en offre une parfaite illustration. La référence faite dans le débat national aux

constitue des occasions de brassage, de métissage ou de fertilisations croisées. Sur cette question voir dans une perspective historique et comparée, J.-L. Halpérin, Profils des mondialisations du droit, op. cit., v. en droit du travail, Fr. Gaudu, *L'influence du droit allemand sur le droit social français*, in. T. Dieterich, M. Le Friant, L. Nogler, K. Kezuka, H. Pfarr (dir), *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht*. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 260 ; A. Seifert, *L'emploi décent. Le débat sur un salaire minimum en Allemagne*, in. *Droits du travail Emploi Entreprise*, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 47 : « *C'est en effet dans ce débat actuel [portant sur l'instauration de salaires minima légaux ou d'un salaire minimum interprofessionnel] sur la garantie d'un emploi décent que la silhouette du modèle français du SMIC apparaît parfois à l'horizon du législateur allemand, que le droit français devient un point de référence* » (p. 48).

³¹ La mise en garde de Montesquieu vis-à-vis de telles pratiques serait ici inopérante : « *Elles [les lois politiques et civiles] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre* », Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, L. I, ch. III

³² J. Carbonnier, *A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger*, in. *Essais sur les lois*, LGDJ, coll. *Anthologie du Droit*, 2014, p. 121 et s.

³³ Par ex. P. Cahuc, F. Kramarz, J. Tirole et alii., *Pour un Jobs Act à la française*, Les Échos 30 mars 2015 ; Ph. Aghion, J. Tirole, P. Cahuc et alii., *Projet de loi El Khomri, une avancée pour les plus fragiles*, Le Monde 4 mars 2016. Cet engouement pour la législation comparée se constate également dans certains pays européens, surtout ceux éprouvant des difficultés à sortir de la crise économique qui secoue l'Europe (P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi. Droit d'ici, droits d'ailleurs*, RDT 2006, p. 48).

³⁴ « *La question des réformes du marché du travail est complexe et présente des caractéristiques qui en font un cocktail assez redoutable pour l'analyse. En effet, de quoi parle-t-on ? Pour l'essentiel de droit, c'est-à-dire une matière très technique : or, ce sont souvent des économistes qui animent le débat public, plus que des juristes. On parle de surcroît de droits de pays différents, chacun marqué par un contexte institutionnel et culturel spécifique : or, on fait souvent comme si tous les pays partageaient du même point, comme s'ils étaient confrontés strictement aux mêmes défis sur leurs marchés du travail, comme s'ils avaient les mêmes lois, la même jurisprudence, le même système de négociation collective. Tout cela est inexact, bien sûr* », M.-C. Carrère-Gée, *Réformes du marché du travail : les bonnes recettes*, Metis Europe, 05 Mars 2016 ; v. aussi du même auteur, *Présentation du rapport « Les réformes des marchés du travail en Europe »*, Dr. soc. 2016, p. 314.

*modèles*³⁵ étrangers n'est pas anodine et suscite quelques interrogations. Parler de modèle renvoie à la question d'exemplification ou d'exemplarité et présume, en quelque sorte, une hiérarchisation entre systèmes juridiques, surtout dans une perspective d'imitation. La définition lexicale appuie cette dernière acception du terme « modèle » ; elle renvoie à une double signification : « *un modèle est une représentation construite et souvent simplifiée de la réalité qui peut être ce qui sert de support à une tentative de reproduction ou bien un instrument de mesure (l'origine latine du mot « modulus » signifie « mesure »)* »³⁶.

8. - Diversité. La diversité des systèmes juridiques est naturelle³⁷. Sans prétendre établir une cartographie de la pensée sociale de tous les pays ni de l'histoire des constructions nationales du droit du travail³⁸, l'existence de plusieurs modèles sociaux en Europe ou dans le monde reflète à merveille l'empreinte du génie national et de son ancrage culturel et territorial. Preuve en est l'exemple de la circulation de la notion de flexicurité. Cette dernière prend, au contact de la diversité des systèmes juridiques, des allures différentes en fonction des concepts juridiques mobilisés, et surtout des orientations politiques et économiques animant les décideurs publics³⁹ qui s'y réfèrent.

³⁵ Le mot « *modèle* » signifie, selon le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant, une « *œuvre législative dont la valeur exemplaire fait une source d'inspiration en législation comparée* », G. Cornu (dir), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2016.

³⁶ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, coll. Corpus droit public, 2010, p. 187.

³⁷ Le droit comparé « *permet de se rendre compte de la relativité des notions juridiques admises dans les différents pays : relativité en ce sens qu'il n'y a pas de notion juridique absolue qui vaille par elle-même. Le droit n'est que le reflet de la vie sociale* », A. Berenstein (Secrétaire général de la Société internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale entre 1958-1974), *Le droit comparé du travail*, (<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66441/69051>), p. 13. V. not. sur la « relativité des systèmes juridiques dans le monde », P. Deumier, Introduction générale au droit, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 179 et s.

³⁸ Pour une présentation ramassée, dans une perspective historico-comparative, de la diversité des droits du travail, v. J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, op. cit., p. 379 et s.

³⁹ Malgré la diversité des situations nationales, la réception de la flexicurité (F. Canut, *L'environnement européen de la flexisécurité*, Dr. soc. 2014, p. 668) dans les différents pays européens, sous la pression de l'Union européenne, reste pour l'instant marquée par la place centrale de la flexibilisation des dispositions contractuelles – première des quatre composantes de la flexicurité selon la Communication de la Commission européenne de 2007 relative aux principes communs de la flexicurité – et de la création de contrats de travail « au rabais » (D. Méda, *La flexicurité à la française: un échec avéré*, op. cit., p. 87) : ex. CNE pour la France (J. Pélissier, *Une Invention déplorable*, et P. Morvan, *Pour le CNE et le CPE, au nom de l'inventivité*, in. Controverse, *Fallait-il inventer le CNE (et le CPE) ?*, RDT 2006, p. 144), contrat à durée indéterminée de soutien aux employeurs (*contrato indefinido de apoyo a los emprendedores*) mis en place en Espagne par la loi 3/2012, du 6 juillet, portant mesures urgentes pour la réforme du marché de travail (E. M. Puebla, *La réforme 2012 du marché du travail en Espagne : la flexibilité jusqu'au bout*, RDT, 2012, p. 443), le contrat à protection progressive (il contratto a tutele crescenti) en Italie (A. Serra, *Jobs act : une flexicurité à l'italienne ?* Méris

9. - Globalisation, économicisme⁴⁰ et évaluation comparée⁴¹ du droit du travail. La globalisation⁴² et la régionalisation⁴³ accentuent la « *perméabilisation des systèmes juridiques* ⁴⁴ » ; elles créent un phénomène de porosité des frontières territoriales et symboliques (référentiels culturels) des ordres juridiques nationaux qui impacte directement la production des normes juridiques. Elles sont également à l'origine d'un processus d'homogénéisation ou d'uniformisation des droits nationaux en raison d'un double mouvement de circulation et de diffusion des « modèles » normatifs ou des modes de régulation des rapports sociaux. Les acteurs nationaux de la production normative, et ceux qui les influencent, cherchent inspiration et soutien à leurs actions dans les droits d'ailleurs⁴⁵. Cependant, ce phénomène de convergence et de rapprochement des droits s'inscrit de plus en plus dans un climat de concurrence normative⁴⁶ et de propagation de certains « *modèles* » juridiques⁴⁷ considérés comme plus adaptés au monde des affaires⁴⁸.

10. - Le droit du travail⁴⁹, comme les autres disciplines juridiques, est concerné par ces processus d'intégration normative⁵⁰ et de convergence des droits nationaux⁵¹. En France, les

Europe 07 Mai 2015 ; F. Guarriello, *Le Jobs Act à l'italienne*, Sem. soc. Lamy 8 juin 2015, n° 1680, p. 5).

⁴⁰ J. Icard, *Économie de la loi de sécurisation de l'emploi*. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, Cahiers sociaux 2013 n° 254, p. 280.

⁴¹ V. par ex. Th. Kirat, R. Dalmasso, *Comparer, mesurer, classer : l'art périlleux de la leximétrie du licenciement*, *Travail et Emploi*, 120/2009, pp. 33-46.

⁴² S. Chassagnard-Pinet, *La globalisation, facteur de densification normative*, in. C. Thibierge (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013, p. 155.

⁴³ S. Robin-Olivier, D. Fasquelle (dir), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2009.

⁴⁴ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, coll. Systèmes, 2010, spéc., p.115 et s.

⁴⁵ « *Dans le monde actuel, marqué par la globalisation, l'internationalisation et l'europanisation du droit, les juristes ne peuvent plus traiter la démarche comparative avec dilettantisme ou suspicion. Le champ de la discipline s'est élargi à toutes les sources de droit et il y a désormais, comme dans d'autres sciences humaines et sociales, un « impératif comparatif* » », B. Fauvarque-Cosson, *Argument de droit comparé et sociologie juridique*, in. D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 74.

⁴⁶ A. Raynouard, *La concurrence normative, facteur d'échange entre les droits? La concurrence normative dans l'union européenne*, in. S. Robin-Olivier, D. Fasquelle (dir), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant 2009, p. 87 ; R. Sefton-Green, L. Usunier, *La concurrence normative. Mythes et réalités*, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de paris, volume 33, 2013.

⁴⁷ Sur la diffusion du modèle juridique français, v. le Rapport du Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit Français*, La Documentation française, 2001 ; R. Cabrillac (dir), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?* Economica, coll. Etudes juridiques, 2011.

⁴⁸ <http://français.doingbusiness.org/>

⁴⁹ M.-A. Moreau, G. Trudeau, *Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie*, Relations industrielles / Industrial Relations, vol. 53, n° 1, 1998, pp. 55-89 ; M.-A. Moreau, *Normes sociales droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2006 ; M.-A. Moreau, H. Muir Watt, P. Rodière (dir), *Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs*,

références juridiques étrangères, auxquelles les acteurs du droit du travail renvoient, ne coïncident que partiellement avec celles dont fait état la doctrine juridique comparatiste⁵² (droit anglo-saxon et essentiellement celui des États-Unis). Les droits étrangers souvent cités en exemples dans les débats français – et européens⁵³ – sur la réforme du droit du travail sont principalement situés sur le « Vieux Continent » : tel est le cas des modèles nordiques, allemand et récemment de ceux de l'Europe du Sud ou du modèle méditerranéen (Jobs Act italien⁵⁴ ; réformes espagnoles de 2012⁵⁵). La présence de ces références est intimement liée aux performances économiques et sociales que d'aucuns rattachent, à tort ou à raison, aux législations sociales de ces pays. Elle sert d'étalon d'évaluation du droit national (I). C'est à ce titre qu'intervient l'usage de l'argument comparatiste. Ce discours est problématique en ce qu'il s'éloigne souvent des canons méthodologiques⁵⁶ et des vertus⁵⁷ de la science comparative dans un monde globalisé⁵⁸ (II).

Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2010.

⁵⁰ M. Delmas-Marty (dir), *Critique de l'intégration normative*, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, v. spéc., L. Usunier, V. Robert, *Du bon usage du droit comparé*, p. 227 et s. V. égal. Ch. Mouly, *Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?* RIDC 1985, pp. 895-945.

⁵¹ M. Weiss, *Convergence and/or Divergence in Labor Law Systems? A European Perspective*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 28, 2007 pp. 469-486 ; « Au-delà des différences, les divers systèmes nationaux de droit social se ressemblent et ont des points communs dans leur conception, de sorte que l'on peut parler d'un système européen de droit social. Ce système est fondé sur quatre piliers juridiques : les droits (sociaux) fondamentaux, les normes de droit du travail internationales, le droit européen communautaire et les schémas qui résultent de l'ensemble du droit comparé des États membres », M. Rigaux, *Droit du travail et droit de la concurrence sociale*, Bruylant. 2009, p. 184.

⁵² Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale, Société de législation comparée* 2006.

⁵³ « Le décloisonnement qu'elle [Union européenne] entraîne est actuellement propice à la circulation du droit comparé et à l'épreuve réciproque de solutions différentes », J.-P. Laborde, *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?* Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994, p. 13. V. par ex. D. Méda, *La flexicurité peut-elle encore constituer une ambition pour l'Europe ?* Formation emploi, n° 113/2011, pp. 97-109 ; F. Canut, *L'environnement européen de la flexisécurité*, *Dr. soc.* 2014, p. 668.

⁵⁴ E. Prouet, *Contrat de travail : les réformes italiennes*, Notes d'analyse, France Stratégie 28 mai 2015, (<http://www.strategie.gouv.fr/publications/contrat-de-travail-reformes-italiennes>).

⁵⁵ E. M. Puebla, *La réforme 2012 du marché du travail en Espagne : la flexibilité jusqu'au bout*, RDT, 2012, p. 443 ; du même auteur, *La réforme du marché de travail espagnol et les juges*, RDT 2015, p. 353.

⁵⁶ J.-P. Laborde, *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?* Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994, p. 15.

⁵⁷ M. Weiss, *The future of comparative labor law as an academic discipline and as a practical tool*, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2005, p. 169.

⁵⁸ H. Muir-Watt, *Globalization and comparative law*, in. M. Reimann, R. Zimmermann (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative law*, Oxford University Press, 2008, p. 579.

I. L'emprise du prisme évaluatif

« L'ailleurs constitue une valeur révéérée dans la démonstration publique [...] Mais gardons-nous du benchmark normatif de comptoir », A. Lyon-Caen, Vérité au-delà des Pyrénées, RDT 2016, p. 125.

11. - Les voies du discours comparatiste : l'évaluation du droit du travail. La manie de l'évaluation comparée et des classements n'épargne pas le droit du travail. L'évaluation des règles de droit du travail français – contenu, modes d'élaboration et effets économiques et sociaux – à l'aune des performances des modèles étrangers est devenue un réflexe quasi-permanent des acteurs du droit du travail. Le fil conducteur de cette démarche consiste à vérifier la capacité des normes travaillistes à répondre aux impératifs de l'« *ordre concurrentiel*⁵⁹ » qu'instaure l'économie de marché. Les politiques, les économistes et les groupes de pression⁶⁰ s'imprègnent de cette grille d'analyse, combinant utilisation massive d'indicateurs quantitatifs et pratique sélective, instrumentale et déformante de la comparaison des droits. Leurs analyses évaluatives « *s'adossent fréquemment à des positions philosophiques ou idéologiques : le droit du travail étant assimilé par principe à un droit protecteur entravant la liberté contractuelle et l'échange marchand, son existence même est discutée au regard des effets attendus, vertueux, d'une régulation contractuelle et marchande*⁶¹ ».

12. - Objectifs poursuivis. L'évaluation économique⁶² comparée des législations nationales représente, de plus en plus, un élément nécessaire pour asseoir les choix d'une

⁵⁹ L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, 2003, v. spéc., L. Boy, J.-B. Racine, F. Siiriainen, L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept, p. 24.

⁶⁰ « *Depuis le milieu du XXe siècle, le droit est soumis à une inexorable nécessité d'adaptation. Il est contraint [...] de se transformer dans l'urgence sous la pression constante des circonstances et des lobbies* », V. Lasserre-Kiesow, L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit, D. 2006, p. 2279 ; M. Mekki, *L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? - Identification* (1re partie, JCP G n° 43, 19 Octobre 2009, 370) - *Encadrement* (2nde partie, JCP G n° 44, 26 Octobre 2009, 392).

⁶¹ A. Jeammaud, Th. Kirat, Se garder de l'illusion nominaliste, in. Évaluer le Code du travail ? Évaluer le droit du travail ? RDT 2009, p. 421.

⁶² C. Jamin, Les pièges de l'évaluation économique de la réglementation, in. G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dir), Mesurer l'efficacité économique du droit, LGDJ, 2005, p. 103.

politique donnée. Elle « *suppose l'identification des objectifs assignés à l'activité de législation-réglementation ou des résultats attendus de l'instrument normatif produit*⁶³ ». En tant que discours, la mobilisation des données de statistique comparée se présente comme une justification de la mise en cause du droit en vigueur ; elle impulse une dynamique de réforme⁶⁴. « *Car en soi l'évaluation ne vaut rien ; elle n'a même pas de sens. Elle ne vaut qu'en fonction des critères mis en œuvre, de la qualité des informations collectées et surtout de l'objectif poursuivi [...] En d'autres termes, une évaluation n'a de valeur que rapportée à la légitimité de sa finalité*⁶⁵ ». Elle s'identifie, en réalité, en un outil d'évaluation de l'impact économique du droit du travail. Cette démarche, largement répandue, guide l'action des décideurs publics, tant nationaux qu'européens⁶⁶, et méconnaît la complexité du gouvernement de la diversité⁶⁷ des droits nationaux et les vertus pédagogiques⁶⁸ du comparatisme. Pour les promoteurs d'une telle démarche, la performance économique – qui serait fondée sur des critères axiologiquement neutres⁶⁹ – sert d'étalon pour mesurer et évaluer les règles de droit du travail⁷⁰. En somme, l'évaluation comparée, surtout celle fondée sur des statistiques, constitue une source de motivation ou de persuasion, un étalon de mesure et un instrument de communication ; elle exprime également l'hégémonie de l'évaluation quantitative des politiques nationales. La Méthode ouverte de coordination (MOC) en matière sociale (Stratégie européenne pour l'emploi) permet, par exemple, « *de toucher du doigt une des propriétés les plus étonnantes (et des plus perverses) des technologies de gouvernance fondées sur la maximisation d'indicateurs de performances. Il s'agit, lorsqu'elles sont mises*

⁶³ A. Jeammaud, Th. Kirat, *Se garder de l'illusion nominaliste...*, op. cit.

⁶⁴ « [...] l'évaluation est en effet souvent utilisée comme un moyen pour justifier un choix allant dans le sens de la dérégulation », A. Perulli, *Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme*, RDT. 2015, p. 732, spéc., p. 737.

⁶⁵ P.-Y. Verkindt, *L'évaluation du salarié sous le regard du juge*, Dr. Soc. 2009, p. 48.

⁶⁶ A. Perulli, *Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme*, op. cit., p. 736.

⁶⁷ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Préf. A. Lyon-Caen. LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2008.

⁶⁸ F. Rueda, *Les « études de législation comparée » des assemblées parlementaires françaises : une utilisation pédagogique du droit comparé dans le travail législatif ?*, in. M. Hecquard-Théron, Ph. Raimbault (dir), *La pédagogie au service du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques », 2011, p. 391.

⁶⁹ « Cette évaluation des effets du droit se produit donc naturellement, sans que l'on s'interroge de manière critique sur la capacité des sciences sociales et de l'économie elle-même à y parvenir, ni sur la prétendue « objectivité » des résultats auxquels elle parvient », A. Perulli, *Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme*, op. cit., p. 737.

⁷⁰ J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, préc. ; v. plus récemment, du même auteur, *Une lecture économique du projet de loi Travail*, JCP G n° 16, 18 Avril 2016, 455.

en œuvre avec « finesse », de leur capacité à fabriquer des preuves matérielles et chiffrées de leur efficacité⁷¹ ».

13. - Mésusages de l'argument comparatiste. Les usages abusifs - voire « sauvages⁷² » – de l'argument de droit comparé à des fins d'évaluation économique du droit, qui se multiplient dans divers rapports publics ou privés, ont suscité des critiques⁷³. Leur insuffisance méthodologique dans un domaine sensible à la dimension humaine⁷⁴, comme c'est le cas de la réglementation des relations de travail, engendre une instrumentalisation de l'analyse comparatiste, consistant à utiliser l'information comparative, brute ou interprétée, comme indicateur d'évaluation de l'efficacité économique de la norme juridique pour influencer l'action des décideurs. En d'autres termes, la comparaison, démarche scientifique qui permet « de porter un regard décentré sur sa propre réalité nationale et de questionner des éléments qui peuvent paraître évidents d'un point de vue strictement interne⁷⁵ », est utilisée à des fins discursives et rhétoriques⁷⁶. Or, si l'évaluation en général du droit n'est pas un procédé inconnu de l'action normative⁷⁷, ni une pratique illégitime en soi⁷⁸, elle est un outil redoutable et malléable lorsqu'elle emprunte la voie du comparatisme. L'évaluation

⁷¹ R. Salais, Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance, *Revue française des affaires sociales* 1/ 2010 (n° 1-2), pp. 129-147, spéc., p. 139

⁷² A. Supiot, *La mondialisation se fait-elle au détriment de l'Etat providence ?*, France Culture, Les Matins 23 mai 2013. Consultable à l'adresse suivante : <http://www.franceculture.fr/emission-l-invite-des-matins-alain-supiot-2013-05-23>.

⁷³ V. par ex. F. Gaudu, Des illusions des juristes aux illusions scientifiques, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 101 ; R. Vatinet, Présentation des travaux de l'Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale. Société de législation comparée*, volume 1, 2006, RTD Civ. 2006, p. 845 ; 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.

⁷⁴ « *Le droit français reste un droit humaniste. Visant, certes, à encourager les échanges commerciaux, à développer les investissements, à faciliter la création d'entreprises, il entend aussi ne point laisser les individus sans protection. Il ne cultive pas l'efficacité économique pour elle-même, à tout prix et à court terme, mais se veut fondateur d'un modèle de société durable* », Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, Société de législation comparée*, vol. 1, 2006, p. 127.

⁷⁵ P. Hassenteufel, *Comparaison*, in. L. Boussaguet et al. (dir), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2014, 4e éd., p. 148, spéc. p. 149.

⁷⁶ La rhétorique est l'art (égal. technique, tactique, Encyclopédie Larousse) de séduire par le discours, M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF 2001, p. 351.

⁷⁷ Ex. la généralisation des études d'impact à tous les projets de lois par la Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

⁷⁸ « *L'évaluation est à la mode en maints domaines, à juste raison sans aucun doute [...] Gardons-nous d'affirmer que le changement des règles existantes ou l'adoption de normes juridiques nouvelles en vue d'obtenir certains résultats économiques, sociaux ou sociétaux, est le propre de l'époque contemporaine* », A. Jeammaud, E. Serverin, *Evaluer le droit*, D. 1992, p. 263.

comparée du droit est délicate, surtout dans sa version numérique ou chiffrée⁷⁹ : cet « *exercice recèle (...) des difficultés, non entièrement reconnues, admises ou assumées, qui concernent l'idée que le compartiment du droit à évaluer est appréhendable par les seuls énoncés normatifs et celle que les dispositions en question, législatives ou conventionnelles, peuvent être traduites en indicateurs numériques, condensant une mesure de la « rigueur de la réglementation* »⁸⁰ », à l'instar de celle adoptée par les rapports « *Perspectives de l'emploi* » publiés chaque année par l'OCDE⁸¹.

14. - « Fièvre de l'évaluation⁸² », « frénésie évaluatrice⁸³ ». Les classements et autres notations des supposées meilleures politiques publiques nationales à l'aune du critère d'efficacité économique jouissent d'un réel succès ; ils sont attendus chaque année avec impatience par les décideurs publics et les divers groupes d'intérêt. Ces différents travaux comparatifs sont le produit de l'omnipotence des discours sur la libéralisation du commerce international et de la concurrence économique, voire normative⁸⁴. Ils fournissent un appui argumentatif au discours comparatiste sur la compétitivité ou l'attractivité des régimes réglementaires nationaux du travail⁸⁵. De plus, la rhétorique comparatiste est mobilisée de façon stratégique par les acteurs nationaux ou européens plaidant pour la réforme du droit du travail. Ces derniers se servent de manière opportuniste, en particulier de la littérature

⁷⁹ M. M. Siems, Numerical comparative law: do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity ?, *Cardozo J. Of Int'L & Comp. Law*, vol. 13, 2005, pp. 521-540.

⁸⁰ A. Jeammaud, Th. Kirat, Se garder de l'illusion nominaliste, in. *Évaluer le Code du travail ? Évaluer le droit du travail ? RDT* 2009, p. 421.

⁸¹ Pour une appréciation critique de cet indicateur, v. not. R. Dalmaso, Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique, *Revue de l'IRES*, n° 82 - 2014/3, p. 37. E. 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. 29 .

⁸² Titre du numéro 55-4bis de la *Revue d'histoire moderne et contemporaine* (5/2008, éd. Belin) consacré à l'étude des origines et conséquences de l'évaluation dans l'université et entre universités.

⁸³ « Le projet d'évaluer le droit du travail ne saurait étonner en ces temps de frénésie évaluatrice » ? A. Jeammaud, Th. Kirat, Se garder de l'illusion nominaliste, op. cit.

⁸⁴ V. not. A. Raynouard, *La concurrence normative, facteur d'échange entre les droits. La concurrence normative dans l'Union européenne*, in. S. Robin-Olivier, D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2009, p. 87; T. 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, Éditions Frison-Roche, 2003, pp. 339-349.

⁸⁵ S. Deakin, P. Lele et M. Siems, *L'évolution du droit du travail: évaluation et comparaison des régimes réglementaires*, *Revue Internationale du Travail*, 2007, vol. 146, p. 147.

économique comparée, à la fois pour évaluer l'état du droit positif et pour défendre leurs choix politiques⁸⁶.

15. - Mais, « *la fièvre évaluative* » n'est-elle pas tout simplement une réaction normale au productivisme normatif – et au cortège de maux qui en sont issus : instabilité, insécurité, inintelligibilité, illisibilité, et surtout inefficacité économique – en droit du travail ; un droit du travail que d'aucuns n'hésitent d'ailleurs pas de qualifier d'« *homme malade des disciplines juridiques* »⁸⁷.

16. - La réflexion sur les remèdes aux maux, réels ou supposés, du droit du travail et du dysfonctionnement du marché du travail n'ouvrirait-elle pas, lorsqu'elle puise ses arguments dans une lecture superficielle et parfois biaisée à la fois du droit national et des droits étrangers, la voie au « *réductionnisme économiste et à l'appréciation de la norme juridique comme contrainte exogène à la rationalité du marché autorégulé et à son fonctionnement efficace* »⁸⁸ ?

17. - L'instrumentalisation et la partialité du discours comparatiste dominant sur le droit du travail ne fait qu'aviver la « *fièvre de l'évaluation* », en cherchant à impulser « *une nouvelle dynamique* »⁸⁹ réformatrice⁹⁰. Les promoteurs du « *copier-coller* »⁹¹ du « prétendu » modèle danois hier, de l'inspiration transalpine (*Jobs Act* à l'italienne)⁹² ou transpyrénéenne

⁸⁶ « *L'Etat [...] ne peut éviter de faire sans cesse des choix. Il est devenu pragmatique. Quant à la volonté politique, ses références dépendent, à leur tour, de différents niveaux de pragmatisme : national, régional et mondial, dont les divers aspects sont inévitablement discordants* », V. Lasserre-Kiesow, *L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit*, D. 2006, p. 2279.

⁸⁷ « *Le droit du travail est l'homme malade des disciplines juridiques* », N. de Sévin, *Réforme du droit du travail : ne pas rester au milieu du gué*, JCP S, n° 41, 6 Octobre 2015, act. 358.

⁸⁸ A. Perulli, *Evaluer le droit du travail*, in. G. Casale, A. Perulli (dir), *Compliance with labour legislation : its efficacy and efficiency, Respect de la législation du travail: effectivité et impact*, Working Paper, OIT, 2010, p. 96.

⁸⁹ S. Jacob, *Evaluation*, in. L. Boussaguet et alii. (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2014, 4e éd., p. 257.

⁹⁰ « *La question de la pertinence de la démarche comparative ne semble plus vraiment se poser. Elle est quasiment devenue, pour les politiques publiques en particulier, un passage obligé pour faire l'objet d'une forte reconnaissance scientifique* », P. Hassenteufel, *De la comparaison internationale à la comparaison transnationale. Les déplacements de la construction d'objets comparatifs en matière de politiques publiques*, *Revue française de science politique*, vol. 55, n°1, 2005, p. 113.

⁹¹ C. Tuchsirer, *Le modèle danois de « flexicurité ». L'improbable « copier-coller*», *Informations sociales* 6/2007 (n° 142), pp. 132-141.

⁹² P. Cahuc, F. Kramarz, J. Tirole et alii., *Pour un Jobs Act à la française*, Les Échos, 30 mars 2015.

(Espagne)⁹³ et autres invocations de la législation comparée aujourd'hui, participent à l'émergence d'un « *nouvel ordre juridique*⁹⁴ » fondé sur une évaluation permanente des normes juridiques et avide de « *données légitimantes* »⁹⁵. Pour autant, l'évaluation « *exige une lucidité renforcée sur ce qu'elle apporte, ce qu'elle corrode, ce qu'elle détruit. Elle paraît favoriser une certaine réflexivité, mais, au service d'une idéologie de la performance, elle peut avoir l'effet contraire*⁹⁶ ». La logique de l'évaluation implique la soumission de la rationalité sociale du droit à la rationalité économique ; elle s'appuie sur la légitimité des normes juridiques à l'aune des critères marchands ou « *selon un rapport entre coûts et avantages*⁹⁷ », tels qu'ils sont conçus par la doctrine de l'analyse économique orthodoxe⁹⁸.

18. - La diffusion d'une culture d'étalonnage comparé (« *benchmarking* »). Propulsée par les organisations internationales⁹⁹ partisans d'une culture de classement ou de « *benchmarking* » concurrentiel des systèmes juridiques, la comparaison se mue en instrument incontournable au service d'une entreprise d'évaluation permanente des performances économiques et sociales des Etats. L'enthousiasme pour le comparatisme évaluatif serait le reflet d'une volonté de se donner les moyens afin, sinon de maîtriser, du moins de tenter d'agir efficacement sur les nouvelles données issues de l'interpénétration du droit d'ici et des droits d'ailleurs (nationaux et supranationaux) et de l'interdépendance complexe du juridique et de l'économique.

19. - La propagation de la culture de « *benchmarking* » concurrentiel nourrit l'établissement d'une relation étroite entre évaluation comparée des droits nationaux et

⁹³ Ph. Aghion, J. Tirole, P. Cahuc et alii., *Projet de loi El Khomri, une avancée pour les plus fragiles*, Le Monde 4 mars 2016. V. contra., A. Lyon-caen, *Vérité au-delà des Pyrénées*, RDT 2016, p. 125.

⁹⁴ V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, LexisNexis 2015.

⁹⁵ « *Bien que l'évaluation ne soit pas ancrée culturellement en France, contrairement à l'Allemagne, à la Suisse, à la Belgique, aux Etats-Unis et au Canada, l'idéologie de l'évaluation s'est développée dès les années 1980* », V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, op. cit., n° 91, p. 153.

⁹⁶ A. Lyon-Caen, *L'évaluation des salariés*, in. G. Casale, A. Perulli (dir), *Compliance with labour legislation : its efficacy and efficiency, Respect de la législation du travail: effectivité et impact*, op. cit., p. 95.

⁹⁷ F. Brunet, *La normativité en droit*, Préf. E. Picard et Post-scriptum de Alain Supiot, mare & martin, coll. Bibliothèque des thèses, droit public, 2012, p. 551, v., sur la question de l'essor de l'évaluation comme manifestation de la prédominance de la normativité économique, spéc., pp. 547-563.

⁹⁸ D'une manière inverse, « *l'analyse économique hétérodoxe n'abandonne pas le terrain de l'évaluation économique du droit du travail, mais subordonne cette évaluation aux valeurs et aux conceptions de la justice que le droit du travail doit servir. Ces valeurs ne sont pas révélées par une nature ou une science quelconque et ne sont pas non plus immuables* », J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, op. cit., p. 22.

⁹⁹ Ex. Banque mondiale, OCDE, Union européenne.

desseins normatifs. L'idée de flexicurité en offre une illustration topique ; s'inspirant des modèles nordiques, elle a été et est toujours instrumentalisée par l'analyse économique comparée – portée par un certain nombre d'économistes d'inspiration libérale d'influence internationale¹⁰⁰ – du droit du travail dans une démarche de « *reconceptualisation nécessaire pour vaincre et contourner les résistances françaises à la flexibilisation du marché du travail*¹⁰¹ ».

20. - La normativité avérée de l'évaluation comparée des droits. Le discours comparatiste, lorsqu'il se fait le porte-parole de l'évaluation « numérique » ou statistique des politiques nationales, participe à la diffusion d'une thèse, d'ailleurs largement répandue au sein de la doctrine économique dominante, corrélant directement les performances comparées en matière d'emploi et de compétitivité des entreprises aux structures juridiques des marchés du travail nationaux. Or, cette présentation statistique de la réalité des droits nationaux et de leurs relations avec la performance économique est problématique, en ce qu'elle fausse la perception politique des acteurs. En effet, comme l'a fort justement souligné le Professeur Robert Salais, « *il y a deux registres de la représentation politique, et non un seul. Le seul pris en compte habituellement est le registre de la représentation des intérêts par les partis politiques, les organisations collectives, les associations, les groupes d'intérêt, etc. Or l'emploi systématique à des fins de management politique, de batteries d'indicateurs et de tableaux statistiques révèle qu'il existe un second registre, celui de la représentation cognitive des situations. Ce que font ces méthodes [benchmarking], en effet, c'est de déterminer au début du processus politique et sans débat la représentation cognitive de la situation à traiter*¹⁰² ». Le discours comparatiste dominant ambitionne, ainsi, de piloter l'action du législateur dans des sens et vers des objectifs déterminés. A suivre cette logique, il importe peu, par exemple dans le cadre de la Stratégie européenne de l'emploi, la qualité des emplois créés ; ce qui est mis en valeur, pour juger de la performance du marché du travail,

¹⁰⁰ Par ex. Olivier Blanchard et Pierre Cahuc. Ce dernier avait été un membre du groupe européen d'experts sur le flexicurité en 2007 dont les travaux ont servi pour la préparation de la Communication de la Commission de l'Union européenne « Vers des principes communs de flexicurité » de 2007. V. sur le rôle des économistes français dans la circulation de la notion de flexicurité, D. Méda, *La flexicurité à la française: un échec avéré*, op. cit., p. 89 et s.

¹⁰¹ D. Méda, *La flexicurité à la française: un échec avéré*, op. cit., p. 86.

¹⁰² R. Salais, Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance, *Revue française des affaires sociales* 1/ 2010 (n° 1-2), pp. 129-147, spéc. p. 145.

c'est le taux d'emploi¹⁰³. L'idée sous-jacente est de déclencher une dynamique de convergence des législations nationales vers un modèle qui emprunte les « *bonnes pratiques* » de régulation du marché du travail observées dans les différents Etats membres. La méthode ouverte de coordination¹⁰⁴ en matière sociale¹⁰⁵, érigeant la performance quantitative en étalon suivant un comparatisme sommaire destiné aux administrations nationales¹⁰⁶, « *encourage, de fait, les États membres à affaiblir la qualité de leurs propres conventions d'emploi de manière à pouvoir accroître leur performance quantitative, et à adopter ultimement la convention de l'emploi sans qualité comme référence de leurs réformes de structure*¹⁰⁷ ».

21. - Rationalité évaluative versus prudence de la comparaison juridique. Le droit comparé et l'évaluation comparée du droit ne sauraient se confondre ; ils assument des rôles diamétralement opposés. La règle juridique dans la démarche de l'évaluation comparée des droits du travail n'aurait d'autre finalité que la satisfaction des impératifs de l'économie. La comparabilité est décisive, dans la mesure où l'amélioration de l'efficacité économique passe par la technique de l'étalonnage comparé et concurrentiel (*benchmarking*) des performances nationales ; le but est d'inciter les acteurs nationaux à imiter les bonnes pratiques (*best practices*) qui seraient suivies dans les autres pays.

Pour être prise au sérieux, l'analyse juridique comparatiste nécessite une phase préalable consacrée à la construction de la méthode de comparaison et du cadre d'analyse¹⁰⁸ avec, toutefois, la conviction de l'insuffisance du comparatisme des normes et des modèles ; surtout

¹⁰³ R. Salais, Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance, op. cit., p. 145.

¹⁰⁴ S. De la Rosa, L'évolution des instruments communautaires, facteurs d'échanges entre les droits. La méthode ouverte de coordination : une voie d'échange entre les droits ?, in. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit. Bruylant. 2009, p. 59.

¹⁰⁵ M. Schmitt, *L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi*, RDT 2014, p. 454.

¹⁰⁶ A. Lyon-Caen, *Intervention EU Labour Lawopening session*, conférence organisée par les services de la Commission européenne, 21 octobre 2013, consultable à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/avservices/video/player.cfm?ref=I082772>

¹⁰⁷ R. Salais, Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance, op. cit., p. 141.

¹⁰⁸ Comparaison des règles juridiques (micro-comparaison) ou comparaison des systèmes ou modèles juridiques (macro-comparaison) (O. Kaufmann, *L'actualité du droit social comparé*, in. *Le droit social – Le droit comparé – Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Collections de l'Université Robert Schuman, Nouvelle série n° 6, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 173).

lorsque ce dernier est pratiqué, dans une perspective de mimétisme ou d'imitation¹⁰⁹ sans un effort préalable de contextualisation¹¹⁰. Pour autant, comparer les droits du travail ou analyser les effets économiques des normes juridiques n'exige pas nécessairement leur classement¹¹¹ ou l'adhésion à la philosophie de « *l'ordre concurrentiel* »¹¹² qui sous-tend généralement l'analyse économique orthodoxe du droit.

22. - Les limites de l'analyse compétitive des droits du travail. Le droit du travail, et le droit social en général, n'est qu'un facteur parmi d'autres influençant l'attractivité économique d'un pays. Son importance en matière de compétitivité des entreprises et de leur capacité à créer des emplois est relative ; elle varie en fonction, par exemple, du niveau de développement économique d'un territoire et de la qualité de ses infrastructures, du système de formation professionnelle, de l'innovation technique...etc. Analyser le droit du travail sous le seul angle de sa capacité à drainer des investissements étrangers et à préserver l'activité économique sur le territoire national, comporte des limites.

23. - Le discours comparatiste, qui s'inscrit dans un processus évaluatif des droits, encourt nécessairement les mêmes reproches précédemment relevés.

II. L'identification du discours comparatiste dominant

24. - Normativité(s). Le débat sur l'efficacité du droit en général¹¹³ et des normes de droit du travail¹¹⁴ en particulier, rejaillit sur les sources de la normativité juridique¹¹⁵. Le

¹⁰⁹ « [...] imiter, c'est tuer la méthode comparative », J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadriga, 2004, p. 21.

¹¹⁰ X. Blanc-Jouvan, Du bon usage de la méthode comparative en droit du travail, in. Mélanges offerts à André Colomer, Lexisnexis 1993, pp. 73-86.

¹¹¹ V. par. ex. Th. Kirat, R. Dalmaso, Comparer, mesurer, classer : l'art périlleux de la leximétrie du licenciement, *Travail et Emploi*, 120/2009, pp. 33-46.

¹¹² T. 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, Editions Frison-Roche, 2003, p. 339, spéc., p. 349

¹¹³ H. Muir Watt, *Comparer l'efficacité des droits ?*, in. P. Legrand (dir.), *comparer les droits, résolument*, Puf, coll. Les voies du droit, 2009, p. 433.

¹¹⁴ « *Le premier critère d'évaluation des règles de droit du travail n'est donc plus la protection du travail même, mais l'efficacité du marché* », F. Valdes Dal Re, Un regard espagnol. Déclin ou essor du droit du travail, in. Ph. Waquet (dir.), 13 paradoxes en droit du travail, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011, p. 287.

¹¹⁵ Historiquement en droit français, un rapport fort et étroit s'est noué entre l'intervention massive d'origine

pluriel s'impose en droit du travail. Ce dernier est un laboratoire d'expérimentation de plusieurs figures de normativité. Il est une discipline où se côtoient, voire s'affrontent, normativité juridique, normativité économique¹¹⁶, normativité statistique ou comptable¹¹⁷, normativité d'expertise¹¹⁸, normativité sociologique¹¹⁹, normativité souple¹²⁰, normativité de droit comparé¹²¹ – qui participe parfois à l'enrichissement du droit du travail (2) –...etc. Ces différentes normativités n'évoluent pas séparément. Le droit comparé du travail rappelle cet enseignement de la complexité du phénomène juridique (1). En effet, des relations d'interaction, de domination ou de subordination peuvent naître de la rencontre de ces normativités¹²². Tel est le cas de la subordination progressive de la normativité juridique (rationalité sociale¹²³ du droit du travail) à la normativité économique marchande¹²⁴. Le discours comparatiste dominant contribue à ce phénomène (3).

étatique et le droit du travail, J.-L. Halpérin, Profils des mondialisations du droit, op. cit. p. 383.

¹¹⁶ J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, th. Paris 1, 2011 (dir. G. Loiseau) ; T. Sachs, *La raison économique en droit du travail - Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, préf. G. Borenfreund, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2013 ; G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, préf. A. Supiot, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2014

¹¹⁷ A. Supiot, *La gouvernance par les nombres (Cours au Collège de France 2013-2014)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015.

¹¹⁸ Issue des rapports d'experts commandés par les pouvoirs publics (ex. J.-D. Combrexelle (dir), *La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre, France Stratégie septembre 2015* ; P ; Cahuc, F. Kramarz, *Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une Sécurité sociale professionnelle*, rapport au ministre de l'Économie et au ministre de l'Emploi, 2005.) ou par des acteurs privés (Medef, *Think tank. Ex. P. Cahuc, S. Carcillo, Les juges et l'économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne).

¹¹⁹ P.-Y. Verkindt, *L'argument sociologique dans la doctrine travailliste*, in. D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 313.

¹²⁰ Ex. Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) : Code de conduite, Charte d'éthique, Accords transnationaux,... etc. V. not. D. Bessire, E. Mazuyer, *La RSE, champ de densification ou de désertification normative ?*, in C. Thibierge (dir), *La densification normative. Découverte d'un processus*, mare et martin, 2013, pp. 979-998. Cette normativité « molle » (ex. RSE) brouille les pistes des cadres d'analyse traditionnels des relations de travail. En effet, les « grandes entreprises prétendent s'organiser en mini-États, animés par d'autres préoccupations que celle de l'enrichissement de leurs actionnaires. Mais sans responsable clairement identifiable, sans organisation susceptible de demander des comptes, et sans Tiers devant qui répondre, cette responsabilité n'en est évidemment pas une », A. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil 2010. p. 147. V. d'une manière générale, P. Deumier, *La réception du droit souple dans l'ordre juridique*, in. *Le droit souple, Le droit souple. Journées nationales de l'association Henri Capitant*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 113.

¹²¹ V. d'une manière générale sur la normativité du droit comparé, Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, in. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir), *L'efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2010, p. 49 ; E. Picard, *Le droit comparé est-il du droit ?*, *Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 1 – 2009*, p. 173 ; F. Brunet, *La normativité en droit*, Préf. E. Picard et Post-scriptum de Alain Supiot, mare & martin, coll. Bibliothèque des thèses, droit public, 2012, spéc., p. 257.

¹²² F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit.

¹²³ M.-L. Morin, Ch. Vincens, *Licenciement économique, flexibilité des entreprises et sécurité des travailleurs: les enseignements d'une comparaison européenne*, *Revue Internationale du Travail*, vol 140, 2001, n° 1 p. 51

¹²⁴ J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, préc. ; T. Sachs, *La raison économique en droit du travail -*

1. Le discours comparatiste dominant n'est pas le droit comparé du travail

25. - Définition et pluralité des enjeux¹²⁵ du droit comparé. Le droit comparé est parfois défini comme « *une discipline juridique qui consiste dans l'étude scientifique de la comparaison des droits* ¹²⁶ ». Le débat sur la nature et les fonctions du droit comparé est traversé, depuis longtemps, par plusieurs courants et crée des divisions au sein de la « communauté » des comparatistes¹²⁷. Le premier courant considère que le droit comparé, à l'instar de l'étude du droit civil, du droit commercial ou du droit pénal, constitue une discipline juridique à part entière. Du deuxième courant ressort que le droit comparé n'est qu'une méthode, sans objet propre, vouée à servir des finalités précises. Celles-ci oscillent entre la réalisation d'un droit commun ou d'une harmonisation des droits et la recherche de la « *meilleure solution juridique* ¹²⁸ » pour servir la rédaction et le perfectionnement des Codes et des lois ; c'est ce que la doctrine comparatiste appelle actuellement « *méthode fonctionnelle* ¹²⁹ ». Celle-ci consiste, à travers l'analyse des solutions juridiques apportées par les autres systèmes juridiques à des problématiques nationales similaires, à identifier le meilleur système de droit (dimension utilitariste¹³⁰) pour l'élaboration d'un droit supranational. Cette méthode conviendrait également pour une politique d'amélioration du droit national. En postulant une « *équipollence des résultats* ¹³¹ » ayant comme idée-force la

Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie, préc. ; G. Bargain, Normativité économique et droit du travail, préc. ; J. Icard, Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, Cahiers sociaux 2013 n° 254, p. 280 ; du même auteur, Une lecture économique du projet de loi Travail, JCP G n° 16, 18 Avril 2016, 455.

¹²⁵ Tendait à devenir de plus en plus immédiats et concrets (J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 190 et s.).

¹²⁶ R. Drago, Droit comparé, in. D. Alland, S. Rials (dir), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-Puf, 2003, p. 454.

¹²⁷ V. not. sur ces questions, Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, coll. Cours, 2009, spéc. pp. 14-24 ; R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains. Approches comparative*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd. 2008, spéc. Annexe 1 : *Pour une introduction au droit comparé : développement du droit comparé et diversification de ses fonctions*, pp. 441-456 ; B. Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective*, RIDC 2005, p. 29

¹²⁸ Tel a été le but du droit comparé dès sa naissance vers les années 1860-1870. V. Pour « *une petite histoire du droit comparé* », M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., 37 et s. Le but de la création de la Société de législation comparée (1869) fut la suggestion des améliorations du droit au législateur, R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd. 2002, n° 5, p. 4.

¹²⁹ K. Zweigert, *Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé)*, RIDC 1966, pp. 5-18 ; R. David, C. Jauffret-Spinosi, op. cit., n° 8, p. 8 ; Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 25 ; M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 40 (pour une critique de cette méthode), p. 45 et s.

¹³⁰ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 60.

¹³¹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 22.

convergence des droits, la méthode fonctionnelle prône la comparaison des normes dotées d'une fonction similaire en vue de découvrir, par-delà leurs différences apparentes d'origine (loi, jurisprudence, droit conventionnel...), leur degré de similitude. Le comparatiste sera ainsi amené, en appréciant la pertinence des normes par rapport aux objectifs politiques fixés préalablement¹³², à porter au final un jugement de valeur sur les systèmes juridiques. Pour un des architectes de la méthode fonctionnelle¹³³, le fait de ne pas apprécier d'une manière critique, dans un exercice comparatiste, la divergence des traitements juridiques vis-à-vis d'un problème rencontré par les droits nationaux comparés risque de former « *un amas de matériaux avec lesquels on n'a rien bâti*¹³⁴ ».

Une troisième lecture des fonctions du droit comparé concerne l'étude du rôle de la mobilisation de la comparaison dans les processus de circulation des solutions juridiques entre systèmes nationaux. Cet usage du comparatisme, se fixant comme objet d'étude les opérations de transferts et de réception ou d'influence croisée, ne va pas sans susciter quelques interrogations fondamentales critiques¹³⁵, fondées principalement sur une lecture culturaliste et contextualiste des systèmes juridiques.

La doctrine est aujourd'hui presque unanime sur le fait de considérer le droit comparé comme une simple méthode de recherche et non pas une branche autonome du droit¹³⁶. Le droit comparé ne serait qu'une application de la méthode comparative pour comparer des systèmes juridiques (macro-comparaison) ou des institutions, règles ou questions juridiques particulières¹³⁷ (micro-comparaison) en fonction de leurs ressemblances et de leurs

¹³² Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., n° 12, p. 23.

¹³³ K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press 1998, spéc., p. 24 et p. 34 et s.

¹³⁴ K. Zweigert, *Méthodologie du droit comparé*, in. Mélanges offerts à Jacques Maury, Dalloz 1960, p. 596, cité par M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 41.

¹³⁵ Pour une appréciation critique de la fonction du droit comparé en tant que vecteur de la transplantation juridique, v. not. R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, spéc. pp. 113-128 ; et les travaux de Pierre Legrand, notamment, *Sens et non-sens d'un Code Civil Européen*, RIDC. 1996, p. 779 ; *European Legal Systems are not Converging*, *International and Comparative Law Quarterly* 1996, n° 45, p. 52.

¹³⁶ R. David, C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., p. 2. « Pour la plupart des juristes, le droit comparé est une méthode et non une discipline », M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 60.

¹³⁷ Pour qu'elle soit scientifiquement et pratiquement utile, la « micro-comparaison » n'étudie que les règles juridiques accomplissant une même fonction ou répondant au même problème rencontré dans les droits comparés (Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 25).

différences¹³⁸ ; il initie, après avoir analysé d'une manière approfondie les droits étrangers (lois, jurisprudence, pratique, doctrine, droit professionnel...), une entreprise d'explication des similarités et des divergences observées en vue, notamment, de dégager les tendances et évolutions communes des droits comparés. Aux côtés de ces orientations purement scientifiques et cognitives, la comparaison juridique vise, le plus souvent, la réalisation d'un objectif d'ordre pratique : réforme du droit national ou harmonisation des droits des Etats membres dans le cadre d'une organisation internationale¹³⁹. Pour atteindre efficacement cet objectif, la science comparative requiert l'examen profond des facteurs déterminants (juridiques et extra-juridiques) influençant l'élaboration et l'évolution des normes et des institutions du droit national ou des droits étudiés¹⁴⁰.

26. - Fonctions du droit comparé. Le recours à la comparaison des droits permet de mieux saisir la complexité et la singularité du droit national. Il contribue à l'identification des orientations divergentes et des points de convergence entre les droits comparés en vue d'en tirer, le cas échéant, des enseignements pratiques¹⁴¹. En effet, le droit comparé ne permet pas seulement d'améliorer la connaissance de son propre droit (fonction « essentielle » du droit comparé), il est également un auxiliaire indispensable dans une entreprise de perfectionnement du droit national (fonction « contingente¹⁴² »)¹⁴³. Dans la perspective normative, la comparaison peut concourir à mettre en exergue les faiblesses et les atouts des

¹³⁸ G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ coll. Manuel, 3^e éd. 2015, p. 21.

¹³⁹ O. Kaufmann, *L'actualité du droit social comparé*, op. cit., p. 183 et s.

¹⁴⁰ Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 15.

¹⁴¹ « *Le droit comparé est utile dans les recherches historiques ou philosophiques concernant le droit ; il est utile pour mieux connaître et améliorer notre droit ; il est utile pour comprendre les peuples étrangers et donner un meilleur régime aux relations de la vie internationale. Il est indispensable pour toute tentative d'harmonisation ou d'uniformisation du droit* », R. David, C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., p. 3.

¹⁴² Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 14. « [...] *la comparaison n'est pas seulement un outil de connaissance. D'une manière générale, si le comparatiste cherche à connaître, ce n'est pas pour se satisfaire d'une contemplation de la connaissance qu'il aura produite. Bien plutôt, il entend se servir de cette connaissance pour agir sur le monde qui l'entoure* », M.-L. Mathieu-Izorche, *Approches épistémologiques de la comparaison*, in P. Legrand (dir.), *comparer les droits, résolument*, Puf, coll. Les voies du droit, 2009, p. 141.

¹⁴³ « *Le droit comparé permet une immersion juridique et culturelle totale dans un autre droit que le sien. Rien de mieux, dans une double approche cognitive et normative, pour questionner voire remettre en question le droit national, pour changer d'angle de vision en enrichissant et approfondissant la perception des rapports qui se nouent au sein d'une société en pleine mutation. De l'expérience comparative la vision du juriste en sort profondément transformée* », A. Bretonneau, S. Dahan, D. Fairgrieve, *L'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État : vers une procédure juridictionnelle innovante ? RFDA 2015*, p. 855.

législations comparées afin de nourrir les réflexions et d'inspirer¹⁴⁴ éventuellement les réformes futures.

27. - Spécificité du droit comparé du travail. Le droit comparé contribue ainsi – ce qui est essentiel pour notre recherche – à relativiser¹⁴⁵ et à pointer les limites du discours comparatiste dominant sur le droit du travail. La rhétorique de la comparaison, telle qu'elle est véhiculée par le discours dominant sur le droit du travail, est incapable, contrairement aux apports de la science comparative, d'assurer aux acteurs nationaux une meilleure connaissance – certes parfois critique¹⁴⁶ – des particularismes du droit national et des droits étrangers qu'elle érige en modèles¹⁴⁷. La comparaison des droits appréhende le phénomène juridique dans son contexte – donc dans sa complexité – en allant au-delà des analyses sommaires et artificielles ; elle interroge à la fois le droit national et le droit étranger en dépassant la seule analyse des sources traditionnelles – juridiques – de la normativité. Le caractère sérieux d'une comparaison se juge à l'aune de sa capacité à tenir compte des spécificités des droits comparés. L'histoire¹⁴⁸, la culture ou les idées philosophiques et économiques dominantes, la capacité de mobilisation et d'influence des interlocuteurs

¹⁴⁴ J.-E. Ray, La nécessaire métamorphose du droit du travail ? Commentaire, n° 153, 2016, p. 129, spéc., p. 131 : « Droits et cultures. S'inspirer des bonnes pratiques : oui. Dupliquer un modèle, non ».

¹⁴⁵ L'enseignement primordial de la démarche comparative est d'« éviter... de poser en valeur absolue ce qui n'est que relatif à un pays, à un temps, ou à un ensemble de conditions politico-économiques particulières », M. Ancel, Quelques considérations sur les buts et les méthodes de recherche juridique comparative, in. M. Rotondi (dir.), Buts et méthodes d droit comparé, New York, Oceana, 1973, n°2, p. 6, cité par P. Verge, Droits du travail comparé et identité du droit du travail, in. Le droit social comparé : pourquoi et comment ? Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994, p. 98.

¹⁴⁶ V. sur l'importance de la fonction critique de la comparaison, M.-L. Mathieu-Izorche, *Approches épistémologiques de la comparaison*, in. P. Legrand (dir.), *comparer les droits, résolument*, Puf, coll. Les voies du droit, 2009, spéc. p. 144.

¹⁴⁷ Rappelons à ce propos l'influence considérable, dès le début des années 2000, de l'invocation du modèle danois sur le débat social français – et aussi au sein de l'Union européenne – relatif à la création d'une politique de flexicurité. « *Le modèle danois devient au cours des années 2004-2005 le modèle de référence en France. C'est par lui que la flexicurité va s'y introduire* », D. Méda, *La flexicurité à la française: un échec avéré*, in. A. S. Pascual (dir.), *La flexicurité : mutation symbolique de la notion de sécurité*, Revue Les Politiques sociales, 2012, p. 86, spéc., p. 92.

¹⁴⁸ « [...] *le Droit fait corps avec l'histoire* », G. Lyon-Caen, Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée, Dr. ouvr. 2004, p. 49. Qualifiés d'auxiliaires du droit dogmatique (J. Carbonnier, Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple, PUF, coll. Quadrige, 2004, n° 26, p. 60), le droit comparé et l'histoire du droit forment « *une alliance féconde* » (D. Tallon, Histoire du droit et droit comparé, une alliance féconde, in. Mélanges Jean Gaudemet, PUF, 1999, p. 629, v. également, J. Hilaire, La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et la formation du comparatiste, RIDC 1998, p. 319). « *Le droit comparé est un instrument essentiel de culture générale pour le juriste [...] Sans l'histoire et sans le droit comparé nous risquons de considérer comme ayant une valeur universelle, et de tous les temps, certaines notions, certaines règles, qui n'ont en réalité qu'une valeur relative parce qu'elles sont propres à un pays donné, à une époque donnée, à un état de civilisation donné* », R. David, Le droit comparé, enseignement de culture générale, RIDC 1950, p. 683.

sociaux, le poids ou le degré d'influence des politiques ou des alternances politiques¹⁴⁹, l'architecture du système juridique ou la répartition des pouvoirs normatifs – particulièrement influente en droit du travail en raison de l'importance des sources non-étatiques ou professionnelles¹⁵⁰ –, sont autant d'éléments à prendre en considération.

28. - Les fondements théoriques, les méthodes et les objectifs du droit comparé du travail sont semblables à ceux qui animent le droit comparé général. Toutefois, « *le droit du travail comparé possède sans aucun doute une certaine spécificité. Mais elle porte non pas sur la méthodologie de la comparaison, mais sur le droit du travail en tant que branche spécifique du droit en général*¹⁵¹ ». Cette spécificité réside principalement dans le caractère « *contingent et « en situation »*¹⁵² » du droit du travail ; une spécificité à la compréhension de laquelle le détour par des comparaisons temporelles (histoire du droit) et spatiales (droit comparé) est incontournable : « *La compréhension du droit du travail ne peut toutefois se limiter à la recherche du renseignement juridique fiable et à jour. Le droit comparé du travail est une dimension indispensable de toute étude doctrinale sérieuse de cette branche du droit, qui tout à la fois s'enracine dans la diversité des cultures nationales et est fortement exposée aux influences étrangères dans le contexte de la globalisation de l'économie. L'histoire du droit du travail est indispensable pour saisir les lignes directrices de son évolution face au tourbillon des réformes*¹⁵³ ».

¹⁴⁹ A. Lyon-Caen, Changements politiques et changements du droit du travail, in. Les Transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 1 et s. « *En droit du travail, l'alternance politique signe l'alternance du droit. La matière subit plus que toute autre la pression sociale et les pulsions politiques. La politisation du droit du travail est une cause majeure d'instabilité normative* », H. de Castrieset, N. Molfessis (dir), Sécurité juridique et initiative économique, rapport publié par le groupe de travail du Club des juristes, mare et martin 2015, p. 270 (www.leclubdesjuristes.com/rapport-securite-juridique-et-initiative-economique/). « *Le droit du travail est à proprement parler un objet politique y compris dans sa technicité* », F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, coll. Manuel, 4^e éd. 2014, n° 14, p. 24). L'évolution de la réglementation des relations de travail est impactée par les options politiques qui changent au gré des alternances politiques, v, J.-M. Pernot, *Notre système de représentation ne peut produire de compromis*, Sem. soc. Lamy, 20 octobre 2014, n° 1648, p. 3.

¹⁵⁰ V. sur cette problématique, ancienne, d'agencement des sources du droit du travail, l'éclairage fondamental de la doctrine allemande, H. Sinzheimer, *La théorie des sources du droit et le droit ouvrier*, op. cit. ; M. Coutu, *Autonomie collective et pluralisme juridique : Georges Gurvitch, Hugo Sinzheimer et le droit du travail*, in. D. ROUX (dir.), *Autonomie collective et droit du travail. Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Verge*, Les Presses de l'université Laval, Québec, 2014, pp. 73-104.

¹⁵¹ S. Ivanov, Sur les études comparatives en droit du travail, RIDC, 1985, p. 389.

¹⁵² X. Blanc-Jouvan, Du bon usage de la méthode comparative en droit du travail, op. cit., p. 84.

¹⁵³ J. Pélessier, A. Suptot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 24^e éd. 2008, n° 6, p. 7.

29. - Finalité du droit comparé du travail. Au-delà de sa potentielle contribution à la promotion de la justice sociale¹⁵⁴ dans les processus d'harmonisation, d'intégration¹⁵⁵ ou de fertilisations croisées¹⁵⁶ des règles sociales nationales, le droit comparé du travail n'est pas moins indispensable à la théorie du droit du travail¹⁵⁷. En effet, le droit comparé peut certes poursuivre plusieurs buts qui varient selon les préférences des différentes écoles existantes ; mais son orientation véritable, pour laquelle opte la doctrine comparatiste, et à laquelle notre recherche souscrit, est d'« *expliquer l'émergence et l'évolution du droit à travers le rapprochement d'aspects comparables de divers droits nationaux ; son but serait avant tout d'ordre scientifique, les avantages utilitaires [...] ne représentant que des sous-produits*¹⁵⁸ ». Les écrits de nombreux auteurs, pointant les lacunes de la méthode fonctionnelle¹⁵⁹, ont démontré que l'intelligibilité des règles de droit exige de regarder au-delà de la lettre des textes du droit positif¹⁶⁰ : il faut intégrer dans l'analyse comparative d'autres « *formants*¹⁶¹ » juridiques en exploitant la fonction cognitive du droit comparé¹⁶². Cette méthode cognitive préconise, contrairement à la méthode fonctionnelle, la comparaison des droits pour enrichir la connaissance ; celle-ci est profitable à une meilleure compréhension du droit national en vue, le cas échéant, d'entreprendre son amélioration.

¹⁵⁴ « *Le droit du travail comparé vise à contribuer à une paix universelle et durable par la promotion et le développement de la justice sociale. Au fil du temps, les études et recherches comparatives couvrent à présent tout le vaste champ du travail, en contribuant à l'élaboration d'un ensemble de normes, soit dans les législations nationales, soit dans les différents traités internationaux* », T. Yamaguchi, Comparabilité des droits dans les cultures juridiques différentes – à propos de la pluralité d'origines d'inspiration dans les règles juridiques du droit du travail, RIDC n° 44 1999, p. 1004.

¹⁵⁵ Pour l'exemple de l'intégration sociale européenne, v. O. Kaufmann, *L'actualité du droit social comparé*, in. *Le droit social – Le droit comparé* –, op. cit., pp. 186-189.

¹⁵⁶ N. Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, 2^{ème} éd. 1983, *spéc.*, pp. 215-239.

¹⁵⁷ V. pour un panorama rapide des débats sur l'évolution de l'idée de droit du travail, G. Davidov, *L'idée changeante de droit du travail*, Revue internationale du Travail, vol. 146 (2007), n°3-4, p. 335.

¹⁵⁸ P. Verge, Droits du travail comparé et identité du droit du travail, in. *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?*, op. cit., p. 98. Souligné par nous.

¹⁵⁹ Par ex. la décontextualisation de la fonction des règles juridiques comparées (M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 45).

¹⁶⁰ « *La simple juxtaposition de positivités qui ignorerait les aspects sociaux, économiques ou historiques d'une problématique ne saurait prétendre participer de la comparaison des droits dans la mesure où lui ferait défaut presque toute puissance de révélation, au contraire de l'entendement amplifiant pour lequel il faut militer* », P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, coll. QSJ, 2016, p. 45.

¹⁶¹ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1991, p. 33 ; V. égal. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 20 et s.

¹⁶² R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., p. 4.

2. Le droit comparé enrichit le droit du travail

30. - Influences. Le droit comparé enrichit le droit du travail. Il crée des dynamiques inspirantes chez ceux qui pensent¹⁶³, influencent¹⁶⁴ et élaborent¹⁶⁵ la norme travailliste. Certes plusieurs phénomènes contemporains¹⁶⁶ déstabilisent les droits nationaux du travail et peuvent conduire au rapprochement de ces derniers¹⁶⁷; « *mais chacun y fait face à sa manière, en puisant dans son génie propre, et il serait illusoire de penser qu'ils sont appelés à se fondre dans un même modèle*¹⁶⁸ ». Cette hypothèse d'unification écartée, les « modèles » nationaux ne s'ignorent pas et s'influencent réciproquement¹⁶⁹. En attestent quelques exemples de l'apport du droit comparé en droit français du travail cités par la doctrine française¹⁷⁰. L'influence du droit allemand est de loin la plus importante : la *Partnerschaft* (partenaires sociaux) et la *Mitbestimmung* (cogestion) sont, par exemple, des « *concepts forgés par la doctrine allemande et naturalisés*¹⁷¹ » français ; Le concept de « plan social »¹⁷², l'obligation de reclassement¹⁷³, l'obligation de contrepartie financière en matière de clause de non-concurrence¹⁷⁴ trouvent dans le droit allemand une source d'inspiration importante ; le

¹⁶³ V. par ex. les nombreuses et enrichissantes contributions publiées dans la rubrique « *Droit d'ici, Droits d'ailleurs* » de la revue de droit du travail sous la direction de P. Lokiec, S. Robin-Olivier et P. Rémy. V. égal. les travaux plaçant pour le développement de la flexibilité interne (J. Barthélemy, G. Cette, *Relativiser L'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel*, Revue française d'économie, n° 2/XXV, 2010, p. 137).

¹⁶⁴ V. par ex. les propositions – s'inspirant du conseil d'établissement (betriebsrat) allemand – qui plaident pour la création d'un conseil d'entreprise (24^e proposition de la commission de M. De Virville (dir), *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministère des affaires sociales et du Travail et de la Solidarité, La Documentation Française 2004) ou d'un comité de dialogue social (proposition 27 et s. du MEDEF, Moderniser le code du travail. Les 44 propositions du MEDEF, 2004) qui fusionneraient les prérogatives des trois instances (comité d'entreprise, délégués du personnel et délégués syndicaux).

¹⁶⁵ V. par ex. les notes de droit comparé accompagnant de plus en plus les rapports parlementaires (ex. Rapport d'information de l'Assemblée Nationale n° 2462 sur « la flexicurité à la française », présenté par le député Pierre Morange le 28 avril 2010).

¹⁶⁶ M.-A. Moreau, Normes sociales droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations, op. cit.

¹⁶⁷ X. Blanc-Jouvan, *Le droit du travail face au défi de la mondialisation*, op. cit.; T. Lahalle, *Mondialisation et convergence des droits sociaux*, op. cit.

¹⁶⁸ A. Supiot, *Le droit du travail*, PUF, coll. QSJ. 2016, p. 20.

¹⁶⁹ A. Supiot, *Le droit du travail*, op. cit., p. 29.

¹⁷⁰ G. Lyon-Caen, *L'apport du droit comparé en droit du travail*, in. *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, tome 1, *Un siècle de droit comparé en France. Les apports du droit comparé au droit positif français*, SLC 1969, p. 316.

¹⁷¹ G. Lyon-Caen, *L'apport du droit comparé en droit du travail*, op. cit., p. 319.

¹⁷² « *Qui ne voit pas dans le concept de plan social quelques inspirations d'Outre-Rhin* », J.-C. Javillier, *Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française*, Dr. soc. 1990, p. 661.

¹⁷³ Fr. Gaudu, *L'influence du droit allemand sur le droit social français*, in. T. Dieterich, M. Le Friant, L. Nogler, K. Kezuka, H. Pfarr (dir), *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 260, spéc., p. 266 et s.

¹⁷⁴ P. Rémy, *Quelles convergences dans le champ du droit du travail (observations sur les droits français et*

maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise¹⁷⁵, institué en France par la loi du 19 juillet 1928¹⁷⁶, illustre la réception de l'influence de la doctrine institutionnelle allemande de la relation de travail¹⁷⁷.

Le droit américain des relations collectives de travail (*Labor law*) aurait aussi inspiré le législateur français. L'obligation de négocier de bonne foi imposée Outre-Atlantique, dont le régime juridique a fait l'objet d'une construction jurisprudentielle progressive¹⁷⁸, constitue une idée qui « *a été partiellement reprise la loi française*¹⁷⁹ ». Enfin, on peut citer l'influence des droits du travail du Sud de l'Europe ; le droit espagnol¹⁸⁰ du travail aurait constitué une référence en matière des procédures de contrôle de l'audience des syndicats lors des débats précédant la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. La mobilisation des législations étrangères, notamment espagnole et italienne, a servi à mieux isoler le droit français afin de légitimer l'introduction d'un service minimum dans les services publics de transports¹⁸¹, en vertu de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

allemand dans le contexte communautaire, in. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008, p. 343, spéc., p. 410 et s. v. égal. P. Rémy, J.-C. Fillon, *Internationalisation ou harmonisation des droits du travail allemand et français ?*, RDT 2009, p. 399.

¹⁷⁵ C. trav., art. L. 1224-1.

¹⁷⁶ Cette loi constitue l'une des manifestations de l'influence du droit du travail allemand en droit français, v. N. Olszak, *Aux origines de la reconnaissance juridique de l'entreprise : le maintien des contrats de travail en cas de changement dans la situation de l'employeur* (Art. L. 122-12 al. 2 C. trav., issu de la loi du 19 juillet 1928) », *Mélanges Spiteri*, Presses des sciences sociales Toulouse 1, 2008, pp. 843-859.

¹⁷⁷ Fr. Gaudu, *L'influence du droit allemand sur le droit social français*, op. cit., p. 263 et s.

¹⁷⁸ S. Néron, *La négociation collective aux Etats-Unis : instrument de gestion et de paix sociale*, JCP S, n° 4, 25 janvier 2011, 1021.

¹⁷⁹ Fr. Gaudu (mis à jour par R. Vatinet), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Cours 5^e éd. 2013, p. 405 : « *les États-Unis ont développé une jurisprudence très fournie du duty to bargain in good faith. L'obligation de négocier impose de se rencontrer, d'échanger des informations, de se faire des propositions, de répondre aux propositions de l'autre partie. Elle interdit les mesures unilatérales, même favorables aux salariés, pendant que dure la négociation...* ».

¹⁸⁰ M. Le Friant, *Collective Autonomy : Hope or Danger ?*, *Comparative Labor Law & policy Journal*, 2013, p. 643 : « *The procedures used to control the audience of trade unions, inspired by Spanish law, constitute a major innovation. This reform was intended to enhance the organizations' legitimacy to sign collective agreements* ».

¹⁸¹ S. Rabiller, *L'introduction d'un service minimum dans les services publics de transport*, in. F. Melleray (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, coll. Droit administratif/Administrative law, 2007, p. 191.

31. - Enjeux contemporains de la démarche comparative. Traditionnellement, la comparaison des systèmes juridiques parvient à livrer deux types de conclusions majeures¹⁸² : d'une part, la mise en place de classifications¹⁸³ ou de typologies¹⁸⁴ (lecture statique), d'autre part, l'actualisation de la présentation des rapports d'influence – unilatérale ou croisée – ou des facteurs de circulation (opérations d'« importation », d'« exportation » ou d'inspiration) des modèles ou des solutions juridiques entre les différents ordres et systèmes juridiques¹⁸⁵. Ces deux résultats de la recherche comparative ne suscitent pas aujourd'hui le même intérêt¹⁸⁶. Le droit comparé contemporain est davantage tourné vers l'analyse des relations d'influence et d'interaction se nouant entre les droits nationaux (comparaison horizontale), ou entre ces derniers et les ordres juridiques supranationaux (comparaison verticale). Ce qui est

¹⁸² J.-P. Laborde, *Droit (social) comparé et littérature comparée, observations (trop) rapides*, in. *Drôle(s) de droit(s)*, Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari, Dalloz, 2000, p. 337, spéc., p. 340 et s.

¹⁸³ R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit. ; A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Traité de droit comparé, Le droit d'occident et d'ailleurs*, op. cit. ; G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, op. cit. La classification des droits nationaux en grandes familles juridiques est toutefois peu opérante, sur le plan scientifique, en droit du travail : « (...) l'appartenance à telle ou telle famille de droit n'a pas de signification réelle pour le droit du travail [...] Si l'environnement juridique exerce une influence certaine sur le développement des relations du travail, si telle institution du droit civil ou de la common law, a pu, surtout à l'origine, donner telle ou telle coloration aux rapports entre employeurs et salariés, l'essence même du droit du travail a été en tout lieu de se développer indépendamment de la tutelle, protectrice parfois, mais le plus souvent étouffante, du droit général (droit civil, common law). Dès lors, le rattachement de tel droit du travail à une famille de droits paraît artificiel et, de ce fait, la comparaison peu instructive », G. Lyon-Caen, *L'apport du droit comparé en droit du travail*, op. cit., p. 316. V. contra., la montée en force de la théorie des « origines juridiques/Legal origins theory » (V. par ex. E. Glaeser et A. Shleifer, Andrei, *Legal Origins*, Quarterly Journal of Economics, 2002, Volume 117, pp. 1193-1229 ; pour une application en droit du travail, v. J. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes and A. Shleifer, *The Regulation of Labour*, Quarterly Journal of Economics, 2004, p. 1346), adoptée par les fameux rapports Doing Business de la Banque mondiale. Pour une critique de cette théorie, v. Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale, Société de législation comparée*, volume 1, 2006 ; et en droit du travail, v. S. Deakin, P. Lele et M. Siems, *L'évolution du droit du travail: évaluation et comparaison des régimes réglementaires*, Revue internationale du Travail, 2007, vol. 146, n° 3-4.

¹⁸⁴ V. par ex. « l'essai de typologie » des droits du travail par le Professeur Jean-Louis Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, op. cit., pp. 379-399.

¹⁸⁵ E. Dubout, S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone 2009 ; A. Le Quinio, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, LGDJ. Coll. Thèses Fondation Varenne, 2011 ; C. Laurent-Boutet, *La circulation normative : un vecteur de la densification normative des droits de l'homme*, in. C. Thibierge (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013, p. 477.

¹⁸⁶ « Les typologies peuvent donner l'impression trompeuse d'un univers définitivement fixé et partagé en catégories immuables. Or, elles ne prennent tout leur sens que si, tout au contraire, elles permettent de saisir les interactions incessantes entre leurs différents éléments », J.-P. Laborde, *Droit (social) comparé et littérature comparée, observations (trop) rapides*, op. cit., p. 342. V. par un exemple, en ce sens le rapprochement, spontané, des droits américain et français du travail : le développement d'un socle réglementaire commun des conditions du travail – mais minimal – pour tous les salariés en droit américain, et le processus d'autonomisation normative progressive de l'entreprise en droit du travail français (X. Blanc-Jouvan, compte rendu de la thèse d'Estelle Courtois-Champenois, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise - Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain*, RIDC 2004, pp. 509-512).

plus intéressant, c'est de saisir comment les systèmes juridiques interagissent et « s'interpénètrent » ou « comment se produisent entre eux [...] des phénomènes de transplantation juridique ou de « cross-fertilization¹⁸⁷ »¹⁸⁸ ».

3. Le discours comparatiste dominant instrumentalise le droit comparé

32. - Un discours finalisé. Science appartenant au domaine de la recherche fondamentale qui s'efforce de rendre compréhensible la singularité du phénomène juridique national, le droit comparé présente aussi des intérêts pratiques. Il stimule la réflexion de ceux qui y recourent pour des fins diverses, lesquels en retour le mettront en valeur. Le discours comparatiste a, quant à lui, tendance, en tant qu'instrument de contestation du droit du travail en vigueur, à se pratiquer à la lumière de fins préconçues : flexibilisation du droit du travail en vue de « moderniser » les structures juridiques du marché du travail.

33. - Utilisation orientée de l'argument de droit comparé. L'utilisation de l'argument de droit comparé par les analyses économiques du droit du travail poursuit un objectif de légitimation d'un positionnement doctrinal et idéologique. L'invocation d'une institution juridique étrangère ou d'un style réglementaire particulier participe d'une démarche instrumentale de la comparaison. L'utilisation de la comparaison peut-elle être assimilée à la pratique de « cherry-picking¹⁸⁹ » connue en droit comparé, et dissimule un choix préconçu,

¹⁸⁷ Littéralement fertilisation croisée, métissage ou hybridation. « [...] les processus d'hybridation supposent de comprendre : comment des éléments externes, étrangers à un système juridique l'influencent ? Comment ces éléments sont adaptés aux exigences du système qui les reçoit ? S'il existe des concepts juridiques nationaux ou/et des interprétations nationales liées à des traditions historiques ? Si des cultures juridiques sont plus poreuses que d'autres ? », M.-C. Ponthoreau, *Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public*, AJDA 2006 p. 20.

¹⁸⁸ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op. cit., p. 192.

¹⁸⁹ Qui peut être définie littéralement comme une cueillette de cerises et par extension le « picorage » : « c'est-à-dire le risque de ne choisir dans toutes les possibilités qu'offre le droit comparé, même de manière non intentionnelle, que celles qui conviennent le mieux pour soutenir un argument, en laissant les autres de côté », J.-M. Sauvé, *Le Conseil d'État et la comparaison des droits, intervention à l'occasion du colloque organisé par l'Institut français des sciences administratives et la Société de législation comparée*, " La comparaison en droit public. Hommage à Roland Drago" sur le thème "Le Conseil d'État et la comparaison des droits", au Conseil d'État, le vendredi 14 février 2014 (http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-la-comparaison-des-droits#_ftn31). La technique du Cherry-picking peut signifier grosso modo le recours à des sources ou solutions juridiques extérieures selon un mode discrétionnaire et sélectif tout en ignorant les autres données pouvant contredire la position prise par celui qui les manipule.

peu sensible tant à la rationalité juridique et sociale des solutions juridiques étrangères, que l'on entend importer, que de la capacité du milieu d'accueil à assimiler des éléments d'un droit « d'ailleurs ». Ces questions ne retiennent pas l'attention ; l'essentiel pour le discours comparatiste est de promouvoir un modèle de droit du travail ; le passage par le comparatisme ne constitue qu'une ressource rhétorique. L'exemple de l'autonomie collective¹⁹⁰ peut être considéré comme une illustration de la pratique de « *cherry-picking* » ; il est cité par les pourfendeurs du droit du travail en vigueur comme une pratique à transposer en droit interne puisqu'elle serait la clé de la réussite économique de certains pays (modèle allemand¹⁹¹), sans pour autant se préoccuper du terreau d'origine de cette institution. En outre, cette pratique révèle la subjectivité de l'analyse économique comparée du droit du travail et affaiblit sa prétendue neutralité axiologique. En faisant référence à la comparaison internationale, les analyses de la législation travailliste fondées sur les critères d'efficacité économique sélectionnent les solutions favorables à leurs thèses et marginalisent les questions relatives au contexte, historique, politique et social qui a pu justifier l'adoption de telle ou telle règle ou institution juridique. La mobilisation du discours comparatiste, tant par des économistes que par ceux qui inscrivent leurs propos dans le sillage du raisonnement de ces derniers, semble faire fi de la nature profonde du droit ; « *le droit est fondamentalement une science de l'humain et raisonner en termes exclusivement économiques risque de le couper de ses racines*¹⁹² ».

34. - La mobilisation de l'argument comparatiste est largement destinée à légitimer les thèses et les propositions visant la refondation du droit du travail, conformément à un certain nombre de revendications, fort anciennes, de la partie patronale¹⁹³. En témoignent des réformes du droit du travail menées en Europe, majoritairement de coloration libérale¹⁹⁴. Les

¹⁹⁰ V. infra., n° 724 et s.

¹⁹¹ P. Rémy, *L'autonomie collective : une illusion en droit français*, in. Ph. Waquet (dir), *13 paradoxes en droit du travail*, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011, p. 62 ; du même auteur, Sem. soc. Lamy, 10 novembre 2014, n° 1651, p. 3 ; P. Rémy, *Le droit à la participation* » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, Dr. soc. 2015, p. 974.

¹⁹² M. Grimaldi (dir), *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, op. cit., p. 115.

¹⁹³ V. Forest, M. Julien, *Analyse du discours patronal sur la flexibilité. Une lecture juridique et économique*, in. E. Mazuyer (dir), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n° 1680, p. 19.

¹⁹⁴ P. Lokiec, S. Robin-Olivier (dir), *Les réactions du droit du travail à la crise*, Dr. ouvr. 2012, n° 2 février ; *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2012 n° 2 ; A. Perulli, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, RDT 2015, p. 170.

partisans du discours comparatiste dominant estiment – au prix de redoutables simplifications de l'état des modèles étrangers du droit du travail – qu'il est impératif d'aligner la réglementation française du travail sur celles prévalant dans certains pays concurrents ayant des performances économiques meilleures que celles enregistrées en France. Il s'agit là principalement d'une stratégie discursive et communicationnelle à destination de l'opinion publique nationale, des entreprises, des bailleurs de fonds, des investisseurs étrangers... etc.

35. - Droit comparé de l'usage du discours comparatiste d'intimidation. Le recours au comparatisme d'intimidation existe dans plusieurs pays. Les analyses de la doctrine travailliste étrangère pointent les défauts de cette pratique instrumentale de la comparaison¹⁹⁵. En Italie, Madame Fausta Guarriello dénonce l'usage de la « *comparaison comme argument* » pour renforcer la flexibilisation du droit du travail¹⁹⁶. Un autre auteur italien, le Professeur Perulli, a récemment fait le même constat à propos des arguments avancés par la « *critique économique* » du droit du travail – normes et contrôle judiciaire¹⁹⁷ – qui serait responsable des dysfonctionnements (rigidité et segmentation) du marché du travail : « *prenons l'exemple de l'analyse comparée. Les bons résultats de certains pays sur la question du chômage (5 % en Allemagne, 5,9 % aux États-Unis, 6,6 % au Danemark) poussent inévitablement à vouloir appliquer en Italie leurs recettes, dans l'idée d'adopter un nouveau modèle ou paradigme pour faire en sorte que le droit du travail soit plus fiable*¹⁹⁸ ». Le même reproche est fait au droit du travail espagnol ; « *le manque de flexibilité du marché*

¹⁹⁵ Pour une perspective comparative de la « *critique d'un discours sur la flexibilité qui procède par la comparaison* », v. les contributions étrangères produites in, P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi*, RDT 2006, p. 48 et s.

¹⁹⁶ « La comparaison a été utilisée par les experts du gouvernement comme point de force des thèses sur la flexibilité. En fait, elle n'a pas fait l'objet de discussions (limitées aux milieux académiques), qui auraient permis de la situer dans les différents contextes nationaux : en général on s'est contenté de rappeler l'existence de ces instruments ailleurs qu'en Italie, sans vérifier au préalable leur efficacité du point de vue des politiques pour l'emploi. La comparaison a été plutôt évoquée comme argument de soutien à la nécessité de répondre à la mondialisation de l'économie, plutôt qu'à la défense du modèle italien, supposé non compétitif », F. Guarriello, *Droit du travail italien*, in. P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi*, RDT 2006, p. 48 et s.

¹⁹⁷ P. Cahuc, F. Kramarz, S. Carcillo et alii., *Pour un Jobs Act à la française*, Les Échos 30 mars 2015 : « En France, comme dans d'autres pays du Sud de l'Europe, le juge considère qu'un licenciement économique est justifié seulement si la situation économique de l'entreprise lui semble compromise. Ainsi, selon la jurisprudence, l'entreprise peut licencier pour « *sauvegarder sa compétitivité* » mais pas pour l'améliorer. Ce *distinguo abscons* induit une grande incertitude pour l'employeur, qui ne sait jamais comment sa situation économique sera des années plus tard interprétée par le juge judiciaire. Cela constitue un frein majeur aux embauches, particulièrement celles des jeunes et des seniors ».

¹⁹⁸ A. Perulli, *Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme*, op. cit., p. 732.

*du travail en Espagne a été, et demeure, un argument récurrent lorsqu'il s'agit d'expliquer le taux élevé de chômage en Espagne par rapport à la plupart des pays voisins*¹⁹⁹ ».

36. - Prendre l'instrumentalisation de la comparaison au sérieux. Il est facile de placer les conclusions auxquelles parvient l'instrumentalisation de l'analyse comparatiste en dehors du champ de la science comparative, et de les considérer comme indignes de faire l'objet d'une étude systématique. A mesure que l'on se penche méthodiquement sur la littérature du discours comparatiste dominant, on y décèle une logique ou une vision précise des rapports sociaux, une cohérence et une ligne argumentaire qui sont difficilement compatibles avec les valeurs promues par le droit du travail. En charriant certains présupposés sur les différents systèmes juridiques, le discours comparatiste serait-il capable de concourir à une transformation²⁰⁰ intelligente²⁰¹, au demeurant nécessaire en raison de la métamorphose en cours des relations entre travail et régulation des relations de travail²⁰² ?

*
* *

37. - Problématique de la recherche. Notre étude met en opposition les postulats et les finalités poursuivies par le droit comparé du travail et ceux animant le discours comparatiste dominant. Les adeptes de ce dernier proposent une évaluation permanente du droit du travail en convoquant les réformes – en particulier leur impact économique – du droit du travail menées à l'étranger pour appuyer leurs thèses. Inversement, le droit comparé du travail²⁰³ est traditionnellement plus sensible à tous les éléments de contexte²⁰⁴ pouvant rendre intelligibles les particularités des droits nationaux du travail. Au caractère simpliste des analyses et

¹⁹⁹ M. López-Andreu et J. Miquel Verd, Les effets de la formation diffèrent selon les parcours sur le marché du travail : l'exemple catalan, *Formation emploi*, 113 | 2011, 63-79.

²⁰⁰ A. Supiot (dir), *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission européenne*, Flammarion 1999.

²⁰¹ « Faute d'imaginer comment et sous quelles conditions le changement technique et économique peut être facteur de progrès social, on se condamne à réagir à des évolutions dont on n'a pas la maîtrise », A. Supiot, La loi El Khomri attise la course au moins-disant social, préc.

²⁰² Ph. Lefebvre, *Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010)*, *Revue Entreprises et Histoire*, 2009, n° 75, p. 45, spéc., p. 71 et s.

²⁰³ X. Blanc-Jouvan, *Du bon usage de la méthode comparative en droit du travail*, préc. ; J.-P. Laborde, *Le droit comparé du travail à l'épreuve de la mondialisation*, in *Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt : Employee Involvement in a globalising World* (A. Hoeland, Ch. Hohmann-Dennhardt, M. Schmidt et al.), *Berliner Wissenschafts-Verlag*, Berlin, 2005, pp. 27-37.

²⁰⁴ « *Ce qui tient lieu de méthode comparative en droit du travail, c'est une connaissance approfondie de la vie politique internationale* », G. Lyon-Caen, *L'apport du droit comparé en droit du travail*, op. cit., p. 321.

propositions faites par le discours comparatiste correspond la complexité²⁰⁵ des analyses du droit comparé du travail : celles voyant dans les ordonnancements nationaux des relations de travail l'expression de la défense de valeurs et d'intérêts multiples ; celles qui s'opposent aux analyses menées selon le prisme purement économique et à la représentation statistique²⁰⁶ de la diversité des législations sociales nationales.

38. - Cette instrumentalisation de la comparaison favorise, *in fine*, l'émergence d'un « *paradigme comparatiste* » d'intimidation en droit du travail ; l'objectif essentiel est de savoir si le droit du travail français est capable d'offrir un cadre réglementaire propice à la captation et au maintien des investissements étrangers comparativement aux législations sociales étrangères. Le « *paradigme comparatiste* » d'intimidation méconnaît les exigences de la méthode comparative ; celles dont le respect permet de construire un « *paradigme comparatiste* » pluraliste et conscient de la complexité des valeurs et des enjeux sous-tendant le droit du travail.

39. - Le discours comparatiste dominant en droit du travail se nourrit aujourd'hui d'une conjoncture favorable. La conjoncture socio-économique constitue un argument puissant pour les tenants d'un discours hostile aux contraintes imposées par la réglementation du travail. D'instrument d'approfondissement de la connaissance des spécificités des institutions et des normes juridiques, la mobilisation de la littérature comparatiste – surtout celle appartenant à l'analyse économique comparée – est devenue un outil de contestation et de remise en cause du droit du travail. L'heure n'est plus aux réflexions approfondies sur les évolutions normatives se produisant à l'étranger comme véritable source d'inspiration, mais plutôt à l'importation de solutions-modèles et à la critique permanente des choix du législateur national. Certains acteurs influents du droit du travail ont aujourd'hui tendance à passer la rationalité de ce dernier au crible des critères du « *paradigme compétitif*²⁰⁷ », sous couvert d'analyses comparées objectives.

²⁰⁵ J. Le Goff, Introduction, in, M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir), Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant, Presses universitaires de Rennes, coll. L'Univers des normes, 2007, p. 15.

²⁰⁶ R. Salais, Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance, préc.

²⁰⁷ L. Usunier, R. Sefton-Green, Conclusion, La concurrence normative, mythe ou réalité ?, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, La concurrence normative. Mythes et réalités, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de paris,

40. - Notre recherche – portant sur les usages de l’argument comparatiste et nourrie ponctuellement de certaines analyses comparatistes – tente de mettre en exergue les implications de la mobilisation de l’argument comparatiste par un certain discours sur le droit du travail ; elle tend à rendre compréhensibles et à resituer certains enjeux-clés du débat sur la compétitivité du droit du travail français. Plus généralement, notre recherche s’intéresse au phénomène de l’attractivité économique des systèmes juridiques. Le discours comparatiste dominant en droit du travail s’inscrit dans cette problématique ; il prétend que les règles de droit du travail – tant celles protégeant l’emploi que celles organisant les relations collectives de travail – rigidifient le marché du travail et ne permettent pas aux entreprises installées en France d’être aussi compétitives que leurs homologues établies à l’étranger. L’objet de notre recherche est d’essayer de mieux comprendre la complexité, les limites, la fragilité et l’impact de ce discours comparatiste sur la redéfinition en cours de « *l’identité*²⁰⁸ » du droit du travail.

41. - Si l’utilisation du droit comparé peut enrichir le droit national, le comparatisme d’intimidation en est une expression particulière – dotée d’une certaine logique – qu’il convient de décrypter. A ce titre, il s’agit de repérer et d’appréhender les postulats des analyses du discours comparatiste dominant qui sont souvent inexprimés. Cette étude s’efforcera, en analysant le rôle des acteurs et les usages du discours comparatiste, d’en dévoiler l’influence de ses présupposés en vue d’en systématiser la logique. Pour ce faire, notre recherche tentera d’analyser les ressorts²⁰⁹ de l’argument comparatiste (**PREMIERE PARTIE**) avant d’analyser son jeu (**SECONDE PARTIE**).

PREMIERE PARTIE : LES RESSORTS DE L’ARGUMENT COMPARATISTE

SECONDE PARTIE : LE JEU DE L’ARGUMENT COMPARATISTE

volume 33, 2013, p. 259.

²⁰⁸ G. Lyon-Caen, *Un droit sans papier d’identité*, Arch. Phil. droit, n° 41, 1997, p. 181.

²⁰⁹ « *Force occulte qui fait agir ; force, énergie, cause d’activité, de puissance, de moyens, d’action* » Dictionnaire Larousse.

PREMIERE PARTIE : LES RESSORTS DE L'ARGUMENT COMPARATISTE

42. - L'intensification du recours à la comparaison. Nul ne peut nier aujourd'hui l'apport du droit comparé dans la compréhension de l'europanisation et de la globalisation du droit²¹⁰. En retour, ces deux derniers phénomènes, fort interdépendants, œuvrent aussi bien pour une place grandissante des comparatistes au sein des travaux de recherche que pour une prise de conscience par les producteurs de normes juridiques de l'utilité du droit comparé²¹¹. L'étude de l'influence (normative et cognitive) des études comparatives constitue d'ailleurs un domaine de recherche prospère et d'actualité²¹². Prospère d'abord, car les relations d'influence croisée entre les ordres internes et les ordres juridiques supra-étatiques²¹³ font partie intégrante de l'activité des juristes et des législateurs²¹⁴. Un domaine de recherche soulevant des questions d'actualité ensuite, dans la mesure où les décideurs publics ou les opérateurs privés cherchent des réponses juridiques aux bouleversements engendrés par la globalisation. Des réponses surtout dans une branche de droit sensible aux fluctuations économiques, comme c'est le cas pour le droit du travail, se construisent autour de nouvelles approches de penser et d'élaborer la norme juridique, en s'inspirant, notamment, des modèles juridiques étrangers (modèle allemand, modèle danois...etc.). Sous la pression de tels phénomènes, la conception des règles de droit du travail s'ouvre aux influences d'autres types de normativités, tout particulièrement celle économique. Celle-ci est d'ailleurs le principal

²¹⁰ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op. cit.

²¹¹ Les travaux préparatoires des lois (rapports d'information, études d'impact...etc.) présentés à l'Assemblée Nationale ou au Sénat comportent des annexes de droit comparé sur les questions qu'ils traitent. Néanmoins, ces notes de droit comparé sont en général des études documentaires et descriptives des législations étrangères (F. Rueda, *Les « études de législation comparée » des assemblées parlementaires françaises : une utilisation pédagogique du droit comparé dans le travail législatif ?*, op. cit.).

²¹² V. par ex. M.-A. Moreau, H. Muir Watt, P. Rodière (dir), *Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 2010 ; J.-B. Auby (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz. *Thèmes et Commentaires*. 2010 ; S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant. 2009.

²¹³ V. pour une recherche sur les fertilisations croisées entre les ordres juridiques supranationaux, S. Turgis, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, op. cit.

²¹⁴ V. not. les actes du Colloque du 7 décembre 2008 « *L'influence des droits nationaux sur le droit communautaire* », Justice et Cassation 2009, pp. 227-321.

vecteur de l'utilisation instrumentale de l'argument comparatiste : l'impératif de compétitivité, non seulement du système économique mais aussi du droit national, constitue à la fois une thématique récurrente des travaux de comparaison internationale²¹⁵ et une ressource d'arguments redoutable dans les débats publics.

43. - Intégration²¹⁶ juridique régionale. La comparaison d'intégration constitue un autre vecteur de l'utilisation du comparatisme en droit du travail. En effet, la volonté de créer une communauté juridique régionale contribue au développement de la comparaison des droits. Selon Madame Mireille Delmas-Marty, spécialiste du mouvement d'internationalisation du droit et des études comparatives²¹⁷, l'Europe constitue un excellent laboratoire²¹⁸ d'idées pour répondre aux transformations provoquées par la mondialisation. L'expérience de l'Union européenne, ambitionnant la construction d'un socle juridique commun qui serait sensible à la diversité des systèmes juridiques nationaux, est certes riche d'enseignements en ce qui concerne la mobilisation du droit comparé. Cependant, cette dernière instance supranationale véhicule un discours comparatiste problématique. Sa neutralité vis-à-vis d'un certain nombre de valeurs dans son projet de créer une culture juridique commune²¹⁹ à ses Etats membres – exercice théoriquement d'ailleurs quasi-impossible²²⁰ – n'est que très rarement assurée.

²¹⁵ Prospères au sein de certaines organisations internationales : Banque mondiale, OCDE, Union européenne.

²¹⁶ « L'intégration ne vise pas seulement le processus ascendant par lequel « un Etat transfère une partie de ses compétences à un niveau organisé supérieur doté de pouvoirs propres [définition donnée par le Vocabulaire juridique de l'association H. Capitant], mais également un processus descendant, quand il s'agit d'insérer la norme internationale dans l'ordre juridique interne », M. Delmas-Marty, Préface, in. M. Delmas-Marty (dir), *Critique de l'intégration normative*, PUF, 2004, p. 14. L'intégration est également une notion à contenu variable dont la mise en œuvre peut déboucher, selon les choix politiques opérés par les pouvoirs publics nationaux, sur des résultats différents en matière de rapprochement des droits : « [...] l'intégration peut aller jusqu'à l'unification mais n'exclut pas l'objectif, politiquement moins ambitieux, mais juridiquement plus complexe, de l'harmonisation », M. Delmas-Marty, Préface, in. M. Delmas-Marty (dir), *Critique de l'intégration normative*, op. cit., p. 17.

²¹⁷ Madame Mireille Delmas-Marty a occupé au Collège de France de 2003 à 2011 la Chaire d'Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit donnant lieu à plusieurs publications académiques de référence (ex. *Les forces imaginantes du droit* [série en 4 volumes : 1. *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004 ; 2. *Le Pluralisme ordonné*, Seuil, 2006 ; 3. *La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007 ; 4. *Vers une communauté de valeurs ?* Seuil 2011] ; *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998 ; *Pour un droit commun*, Seuil, 1994 ; *Le flou du droit*, Puf 1986).

²¹⁸ « [...] après avoir été le laboratoire du nationalisme juridique au XIX^e siècle, l'Europe pourrait maintenant devenir celui de la mondialisation », M. Delmas-Marty, *Le phénomène de l'Harmonisation : l'expérience contemporaine*, in. Mireille Delmas-Marty et les années UMR, SLC. 2005, p. 260.

²¹⁹ Une communauté juridique qui ne correspond pas forcément à l'adoption de normes juridiques identiques dans tous les Etats membres. Mais plutôt une communauté de projets et d'objectifs. Cette idée a été très tôt mise

44. - Au-delà de ces remarques liminaires, ces deux phénomènes précités mettent à rude épreuve le droit du travail. Au contact de ce double mouvement de globalisation et de régionalisation, ce dernier se trouve au centre de deux logiques à la base diamétralement opposées : l'élaboration des normes de droit du travail est traditionnellement caractérisée par sa forte dimension nationale²²¹, alors que la globalisation fait l'éloge de la transnationalité. La mobilité accrue des acteurs économiques transnationaux – entreprises – n'a pas seulement perturbé la façon de penser les relations entre droits nationaux et croissance économique, mais elle a également profondément impacté les fonctions des acteurs classiques : Etats, juges et partenaires sociaux. En effet, la pression concurrentielle, concomitante à la libéralisation du commerce international, ne se contente pas seulement d'orienter les stratégies économiques et sociales des entreprises, mais elle contraint aussi les acteurs du droit du travail à dépasser le cadre national pour analyser leurs propres règles de droit du travail à l'aune de ce qui se passe ailleurs – droits étrangers – , en vue d'améliorer l'attractivité de leurs systèmes juridiques. En la présence de disparités entre législations nationales, la mobilité des opérateurs économiques remet en cause l'équilibre interne des différents systèmes juridiques et exacerbe, surtout dans un contexte de crise économique, la concurrence normative. Celle-ci, n'étant pas nécessairement favorable aux fonctions traditionnellement assurées par le droit du travail,

en évidence par un Professeur français spécialiste du droit du travail : « lorsque le *Traité de Rome parle d'harmonisation sociale, il envisage plus une équivalence matérielle des systèmes sociaux, qu'une identité juridique des normes. Il pousse donc moins à une comparaison de ces normes faisant apparaître leurs ressemblances et leurs différences, qu'à une étude des systèmes dans les résultats qu'ils permettent d'atteindre* », G. Lyon-Caen, *Les apports du droit comparé au droit du travail*, in. Livre du centenaire de la Société de législation comparée, tome 1, Un siècle de droit comparé en France. Les apports du droit comparé au droit positif français. SLC 1969, p. 317. Ce constat dressé par Gérard Lyon-Caen se rapproche sensiblement de l'approche fonctionnelle en droit comparé ; celle consistant à dire, dans une perspective d'harmonisation des droits, que la comparabilité ne peut être envisageable qu'entre les normes juridiques qui remplissent les mêmes fonctions et visant la satisfaction d'objectifs communs (« Certains auteurs font valoir qu'une perspective de comparaison ne peut être obtenue que par la détermination de problèmes à résoudre. Il s'agit alors de comparer les différentes solutions apportées par les systèmes étudiés. Cette approche « orientée en fonction du problème » (problemorientiert) conduit à donner à la finalité des règles juridiques une place prépondérante. Le comparatiste devra étudier non seulement les institutions juridiques en tant que telles, mais aussi et surtout le rôle et les objectifs qu'elles poursuivent dans leur propre système juridique », B. Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective*, RIDC, 2005, p. 39).

²²⁰ Puisque le comparatiste se sert généralement de la fonction cognitive du droit comparé « pour agir sur le monde qui l'entoure », M.-L. Mathieu-Izorche, *Approches épistémologiques de la comparaison*, in. P. Legrand (dir), *comparer les droits, résolution*, Puf, coll. Les voies du droit, 2009, p. 141.

²²¹ « [...] le droit du travail est un droit chauvin », G. Lyon-Caen, *L'apport du droit comparé en droit du travail*, op. cit., p. 316.

tend à créer une convergence²²² des droits nationaux vers le bas²²³, qui s'éloigne de l'idéal d'un rapprochement des droits du travail dans le progrès²²⁴.

45. - Plusieurs ressorts, participant au rayonnement du discours comparatiste, se dégagent de ce qui précède. Certains, extrinsèques – extérieurs à la substance et aux finalités du droit du travail qui tiennent à l'environnement dans lequel ce dernier s'insère –, influencent la diffusion de l'argument comparatiste dans les débats sur le droit du travail (**Titre 1**) ; d'autres, intrinsèques, trouvent leur source dans certaines caractéristiques qui seraient, selon les promoteurs du discours comparatiste, inhérentes à la législation travailliste française (**Titre 2**). Toutefois, la frontière entre ces deux catégories de facteurs incitant à la mobilisation de l'argument comparatiste en droit du travail reste extrêmement poreuse. Les ressorts extrinsèques et intrinsèques sont très souvent imbriqués les uns dans les autres et se justifient mutuellement²²⁵.

Titre 1 : Les ressorts extrinsèques au droit du travail

Titre 2 : Les ressorts intrinsèques au droit du travail

²²² T. Lahalle, *Mondialisation et convergence des droits sociaux*, JCP S, n° 15, 12 Avril 2011, 1180. L'auteur explique un retrait des droits du travail des pays industrialisés et une amélioration des lois protectrices des salariés dans les pays en voie de développement.

²²³ H. Muir Watt, Les normes sociales et le marché global du travail : comment sortir de la spirale vers le bas ?, in. A. Lyon-Caen et Q. Urban (dir), *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz coll. Thèmes et Commentaires 2008, p. 9.

²²⁴ Tel qu'il a été promu par les textes pionniers de l'Organisation Internationale du Travail (ex. Déclaration de Philadelphie 1945), A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché Total*, Seuil, 2010

²²⁵ Evoquer la rigidité, réelle ou supposée, du droit du travail français par rapport à certains de ses homologues étrangers est, souvent, corrélé avec le manque de compétitivité du système productif français dans une économie globalisée.

Titre 1 : Les ressorts extrinsèques au droit du travail

47. - Plan. La globalisation (**Chapitre 1**) et la régionalisation (ex. l'Union européenne) (**Chapitre 2**), transcendant le cadre purement national des différents systèmes juridiques et emportant de lourdes conséquences sur leur fonctionnement, sont deux phénomènes qui créent incontestablement des conditions favorables à la mobilisation de la comparaison internationale. Devenant un « *passage obligé*²²⁶ » et une ressource argumentative pour les acteurs du système juridique, le comparatisme constitue aussi un instrument d'évaluation des droits nationaux en vue d'en mesurer l'efficacité économique²²⁷. Echappant à l'emprise directe des Etats, pris chacun individuellement, la globalisation et la régionalisation – dans une certaine mesure – ne sont pas seulement à l'origine de la libéralisation de la circulation des personnes, des biens et des capitaux, mais participent également à la circulation des notions et institutions juridiques. La circulation s'accélère et de plus en plus s'impose²²⁸ : l'argument comparatiste participe à la promotion de cette nouvelle façon de « *penser l'ordre juridique comme un droit-outil*²²⁹ ».

²²⁶ P. Hassenteufel, De la comparaison internationale à la comparaison transnationale. Les déplacements de la construction d'objets comparatifs en matière de politiques publiques, *Revue française de science politique* 2005/1 (Vol. 55), p. 113.

²²⁷ Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, in. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir), *L'efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes juridiques 2010, p. 49.

²²⁸ « Avec le progrès de la globalisation, les pratiques d'emprunt et de mimétisme institutionnel prennent une nouvelle dimension. Les processus de production des référentiels s'internationalisent, la lutte des Etats pour imposer leur propre vision du monde devient plus cruciale. Le développement des comparaisons internationales n'est pas étranger à cette recherche d'hégémonie », B. Jobert, *Politique de comparaison*, in. M. Lallement, J. Spurk (dir), *Stratégie de la comparaison internationale*, éd. CNRS, 2003, p. 325. L'un des reproches adressés à l'encontre de la méthode fonctionnelle, lorsqu'elle sert une entreprise d'identification du meilleur système juridique dans le cadre d'un projet d'unification des droits nationaux, est le risque de nourrir un ethnocentrisme dans la mesure où chaque Etat serait amené à plaider pour que son propre droit soit pris comme seul modèle envisageable. Contra., H. Muir-Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, op. cit., p. 507 : « *La comparaison s'engage ainsi contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, contre la conviction répandue (quel que soit le pays) selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables. Cette conviction serait celle qui procède d'un discours « officiel » trop exclusivement légaliste et par ailleurs trop peu enclin à regarder au delà des horizons purement nationaux* ».

²²⁹ H. Muir-Watt, *Propos liminaires sur le prestige du modèle américain*, in. *Américanisation du droit*, Arch. phil. Droit, 45 (2001), pp. 29-36.

Chapitre 1 : La rhétorique de la globalisation

48. - La concurrence normative : une réaction à la diversité des droits face à la mobilité unilatérale des acteurs économiques. Les acteurs, institutionnels (gouvernement, parlementaires et juges.. .) et privés (centres de recherche, universitaires, organisations intermédiaires...) de la comparaison internationale ont pleinement conscience que le droit fait aujourd'hui partie intégrante des atouts économiques d'un pays. Les différents systèmes et cultures juridiques sont de plus en plus étudiés, appréciés et évalués au prisme de l'efficacité économique²³⁰ privilégiant la régulation concurrentielle²³¹, plus ou moins organisée, des rapports entre droits nationaux. Cette lecture évaluative s'inscrit en rupture avec les schémas traditionnels de l'appréciation de la diversité des systèmes juridiques, et constitue dans une perspective comparatiste un vecteur contestable de la circulation des normes juridiques. Cette forme de réaction à la diversité des droits nationaux est largement amplifiée par l'importance donnée à la concurrence normative et au « *paradigme compétitif*²³² » au sein de la rhétorique de la globalisation, qui en constitue d'ailleurs le principal cadre théorique selon la doctrine néolibérale²³³.

Le discours comparatiste dominant adopte cette logique du « *tout-comparable* » inspirée par le « *paradigme compétitif* » pour l'évaluation de la législation sociale.

Nourrie de deux phénomènes majeurs indissociables, la globalisation ou la libéralisation du commerce international (**Section 1**) et la montée en force de l'argument concurrentiel au

²³⁰ H. Muir Watt, *Comparer l'efficacité des droits ?*, in. P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résoluement*, PUF, coll. Les voies du droit, 2009, p. 433.

²³¹ R. Sefton-Green, L. Usunier, *La concurrence normative. Mythes et réalités*, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de Paris, volume 33, 2013.

²³² L. Usunier, R. Sefton-Green, Conclusion, *La concurrence normative, mythe ou réalité ?*, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, *La concurrence normative. Mythes et réalités*, op. cit., p. 259.

²³³ « *Ultralibérale? Non, néolibérale* », répond Antoine Garapon aux auteurs qui utilisent le terme ultralibéral pour désigner la phase actuelle du capitalisme. L'auteur explique que le néolibéralisme « *ne s'inscrit pas dans la continuité du libéralisme classique dont il exacerbe les valeurs... mais en rupture avec lui sur au moins trois points centraux: 1) Tout d'abord en ce qu'il considère que le marché n'est pas naturel et qu'il doit être créé artificiellement par l'État... 2)[...] le néolibéralisme se caractérise par une extension du modèle du marché à tous les secteurs de la vie humaine: aux institutions, à la justice, au gouvernement. Il devient même aujourd'hui un véritable mode de subjectivation: il faut gérer ses relations, entretenir son capital santé, savoir se vendre...3) Enfin, c'est moins l'échange qui compte mais la concurrence...alors que le marché pour les libéraux crée malgré tout un lien, pour les néolibéraux, le moteur de toute action humaine est la concurrence* », A. Garapon, *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob 2010, p. 15. Souligné par nous.

sein des relations entre différents systèmes juridiques (**Section 2**), la rhétorique de la globalisation favorise le déploiement de l'argument comparatiste.

Section 1 : Le phénomène de la globalisation

49. - La perméabilité croissante des frontières, réelles comme symboliques, exerce une pression certaine sur les acteurs locaux du droit du travail pour « aller voir comment font les autres », et crée des conditions favorables à la connaissance des expériences étrangères. Le discours comparatiste dominant fait des contraintes imposées par le phénomène de la globalisation un argument « d'autorité » pour influencer les choix législatifs sur la scène nationale en matière de droit du travail (§ 2). Avant de s'intéresser à l'ampleur de l'utilisation de la rhétorique de la globalisation par le discours comparatiste, il conviendrait d'apporter au préalable quelques précisions sur le contenu terminologique de certains termes, gravitant autour de la description du phénomène de la globalisation, afin d'essayer de saisir leur impact sur les enjeux de l'analyse comparatiste (§ 1).

§ 1 : Quelques précisions terminologiques

50. - Inutilité de l'idée de globalisation du droit ? Le Professeur Frédéric Rouvière voit dans l'idée de globalisation du droit, ou de droit global, une simple reprise des thèmes majeurs de la théorie générale du droit sans aucune consistance théorique propre et n'ayant pas de « *sens théorique rigoureux*²³⁴ » ; elle dépend entièrement des concepts classiques étudiés depuis longtemps dans le cadre de la théorie du droit. La seule perspective de recherche que peut ouvrir l'idée de globalisation du droit est, selon cet auteur, celle qui porte sur l'élaboration d'un droit commun²³⁵. Droit global et droit commun seraient donc considérés comme des termes voulant dire la même chose. N'ayant pas de contenu théorique propre,

²³⁴ F. Rouvière, *La globalisation du droit : une idée théoriquement inutile*, Communication au colloque « *la science du droit dans la globalisation* », Aix-en-Provence 2010. Téléchargeable à l'adresse suivante : http://hal.archivesouvertes.fr/docs/00/85/75/19/PDF/La_globalisation_du_droit.pdf, p. 1.

²³⁵ Ibid., p. 7 : « Le seul angle d'attaque qui semble lui [droit global] convenir est celle d'un droit commun, composé de catégories communes et donc par là même universelles ».

l'expression de globalisation du droit peut néanmoins revêtir plusieurs sens ; elle renvoie à l'idée de circulation des normes juridiques (de plus en plus analysée par la doctrine comparatiste²³⁶), au phénomène de pluralisme juridique²³⁷, aux relations d'inter-normativité, au projet doctrinal d'unification des droits, voulant concrétiser « *la vieille idée du droit commun* » de Salleiles et de Lambert²³⁸.

51. - Utilité de l'idée de globalisation du droit. Ayant fait l'objet d'une littérature abondante et constituant un objet d'étude qui transcende la fameuse *summa divisio* droit privé/droit public, la globalisation est l'un des thèmes les plus importants de la science comparative contemporaine. Etudier le phénomène de la globalisation s'inscrit dans un domaine de recherche sensible au développement des relations transnationales. Entendue comme un processus de transformation, d'accélération et d'« *interconnexion croissante*²³⁹ » des relations économiques, politiques...et juridiques, la globalisation est d'une manière générale un phénomène ancien, lié à l'origine à l'histoire des échanges commerciaux et à la dynamique du capitalisme. L'intensité de la globalisation économique, et son pendant juridique, qui s'est amplifiée dans les dernières décennies, a profondément modifié les enjeux théoriques et pratiques du droit comparé²⁴⁰.

52. - « *Le droit global n'est pas autre chose que la théorie du droit elle-même*²⁴¹ », et n'apporte aucune valeur ajoutée aux vastes problématiques déjà traitées par la théorie du

²³⁶ V. not. A. Le Quinio, Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles, LGDJ. Coll. Thèses Fondation Varenne, 2011.

²³⁷ Le pluralisme juridique est défini comme « l'existence simultanée, dans le même espace sociopolitique, de systèmes de règles juridiques divers, d'origine extra-étatique, opérant parallèlement au droit officiel national ». Phénomène ancien, le pluralisme juridique a subi depuis le XVIII^e siècle dans les sociétés occidentales un certain recul « lorsque la création de nouveaux Etats-nations et la domination des conceptions philosophiques et modernistes transformèrent le pouvoir étatique en vecteur exclusif d'instauration et d'application de règles juridiques », Ch. Deliyanni-Dimitrakou, Le droit comparé à l'épreuve du pluralisme juridique et de la mondialisation, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, IX/2013(Avant-propos Thérèse Aubert-Monpeyssen), p. 23. V. sur la théorie du pluralisme juridique en droit du travail, M. Coutu, Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté, Lex Electronica, vol. 12 n°1 Printemps / Spring 2007 (http://www.lex-electronica.org/docs/12-1_coutu.pdf).

²³⁸ Ch. Jamin, Le vieux rêve de Salleiles et de Lambert revisité, RIDC, 2000, p. 733.

²³⁹ J.-B. Auby, La globalisation, le droit et l'Etat, op. cit., p. 18.

²⁴⁰ M. Weiss, The future of comparative labor law as an academic discipline and as a practical tool, Comparative Labor Law & policy Journal 2005, p. 172: « The comparative approach is not only facilitated by these developments [Globalization, internationalization and regionalization] but it has become inevitable. The international, regional, and comparative dimension is, to a larger and larger extent, influencing the national systems ».

²⁴¹ F. Rouvière, *La globalisation du droit*, op. cit., p. 7.

droit. Le seul mérite de l'idée de globalisation du droit est donc, dans cette perspective, la possibilité de décrire et d'aider à la compréhension des échanges ou dialogues qui s'établissent entre les systèmes juridiques susceptibles de participer à la réalisation d'un droit commun. Ce dernier est aujourd'hui principalement porté par l'universalisme des droits de l'homme qui constitue une résistance à la logique économique de la globalisation, résistance pour laquelle Madame Mireille Delmas-Marty plaide en vue de réaliser une « *mondialisation douce*²⁴² ».

53. - Internationalisation. Marquée par la dimension financière, les stratégies globalisées des firmes multinationales et le rôle limité des entités étatiques, la dernière configuration²⁴³ de la mondialisation – ou globalisation – se distingue de l'internationalisation, comme l'a mis en exergue le Professeur Jacques Chevallier. Pour cet auteur « *la mondialisation correspond en effet à une étape radicalement différente de l'internationalisation qui s'était développée après la Seconde Guerre mondiale : alors que l'internationalisation prenait appui sur les Etats-Nations, qui continuaient à s'imposer comme des dispositifs nécessaires de médiation, la mondialisation échappe largement à leur emprise ; et sa portée n'est plus seulement économique, mais aussi sociale, culturelle, politique*²⁴⁴ ». Les enjeux et l'impact de l'internationalisation du droit sont donc différents de ceux de la globalisation²⁴⁵. La mondialisation, ne concernant pas seulement l'aspect juridique de l'intensification des échanges, se construit indépendamment de la tutelle étatique, alors que « *l'internationalisation du droit n'est ni continue, ni homogène, ni linéaire. Elle implique souvent la survie du droit interne, ou des retours au droit interne, et les droits nationaux ne*

²⁴² M. Delmas-Marty, *Les processus de mondialisation du droit*, in. C.-A. Morand (dir), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 78

²⁴³ Les spécialistes de ces questions reconnaissent l'existence de trois phases ou configurations successives de la mondialisation économique : la première est une configuration internationale, où les échanges de biens et services ont essentiellement pour vecteurs les États, la deuxième est une configuration multinationale dominée par des investissements à l'étranger et des structures complexes des entreprises, et enfin, la configuration globale est la phase la plus récente caractérisée par la « *prédominance de la dimension financière* ». V., sur ces différentes étapes, M.-A. Moreau, *Normes sociales droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, op. cit., *spéc.* pp. 22-29.

²⁴⁴ J. Chevallier, *Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ?*, in. C.-A. Morand (dir), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant 2001, p. 37. M. A. G. van Meerhaeghe, *Globalization: concept, outcome, future—a continental view*, *European Journal of Law and Economics*, Springer, 2012, p. 243: « *Globalization is not only an economic, but also a political (social) and cultural process. Definitions should reflect the multidisciplinary nature of globalization. It is a political, economic, social and cultural American-dominated process engineering a global free-market world (presenting it as more coherent and beneficial than it is) in which multinational enterprises take decisions undermining the sovereignty of states* ».

²⁴⁵ Qui sont plus complexes, protéiformes et difficilement maîtrisables.

*sont pas voués à disparaître dans l'immédiat*²⁴⁶ ». Si l'internationalisation du droit permet, entre autres, l'émergence d'un droit commun universel, elle est aussi le signe de la reconnaissance d'un pluralisme juridique²⁴⁷ auquel la comparaison internationale participe. En revanche, la globalisation ou la rhétorique de la globalisation tend, surtout sous l'influence écrasante de sa dimension économique, à homogénéiser les modes de régulation des relations sociales et à réduire massivement la diversité des droits.

54. - Droit mondial, droit mondialisé ou droit du monde? Restant rebelle à une définition conceptuelle précise, la globalisation fournit, néanmoins, un cadre d'analyse utile de la complexité juridique du monde en tant qu' « *un ensemble de processus politiques, économiques et technologiques, liés les uns aux autres, qui accroissent la capacité d'interaction au sein du système international*²⁴⁸ ».

55. - Le concept « *droit du monde* », tel qu'il a été développé par le Professeur H. Glenn²⁴⁹, semble être plus proche de la réalité du droit. Il est présenté comme une forme de résistance et une alternative aux notions de « *droit mondialisé* » et de « *droit mondial* ». Une résistance, car il est davantage sensible aux évolutions historiques qui ont marqué notre monde et aux particularismes des droits nationaux. Il s'oppose frontalement à la posture hégémonique d'un droit de la globalisation ou d'un « *droit mondialisé* », qui prospère grâce au poids grandissant des firmes transnationales sur la scène mondiale et de leur goût pour la mise en concurrence des législations nationales. Il est également une alternative plus crédible et réaliste à la notion de « *droit mondial* », en ce qu'il s'éloigne de l'acception trop idéaliste

²⁴⁶ M. Delmas-Marty, *Marketing juridique ou pluralisme ordonné*, Revue Le Débat 2001/3 n° 115, p. 65.

²⁴⁷ « Mais le propre de l'internationalisation du droit, voire de sa mondialisation, est d'avoir introduit de surcroît, avec la recherche d'un droit commun qui ne rejette pas pour autant la notion de marge « nationale » d'appréciation, une reconnaissance de la diversité des systèmes de droit, voire un pluralisme des ordres juridiques eux-mêmes », M. Delmas-Marty, M.-L. Izorche, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, Revue de droit de McGill 2001, p. 925.

²⁴⁸ T. Rambaud, Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde, PUF, coll. Quadrige Manuels, 2014, p. 228.

²⁴⁹ H. P. Glenn, *Droit mondial, droit mondialisé ou droit du monde ?*, in. *De tous horizons*. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, SLC. 2005, p. 259. Pour une autre présentation de ces nuances terminologiques, v., M. A. G. van Meerhaeghe, *Globalisation: concept, outcome, future—a continental view*, op. cit., spéc., p. 240 : « *Nowadays there is still no uniform terminology, but one can distinguish globalism, globality and globalisation. Globalism is the ideology of liberalism where the world market supplants political action. Globality—the condition of being global—means we are living in a world society, as an irrevocable fact. Globalisation, the process of becoming more global, is the process through which transnational actors undermine the sovereignty of states* ».

exprimée par un droit cosmopolite à prétention universelle, proche de l'idée de droit commun de l'humanité formulée au début du XX^e siècle par Raymond Saleilles²⁵⁰.

56. - Universalisation. À la différence de la globalisation – accélérateur par excellence d'une uniformisation du monde fondée sur des valeurs marchandes –, l'universalisation concerne plutôt la diffusion d'une culture de respect des valeurs universelles humanistes et des droits fondamentaux. Elle est à la fois respectueuse des références et racines historiques et culturelles de chaque pays et farouche défenseur d'un « *droit de l'humanité* » dont le noyau dur est la préservation de la dignité humaine. Cette lecture de la « *communicabilité* » entre espaces juridiques nationaux et supranationaux traite la question des appartenances selon un mode pacifique et non hégémonique. L'universalisme diffuse une culture cherchant l'adhésion à des valeurs humaines universelles. Il ne s'agit absolument pas dans cette optique d'inciter tel ou tel Etat à imiter un quelconque modèle législatif économiquement performant. L'objectif poursuivi étant la promotion d'un « *universalisme éthique*²⁵¹ », qui sous-tend, par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les autres instruments juridiques internationaux adoptés depuis (CEDH, PIDCP, Charte sociale européenne...etc.). En revanche, les deux phénomènes – globalisation et universalisation – partent du même postulat, en l'occurrence la perméabilité des frontières des systèmes juridiques et la ferme conviction en la supériorité des valeurs promues par chacun de ces deux phénomènes.

57. - En ce qui concerne le droit du travail, si la plupart des arguments tirés de la rhétorique de la globalisation exigeant des réformes libérales avance à visage découvert, certaines propositions promouvant le respect des droits fondamentaux dans la régulation des relations de travail, telle que la prohibition de la discrimination, et appelant à leur universalisation relèvent d'une démarche, parfois, pernicieuse. L'objectif de cette dernière

²⁵⁰ Parmi les objectifs du droit comparé, Raymond Saleilles dans son rapport présenté au Congrès international de droit comparé de 1900 insistait sur le besoin de refaire l'unité du droit perdue avec les codifications nationales du XIX^e siècle. Selon Saleilles, l'objectif essentiel de la comparaison juridique est ainsi d'« *amener insensiblement les législations ou les coutumes, à s'unifier, au moins partiellement, de façon à former, par-delà les diversités nationales, une sorte de droit commun de l'humanité civilisée* » (R. Saleilles, Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès international de droit comparé de 1900, *Bulletin de la société de législation comparée*, vol. 29 (1900, n° 3), pp. 231-232). Ce rêve de Saleilles, empreint d'humanisme, n'avait pas fait partie de l'agenda des pays européens durant le demi-siècle qui a suivi sa conférence. Ce n'est qu'à partir des années 1950 que les ambitions de certains Etats européens pour la réalisation d'un rapprochement des législations nationales ont commencé à être concrétisées (Ex. Traité de Rome de 1957).

²⁵¹ M. Delmas-Marty, *Marketing juridique ou pluralisme ordonné*, op. cit., p. 59.

démarche tente de substituer aux règles substantielles, formant l'essentiel des règles de droit du travail, un ensemble de principes ou de droits fondamentaux bilatéralisés, bénéficiant aux deux parties au rapport de travail : salarié et employeur – en niant leur inégalité structurelle –, et dont la réalisation concrète passera par le recours au juge à l'instar du droit américain du travail²⁵². Dans cette perspective, le contentieux du travail se trouve noyé dans la masse du contentieux du droit commun.

58. - Les effets de la globalisation. La globalisation redéfinit les relations entre les opérateurs économiques et les droits nationaux en mettant en cause les spécificités locales. Elle parvient ainsi, dans sa fonction subversive, à menacer tout à la fois les différences culturelles irréductibles et les valeurs communes universelles. Ce mouvement stigmatise la diversité légitime des droits nationaux et tend à revoir à la baisse certains standards sociaux ou droits fondamentaux universels. Entre la globalisation du marché et l'universalisation des droits de l'homme, l'apparence d'une « symétrie » est trompeuse et « *contradictoire* » selon Madame Mireille Delmas-Marty²⁵³.

59. - Adaptation du droit du travail à la globalisation. Devant les nouvelles divisions internationales du travail, mais surtout la globalisation des activités des firmes transnationales et la libéralisation des marchés, les droits nationaux du travail ont été ébranlés et remis en question²⁵⁴. Les idées fondatrices de la législation du travail font l'objet d'un travail de sape. La finalité protectrice du droit du travail est jugée à l'aune des critères de la compétitivité et de l'efficacité économique auxquels le comparatisme d'intimidation apporte son soutien. Ainsi, « *là où l'on devrait évaluer l'impact de la libéralisation du commerce sur la sécurité*

²⁵² V. sur cette question les analyses critiques de François Gaudu, *L'évolution du droit du travail*, conférence donnée à l'Université de tous les savoirs le 17 mai 2000 (http://www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/l_evolution_du_droit_du_travail_francois_gaudu.990) ; du même auteur, *Des illusions des juristes aux illusions scientifiques*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 101, qui critique cette « *obsession de la discrimination* » (p. 109 et s.) soutenue par certains économistes.

²⁵³ « Il est vrai que la symétrie n'est qu'apparente entre le marché et les droits de l'Homme. L'apparition d'un « droit de la mondialisation » à vocation économique est beaucoup plus rapide et plus efficace que la « mondialisation du droit » qui permettrait le rapprochement des droits nationaux sous l'influence des droits de l'Homme. On peut même se demander si les deux processus ne sont pas contradictoires, non seulement quant à la place de l'État, qui reste le principal relais en matière de droits de l'Homme, mais encore quant à la signification d'une extension planétaire qui tend moins vers le partage inhérent à l'idée d'universalisme que vers une société de marché, marquée, à l'inverse, par un accroissement des inégalités sociales », M. Delmas-Marty, *Marketing juridique ou pluralisme ordonné*, Revue Le Débat 2001/3 n° 115, p. 59.

²⁵⁴ J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz coll. Précis 2010, n° 24, p. 23.

économique des hommes, on s'emploie partout au contraire à mesurer l'impact de cette sécurité sur la compétitivité économique, qui n'est plus envisagée comme un moyen mais comme une fin, à laquelle les hommes doivent être "adaptés". Un tel renversement conduit à tenir pour intangible le régime juridique des échanges et à considérer au contraire le droit de l'emploi comme une variable d'ajustement aux besoins des marchés²⁵⁵ ». Face à la faiblesse et à la lenteur de la mondialisation des valeurs portées par le droit du travail et la rapidité de la globalisation de l'économie²⁵⁶, l'adaptation des systèmes juridiques nationaux se fait au gré des contraintes imposées par les organisations internationales et régionales économiques d'obédience libérale. Sous l'influence grandissante de celles-ci, des « assouplissements majeurs ont été adoptés ces dernières années afin de s'adapter au mieux aux enjeux de la mondialisation²⁵⁷ ». Une adaptation, ou plus exactement une déconstruction du droit du travail s'est produite progressivement, avec récemment une politique fondée sur la construction d'une « flexicurité à la française²⁵⁸ » ayant comme orientations principales : la mobilité des salariés, l'assouplissement de la rupture du contrat de travail et la refonte du droit de la durée de travail. L'adoption d'une politique « flexicuritaire » reflète, par ailleurs, une manifestation éclatante de la circulation des modèles juridiques²⁵⁹, preuve d'une opérationnalité accrue du droit comparé.

60. - Les métamorphoses de la comparaison à l'aune de la globalisation. La globalisation juridique n'utilise pas seulement la production des normes comme instrument, puisque sa force est fortement liée aux réseaux qu'elle met en place pour assurer la circulation et l'intrusion de ses normes dans les droits nationaux²⁶⁰.

²⁵⁵ A. Supiot, Le droit du travail bradé sur le marché des normes, Dr. Soc. 2005, p. 1087

²⁵⁶ V. en ce sens M. Delmas-Marty, *Le travail à l'heure de la mondialisation*, éd. Bayard, coll. *Collège de France*, 2013.

²⁵⁷ A. Bugada, Evolutions récentes en droit du travail français, in. G. Orsoni, A. Bugada (dir), *L'adaptation des systèmes juridiques thaïlandais et français à la mondialisation*, PUAM, coll. *Droits, pouvoirs & sociétés*, 2013, p. 135.

²⁵⁸ Ibid. « Cette adaptation se fait donc de façon fragmentée et non globale, ce qui limite les crispations sociales. L'idée reste de maintenir un niveau d'emploi politiquement acceptable mais en grignotant sur l'intensité des protections. Dans ce contexte de concurrence et de crise intenses, on constate, depuis 2008, le développement d'une politique juridique de l'emploi proactive qui mêle souplesses et contraintes nouvelles [...] la politique gouvernementale communique prudemment sur la flexibilité en l'associant à la sécurité des emplois ».

²⁵⁹ V. *infra.*, n° 668

²⁶⁰ « La globalisation juridique [qui] se situe sans doute moins dans la formation des normes, leur contenu, leurs effets, que dans les processus de leur transmission, de leur circulation, de leur intrusion dans les systèmes

61. - Dans le monde de la globalisation, la recherche comparative acquiert un degré d'opérationnalité accru, car sa méthode et ses enjeux tendent à devenir concrets. La pratique du droit comparé se trouve ainsi transformée par la globalisation²⁶¹. Le droit est devenu un produit d'échange qui dépasse toute approche territoriale, il est en évolution constante et s'acclimate avec l'irruption de nouveaux producteurs de normes. La mission de la comparaison des droits dans ce contexte n'est pas celle d'un observateur rigoureux dont les analyses portent sur la description et la compréhension des différents systèmes juridiques pouvant potentiellement déboucher sur des propositions d'adopter telle ou telle institution ou règle juridique. Sa mission est au moins double. Les systèmes juridiques étrangers ne sont plus considérés seulement comme des modèles juridiques, ayant des bases culturelles et sociétales distinctes et ancrées territorialement dont la compréhension permet de comprendre et d'améliorer le droit national. Mais ils sont devenus « *des partenaires et des concurrents à la fois, dans les brassages juridiques que la globalisation opère. Il est facile d'expliquer cette mécanique dans la sphère communautaire, par exemple: les systèmes juridiques nationaux y sont à la fois concurrents pour inspirer les solutions du droit communautaire, entremêlés dans ces solutions- qui sont souvent des compromis entre mécanismes nationaux, ou leur commun dénominateur*²⁶² ».

62. - Selon Madame Mireille Delmas-Marty la « *globalisation s'accompagne d'un véritable déplacement des enjeux du droit comparé, de la théorie vers la pratique, accompagné d'une transformation des méthodes davantage axées vers l'analyse des influences entre traditions et l'évaluation des solutions fournies par les différents systèmes dans tel ou tel domaine*²⁶³ ». L'évolution contemporaine des enjeux de la comparaison internationale, tracée par cet auteur, est lourde de conséquences. En effet, la globalisation est porteuse d'une menace vis-à-vis des fonctions traditionnelles du droit comparé. Instrument par excellence de connaissance et de médiation entre traditions juridiques, le droit comparé se mue en un outil redoutable d'évaluation des performances économiques des droits nationaux. Cette évaluation est peu sensible au substrat socioculturel et à l'intelligence intrinsèque de la

juridiques », J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op. cit., p. 78.

²⁶¹ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op. cit., p. 190.

²⁶² Ibid. p. 191.

²⁶³ M. Delmas-Marty, *Préface*, in. M. Delmas-Marty (dir), *Critique de l'intégration normative*, PUF, 2004, p. 20.

norme juridique qui devraient s'effacer devant la prévalence de la dimension économique de cette dernière. Toutefois, il n'en demeure pas moins que cette pression exercée par la globalisation sur les enjeux de la comparaison constitue un catalyseur important pour la connaissance des expériences juridiques étrangères.

63. - Si d'aucuns considèrent l'idée de globalisation du droit comme un concept inutile, il n'en reste pas moins que les mutations qu'elle provoque suggèrent un rapprochement, plus ou moins forcé, des droits. L'esprit de cette convergence est à l'opposé d'une approche axée sur l'idée d'harmonisation des systèmes juridiques, procédé de gestion de la diversité juridique plus conscient des spécificités des droits nationaux et de la nécessité de « *préserver le caractère originel des systèmes de droit par nations*²⁶⁴ ». Impliquant une convergence, parfois forcée, des droits du travail, la globalisation économique comme juridique rend de plus en plus impérieux le besoin de connaître les expériences étrangères et, par conséquent, ouvre la voie pour la mobilisation du discours comparatiste.

64. - Précautions. La mondialisation dans son actuelle configuration force à repenser la construction de la norme juridique sous l'emprise d'une double exigence : l'obsession économique et la concurrence des systèmes juridiques. Sur ces deux registres, l'argument comparatiste joue un rôle important. Les spécificités des régimes réglementaires adoptés, par exemple, au sein des pays de tradition de *common law* ou de droit continental sont ainsi analysées en termes d'atouts ou d'inconvénients à la lueur des paramètres de l'analyse économique du droit. Appliquée au droit du travail, cette grille de lecture est nocive ; pour la compréhension du particularisme de cette dernière branche du droit, dans une perspective comparative, « *il faut replacer chaque règle, non seulement dans le système de relations professionnelles où elle s'insère, mais aussi dans son environnement entendu au sens le plus large*²⁶⁵ ».

²⁶⁴ Michel Guénaire, cité par Madame M. Delmas-Marty, *Marketing juridique ou pluralisme ordonné*, Revue Le Débat 2001/3 n° 115, p. 65.

²⁶⁵ X. Blanc-Jouvan, *Du bon usage de la méthode comparative en droit du travail*, in. Mélanges offerts à André Colomer, Lexisnexis 1993, p. 80.

§ 2: Une pression déstabilisatrice pesant sur les acteurs du droit du travail

65. - Globalisation. Les stratégies globales des entreprises et la financiarisation de l'économie²⁶⁶ perturbent l'action des législateurs nationaux²⁶⁷. Le « choc » de la globalisation invite les acteurs politiques et économiques locaux à s'engager dans une course destinée à améliorer la « *compétitivité* » et « *l'attractivité* » de leurs législations ; les mutations qu'il provoque sont utilisées comme argument d'autorité pour justifier un travail de sape des droits nationaux du travail. Ces derniers sont de plus en plus évalués à l'aune des critères d'efficacité économique et du « *modèle compétitif* »²⁶⁸. L'évaluation adopte une vision étriquée et biaisée de la richesse des fonctions du droit comparé et de la complexité des enjeux de la réglementation des relations de travail. En effet, l'instrumentalisation de la comparaison internationale vient dans ce contexte en renfort aux préconisations de flexibilisation des droits du travail ; elle participe au débat sur les tensions qui se créent entre la rationalité sociale de la norme sociale à la rationalité marchande ou de la « *création de la valeur financière* »²⁶⁹. Ainsi, d'un « *mécanisme à structure complexe qui vise à jouer un rôle de médiation entre normes et cultures juridiques en conflit* »²⁷⁰, la comparaison des droits se transforme-t-elle, sous l'égide du discours comparatiste dominant et de la rhétorique de la concurrence normative²⁷¹, en un moyen de pression plaidant pour la nécessité d'un alignement

²⁶⁶ Ch. Hannoun, L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail, RDT 2008, p. 288.

²⁶⁷ « A l'heure du déclin du pouvoir politique et du pouvoir managérial face à la toute-puissance de la finance de marché, ne faudra-t-il pas présager alors, à partir du modèle de la création de valeur financière, l'apparition de nouvelles sources du droit du travail ? », Ch. Hannoun, La communauté de travail et la création de valeur financière, in. in. Droits du travail. Emploi. Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 281, spéc., p. 289.

²⁶⁸ L. Usunier, Introduction, La concurrence normative, un mode de représentation des rapports entre les systèmes juridiques en vogue, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, La concurrence normative. Mythes et réalités, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de paris, volume 33, 2013, p. 15.

²⁶⁹ Ch. Hannoun, La communauté de travail et la création de la valeur financière, in. *Droits du travail. Emploi. Entreprise*, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 281

²⁷⁰ C. Deliyanni-Dimitrakou, *Les mutations des prémisses philosophiques du droit comparé*, in. *De tous horizons*, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, SLC. 2005, p. 27.

²⁷¹ A l'analyse des répercussions de la montée fulgurante de l'usage de « *l'impératif concurrentiel* » en droit du travail (M.-A. Moreau, *Normes sociales droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2006), l'observateur s'aperçoit rapidement que certains principes fondamentaux de la législation du travail sont frontalement heurtés. Il suffit de rappeler, à cet égard, « *que le facteur humain ne peut être considéré comme un élément plus ou moins compressible du coût de revient dans les échanges internationaux ; en d'autres termes, comme l'a affirmé la Déclaration de Philadelphie, que « le travail n'est pas une marchandise » ou, comme le disait déjà le Traité de Versailles, qu'il n'est pas « un article de commerce »*, N. Valticos, *Droit international du travail*, op.cit., p. 107.

– souvent vers le bas²⁷² – des législations sociales nationales²⁷³ ; l’attractivité économique comparée des règles juridiques et des institutions d’un système juridique donné serait un critère essentiel qui détermine les choix des investisseurs locaux – faisant souvent planer le spectre de la délocalisation – et étrangers. Si la globalisation crée sans doute, au travers de la mobilité des acteurs et l’effacement progressif – consenti par les Etats²⁷⁴ – des frontières, des conditions favorables au brassage et à la convergence des droits nationaux du travail²⁷⁵, la « *dérive compétitive*²⁷⁶ » qui en résulte transforme cette convergence en lutte débouchant sur le démantèlement des réglementations nationales des relations de travail²⁷⁷. Les comparaisons internationales ne sont donc pas des exercices désintéressés de confrontation des droits nationaux.

²⁷² H. Muir Watt, Les normes sociales et le marché global du travail : comment sortir de la spirale vers le bas ?, in. A. Lyon-Caen, Q. Urban (dir), Le droit du travail à l’épreuve de la globalisation, Dalloz coll. Thèmes et Commentaires 2008, p. 11.

²⁷³ « [...] l’érosion du droit du travail atteint les uns après les autres tous les pays d’Europe [...] Pas de rupture, mais, peut être, une spirale descendante commune aux pays d’Europe continentale de l’Ouest. Et c’est dans la voie d’une spirale descendante qu’oriente le « Livre Vert » de la Commission européenne [Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2007]. En effet, au lieu de dégager, comme des alternatives, les différentes politiques concevables, il prend appui sur l’écho favorable qu’ont suscité les expériences hollandaise et danoise pour proposer ce qui ressemble davantage à une déréglementation du droit du licenciement », Fr. Gaudu, De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L’emploi entre mobilité et stabilité, Formation emploi, 101 | 2008, pp. 71-88, spéc. n° 94.

²⁷⁴ M. Delmas-Marty, A. Supiot, L’internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ? (Dialogue), Reconquérir l’espace public, Revue Esprit, novembre 2012, p. 35. « Le terme de *globalisation* entretient toutefois la confusion entre deux types de phénomènes qui se conjuguent en pratique mais sont de nature différente. D’une part des phénomènes structurels, tels que l’abolition des distances physiques dans la circulation des signes entre les Hommes, ou leur commune exposition aux risques sanitaires ou écologiques engendrés par le développement technique. Ces phénomènes sont irréversibles et doivent être envisagés comme tels dans leur impact sur les transformations du travail et du lien social. D’autre part la libre circulation des capitaux et des marchandises, qui est un phénomène conjoncturel, qui procède de choix politiques réversibles et va de pair avec la surexploitation temporaire de ressources physiques non renouvelables. C’est la confusion de ces deux phénomènes qui conduit certains à voir dans la globalisation la manifestation d’une loi immanente, qui échapperait à toute prise politique ou juridique », A. Supiot, Grandeur et misère de l’État social. Leçon inaugurale prononcée le jeudi 29 novembre 2012 (<http://books.openedition.org/cdf/2249#text>).

²⁷⁵ La libéralisation des échanges et la mobilité accrue du capital mettent d’une manière brutale les législations nationales devant de nouveaux défis, où le local, le régional et l’international sont inéluctablement confrontés et interdépendants. « *A mesure que la mondialisation s’étend, le droit comparé devient de plus en plus nécessaire, y compris sous la forme systématique imaginée au début du siècle [unification du droit]* », M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, coll. Essais 1998, p. 108. D’une manière générale, « *la mondialisation du droit traduit aussi le sentiment d’appartenance à un même monde où les frontières nationales deviendraient moins pertinentes pour juger, agir ou penser* », Z. Laïdi, Mondialisation et droit, Recueil Dalloz, 2007, n° 38, p. 2712.

²⁷⁶ H. Muir Watt, Les normes sociales et le marché global du travail: comment sortir de la spirale vers le bas ?, op. cit., p. 11.

²⁷⁷ « [...], dans la convergence entre l’ascenseur qui monte – le droit du travail des pays émergents – et l’ascenseur qui descend – le droit des pays développés – le point de rencontre peut se fixer à un niveau assez bas. Au passage, la tradition sociale de l’Europe continentale du Nord-Ouest pourrait se perdre », F. Gaudu, Libéralisation des marchés et droit du travail, Dr. Soc. 2006, p. 513.

66. - Cette grille de lecture des règles de droit du travail – et d’une manière générale de toutes les normes juridiques régissant de près ou de loin le monde économique – ignore le rôle économique et social fondamental de la législation travailliste. Celle-ci remplit, au-delà de sa dimension protectrice des salariés, la double fonction de réguler la concurrence²⁷⁸ entre entreprises au sein du marché et de juguler la compétition normative à la baisse²⁷⁹ des systèmes juridiques. Cette fonction humaniste du droit du travail est à l’antipode de l’extension de l’idéologie néolibérale – « *Neo-liberalism Takes Control* »²⁸⁰ – favorable à la remise en cause des institutions juridiques qui fonctionnent à l’opposé de la logique marchande²⁸¹. Le marché est considéré dans cette optique comme un dogme pré-institutionnel au-dessus des autres institutions sociales, lesquelles devraient se plier à ses exigences²⁸².

67. - **Double course.** Le phénomène de la globalisation accélère la diffusion des modèles juridiques, dits économiquement efficaces. La valorisation – par les partisans du comparatisme d’intimidation (Banque mondiale, OCDE, Union européenne, organisations patronales...) – des prétendues législations sociales et fiscales attractives a considérablement nourri une double course²⁸³ : d’un côté, les firmes transnationales, mises en compétition, convoitent les réglementations nationales les plus libérales en termes de conditions de travail et, de l’autre, les pouvoirs publics nationaux s’engagent dans une concurrence pour offrir des cadres réglementaires plus compétitifs et attractifs aux investisseurs étrangers et aux opérateurs économiques locaux²⁸⁴. L’action des uns – opérateurs économiques – et la

²⁷⁸ M. Rigaux, *Droit du travail et droit de la concurrence sociale ? Essai sur un droit de la dignité de l’homme au travail (re)mis en cause*, Bruylant 2009.

²⁷⁹ En effet, « *l’automatisme de la course vers le bas* » (M.-A. Moreau, *Normes sociales droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2006, p. 70) qu’induit l’analyse concurrentielle, butte sur le rempart des protections instituées par le droit du travail au profit des salariés et qui fausse en quelque sorte le raisonnement fondé sur la compétitivité et la marketisation (P. de Montalivet, *La « marketisation » du droit. Réflexions sur la concurrence des droits*, D. 2013, p. 2923) du droit en général.

²⁸⁰ N. Bruun, B. Hepple, *Economic Policy et Labour Law*, in. B. Hepple, B. Veneziani (dir), *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries, 1945-2004*, Oxford, UK, Hart Publishing, 2009, p. 45.

²⁸¹ « The result is to call into question all institution which operate according to a non-market logic », in. preface, S. Deakin and F. Wilkinson, *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University press, 2004, Preface, p. VI.

²⁸² « Loin de subir le fonctionnement économique, le droit du travail doit « agir sur le marché » (A. Mazeaud, *Economie et droit du travail*, in. Ph. Waquet (dir), *13 paradoxes en droit du travail*, Sem. soc. Lamy, supp. n° 1508, 2011, p. 109). « Ce ne sont pas les lois économiques qui doivent dicter leurs principes au droit du travail, mais au contraire les valeurs sociales qu’incarne le droit d travail qui doivent instituer l’économie », J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, th. (dir) G. Loiseau, Paris 1, 2011, p. 21.

²⁸³ J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, p. 242.

²⁸⁴ Rapport du Conseil d’Etat, *L’influence internationale du droit Français*, La Documentation française, 2001.

réaction, sinon insuffisante, du moins inadaptée des autres – entités étatiques²⁸⁵ ou interétatiques – permettent de redessiner les rôles des acteurs de l’encadrement de la mondialisation²⁸⁶.

68. - Démantèlement. Le démantèlement progressif des protections accordées par le droit du travail est un point commun à plusieurs réformes nationales qui adhèrent aux dogmes néolibéraux²⁸⁷ ; ces dogmes sont à la source de la globalisation de l’économie. Il se traduit sur le plan national par une baisse de la protection des travailleurs au nom de la protection de l’emploi et de la sauvegarde de la compétitivité²⁸⁸. Dans cette course les législateurs sont mis en concurrence²⁸⁹. Loin de l’idéal d’égalisation des droits nationaux dans le progrès promu par l’Organisation internationale du travail, on assiste, à l’ère de la globalisation, à une régression sociale des législations étatiques²⁹⁰. Cette pression ne s’exerce pas seulement sur les Etats, mais affecte aussi les partenaires sociaux²⁹¹.

69. - Dans un environnement mondialisé, façonné par la puissance de l’influence anglo-saxonne – connue pour son attrait pour l’abstentionnisme législatif – et la place considérable

²⁸⁵ Selon le philosophe allemand Jürgen Habermas, la faiblesse et l’impuissance des Etats seraient « *le premier résultat de la mondialisation* », J. Habermas, *Après l’Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, Fayard 1998, p. 77. V. Sur une lecture des relations collectives du travail à l’aune de la philosophie de cet auteur allemand, D. Gaire-Simonneau, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail. Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, préf. P.-Y. Verkindt, LGDJ coll. Thèses, 2016.

²⁸⁶ Le Professeur Jacques Chevallier, théoricien du droit postmoderne (J. Chevallier, *vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*. RDP. 1998, p. 659 ; *L’Etat post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2014), explique que la régulation de la mondialisation « *échappe largement à l’emprise* » à l’intervention des ordres étatiques (J. Chevallier, *Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation?*, in. C.-A. Morand (dir), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 37).

²⁸⁷ « Sur les trente dernières années, les réformes menées dans les pays industrialisés ont plutôt suivi une inspiration néolibérale », C. Cosme, « Comment font-ils à l’étranger ? », *Dr. Soc.* 2016, p. 306.

²⁸⁸ P. Lokiec, *Le droit du travail à l’épreuve de l’emploi*, *Dr. soc.* 2016, p. 319.

²⁸⁹ « Mais, si, comme je l’ai entendu dire d’un ministre britannique et d’un Premier ministre d’un autre pays, la compétition entre les nations est à ajouter à la compétition entre les entreprises : ce sera fini de l’intégration européenne un jour ou l’autre. À ce moment-là, il serait trop facile de pratiquer le dumping social ou fiscal d’une manière outrageante. Respecter l’esprit du Traité, ce n’est pas avoir le même système fiscal ou le même système social tout de suite. C’est éviter que certains gouvernements, par leur politique, jouent de la compétition entre les nations à l’intérieur de l’Europe pour la miner », J. Delors, in. *20 ans de dialogue social européen : bilan et perspectives. Les cahiers du Conseil économique et social européen*, 14 avril 2005. http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/speech_delors_fr.pdf.

²⁹⁰ H. Muir Watt, *Les normes sociales et le marché global du travail: comment sortir de la spirale vers le bas ?*, in. A. Lyon-Caen, Q. Urban (dir), *Le droit du travail à l’épreuve de la globalisation*, Dalloz coll. Thèmes et Commentaires 2008, p. 9 : « La spirale s’engage lorsque la mobilité unilatérale de l’employeur conjuguée à l’absence de nivellement des législations sociales, génère nécessairement une course qui se résoudra en faveur de celle dont le coût est le moins lourd ».

²⁹¹ Sur ces questions, v. les développements du Professeur M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, op. cit., p. 80 et s.

de certaines organisations économiques et financières internationales sur les modes de penser et de concevoir le droit, l'instrumentalisation de la comparaison comme outil pratique d'évaluation et d'échange entre systèmes juridiques, trouve également dans l'omniprésence de l'argument concurrentiel une puissante justification.

Section 2 : L'omniprésence de l'argument concurrentiel

70. - Convergence spontanée ou unification subversive des droits. L'évaluation comparative – à l'œuvre sur le double plan national et international – des droits nationaux du travail au prisme des arguments d'ordre concurrentiel, occasionne inévitablement une convergence de points de vue des décideurs publics. La concurrence des systèmes juridiques, attisée par la globalisation économique, provoque, au moins, leur convergence. Au-delà d'un rapprochement volontaire et consenti – version pacifique de gouvernement de la diversité des droits nationaux – le comparatisme d'intimidation participe d'une démarche d'unification subversive des législations nationales. L'unification, évoquée ici, n'obéit pas à une autorité identifiée et habilitée pour cette mission. Elle est spontanée et encouragée par l'action des opérateurs économiques²⁹². La ligne de démarcation entre ces deux approches de l'unification des droits est difficile à délimiter de nos jours, surtout en ce qui concerne les conditions de leur réalisation. C'est en ce sens qu'un spécialiste français de droit comparé, convaincu de la faisabilité de l'unification des droits, s'interrogeait sur la question du choix des stratégies d'unification : « *Le problème n'est pas de savoir si l'unification internationale du droit se fera ; il est de savoir comment elle se fera*²⁹³ ».

71. - Terreau théorique et conjoncturel propice à l'essor du discours comparatiste. L'impact de la globalisation sur les marchés, nationaux et régionaux, du travail et sur la

²⁹² Une unification en apparence non imposée et dont le principal ressort serait le rôle joué par les forces vivantes du marché : main invisible du marché ! « *L'une des raisons pour lesquelles la main invisible est invisible, c'est tout simplement qu'elle n'existe pas* », J. Stiglitz, *Quand le capitalisme perd la tête*, Fayard 2003, p. 48.

²⁹³ R. David, Les méthodes de l'unification, in. Le droit comparé – Droit d'hier, droits de demain, *Economica*, 1982, p. 304.

justice sociale n'est pas négligeable²⁹⁴. Les travailleurs et les législations sociales, fiscales et environnementales nationales sont de plus en plus mis en concurrence. La logique concurrentielle utilise, voire détourne, d'une manière excessive, les résultats des travaux de comparaison internationale en vue de faire pression sur les producteurs des normes. Le droit comparé, en tant que discipline auxiliaire²⁹⁵ du droit, encourt dans cette perspective une menace. Celle-ci réduit le droit, en général et pas seulement le droit du travail, à travers l'analyse comparatiste instrumentale à une simple « marchandise » comme les autres biens marchands. Les racines culturelles et le « génie » des droits nationaux sont souvent sacrifiés au profit de leur seule dimension économique. L'utilisation de l'argument comparatiste comme argument de persuasion, voire d'intimidation fondé sur l'attractivité économique du droit, plaide ainsi pour la transposition en droit interne des solutions juridiques étrangères en réponse « à l'intérêt conjecturel et immédiat d'acteurs qui sont de moins en moins étatiques²⁹⁶ ».

72. - Conçue comme une technique de régulation optimale des relations sociales²⁹⁷ et vécue comme une contrainte par les Etats et les entreprises, la concurrence entretient, *a priori*, une relation conflictuelle avec le droit du travail. Celui-ci est l'expression d'un équilibre, fragile entre les intérêts économiques des entreprises et la protection des besoins vitaux des salariés. Si la sauvegarde du potentiel concurrentiel²⁹⁸ est considérée comme un fait

²⁹⁴ P. Lokiec, S. Robin-Olivier et al., *Libéralisation du commerce et justice sociale*, RDT 2007, p. 608.

²⁹⁵ Le droit comparé est souvent qualifié de science collatérale ou auxiliaire du droit. V. en ce sens J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction Les personnes La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige, 2004 n° 26, p. 60 : parmi les sciences collatérales classiques, « on peut en citer deux... *Toutes deux comparatives, au fond, l'une travaille dans le temps [Histoire du droit], l'autre dans l'espace [Droit comparé]* » ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 2012, n° 58 et s. ; J. Carbonnier, *sociologie juridique*, PUF 2004, p. 20 : « *Il [droit comparé] s'acceptait volontiers dans un rôle d'auxiliaire du droit dogmatique* » ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Sirey, coll. Université, 2013 p. 41 ; J.-L. Aubert, É. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. Université, 2014 p. 51.

²⁹⁶ T. Rambaud, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 2014, p. 228.

²⁹⁷ L'hégémonie de l'argument concurrentiel plaide pour une relecture des liens gouvernant l'économie et les relations sociales : « Au lieu que l'économie soit encastrée dans les relations sociales, ce sont les relations sociales qui sont encastrées dans l'économie », K. Polanyi, *La grande transformation aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard 1983, p. 88.

²⁹⁸ J.-Y. Frouin, *Protection de l'emploi du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail*, JCP S n° 9-10, 2 Mars 2010, 1088. La négociation collective d'entreprise permet, elle aussi, de répondre aux exigences de compétitivité ; on songe aux accords compétitivité emploi, aux accords de maintien de l'emploi (accords dits défensifs). V. Sur les débats sur les accords offensifs, F. Géa, *Et maintenant des accords de maintien de l'emploi « offensifs » ?*, RDT 2014, p. 60. Cette d'idée d'accords « offensifs » sur l'emploi a été consacré par la loi du 8 août 2016, dite loi Travail, à travers les accords en vue de la préservation et du

justificatif de certaines stratégies des entreprises (licenciement, restructuration, délocalisation²⁹⁹...) la compétition entre les Etats dans leur course de captation de capitaux ne fait qu'aggraver les effets néfastes de la logique concurrentielle vis-à-vis des rapports sociaux. Cet impact négatif de la concurrence sociale participe également à la diversification et à la stimulation des stratégies juridiques des acteurs concernés qui mobilisent, notamment, l'argument comparatiste.

73. - Devant répondre aux exigences de compétitivité amplifiées par la globalisation des marchés, les droits du travail nationaux³⁰⁰ sont, à leur tour, appréciés sous l'angle de la concurrence normative. Le « *paradigme concurrentiel* », relevant d'un discours contemporain rencontre un succès certain – ne concernant d'ailleurs pas seulement le droit du travail³⁰¹ –, et contribue à une transformation paradoxale dans la conception et l'appréciation de la pluralité et de la diversité des droits nationaux. Pour le Professeur Horatia Muir Watt ce « *paradoxe fondamental de la concurrence législative réside [...] dans le fait que la diversité tant prisée des législations est en elle-même stigmatisée comme subversive*³⁰² ».

74. - Fondée théoriquement sur l'omnipotence de l'argument compétitif (§ 1), la démarche choisie par le discours comparatiste dominant consiste à appréhender, en raison de l'insuffisance des cadres réglementaires traditionnels, l'argument comparatiste comme un simple élément pour inciter à la convergence spontanée des droits nationaux du travail (§ 2). Dans cette configuration, la subordination de l'analyse comparatiste à l'argument concurrentiel ignore la fonction « instituante » et concurrentielle des règles de droit du travail au sein de l'organisation juridique du marché du travail (§ 3).

développement de l'emploi (Art. L. 2254-2, C. trav.).

²⁹⁹ On commence à parler de délocalisation « lorsqu'il y a transfert à l'étranger de tout ou partie de sa production par un producteur initialement implanté en France, que ceci passe par le développement, la mise en place ou l'acquisition d'une unité de production à l'étranger (filialisation) ou par l'appel à un sous-traitant étranger », M. Burel et al., Flux de main d'œuvre, flux d'emplois et internationalisation, publication de l'INSEE, L'économie française édition 2007, p. 124 (disponible sur le site de l'INSEE : http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/ref/ecofra07e.pdf).

³⁰⁰ A. Jeammaud, Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation, Dr. Ouvr. 1998, p. 240

³⁰¹ V. pour l'exemple du droit des sociétés, G. Vieira da Costa Cerqueira, Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques ? RTD Eur. 2014, p. 7.

³⁰² H. Muir Watt, Aspects économiques du droit international privé, Réflexion sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions, Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours, Tome 307, Martinus Nijhoff, 2005, p. 220.

§ 1 : Le rôle grandissant du « *paradigme compétitif* » dans le discours comparatiste

75. - Selon François Gaudu, « *il est possible que la question centrale du droit du travail soit celle de la mesure dans laquelle on peut limiter la concurrence entre législations*³⁰³ ». La justesse de la remarque n'est pas démentie par les analyses des diverses formes que prennent, de nos jours, les rapports entre législateurs nationaux. Des rapports sont peu coopératifs. Principalement immobiles, la force de travail et les législations travaillistes nationales subissent l'influence de la mobilité du capital et des entreprises. Ceux-ci considèrent, selon un modèle d'analyse concurrentielle des relations entre systèmes juridiques, le droit comme un « produit » objet de « marketing » et de « marketisation » (B). Cette hypothèse s'inscrit dans une logique de concurrence normative (A) suivant une démarche non coordonnée des rapports se nouant entre les divers ordres juridiques qui aurait comme étape ultime la convergence spontanée de ces derniers. Cette étape est en opposition avec les enseignements du droit comparé conçu comme facteur de progrès et de résolution des conflits pouvant naître de la diversité des systèmes juridiques (C). À mesure que le comparatisme d'intimidation se développe et s'enracine dans la manière de penser le droit, il rend de plus en plus vulnérables les fondements traditionnels du droit du travail en consacrant une asymétrie des rapports entre l'argument concurrentiel et les autres justifications de la norme travailliste.

A. La concurrence normative

76. - **Evaluation de la diversité des ordres juridiques : plus de concurrence que de partenariat.** Dans l'univers de la globalisation et des intégrations régionales, les analyses comparatistes menées à l'aune du « *paradigme compétitif* » rendent, plus que jamais, perméables les frontières classiques entre systèmes juridiques. Elles deviennent, de ce fait, une source d'argument que les différents acteurs du droit du travail mobilisent pour faire pression sur les législateurs nationaux. Dans cette perspective, l'évolution d'un droit national dépend d'une certaine manière de celle à l'œuvre dans les autres systèmes juridiques. Cela crée une situation d'interdépendance non organisée entre les droits, à moins que l'on retienne

³⁰³ F. Gaudu (Mise à jour par Raymonde Vatinet), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Cours 5^e éd. 2013, p. 454.

l'hypothèse de l'existence d'un « *ordre concurrentiel*³⁰⁴ ». C'est, notamment, pour lutter contre le fléau du « tout concurrentiel » que le droit national est sommé de coopérer avec les droits étrangers. La coopération est aujourd'hui minimaliste. Le droit national est ainsi – et c'est l'apport de la lecture concurrentielle des systèmes juridiques – présenté comme un concurrent, un rival mis à rude compétition avec les autres systèmes nationaux. Le Professeur Jean-Bernard Auby décrit parfaitement cette situation : « *les autres systèmes juridiques ne sont plus seulement des modèles envisageables, des sources possibles d'inspiration. Ils sont des partenaires et des concurrents à la fois, dans les brassages juridiques que la globalisation opère*³⁰⁵ ». Entre partenariat et concurrence, priorité semble donnée à cette dernière dans les rapports inter-systémiques. Non loin de cette grille de lecture, est le phénomène de leadership intellectuel et économique.

77. - Globalisation et leadership intellectuel et économique. La régulation concurrentielle des relations inter-systémiques permet de comprendre le débat autour de la littérature produite sur la compétition entre les droits romano-germaniques et les droits d'inspiration anglo-saxonne. Chacune de ces deux traditions juridiques vante, en vue de construire son leadership et d'influencer les autres modèles juridiques, les atouts compétitifs et la performance économique de ses institutions, car « *le mimétisme pousse les Etats à se rallier au modèle juridique des pays dominants*³⁰⁶ » économiquement. Ainsi, les pays de *common law*, principalement les Etats-Unis d'Amérique et la Grande Bretagne, sont-ils présentés, à en croire les rapports *Doing Business* par exemple, comme des modèles à imiter parce qu'ils sont plus efficaces, plus attractifs et plus concurrentiels que les droits de *Civil Law*. Le raisonnement fondé sur les retombées économiques, supposées positives des modèles juridiques dominants et exportateurs de leur droit, n'a pas seulement été adopté par certaines organisations financières internationales (ex. Banque Mondiale). Un Rapport du Conseil d'Etat de 2001 sur l'influence internationale du droit français semble aussi en faire état. En effet, cette haute instance administrative française, soutient que « *servir de modèle pour l'adoption ou la réforme d'une législation d'un autre Etat ou les règles de fonctionnement d'une organisation internationale c'est, pour un Etat, donner un avantage aux entreprises qui*

³⁰⁴ *L'ordre concurrentiel*. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, 2003.

³⁰⁵ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op. cit., p. 191.

³⁰⁶ M.-C. Ponthoreau, *Trois interprétations de la globalisation juridique, Approche critique des mutations du droit public*, AJDA 2006, p. 20.

*connaissent et pratiquent le modèle et donc favoriser les entreprises nationales*³⁰⁷ » sur la scène internationale. Bref, à l'idée d'occuper la position de « leadership » et de modèle en matière législative correspond parfaitement celle de la concurrence normative. C'est dans cette acception des réponses à la diversité des droits que l'influence grandissante du droit anglo-saxon en matière de droit des affaires a été qualifiée comme la conséquence du passage du leadership intellectuel de l'Europe aux États-Unis³⁰⁸.

78. - L'hypothèse de la convergence coordonnée écartée. L'hégémonie du modèle concurrentiel fait converger de proche en proche les évolutions des droits nationaux. « *Les législations culturées deviennent de plus en plus difficiles à édicter ou à maintenir, car la connaissance des performances des modèles législatifs étrangers accélère les efforts conscients ou inconscients de convergence et de standardisation*³⁰⁹ ». La réduction des coûts de transactions est le critère principal de ce modèle qui nie la dimension socioculturelle et humaniste de la règle de droit. Performance économique et concurrence normative sont intimement liées ; l'ex-président de la Cour de cassation, Guy Canivet, en a déjà fait le constat : « *les pays occidentaux se livrent à une compétition quotidienne sur le plan économique, mais aussi sur le plan juridique*³¹⁰ ». En l'état actuel des relations interétatiques, l'hypothèse de la convergence « *volontaire et coordonnée* », concernant des pans entiers des législations nationales entretenant des rapports avec la vie économique, ne pourrait pas aboutir à des résultats satisfaisants pour, au moins, deux raisons. La première est liée à l'absence de politiques nationales ou régionales d'harmonisation juridique totale ou maximale. Quant à la seconde, elle est la conséquence de la première, dans la mesure où les agents économiques bénéficient de la possibilité de profiter pleinement des avantages comparatifs en raison de leur mobilité accrue. C'est dans cette optique que le choix de la

³⁰⁷ Rapport du Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit Français*, La Documentation française, 2001, p. 14.

³⁰⁸ U. Mattei, *Why the wind changed: Intellectual Leadership in Western Law*, American journal of comparative Law, 1994, pp. 195-218.

³⁰⁹ A. Martin-Serf, *La modélisation des instruments juridiques*, in. E. Loquin, C. Kassedjian (dir), *La mondialisation du droit*, Litec. 2000, p. 179.

³¹⁰ G. Canivet, *La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge*, in. De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, SLC. 2005, p. 11.

concurrence normative, facilité par des prises de position conjoncturelles des législateurs nationaux³¹¹, peut être envisagé.

79. - L'hypothèse de la concurrence normative envisagée. Les analyses portant sur la gestion de la diversité des droits empruntent, suite aux changements structurels induits par la libéralisation des marchés, la voie du « paradigme concurrentiel ». Celle-ci fait appel à une terminologie spécifique et agressive pour l'organisation des relations inter-systémiques : comparaison des qualités économiques « intrinsèques » des droits, choc des cultures juridiques, suprématie de la *Common Law*, résistance des droits de *civil law*³¹²... etc ; tels sont les nouveaux visages de la coexistence des droits nationaux. Il faut rappeler que le renvoi au vocabulaire de la domination n'est pas une stratégie nouvelle. Le Code civil français, modèle de la culture juridique continentale, s'est imposé dans plusieurs pays grâce à une domination politique³¹³. L'image de l'expansion coloniale des cultures juridiques revêt, de nos jours, un simple intérêt historique à laquelle se substitue la figure du marché ; un marché qui s'autorégule – l'idée de la « *main invisible*³¹⁴ » y est bien présente – ; des produits juridiques qui y circulent. De surcroît, l'idée de la concurrence semble aller de pair avec l'existence d'un « *ordre concurrentiel* » ; puisque « *l'économie de marché est avant tout un ordre*

³¹¹ À l'instar de la globalisation numérique et du progrès technique, la libéralisation des marchés et la mobilité des entreprises ont permis une perméabilité accrue des systèmes juridiques nationaux. Si les facilités procurées par le progrès technique est un facteur structurel, irréversible et objectif dont les différents acteurs étatiques et non-étatiques ne peuvent ignorer l'existence et les répercussions, les choix opérés par ces acteurs et leurs préférences sont, en revanche, conjoncturels, subjectifs, autonomes et stratégiques. La multiplication des contacts entre systèmes juridiques, voulus ou imposés, n'est plus un objet d'étude théorique ou prospectif, mais elle conduit, dans un environnement juridique concurrentiel, à analyser les modèles juridiques en termes de « produits » ou de « marchandises ». La globalisation de l'économie et la libéralisation des marchés, phénomènes qui échappent de plus en plus à l'emprise des acteurs étatiques, demeurent, néanmoins, le résultat de la reconnaissance ou de l'adhésion des législateurs nationaux à de tels dogmes. Ces derniers sont aujourd'hui portés par des normes produites par plusieurs organisations internationales (ex. OMC, FMI...) et régionales (ex. U.E). Par contre, les normes appartenant au registre des droits sociaux ou traitant les répercussions sociales et sociétales sont à la fois relégués au second plan et de facture moins contraignante que les règles fixant les libertés économiques et de concurrence. V. sur cette question, A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché Total*, Seuil, 2010.

³¹² H. Muir Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, in. B. Deffains (dir), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37.

³¹³ V. not. R. Cabrillac (dir), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?* Economica, coll. Etudes juridiques, 2011; H. Al Dabbagh, *Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par de la culture juridique civiliste*, Revue ERSUMA / Numéro spécial, ACTES DU 33^{ème} CONGRES DE L'IDEF (Institut du Droit d'Expression et d'Inspiration Françaises) Montréal, 16-17 Mai 2013, mars 2014. V. pour la situation particulière du droit du travail, Ph. Auvergnon, *Modèles et transferts normatifs en droits du travail de pays africains*, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2005, p. 117.

³¹⁴ J.-J. Sueur, La « main invisible » et le droit économique. Retour sur Adam Smith et certaines de ses institutions, RID éco. 2013, p. 491.

concurrentiel et les tables de la loi de la concurrence peuvent être regardées comme le « droit constitutionnel » d'un marché transcendant les frontières nationales³¹⁵ ».

80. - Le modèle concurrentiel³¹⁶. L'ouverture de domaines, censés échapper à l'emprise de la concurrence, est aujourd'hui une réalité³¹⁷. Si la concurrence est initialement envisagée dans le cadre de la production des biens et services marchands, comme étant le modèle le plus efficace d'organisation de l'économie, elle constituerait également, selon Pascal Salin, « *un principe d'organisation incontournable dans toutes les activités humaines³¹⁸* ». La concurrence, comme condition du bon fonctionnement du marché, serait-elle transposable au gouvernement de la diversité des droits. Par ailleurs, l'extension potentielle du modèle concurrentiel aux législations nationales ne peut se construire sans un passage obligé par la comparaison internationale ; c'est l'hypothèse la concurrence par comparaison. Le modèle concurrentiel et la comparaison partagent, au moins, dans leurs méthodes respectives des éléments communs. Les deux processus incitent, par exemple, à l'exploration et à la création de connaissances, mais en poursuivant des finalités bien distinctes. Pour l'un – le modèle concurrentiel –, l'émulation et la compétition sont des fins en soi, alors que pour l'autre – la comparaison³¹⁹ –, la logique instrumentale est prégnante : la comparaison permet à la fois une meilleure connaissance des droits étrangers, et par conséquent de son propre droit et, éventuellement, l'amélioration du droit national en s'inspirant des droits d'ailleurs.

81. - Cependant, l'hypothèse de la confrontation des droits selon le prisme du modèle concurrentiel ne peut pas être envisagée sans obéir à un minimum de contraintes : « *c'est*

³¹⁵ A. Pirovano, L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne, in. L'Algérie en mutation. Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché, L'Harmattan, 2001, cité par L. Boy, J.-B. Racine, F. Siiriainen, L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept, in. L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, 2003, p. 24.

³¹⁶ L'utilisation du discours de la concurrence en droit est de plus en plus étudiée. V. not. L. Zevounou, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, préface P. Brunet, LGDJ, 2012.

³¹⁷ Les activités des Etats et des collectivités publiques sont également interrogées à l'aune de l'impératif concurrentiel. En effet, « *le test de l'impératif concurrentiel s'impose désormais non seulement aux acteurs économiques mais aux législations nationales et régionaux* », L. Boy, J.-B. Racine, F. Siiriainen, op. cit., p. 26. V. égal., Rapport du Conseil d'Etat, *Collectivités publiques et concurrence*, La Documentation française, 2002.

³¹⁸ P. Salin, *La concurrence*, Puf, coll. QSJ, 1995, p. 115. Le Professeur d'économie Pascal Salin nous livre dans son ouvrage une vision libérale de la concurrence dans la lignée de l'économiste autrichien Friedrich Von Hayek. Elle serait, selon cet auteur, « *un processus évolutif sans fin qui rend possibles et suscite les incitations nécessaires pour que les efforts continus et innombrables aboutissent à des solutions meilleures que les précédentes* ».

³¹⁹ P. Hassenteufel, Comparaison, in. L. Boussaguet et al. (dir), Dictionnaire des politiques publiques, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2014, 4e éd., p. 148.

*parce que la concurrence fonctionne comme un ordre, qu'elle est soumise à un ordre*³²⁰ ». La concurrence interétatique ou entre opérateurs économiques obéit à une logique qui érige la concurrence en un « ordre » structurant les représentations collectives et la production des normes. Pour cette raison, le dogme selon lequel l'économie et la libre concurrence doivent commander tous les aspects de la vie humaine³²¹, triomphera si « *au lieu que la libre concurrence soit fondée sur le Droit, c'est le Droit qui devrait être fondé sur la libre concurrence*³²² ».

82. - Par ailleurs, la forte analogie qui existe entre la concurrence sur les marchés de biens ou de services marchands et l'approche de la production concurrentielle des normes ne peut pas occulter les apports des autres modes de production du droit (unification centralisée du droit, harmonisation maximale des normes, mimétisme spontané, hybridation ou *cross-fertilisation*, modélisation et standardisation...etc) et l'intérêt d'une approche globale. Celle qui, prenant la mesure de l'imbrication croissante des différentes sources du droit (nationale, régionale et internationale), tenter d'expliquer, au-delà du « *paradigme compétitif* », l'élaboration et la circulation des modèles juridiques. Tel est le cas, à titre d'illustration, de l'apport bénéfique de « *l'internormativité* » et des influences croisées entre les différentes sources internationales du droit du travail³²³.

83. - L'impact de l'argument concurrentiel en droit du travail. L'éventuelle dégradation de la situation économique d'un pays serait-elle liée à l'existence de normes sociales élevées par rapport à celles en vigueur dans des pays concurrents ? Dans l'affirmative, le maintien d'un droit du travail protecteur a un impact négatif sur l'emploi et la compétitivité des entreprises. Par conséquent, la faiblesse de la législation protectrice des travailleurs serait un avantage concurrentiel déterminant dans une économie mondialisée ; les droits nationaux apparaissent dans cette hypothèse comme faisant l'objet eux-mêmes d'une

³²⁰ L. Boy, J.-B. Racine, F. Siiriainen, L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept, in. *L'ordre concurrentiel*. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, 2003, p. 24.

³²¹ K. Polanyi, La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps, op. cit.

³²² A. Supiot, Le droit du travail bradé sur le « marché des normes », Dr. Soc. 2005, p. 1092.

³²³ S. Laulom, La réception par la Cour de cassation française des décisions des instances non juridictionnelles des organisations internationales, Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2014/1, p. 58 ; S. Robin-Olivier, *Combinaison des normes et développement du droit du travail dans la jurisprudence européenne*, in. Th. Aubert-Monpeyssen (dir), *Pluralité des sources et dialogue des juges en matière sociale*, Presses UT1 coll. Etudes de l'IRDEIC n° VIII/2013, p. 41.

concurrence. Plusieurs exemples illustrent la transformation des stratégies des entreprises vis-à-vis du phénomène de la concurrence sociale.

84. - *Dumping social*. La mise en concurrence des législations sociales nationales emporte le risque d'une baisse des protections juridiques des travailleurs³²⁴. Lorsque ce risque se réalise, on parlera de *dumping social*. Certes, l'expression de *dumping social* est récurrente dans le débat public et renvoie (souvent à l'occasion de certaines affaires médiatisées de délocalisation) à l'usage de la comparaison internationale des standards sociaux et à la concurrence sociale déloyale pratiquée par certains pays. Mais, sur le plan juridique et conceptuel, son utilisation reste délicate. La difficulté vient du fait que le terme « *dumping* », emprunté au jargon économique relatif à la commercialisation de marchandises³²⁵, est difficilement transposable en droit du travail pour, au moins, deux raisons : la force de travail qui ne s'assimile pas à une marchandise ; dans la quasi-totalité des pays, un démantèlement des protections sociales des travailleurs relèverait davantage de choix politiques des décideurs publics que de l'idée de substituabilité des normes juridiques.

Malgré son caractère flou, la notion de *dumping social* reste un élément important pour expliquer le phénomène de la concurrence normative entre droits nationaux du travail. Les mobilités favorisées par l'ouverture des marchés, ayant pour conséquences, entre autres, le creusement des inégalités, l'instabilité des emplois et leur précarisation, ont constitué un catalyseur au déploiement des stratégies de contournement des protections sociales locales et à la recherche du moins-disant social par les entreprises³²⁶. C'est dans ce climat que le *dumping social* illustre à merveille cette idée opportuniste de tirer abusivement profit de la diversité des droits nationaux et des avantages comparatifs. Ainsi, des pressions concurrentielles sont-elles exercées, de l'intérieur comme de l'extérieur, sur les acteurs institutionnels nationaux, voire régionaux, pour concéder, par exemple, de nouvelles

³²⁴ A. Supiot, Justice sociale et libéralisation du commerce international, Dr. Soc. 2009, p. 131.

³²⁵ Le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant définit le *Dumping* comme une « pratique commerciale agressive consistant à vendre à l'exportation à un prix anormalement bas par rapport aux prix pratiqués pour le même produit sur le marché intérieur, ou sur un marché où existe une concurrence effective », éd. 2012, p. 374.

³²⁶ Le risque du moins-disant social peut aussi se réaliser à l'échelle d'un seul pays, lorsque les entreprises auraient, en l'absence d'un socle législatif ou conventionnel commun et indérogeable, la possibilité de s'auto-réglementer (A. Supiot, La loi El Khomri attise la course au moins-disant social, Entretien Mediapart 3 mai 2016).

flexibilités du marché du travail en vue de répondre positivement aux nombreuses attentes des entreprises.

En revanche, la stratégie d'évitement du spectre du *dumping social* ayant pour objectif affiché le maintien d'un taux d'emploi élevé, via un abaissement du seuil de protection des travailleurs, est « *en fait le résultat de choix politique et non un effet automatique dû à l'accroissement et l'internationalisation des échanges*³²⁷ ». Ce déficit de volontarisme politique n'est pas pour autant irréversible. Selon le Professeur Marie-Ange Moreau, il est possible de développer des conceptions progressistes des avantages comparatifs orientées vers la valorisation du sort des salariés : « *l'amélioration des compétences des qualifications et des systèmes d'inclusion sociale peut aussi être proposée pour construire une politique fondée sur les avantages comparatifs en matière sociale*³²⁸ ».

85. - Auparavant, le droit du travail était le produit de la culture sociale nationale et reflétait la traduction d'un compromis – *compromis fordiste*³²⁹ – entre les différents acteurs sociaux, Etats et partenaires sociaux ; aujourd'hui les effets perturbateurs et les transformations provoqués par la libéralisation des marchés invitent les acteurs du droit du travail à repenser ce droit et à revisiter certaines de ses avancées majeures. Si la manière de légiférer en droit du travail qui, selon un spécialiste de droit européen et international du travail, « *doit singulièrement s'adapter à l'internationalisation des échanges et chercher à concilier mondialisation et particularismes nationaux*³³⁰ », les solutions auxquelles aboutissent les analyses inspirées du « *paradigme compétitif* » n'offrent pas, malgré leur puissance argumentative et rhétorique, une alternative crédible et sur le plan social et sur le plan économique.

86. - L'influence du dogme du « tout concurrentiel », au soubassement de l'incitation à la circulation des normes juridiques « jugées » économiquement efficaces par le discours

³²⁷ M.-A. Moreau, Normes sociales droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations, op. cit., p. 68.

³²⁸ Ibid. p. 70.

³²⁹ A. Supiot, Introduction à Bruno Trentin, La Cité du travail. La Gauche et la crise du fordisme, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2012, pp. 13-31.

³³⁰ J.-M. Servais, *Droit social de l'union européenne*, Bruylant 2011. p. 319.

comparatiste, s'inscrit pleinement dans la tendance contemporaine de « marketisation » du droit.

B. La marketisation du droit, vecteur de mise concurrence des droits

87. - Objet de la concurrence normative. Influençant les processus de création du droit, la concurrence normative se pratique avec une participation active des législateurs nationaux sur un marché international du droit. Les législations sont évaluées dans un marché concurrentiel comme n'importe quel produit de commerce respectant la loi de l'offre et de la demande et destiné à satisfaire les besoins des agents économiques. Le Professeur Alain Supiot a décrit parfaitement cette situation : « L'instauration de ce « marché des produits législatifs » doit conduire à l'élimination progressive des systèmes normatifs les moins aptes à satisfaire les attentes financières des investisseurs. La compétition que se livrent les entreprises sous l'égide des marchés financiers ne devrait donc pas se cantonner à la sphère économique, mais devenir le principe d'organisation de la sphère juridique³³¹ ».

88. - Un tel marché du droit ne reconnaît la valeur des systèmes juridiques qu'à travers leur capacité à maîtriser, voire à réduire les coûts de transaction et de la justice, sans référence aux autres finalités poursuivies par la norme juridique. Dans ce schéma de « marchandisation » et de « marchandisation » des règles juridiques, « *les systèmes de droit et de justice s'apprécient, se choisissent, se refusent selon leurs qualités respectives et non plus selon l'influence politique. Rien ne sert d'invoquer la gloire de nos codificateurs....Ce qui définit la qualité d'un système, ce n'est plus sa rationalité a priori mais sa fonctionnalité a posteriori*³³² ».

³³¹ A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché Total*, Seuil, 2010, p. 67. Souligné par nous. La doctrine du « marché des produits législatifs » considère, selon l'auteur, « le Marché comme la *Grundnorm* de tout ordre juridique, c'est-à-dire un principe métajuridique devant s'imposer dans tous les pays et à tous les aspects de la vie en société et conduire au dépérissement des Etats », A. Supiot, *Le droit du travail bradé sur le « marché des normes »*, op. cit., p. 1087.

³³² A. Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France - Culture juridique française et common law*, op. cit., p. 290.

Faisant le jeu de la marchandisation du droit, « *les Etats défendent mieux leur position dans le contexte de la mondialisation, mais prennent également le risque de faire prévaloir l'intérêt économique sur toute autre considération*³³³ ».

89. - Finalités quantitatives. La promotion de la concurrence³³⁴, par les organisations internationales économiques et financières, notamment, dans le cadre de l'OMC, élargit l'application des préceptes du calcul économique quantifiable au domaine des législations sociales. Le calcul permettrait ainsi d'atteindre l'objectif, tant souhaité, de maximiser le taux d'emploi et de minimiser les coûts d'un bon fonctionnement du marché du travail. Ce faisant, les promoteurs de la régulation concurrentielle des relations de travail et des relations entre divers droits nationaux du travail, affichent une préférence en faveur des règles de droit maximisatrices des profits et plaident pour leur circulation entre droits nationaux. En effet, la logique concurrentielle tente d'imputer à la finalité protectrice et humaniste des normes travaillistes la responsabilité des maux de l'économie et de l'apparition du moins-disant social³³⁵. La mission du droit du travail est extérieure à toute logique de concurrence vis-à-vis des législations des autres pays, et n'empêche aucunement la recherche de voies de compétitivité par les entreprises via l'innovation et la qualité de leurs biens et services.

90. - Le comparatisme n'est plus seulement une source importante d'inspiration pour le législateur. Il peut également participer d'une manière active à un vaste système d'évaluation marchande des systèmes juridiques. Dans ce cas précis le comparatisme devient, contrairement à sa double fonction cognitive et normative³³⁶, une source de contraintes pesant

³³³ P. de Montalivet, La « marketisation » du droit. Réflexions sur la concurrence des droits, D. 2013, p. 2923.

³³⁴ A. Supiot, Critique du droit du travail, op. cit., p. XIX.

³³⁵ « Il y a dorénavant compétition réelle entre États pour attirer l'investissement et le contenu de la réglementation nationale du travail fait partie de cette compétition. Cela place une pression énorme sur les gouvernements des pays dont la réglementation du travail est socialement avancée. Il y a dès lors danger que cette compétition entraîne un mouvement vers le bas des réglementations nationales, l'étalon de la comparaison étant fixé par les États dont la réglementation du travail est la moins développée. C'est un phénomène bien connu dans la littérature contemporaine en relations du travail, dont l'idée est parfaitement rendue par l'expression anglaise « race to the bottom », M.-A. Moreau et G. Trudeau, *Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie*, Relations industrielles / Industrial Relations, vol. 53, n° 1, 1998, p. 7, disponible sur www.érudit.org. Souligné par nous. V. récemment en ce sens, A. Supiot, La loi El Khomri attise la course au moins-disant social, op. cit.

³³⁶ V. sur les limites de l'efficacité économique comme instrument de comparaison des droits à l'aune des fonctions traditionnelles du droit comparé, Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, in. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir), *L'efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes juridiques 2010, p. 49, *spéc.*, pp. 60- 65.

sur les décideurs publics. Ces derniers sont de plus en plus disposés à faire du « marketing » de la performance économique, rarement sociale, de leurs systèmes juridiques pour conserver et attirer les entreprises créatrices d'emplois sur le sol national. Le droit est dans cette perspective « *vu, conçu et pensé*³³⁷ » comme produit générateur de valeur « marchande ». S'inscrivant d'une manière générale dans la marchandisation des sociétés humaines et la financiarisation de l'économie³³⁸, les droits nationaux deviennent des produits sous le contrôle du marché, qui doivent répondre aux injonctions et fluctuations de l'économie. Ce mouvement de « marketisation du droit » correspond parfaitement aux analyses faites par Karl Polanyi dans son célèbre ouvrage de 1944 *La grande transformation aux origines politiques et économiques de notre temps*. Selon ce spécialiste de l'histoire de l'économie, la financiarisation des rapports sociaux est comparée à une « fabrique du diable » – *Satanic mill* – ; elle divise et met les hommes en concurrence, et établit une « *subordination de la société aux lois du marché*³³⁹ ». Ainsi, le lien social entre les hommes est « encadré », gouverné par l'économie, alors qu'auparavant dans toutes les sociétés humaines, l'économie était régie, « encadrée » dans le lien social³⁴⁰.

91. - Cette lecture économique des règles organisant les rapports sociaux promeut *in fine* une régulation concurrentielle, attisée par le comparatisme d'intimidation, de la rencontre des droits nationaux, ; celle à l'opposé du rôle joué traditionnellement par le droit comparé.

C. Une réaction inédite à la diversité des systèmes juridiques

92. - **L'impact de l'argument concurrentiel relativisé.** Les crises induites par l'ouverture des marchés nationaux ont impacté négativement la cohérence des fonctions du droit du travail. Les adaptations que les législateurs sociaux doivent mener sont difficiles et,

³³⁷ « Même si elle peut paraître quelque peu subversive, l'approche marketing, consistant à voir, concevoir et plus généralement penser le droit contemporain comme produit nous semble être au contraire vivifiante. C'est la noblesse du marketing que de contribuer à la création de valeur, ce n'est pas incompatible avec un droit porteur de valeur », Ch. Collard, Concevoir le droit comme un produit, in. Mélanges Françoise Dekeuwer-Défossez, Montchrestien 2013, p. 438.

³³⁸ Ch. Hannoun, L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail, RDT 2008, p. 288

³³⁹ K. Polanyi, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, 1983, p. 107.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 88.

souvent, socialement contestées. L'analyse concurrentielle de la diversité des droits nationaux procure théoriquement des avantages comparatifs aux pays dont les standards sociaux sont encore faibles par rapport à ceux des pays développés. Mais cette lecture doit néanmoins être relativisée. En effet, l'avantage concurrentiel ou comparatif tiré de la faiblesse de la législation sociale est, selon le Professeur Emmanuel Dockès, un avantage résiduel et constitue un élément à préserver³⁴¹ pour réaliser un minimum de loyauté dans les échanges économiques entre pays industrialisés et pays en voie de développement. Ces derniers sont de grands importateurs des biens et services à haute valeur ajoutée. En revanche, l'argument concurrentiel reste valable dans les cas où des pays développés assouplissent délibérément leur législation sociale pour drainer les investissements étrangers. C'est le cas, notamment, de certains Etats-membres de l'Union européenne comme la Grande Bretagne, l'Irlande et le Luxembourg dont le modèle économique et social est largement plus favorable en termes de coût réel du travail. Ces Etats sont suspects d'une concurrence sociale déloyale due à leur faible taux de « cotisations-charges » sociales, à la flexibilisation de leur droit du travail et à une faible participation³⁴² des travailleurs dans l'organisation des relations de travail.

³⁴¹ L'auteur explique que « les pays qui bénéficient de cet « avantage » sont, en partie à cause de cet « avantage », des pays pauvres. Il n'en demeure pas moins que, dans un certain cadre et dans certaines limites, certaines faiblesses génèrent un atout dans la compétition économique mondiale. Mais alors celui-ci est à comparer aux avantages dont bénéficient les pays riches, parmi lesquels le moindre coût du capital, des techniques de pointe, et la meilleure formation de leur main d'œuvre. La faiblesse concurrentielle liée au fort coût du travail salarié de ces pays riches est ainsi amplement compensée. Les pays pauvres n'ont guère pour eux que leur main d'œuvre comparativement bon marché. La loyauté de la concurrence plaide alors pour le maintien de cet avantage comparatif notable dont bénéficient les pays pauvres », E. Dockès, *Le droit du travail. Justifications et moyens d'un droit mondial du travail*, in. C. Kassedjian, E. Loquin (dir), *La mondialisation du droit*, Litec. 2000, p. 469. V. égal., en sens, R. Charvin, *L'ordre concurrentiel et l'OMC*, in. *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 191 : « La clause sociale, préalable social, est une arme entre les mains des pays développés pour limiter l'émergence de nouvelles puissances industrielles capables de les concurrencer...Tous les arguments techniques sont avancés, alors que dans le cadre de la concurrence mondiale, le coût social moindre offre aux pays du Sud une chance de développement industriel ».

³⁴² La question de la participation et de la représentation des travailleurs, facteur institutionnel lié à la culture sociale de chaque système de relations professionnelles, constitue un coût indirect du travail pouvant être un élément à prendre en compte en termes de concurrence entre droits nationaux du travail, dans la mesure où les Etats à forte participation des travailleurs dans la gestion des relations de travail tendent à avoir des droits du travail plus stricts et respectés. « *Les coûts indirects du travail sont donc plus élevés quand les travailleurs peuvent défendre leurs droits directement* », v., en ce sens K. Masluskaité, *Concurrence sociale dans l'UE : mythes et réalités*, Etudes & Rapports n° 97, Notre Europe – Institut Jacques Delors, juin 2013, p. 46. Il faut noter que la Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (*Journal officiel n° L 080 du 23/03/2002 p. 0029 – 0034*), visant l'harmonisation minimale des législations nationales sur la participation des travailleurs, en contraignant les entreprises à leur fournir des informations (*portant sur l'évolution récente et l'évolution probable des activités de l'entreprise et de sa situation économique, sur la*

93. - Devant le double phénomène d'internationalisation du droit et de globalisation des marchés, le droit comparé acquiert un intérêt réel et concret³⁴³. Mais son instrumentalisation peut concourir également à la mise en concurrence des législations nationales (sociales et fiscales...etc.). Le comparatisme d'intimidation en est une illustration parfaite ; il permet d'alimenter la thèse de la concurrence normative et de justifier les théories qui sous-tendent certains classements des systèmes juridiques en fonction de leurs capacités d'attractivité économique (ex. Rapport Doing Business de la Banque Mondiale, OCDE). C'est en ce sens que le comparatisme d'intimidation peut être considéré comme une réaction inédite à la diversité des droits. A la multiplicité des stratégies de réaction qu'adoptent traditionnellement les législateurs sociaux nationaux ou régionaux face à la pluralité et à la diversité des droits – unification³⁴⁴, harmonisation, concurrence –, correspond actuellement l'instrumentalisation du discours comparatiste dominant approuvant la concurrence des systèmes juridiques³⁴⁵.

§ 2 : Les réponses à la concurrence normative

94. - La pluralité et l'insuffisance des réponses : droit interne, droit international et droit européen. Les réponses des Etats à la mise en compétition de leurs législations

situation, la structure et l'évolution probable de l'emploi au sein de l'entreprise, sur les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail, a eu une influence significative et déterminante dans certains Etats-membres de tradition volontariste et contractuelle comme le Royaume-Uni et l'Irlande ; v. sur cette question, S. Laulom, *Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie et France)*, in. M.-A. Moreau (dir), *La représentation collective des travailleurs, Ses transformations à la lumière du droit comparé*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires 2012, p. 113.

³⁴³ H. Muir Watt, *Le droit comparé et l'internationalisation du droit*, in. J. du Bois de Gaudusson (dir), *Le devenir du droit comparé en France*, PUAM. 2005, p. 101 : « L'internationalisation ne veut pas dire que le rôle du comparatiste disparaît. Bien au contraire, pour la première fois peut-être il lui revient un rôle qui n'est pas purement décoratif ! ». Souligné par nous.

³⁴⁴ Chimère du droit comparé selon J. Carbonnier, *sociologie juridique*, op.cit., p. 21.

³⁴⁵ « Pour simplifier, on peut distinguer trois types de stratégies de réaction à la diversité, qui me paraissent poser des questions intéressantes. Le premier type est classique, et connu : il regroupe des ambitions qui n'ont guère aujourd'hui le vent en poupe, celles qui consistent à faire émerger une forme d'unité des règles qu'on les désigne sous le terme d'unification ou d'uniformisation... Un deuxième type correspond... [aux]... stratégies d'harmonisation ou de coordination par lesquelles on essaie, me semble-t-il, de faire apparaître des références communes... Il est une dernière stratégie qui est digne d'être prise en compte par les comparatistes : c'est la stratégie de concurrence des systèmes, produit d'une libéralisation générale, et porteuse d'une dévaluation compétitive des systèmes », A. Lyon-Cean, *Le droit comparé et l'internationalisation du droit*, in. J. du Bois de Gaudusson (dir), *Le devenir du droit comparé en France*, op. cit, p. 95. V. pour une vision critique du processus de la concurrence normative dans l'union européenne, A. Raynouard, *La concurrence normative, facteur d'échange entre les droits? La concurrence normative dans l'union européenne*, op. cit., p. 87.

empruntent, parfois, une voie pacifique pour minimiser les réactions agressives et déloyales que peut provoquer la mobilité du capital et des entreprises. La crainte des répercussions économiques et des distorsions concurrentielles dommageables incite au rapprochement des législations nationales, surtout lorsque ces dernières opèrent dans un espace économique intégré. L'idée d'octroyer un minimum de protection aux salariés travaillant pour des entreprises placées en situation de concurrence « *est une préoccupation qui s'exprime dès le XIX siècle*³⁴⁶ ». Regroupés dans des organisations supranationales, les Etats s'efforcent de créer des règles communes pour réguler la concurrence. L'exemple le plus réussi dans ce domaine reste sans doute l'Europe (Union européenne et Conseil de Europe). Malgré les multiples critiques que l'on adresse à la politique d'harmonisation *a minima*, les multiples standards imposés en droit du travail participent de la construction du modèle social européen – droits fondamentaux et règles matérielles, règlements et directives, et décisions judiciaires – et érigent le droit du travail européen en un exemple exportable aux autres régions du monde.

95. - Les techniques d'unification juridique ont, historiquement, démontré leur efficacité dans la lutte contre les effets néfastes de la concurrence. Le droit du travail joue au niveau national un rôle important en la matière. Ses prescriptions, à travers notamment de l'ordre public social, forment, en principe, un socle commun assurant au profit des salariés des garanties minimales et posant un cadre concurrentiel sain à l'ensemble des entreprises d'une activité économique. Le salaire minimum (légal ou conventionnel) est en ce sens une illustration éclatante de ce rôle unificateur que la législation sociale exerce en vue d'empêcher une concurrence vers le bas entre les entreprises, et de garantir une certaine « *équité dans la concurrence*³⁴⁷ ». Il en va de même pour toutes les règles, certes minimales mais impératives, du droit du travail concernant la sécurité, la santé au travail et la réglementation de la durée du travail et des contrats précaires³⁴⁸, qui assument une fonction concurrentielle dans le fonctionnement de l'économie.

³⁴⁶ B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, coll. Manuel, 5^e éd. 2013, p. 2.

³⁴⁷ J. Le Goff, Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, PUR., coll. L'univers des normes, 2004, p. 292.

³⁴⁸ Les entreprises ne peuvent pas, par exemple, faire appel à des contrats précaires pour pourvoir des postes permanents, ce qui confère à cette règle impérative une fonction concurrentielle dans le fonctionnement du marché du travail (V. sur cette question l'ensemble de la réglementation des CDD et des CTT : C. trav., art. L.

96. - Dans ces conditions, il convient d'observer l'incapacité des cadres réglementaires traditionnels à assurer des réponses – satisfaisantes et conformes à l'esprit de la fonction protectrice du droit du travail – aux problématiques soulevées par la concurrence normative **(A)**. L'incapacité incite paradoxalement à une harmonisation spontanée des droits nationaux, sous l'influence, notamment, du discours comparatiste dominant **(B)**.

A. L'insuffisance des cadres réglementaires traditionnels

97. - De l'idéal de relations pacifiques aux affrontements entre standards sociaux nationaux. L'influence des normes travaillistes supranationales sur les droits nationaux du travail n'est plus à démontrer³⁴⁹. La production normative de l'Organisation Internationale du Travail et de la législation sociale européenne, de l'Union européenne mais aussi du Conseil de l'Europe, façonne aujourd'hui l'architecture de la plupart des droits nationaux du travail et contribue à leur convergence. A rebours de cette lecture pacifique des relations entre les droits du travail, certaines situations transnationales – travailleurs migrants et déploiements des activités des entreprises au-delà des frontières nationales – ravivées par une rivalité économique et des écarts entre standards sociaux nationaux divergents³⁵⁰, plaident pour une lecture des relations entre systèmes juridiques à l'aune du « *paradigme compétitif* ». A l'exacerbation de la logique concurrentielle, les actions et orientations actuelles des législateurs supranationaux, par exemple, l'Organisation Internationale du Travail **(1)** et l'Union européenne **(2)** offrent des réponses insuffisantes.

1241-1 et s. pour les CDD et C. trav., art., L. 1251-1 et s. pour les CTT.

³⁴⁹ B. Teyssié (dir), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2014.

³⁵⁰ K. Banks, *The impact of globalization on Labour standards*, in. J. Craig et M. Lynk (dir), *Globalization and the future of labour law*, Cambridge University Press, 2006, p. 77.

1. L'exemple de l'Organisation Internationale du Travail

98. - Constitution de l'Organisation Internationale du Travail et concurrence normative³⁵¹. Aux mouvements migratoires de travailleurs³⁵², ayant précédé les processus de régionalisation juridique en Europe (Conseil de l'Europe et Union Européenne), la nécessité de construire progressivement un droit international du travail constituait une réponse adéquate qui fut adoptée au sein de l'Organisation Internationale du Travail. L'œuvre de celle-ci est considérée comme l'une des premières actions d'internationalisation du droit du travail visant, sinon à unifier les droits du travail, du moins à rapprocher les règles de droit applicables dans les différents Etats membres³⁵³. Une œuvre s'est construite en s'inspirant essentiellement de l'étude comparative des législations sociales nationales. Dit autrement, « *en se donnant pour mission d'établir un Code international du travail en 1919, l'Organisation Internationale du Travail*³⁵⁴ *a ouvert une voie royale à la discipline du droit social comparé*³⁵⁵ ». Pourtant, l'évolution récente de l'action normative de cette instance s'éloigne des objectifs et de l'esprit de la démarche comparative en tant que moteur de promotion des droits des travailleurs.

99. - Evolution de l'action normative de l'OIT. L'élaboration des Conventions internationales³⁵⁶, qui sont, sans doute, un vecteur important de fertilisations croisées entre les

³⁵¹ « Attendu que la non adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays », Préambule de la Constitution de l'OIT. Souligné par nous. V. sur cette question, A. Supiot, Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ? Conférence du cycle pluridisciplinaire d'études supérieures (CPES) - 25 septembre 2014 (http://www.iea-nantes.fr/fr/actus/nouvelles/actualite_600).

³⁵² Ayant animé l'action normative de l'OIT au début du XX^e siècle, la migration internationale de la main-d'œuvre figure toujours à l'ordre du jour de cette instance internationale ; v. en ce sens, BIT, *La migration internationale de main-d'œuvre : une approche fondée sur les droits*, Genève 2010.

³⁵³ N. Valticos, Droit international du travail, op. cit.

³⁵⁴ Seule organisation internationale de la Société des Nations (SDN) ayant survécu à la Seconde Guerre mondiale.

³⁵⁵ E. Vogel-Polsky, Le droit comparé : pourquoi et comment dans le contexte de la politique sociale européenne, in. Le droit social comparé : pourquoi et comment ? Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994, p. 59.

³⁵⁶ Les conventions de l'OIT constituent, aux côtés des recommandations (qui ne sont pas des traités mais contiennent de grandes orientations non contraignantes offrant une source d'inspiration pour les législateurs nationaux), les normes internationales du travail. Elles couvrent un domaine matériel large de la législation sociale (par ex. les conventions n° 122 de 1964, n° 142 de 1975, n° 158 de 1983 concernant l'emploi et le chômage; les conventions n° 87 de 1948, n° 98 de 1949 et n° 105 de 1957 sont relatives aux libertés fondamentales; la convention n° 154 de 1981 est consacrée aux relations professionnelles; la convention n° 182 de 1999 sur les pires formes de travail des enfants; les conventions n° 4 de 1919 et n° 41 de 1934 sur le travail de

droits nationaux du travail³⁵⁷, ne résume pas l'action normative de l'Organisation Internationale du Travail. Celle-ci au cours des deux dernières décennies explore de nouvelles formes de normativité, en l'occurrence celles des déclarations générales. En 1998, par exemple, l'Organisation Internationale du Travail a adopté la déclaration relative aux principes et droits fondamentaux, texte dépourvu de force contraignante pour les États, et dont l'objectif est de rappeler la valeur et le rôle essentiels de certains droits sociaux universels, comme la liberté syndicale et la négociation collective, l'abolition du travail forcé, l'interdiction du travail des enfants et la non-discrimination³⁵⁸. Ces quatre piliers occupent, depuis, le devant de la scène des préoccupations de l'OIT. Cette stratégie d'action, à l'œuvre depuis 1998, constitue une rupture avec les politiques antérieures de cette instance. En effet, l'OIT privilégiait, depuis sa création en 1919, l'élaboration des projets de conventions et de recommandations internationales qu'elle soumettait à la ratification des États membres. Ces normes internationales du travail avaient l'avantage de porter sur des questions concrètes et sur des sujets classiques du droit du travail concernant, par exemple, le licenciement, la durée du travail, le travail de nuit, l'emploi, la liberté syndicale, négociation collective ou la sécurité sociale³⁵⁹. A rebours de cette politique, les orientations du droit international du travail depuis 1998 garantissent seulement un « service normatif minimum » ; ce modèle, fondé sur la promotion de certains droits fondamentaux de l'Homme au travail proclamés par la Déclaration de 1998 de l'OIT, participe d'une entreprise, contestable, de déconstruction de la force normative du droit du travail³⁶⁰.

100. - Le minimalisme normatif accentué. Le passage de la recherche d'une harmonisation mondiale du droit substantiel applicable aux relations de travail, même si elle est progressive, lente, minimale et, de surcroît, dotée d'une grande souplesse³⁶¹ au profit des

nuit des femmes). V. not. S. Hennion. M. Le barbier-Le Bris. M. Del Sol, *Droit social européen et international*, PUF, coll. Thémis 2013 ; v. égal., le site de l'OIT <http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>.

³⁵⁷ N. Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, 2^{ème} éd. 1983, *spéc.*, pp. 215-239.

³⁵⁸ <http://www.ilo.org/declaration/lang--fr/index.htm>.

³⁵⁹ F. Gaudu, *Le droit social à l'épreuve de la mondialisation*, in. *Va-t-on vers un droit mondial?*, *Comprendre la mondialisation* (cycle 3). Éditions de la Bibliothèque publique d'information / Centre Pompidou, 2008. p. 43 (<http://books.openedition.org/bibpompidou/1316>).

³⁶⁰ F. Gaudu, *Libéralisation des marchés et droit du travail*, *Dr. Soc.* 2006, p.508.

³⁶¹ Marquant la souplesse de son action normative, certaines normes de l'OIT prennent la forme de droits-programmes qui ne sauraient, à la différence des droits d'application immédiate, « donner naissance à des droits individuels dont les titulaires puissent directement demander l'exécution, mais consistent en une description générale des objectifs visés et constituent donc plutôt des programmes d'action, parfois à longue échéance, pour les gouvernements : les conventions sur la politique de l'emploi, sur la politique sociale...sur l'égalité de

législateurs nationaux, à une politique de déclarations générales, proche du vocabulaire des droits de l'homme – connu pour son caractère flou, imprécis et, parfois, non contraignant et difficilement transposable en droit positif³⁶² –, traduit une sorte de régression des ambitions de l'OIT. En effet, à l'idéal d'une harmonisation mondiale des droits du travail, l'OIT renonce et promeut, aujourd'hui, une vision libérale de la régulation des marchés du travail, au sein de laquelle fleurissent les techniques d'individualisation³⁶³ de la régulation des relations de travail, au détriment d'une approche collective et contraignante³⁶⁴.

101. - Explication de cette dérive. L'influence de la régulation concurrentielle, précédemment mentionnée, se fait aussi sentir dans la production des normes travaillistes internationales par l'OIT. La Déclaration de l'OIT de 1998, relative aux principes et droits fondamentaux au travail, illustre parfaitement cette approche dans son article 5 en permettant une réserve qui « *viderait la déclaration de tout sens : l'interdiction de la liberté syndicale ou le recours au travail forcé pouvant constituer par exemple un avantage comparatif qui se devrait* » « *en aucune façon être mis en cause*³⁶⁵ ». Cet exemple démontre la faiblesse des

rémunération, sur l'égalité de chances et de traitement en sont des illustrations », N. Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, 1983, p. 232

³⁶² Surtout dans les pays en voie de développement.

³⁶³ « L'horizon est sans surprise celui d'un marché du travail peuplé d'individus armés des mêmes droits fondamentaux, animés par la recherche de leur seul intérêt et débarrassés du poids des solidarités humaines », A. Supiot, Préface, in. G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2014, p. XIV

³⁶⁴ C'est dans cette nouvelle orientation stratégique de l'action de l'OIT que s'est développé depuis 1999 un programme axé sur la notion de « *travail décent* » pour tous (l'objectif du travail décent ne fait pas seulement un sujet de la politique de l'OIT, mais il a également été une préoccupation de la déclaration ministérielle adoptée dans le cadre du Conseil économique et social de l'ONU le 5 juillet 2006. Cette déclaration a repris l'idée de l'OIT sur une « *mondialisation juste et non exclusive* » où « *l'accès pour chaque femme et chaque homme à un travail productif dans des conditions de liberté, d'équité, de sécurité et de dignité* » est primordial). Cette politique passe, selon l'OIT, par l'application de quatre objectifs stratégiques (dont l'égalité et la non-discrimination entre hommes et femmes sont considérées comme des objectifs transversaux) : la création des emplois, la garantie des droits au travail, l'extension de la protection sociale et enfin la promotion du dialogue social entre les partenaires sociaux (V. not., M. Bonnechère, *L'optique du travail décent*, Dr. ouvr. février 2007, p. 57). La notion de « travail décent » n'est pas sans rappeler quelques enseignements de la Déclaration de Philadelphie (A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché Total*, Seuil, 2010) du 10 mai 1944, qui a réaffirmé les principes fondamentaux sur lesquels s'est fondée l'OIT, à savoir les valeurs fondatrices du droit du travail proclamant, notamment, que « *le travail n'est pas une marchandise* » ou que « *la pauvreté, où qu'elle existe, constitue un danger pour la prospérité de tous* ». Animée par le même esprit de cette nouvelle stratégie de l'OIT, la Conférence Internationale du Travail a adopté le 10 Juin 2008 la « *Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable* » (Consultable à l'adresse suivante: http://www.ilo.org/global/resources/WCMS_099767/lang--fr/index.htm). Cette Déclaration essaie de définir les orientations et les objectifs stratégiques en conformité avec les principes fondateurs de 1919 et de la Déclaration de Philadelphie de 1944, et elle est présentée comme « *l'expression de la vision contemporaine de la mission de l'OIT à l'ère de la mondialisation* ».

³⁶⁵ A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, éd. Seuil 2005, p. 293

instruments normatifs internationaux, voire leur participation à la promotion du modèle concurrentiel dans la gestion de la diversité des législations nationales. Pour mieux comprendre la raison de ce choix stratégique de l'OIT sur cette question, le Professeur Mahmoud Salah propose de l'analyser à la lumière de l'évolution des négociations au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) à la même époque de l'édiction de la Déclaration de l'OIT de 1998. Cette dernière constitue, selon le Professeur Mahmoud Mohamed Salah, une réponse à l'échec des négociations au sein de l'OMC sur la clause sociale³⁶⁶ : « *on comprend alors que la Conférence ministérielle de l'OMC, tout en affirmant « son engagement d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues » et en rejetant l'usage de ces normes à des fins protectionnistes, ait transféré le problème de la clause sociale à l'OIT, qu'elle considère être « l'organe compétent pour établir ces normes et s'en occuper ». La réponse immédiate de l'OIT fut l'adoption, le 19 juin 1998, de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux du travail [...], laquelle prend, comme la déclaration issue de la Conférence ministérielle de l'OMC de Singapour de 1996, le soin d'énoncer le rejet de tout « usage des normes du travail à des fins protectionnistes » et d'affirmer que « l'avantage comparatif des pays, en particulier des pays en développement à bas salaires, ne doit en aucune façon être remis en question »*³⁶⁷ ».

102. - Le retrait de l'action de l'Organisation Internationale du Travail concernant la promotion des droits sociaux et économiques des travailleurs, reflète particulièrement une tendance, lourde de conséquences, en droit du travail : celle axée sur une logique de substitution, préférant la proclamation de droits fondamentaux (à l'instar, du droit de la non-

³⁶⁶ L'idée est de soumettre la réalisation des opérations commerciales internationales à une clause sociale qui participerait à la protection des droits fondamentaux des salariés. Toutefois, la concrétisation d'une telle idée est une mission compliquée, et économiquement néfaste pour les pays en voie de développement « à bas coût ». La conciliation au sein de ces pays entre des standards sociaux élevés, tels qu'ils sont en vigueur dans les pays riches, avec les besoins, vitaux, en termes de développement économique relève plutôt de l'utopie (pour une présentation éclairante des débats sur l'introduction de la clause sociale dans les Traités commerciaux internationaux, V. M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, op. cit., p. 190 et s.). V. égal. Sur des éventuels effets pervers de tels dispositifs (Clause sociale et système de préférences généralisées) A. Jammaud, *Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation*, Dr. Ouvr. 1998, p. 248 : « *la question primordiale reste, bien entendu, de savoir si un tel dispositif juridique [...] ne risque pas de produire bientôt un effet pervers en réduisant les avantages comparatifs de coûts de main-d'œuvre qui sont souvent les seuls dont bénéficient les pays pauvres. Il y a même soupçon que les pays les mieux lotis de la planète cherchent à restaurer indirectement un protectionnisme ».*

³⁶⁷ M. M. Salah, *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?* LGDJ, coll. Droit & Economie, 2012, spéc., p. 154 et s. Souligné par nous. V., égal., du même auteur, *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux*, *RID éco.*, 2001, p. 251.

discrimination – ex. Civil Right Act du 2 juillet 1964 –, presque l'unique protection des travailleurs américains vis-à-vis des pouvoirs unilatéraux de l'employeur en matière de *l'employment at will*)³⁶⁸ aux règles substantielles précises du droit du travail. Cette évolution peut être rapprochée de l'insuffisance de celle de l'Union européenne en droit du travail.

2. L'exemple de l'Union européenne

103. - Régionalisation du droit et concurrence normative. Le phénomène de concurrence normative n'est pas seulement la conséquence de la globalisation. Il se constate aussi dans le mouvement de régionalisation du droit. La circulation et l'accueil des normes venues d'ailleurs dans les ordres nationaux sont accentuées par l'apparition des organisations régionales. Celles-ci n'offrent pas uniquement un cadre idéal de rencontre, mais elles tendent également vers l'organisation des rapports entre les divers droits nationaux et le droit supranational.

La concurrence normative, par exemple, au sein d'une organisation comme l'Union européenne est illustrée par l'attachement des Etats membres à leurs propres traditions et institutions juridiques qu'ils veulent promouvoir ou imposer au législateur régional en vue d'éviter des modifications importantes de leur droit interne. Au-delà d'être un véritable sanctuaire du métissage des cultures juridiques, l'Europe, « *laboratoire de la mondialisation*³⁶⁹ », présente le modèle le plus avancé en la matière. Mais, elle constitue également l'un des lieux traditionnels de compétition juridique³⁷⁰. Les différentes solutions nationales y sont sélectionnées, étudiées, comparées et mises en concurrence ; les instances de l'Union européenne recourent, par exemple, dans l'élaboration de leurs instruments normatifs

³⁶⁸ F. Gaudu, *Le droit social à l'épreuve de la mondialisation*, op. cit.

³⁶⁹ M. Delmas-Marty, *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation*, D. 2000, p. 421.

³⁷⁰ Pour une approche néolibérale de la concurrence dans l'espace européen, v. P. Salin, *La concurrence*, PUF. Coll. QSJ. 1995, p. 123: « *le grand mérite de la concurrence c'est précisément qu'elle incite à la diversification. Si l'on veut, par conséquent, que l'intégration européenne permette de mieux satisfaire les besoins des Européens, il conviendrait d'adopter la première conception (celle qui met l'accent sur la suppression de toutes les entraves à la liberté de choix au détriment de celle qui privilégie la création de monopoles publics européens), c'est-à-dire celle qui consiste à accroître la concurrence en Europe dans tous les domaines* ». Souligné par nous.

(directives, règlements...) à la comparaison³⁷¹ des divers choix normatifs faits par les Etats membres. Cette stratégie ne va pas sans risques, en l'occurrence le spectre du réveil des nationalismes³⁷².

104. - La concurrence normative, l'exemple de la Méthode ouverte de coordination sociale. L'essoufflement de l'action normative traditionnelle d'harmonisation des droits du travail a fait place à l'émergence d'une nouvelle alternative³⁷³ moins contraignante depuis la fin des années 1990, en l'occurrence la Méthode Ouverte de Coordination (MOC) mettant en place la Stratégie Européenne pour l'Emploi (SEE). Celle-ci a permis « *d'offrir une arène dans laquelle les États membres, tous convaincus de la supériorité de leurs « modèles » se sont affrontés et ont confronté leurs solutions, voire, ont essayé de les proposer aux autres*³⁷⁴ ». Il y apparaît en filigrane les traces de la logique concurrentielle dans la gestion des relations entre acteurs institutionnels et modèles juridiques nationaux, avec comme objectif la performance des marchés du travail. En effet, l'apprentissage mutuel et l'auto-évaluation ou l'évaluation « *par les pairs* », processus institués par la MOC sociale conduisent les décideurs publics à être plus attentifs à la question des performances réalisées au sein de l'Union en vue, le cas échéant, de s'en inspirer. Cette méthode, fondée sur la comparaison des situations nationales, se distingue par ailleurs des modes d'action classiques de l'Union européenne³⁷⁵ :

³⁷¹ V. sur cette question, R. Mensbrugge (dir.), *L'utilisation de la méthode juridique comparative en droit européen*, Travaux de la faculté de droit de Namur, Vol. 20, Presses universitaires de Namur, 2003.

³⁷² Comme il a été rappelé par le Professeur Arnaud Raynouard : « [...] *La concurrence normative, en ce qu'elle tend à considérer la règle de droit et les modalités de production des normes comme de simples données évaluables par le marché, fait courir un risque politique en suscitant en réaction un réveil des nationalismes* », A. Raynouard, *La concurrence normative, facteur d'échange entre les droits. La concurrence normative dans l'Union européenne*, op. cit., p. 104.

³⁷³ V. sur cette évolution de l'action normative de l'Union européenne en matière de droit du travail, S. Laulom, *Stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation*, RDT. 2007, p. 643 ; du même auteur, *Harmonisation législative et stratégie européenne pour l'emploi*, RDT. 2007, p. 710.

³⁷⁴ J.-C. Barbier, « *Stratégie de Lisbonne* » : *les promesses sociales non tenues*, Documents de Travail du Centre d'Economie de la Sorbonne 2010, p. 6 (<ftp://mse.univ-paris1.fr/pub/mse/CES2010/10018.pdf>).

³⁷⁵ Après les élargissements successifs de l'Union européenne, créant une diversité croissante entre les différents modèles sociaux des Etats membres, l'activité normative de l'Union s'est recentrée sur des valeurs qui forment une référence commune. Le renforcement de la protection des droits fondamentaux des salariés, la lutte contre le harcèlement et les discriminations, constituent, notamment, un domaine important de l'interventionnisme législatif de l'Union, dans la mesure où ces droits sont plus aisément « universalisables ».

L'harmonisation des droits nationaux du travail dans le cadre de l'Union a testé plusieurs modes d'élaboration de la norme sociale. Au début de cette politique l'accent a été mis sur les instruments classiques et « durs » de l'intervention législative de l'Union - règlements et directives -, pour ensuite, depuis l'acte unique européen et surtout de l'Accord sur la politique sociale joint, en 1992, au Traité de Maastricht, favoriser l'établissement de relations conventionnelles d'inspiration « *démocratique-procédurale* » (E. Mazuyer. *L'harmonisation sociale européenne. Processus et modèle*. Préf. A. Jeammaud. Bruylant 2007, p. 168) entre les partenaires sociaux

unification – par règlement –, harmonisation – par directives –, coordination et coopération...; ces différents procédés sont « *antinomiques avec l'idée d'une concurrence qui est une rivalité*³⁷⁶ ».

105. - L'insuffisance des cadres réglementaires traditionnels – national, régional et international – par rapport à la montée en puissance de la logique concurrentielle, interpelle l'observateur des relations entre systèmes juridiques : parler de l'existence de compétition des droit nationaux « *c'est avancer une certaine conception de la manière dont les systèmes juridiques interagissent*³⁷⁷ ». Les interactions semblent emprunter, souvent, la voie de l'harmonisation, non comme une technique de réduction de la diversité des droits, mais comme une réponse aux impératifs de compétitivité et d'attractivité économique desdits droits ; elles en relèguent au second plan les considérations relatives au progrès social. Les sources traditionnelles du droit du travail ne fournissent pas une alternative crédible à la montée en puissance du « paradigme compétitif ». Pire, elles en traduisent les schémas au sein de leurs outils normatifs.

européens. Ces procédés classiques de l'intervention du législateur européen semblent souffrir d'un essoufflement, dû, notamment, au manque de consensus entre les Etats membres, aux divergences persistantes entre les partenaires sociaux européens en matière sociale, et à la crise économique qui frappe l'Europe. Mais, depuis une quinzaine d'années, le législateur communautaire en général, avec l'institution de la Méthode Ouverte de Coordination (MOC), et le législateur social en particulier, avec le développement de la Stratégie Européenne pour l'Emploi (SEE), privilégient une approche douce de la production des normes. À partir du Traité d'Amsterdam (1997), l'approche réglementaire - édicition de normes minimales en vue d'égaliser les conditions de concurrence et de lutter contre le dumping social - a été associée à une autre logique, cognitive plutôt que normative, visant la coordination plutôt que l'harmonisation des législations sociales. Cette méthode privilégie le *benchmarking* (Étalonnage progressif d'une norme par échange de bonnes pratiques, v. P. Lelie, B. Vanhercke, *Inside the Social OMC's Learning Tools: How « Benchmarking Social Europe » really worked*, OSE Paper Series, Research Paper No. 10, February 2013, 61p.) plutôt que le *monitoring* et la *surveillance*. La politique sociale de l'Union européenne se limite aujourd'hui à la création d'un cadre propice pour la coordination des politiques nationales sur la base d'une évaluation de ces dernières, en formulant des recommandations dépourvues, en apparence, de toute force juridique contraignante, mais dotées d'une force persuasive considérable (M. Schmitt, *L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi*, RDT 2014, p. 454 ; F. Canut, *L'environnement européen de la flexisécurité*, Dr. soc. 2014, p. 670).

³⁷⁶ A. Raynaud, *La concurrence normative, facteur d'échange entre les droits. La concurrence normative dans l'Union européenne*, op. cit., p. 99.

³⁷⁷ L. Usunier, Introduction, *La concurrence normative, un mode de représentation des rapports entre les systèmes juridiques en vogue*, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, *La concurrence normative. Mythes et réalités*, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de paris, volume 33, 2013, p. 16.

106. - A mesure que les acteurs nationaux du droit du travail sont de plus en plus habités par la concurrence par comparaison, cette situation laisse la voie ouverte pour une convergence spontanée des droits.

B. L'incitation à la convergence spontanée des droits

107. - **Quelques repères historiques des actions harmonisatrices.** L'impact concurrentiel que pourrait produire le nivellement des législations sociales constitue une préoccupation majeure des décideurs politiques qui traverse l'histoire de la législation sociale³⁷⁸. Un Professeur de droit du travail résumait au début du XX siècle les raisons sociales présidant à une telle préoccupation au niveau international : « *Le droit international ouvrier a pour but final de mettre à l'abri de la concurrence internationale un minimum de conquêtes ouvrières qui définissent le statut de l'humanité*³⁷⁹ ». La logique humaniste et progressiste commande sur le plan international l'effort d'harmonisation des droits nationaux, celui d'un rapprochement progressif et raisonné dans la préservation des différences et de la pluralité.

108. - En Europe, l'une des missions essentielles de l'intervention législative de l'Union européenne, exprimée dans son programme « Mieux légiférer », est d'ailleurs de réduire au maximum l'impact économique de la diversité des législations de ses Etats membres : « *La réglementation européenne a supprimé efficacement les obstacles qui faussent la concurrence et sont sources de conflit entre les différents systèmes nationaux*³⁸⁰ ». Contrairement à une injonction autoritaire unificatrice par le haut, l'harmonisation des droits du travail, dans le cas

³⁷⁸ Les considérations liées à l'égalisation des obligations sociales et à l'organisation de la concurrence n'ont pas été étrangères aux motivations des Etats signataires de certains traités internationaux à caractère social ou économique. Mais si l'argument fondé sur l'exigence d'éviter le spectre d'une concurrence sauvage constituait un facteur du développement des codifications sociales internationales, il n'en reste pas moins que d'autres considérations – *d'ordre progressiste* – ont été et continueront d'être des justifications essentielles de la réglementation internationale du travail, car « *les conventions (internationales) ne devraient pas seulement s'attacher à égaliser les charges sociales des Etats se trouvant en concurrence, mais qu'elles devaient avant tout poser les principes d'une législation établissant des conditions de travail équitables propres à servir de modèle et de stimulant aux Etats* », N. Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, 1983, p. 103.

³⁷⁹ E. Mahaim, *Le droit international ouvrier*, R.I.T, vol. I, 1921, p. 310

³⁸⁰ Brochure (http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/brochure/br_brochure_fr.pdf) : « initiative « Mieux légiférer » expliquée simplement », 2006, p. 5.

de l'Union européenne, tend traditionnellement à atteindre un degré de rapprochement des législations nationales qui produirait « *une équivalence dans les résultats économiques*³⁸¹ » compatible avec l'idéal d'« *égalisation dans le progrès*³⁸² ». C'est pour cette raison que, par exemple, le Traité de Rome du 25 mars 1957, instituant la Communauté européenne, a imposé un certain nombre d'obligations aux Etats membres. Ce fut le cas, notamment, de son article 119 relatif à l'égalité de traitement en matière de rémunération entre hommes et femmes accomplissant un même travail, et des autres minima normatifs édictés par le droit communautaire dérivé établissant « un plancher » en principe indérogeable, ou par voie conventionnelle³⁸³. L'intérêt que porte le législateur communautaire à la voie conventionnelle, visant à pallier l'essoufflement de la méthode communautaire classique repose sur une harmonisation négociée par les représentants du monde du travail. L'activité normative de ces derniers demeure très faible. Ces voies classiques d'harmonisation des droits des Etats membres sont aujourd'hui largement dépassées par l'intensité de l'action de l'Union européenne dans le cadre de la Méthode ouverte de coordination sociale intégrée au processus de mise en place des Grandes Orientations de Politiques Economiques³⁸⁴.

109. - Au-delà de ces quelques indications sommaires sur l'action coordonnée de rapprochement des droits nationaux, le mouvement de convergence spontanée, engendrée par les analyses fondées sur le paradigme concurrentiel, condamne l'idée d'une « *convergence dans le respect de la pluralité*³⁸⁵ ».

³⁸¹ G. Lyon-Caen, *L'apport du droit comparé en droit du travail*, op. cit., p. 317.

³⁸² Art. 51 TFUE.

³⁸³ L'élaboration de règles professionnelles, interprofessionnelles ou sectorielles, au niveau européen est une procédure courante issue du dialogue social européen. Au-delà de l'ambition de réaliser une démocratie sociale, l'objectif recherché par la négociation collective au niveau de l'Union européenne tend à l'établissement de règles communes de concurrence applicables aux entreprises européennes afin de limiter la concurrence normative entre les Etats membres. La négociation, interprofessionnelle ou sectorielle, s'efforce donc de répondre à un besoin d'égalisation des conditions de concurrence pour juguler les effets nocifs du *dumping social* au sein de l'Europe économique, et participe ainsi à la fois à la construction d'un espace européen de négociation – créateur d'un embryon de statut collectif des salariés des entreprises à dimension européenne et, modestement, d'une « *Europe sociale* » – et à l'effort d'harmonisation des droits nationaux du travail. V. not. N. Maggi-Germain, A. Dufresne, C. Gobin, *De la négociation collective au dialogue social : l'influence de l'Union européenne sur la transformation des relations professionnelles*, in. A. Dufresne, N. Maggi-Germain (dir), *Les relations professionnelles en Europe et en Amérique latine*, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 71.

³⁸⁴ V. infra. n° 166 et s., et 670 et s.

³⁸⁵ J.-P. Laborde, *Le droit comparé du travail à l'épreuve de la mondialisation*, op. cit., p. 29.

110. - Les voies de l'harmonisation spontanée. La convergence spontanée est celle qui se déclenche par la concurrence par comparaison en dehors de toute politique harmonisatrice. L'opposition économique des pays de tradition civiliste et ceux de *Common Law* serait un facteur clé pour comprendre le processus de convergence spontanée. Sortant vainqueurs dominants à la fois des luttes idéologiques ayant dominé le XX siècle et de la globalisation des marchés, les systèmes juridiques anglo-saxons exercent une influence inexorable sur les autres systèmes. Leur conception du droit du travail « *vu comme une pièce du droit de l'entreprise [...] serait appelée à s'imposer partout, à plus ou moins brève échéance, avec plus ou moins de nuances*³⁸⁶ ». ».

Emancipée de la tutelle des processus coopératifs et formalisés des politiques institutionnelles supra-étatiques de rapprochement des droits, la convergence spontanée est une réponse à la pression exercée par la mobilité du capital et des entreprises³⁸⁷ profitant de la fixité territoriale des législations nationales. Dans ce schéma, les Etats sont incités à faire des choix unilatéraux et non coordonnés, en gardant un œil sur les évolutions à l'œuvre dans des pays concurrents, voire dominants. Cela aboutit à une uniformisation de « *l'offre juridique* » des Etats à destination des entreprises. L'objectif visé est double : rendre le droit national économiquement attractif – captation des investissements étrangers – et dissuader les entreprises de délocaliser leurs activités productives.

111. - Issues de choix politiques et sociétaux, la diversité et la pluralité des législations nationales constitueraient pour les agents économiques autant d'obstacles aux échanges, au développement économique et à la création d'emplois. Cet argument permet *in fine* d'exercer une pression sur les législateurs nationaux, dans la mesure où certaines entreprises jouissent d'une liberté de circulation leur permettant de se soumettre au droit le moins coûteux en délocalisant leur production ; partant, elles participent au développement du moins disant social. Ainsi, à défaut d'un rapprochement concerté et coordonné par les décideurs publics, c'est une harmonisation concurrentielle et décentralisée entre systèmes juridiques qui fait son

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Selon Madame Horatia Muir-Watt « les législateurs [nationaux sont] perçus comme engagés dans un processus d'émulation réciproque, induit et arbitré par les choix des opérateurs économiques privés », ayant pour mission de réduire les divers coûts de transactions, H. Muir-Watt, *La concurrence entre systèmes juridiques*, La lettre de prospective, 24 mai 2004, p. 1. Souligné par nous.

chemin. Ce processus de convergence spontanée part d'une forme « *d'apprentissage mutuel* » – auquel participe le discours comparatiste – entre législateurs, proche de celle développée par la Méthode Ouverte de Coopération au sein de l'Union européenne. En effet, les réflexions comparatistes adoptées par les acteurs du droit du travail mettent en valeur la circulation des modèles juridiques étrangers, jugés comme économiquement efficaces et en adéquation avec les préférences des opérateurs économiques. Tandis que les autres aspects – la dimension sociale par exemple – desdits modèles sont rarement explorés.

Par ailleurs, le contenu des règles de droit auquel pourrait aboutir la « *convergence spontanée des droits*³⁸⁸ », ne serait pas nécessairement et formellement identique d'un pays à l'autre. Ce qui est véritablement recherché, c'est l'obtention de résultats matériellement similaires conformes aux attentes de ceux qui mobilisent le dogme concurrentiel.

112. - La lecture purement économique des droits du travail – pour laquelle le comparatisme d'intimidation plaide –, fondée sur la minimisation des coûts de transaction, anime de plus en plus l'action des législateurs. Elle provoque une convergence spontanée, désordonnée et anarchique des droits, et ignore de surcroît l'utilité économique du droit du travail dont l'appréciation ne peut convenablement se faire qu'en partant de la compréhension de la spécificité des contextes nationaux.

§ 3 : La minimisation du rôle concurrentiel du droit du travail

113. - Utilité concurrentielle de la norme travailliste. En citant dans son *Traité élémentaire de législation industrielle* des références étrangères sur la nécessité et les effets positifs d'une intervention législative pour réglementer les relations de travail, Paul Pic justifiait l'action normative du législateur français dans ce domaine³⁸⁹. Les utilités de ce corps

³⁸⁸ L. Usunier, R. Sefton-Green, Conclusion, La concurrence normative, mythe ou réalité ?, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, La concurrence normative. Mythes et réalités, op. cit., p. 259, spéc., 287 et s.

³⁸⁹ « Placés en présence d'une question ouvrière de plus en plus menaçante, la plupart des Parlements ont compris que le procédé commode de l'abstention systématique était irrévocablement condamné, et qu'il risquait de conduire les Etats qui continueraient à le pratiquer à des catastrophes, ou tout au moins à des crises économiques et sociales redoutables. Les faits ont été plus forts que les théories ; l'interventionnisme l'a définitivement emporté, et les Etats qui ont franchement accepté la tactique nouvelle n'ont certes pas eu à s'en

de règles régissant les rapports de travail sont multiples : à son utilité sociale répond sa fonction concurrentielle. Le droit du travail joue un rôle de médiation entre le capital et le travail ou un rôle « *d'interposition*³⁹⁰ » entre la dignité des travailleurs et les lois du marché et participe à la réglementation du marché du travail. Il place également les entreprises sur un pied d'égalité face aux contraintes inhérentes à une utilisation soutenable de la force de travail. L'objectif poursuivi est d'éviter que la compétition « *ne conduise à faire tomber le prix de la force de travail au-dessous du minimum jugé nécessaire à sa perpétuation*³⁹¹ ». Signe d'une « *égalité concrète*³⁹² » entre les entreprises, l'application de la réglementation relative, par exemple, aux seuils d'effectifs³⁹³ ou aux règles préventives liées à la protection de la santé et la sécurité des salariés³⁹⁴, s'efforce de garantir une concurrence sociale équitable et saine au sein du marché du travail, en luttant contre le risque d'une régression sociale. Le Code du travail fourmille d'exemples allant dans ce sens.

114. - Cette utilité concurrentielle des règles travaillistes, tant nationales qu'internationales³⁹⁵, contribue – comme l'avait soulignée Paul Pic à l'aube du siècle dernier – à canaliser « *la lutte internationale entre les industriels des différents pays, qui, secondés par leurs gouvernements respectifs, cherchent à monopoliser pour eux-mêmes les marchés*

repentir. Il suffit pour s'en convaincre de comparer la prospérité indéniable des Etats qui possèdent, une législation réglementaire plus ou moins complète, tels que l'Allemagne, l'Angleterre, la Belgique, la Suisse ou les Etats-Unis (sans parler de la France), à la situation économique précaire de certains Etats demeurés trop longtemps fidèles à l'abstentionnisme, tels que l'Espagne, où les grèves de Catalogne (février-mars 1902) revêtirent le caractère d'une véritable guerre sociale », P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, Paris, 4^{ème} éd. Rousseau, 1912, p. 10 (téléchargeable à l'adresse suivante : <https://archive.org/stream/traitlment00picpuoft#page/n7/mode/2up>).

³⁹⁰ J.-E. Ray, *Droit du travail. Droit vivant*, éd. 2013/2014, op. cit., n° 21, p. 21. Une partie de la législation sociale traduit bien la célèbre formule de Lacordaire : « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* », 52^{ème} conférence de Notre-Dame, du 16 avril 1848.

³⁹¹ J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 24^e éd. 2008, n° 130, p. 210.

³⁹² Ibid.

³⁹³ Permettant de moduler les contraintes réglementaires des entreprises proportionnellement à leur taille : mise en place de délégués du personnel, d'un comité d'entreprise, d'un CHSCT, d'obligations de négocier, etc. Pour une énième tentative de « détricotage » du droit du travail, la proposition du ministre du travail, chère au patronat français, en mai 2014, concernant « une suspension des seuils sociaux pour une durée pouvant aller jusqu'à trois années », v. sur cette question, P. Lokiec, *Suspendre les seuils sociaux, à quoi bon ?* Sem. soc. Lamy, n° 1643, 2014, p. 11.

³⁹⁴ Visant à la fixation du montant des cotisations patronales au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles (AT/MP). Les taux de cotisation, calculés sur la base de coûts moyens correspondants à la moyenne des dépenses causées par des sinistres de gravité équivalente dans chaque secteur d'activité, varient en fonction de la taille des entreprises concernées. Plus la taille de l'entreprise augmente, plus le taux de cotisation est individualisé en se basant sur les scores de l'établissement en matière de sécurité.

³⁹⁵ N. Valticos, *Droit international du travail*, op. cit., p. 103.

*intérieurs, et à déverser le trop-plein de leurs produits sur les marchés étrangers*³⁹⁶ ». Ce risque, contre lequel le droit du travail s'est érigé dès sa naissance continue dans une large mesure de cristalliser les débats sur l'intensité de la réglementation du travail ; un tel risque sert souvent d'argument pour les adeptes de l'analyse économique comparée du droit du travail pour revendiquer des allègements réglementaires, voire une déréglementation.

115. - Au niveau national, l'une des manifestations de ces revendications affaiblissant la fonction concurrentielle du droit du travail concerne le débat sur la déréglementation des accords d'entreprises vis-à-vis des accords de branche. Celle-ci serait bénéfique à la création d'emploi et au retour de la croissance. Les partisans d'une réforme allant dans ce sens citent les récentes réformes espagnole et italienne du droit du travail³⁹⁷. Cet usage de l'argument de droit comparé, guidé par le dogme compétitif, est contesté et contestable³⁹⁸, car il méconnaît l'utilité économique et concurrentielle de la législation travailliste, étatique comme conventionnelle, en faveur des entreprises.

116. - L'érosion de la finalité concurrentielle des conventions de branche. La crise de la négociation de branche ne concerne pas seulement le système français de relations professionnelles. C'est une caractéristique commune à plusieurs Etats membres de l'Union européenne. Elle est la conséquence des « *transformations des droits collectifs à la suite des réformes portant sur la négociation collective vont dans le sens de l'introduction de mécanismes permettant la mise en place de mécanismes dérogatoires, in pejus, au niveau de l'entreprise ou de l'établissement quand auparavant la branche était protectrice*³⁹⁹ ». Assumant, par le passé, un rôle primordial dans l'égalisation des conditions de concurrence

³⁹⁶ Constat dressé par Paul Pic, dans son *Traité élémentaire*, au début du XX^e siècle qui reste parfaitement valable aujourd'hui, P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, op. cit., p. 9.

³⁹⁷ P. Cahuc, F. Kramarz, J. Tirole et alii., *Pour un Jobs Act à la française*, op. cit ; Ph. Aghion, J. Tirole, P. Cahuc et alii., *Projet de loi El Khomri, une avancée pour les plus fragiles*, op. cit. V. sur l'évolution récente des droits espagnol et italien du travail, Ph. Martin, *Le droit du travail en Espagne et en Italie. Convergences, divergences, singularités*, Les cahiers Irice, 2014/1 n° 11, p. 37.

³⁹⁸ « Plusieurs pays comme l'Espagne ou l'Italie ont supprimé récemment tout encadrement des accords d'entreprise, ça n'a pas créé d'emplois. Le discours du patronat prônant la dérégulation est purement idéologique. Il ne fait rien et n'a rien à dire d'intéressant pour dynamiser l'activité économique, il se contente d'aller d'une surenchère à l'autre », J.-M. Pernot, *Notre système de représentation ne peut produire de compromis*, Sem. soc. Lamy, 20 octobre 2014, n° 1648, p. 3.

³⁹⁹ M.-A. Moreau, *Le rôle du droit dans la transformation du mode de représentation des travailleurs. L'intérêt d'une approche comparative*, in. M.-A. Moreau (dir), *La représentation collective des travailleurs, Ses transformations à la lumière du droit comparé*, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires* 2012, p. 9.

entre les entreprises⁴⁰⁰, les conventions de branches souffrent aujourd'hui d'une marginalisation grandissante au profit des accords d'entreprise⁴⁰¹. Le recul de la fonction régulatrice de la négociation de branche provoque une mise en compétition entre les entreprises préjudiciable aux salariés, et marquera le retour vers les mécanismes traditionnels de régulation du marché. Dotée d'une fonction concurrentielle⁴⁰² fondatrice, surtout en matière de salaires, la convention de branche décline au profit de l'utilité organisationnelle de l'accord d'entreprise, plus apte à s'adapter à la diversité et à la complexité des situations économiques et sociales des entreprises. Cette érosion de la négociation de branche, en raison de la décentralisation de la production normative conventionnelle au profit du niveau de l'entreprise, correspond à un argument qui revient d'une façon récurrente dans le débat de l'adaptabilité du droit de la négociation collective aux faits socio-économiques : « *il convient en effet de tenir compte des réalités car c'est le fait qui crée le droit et non le droit qui crée le fait*⁴⁰³ ».

117. - Ici, encore une fois, le dogme de l'adaptation du droit au fait semble justifier cette orientation majeure du droit de la négociation collective. Prise dans un double jeu d'autonomie des conventions collectives et d'effectivité de la contractualisation du droit du travail, la branche, entre l'interprofessionnel et l'entreprise, peine à trouver sa place⁴⁰⁴. On assiste à une bipolarisation soutenue de la création de la norme conventionnelle. La régression de la finalité concurrentielle de la convention de branche répondrait aux nombreuses règles contraignantes « *uniformes* » que cette dernière « *imposerait aux entreprises [...] au mépris de leur diversité et, par accroissement du coût du travail, elle entraverait leur compétitivité dans un environnement de plus en plus difficile*⁴⁰⁵ ». En somme, la négociation collective

⁴⁰⁰ L'une des missions des conventions collectives est la garantie d'une concurrence loyale entre les entreprises de la même branche professionnelle. V. l'affaire Albany C-67/96, CJCE 21 septembre 1999, Dr. Soc. 2000, p. 106, obs. X. Prétot.

⁴⁰¹ V. en ce sens les apports de la loi Travail n° 2016-1088 du 8 août 2016

⁴⁰² P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations collectives de travail*, Tome 2. PUF, coll. Thémis 2011, n° 242, p. 230.

⁴⁰³ Fr. Favennec-Héry, *Les accords de maintien de l'emploi*, op. cit., p. 50.

⁴⁰⁴ « Dans cet environnement en mutation... la branche trouve difficilement sa place. Son rôle traditionnel semble aujourd'hui dévolu à la négociation d'entreprise et ce sont désormais essentiellement les institutions qui se sont développées autour de la formation ou de l'anticipation de la transformation des emplois qui fondent sa légitimité », M. Tallard, C. Vincent, *Les branches professionnelles sont-elles toujours un lieu pertinent de négociation des normes d'emploi ?*, Dr. Soc. 2014, p. 212.

⁴⁰⁵ A. Jobert, *Vers un renouveau du dialogue social en France ?*, in. *Travail et protection sociale : un droit malmené*, Esprit, janvier 2009, p. 127. L'auteur n'adhère pas à cette thèse.

d'entreprise, considérée comme un outil de gestion performant visant la création d'un véritable statut conventionnel⁴⁰⁶ – « *sur mesure* » et facteur de « *différenciation*⁴⁰⁷ » – propre à chaque entreprise, empiète de plus en plus sur les prérogatives de la négociation de branche, réduite à un « *rituel creux*⁴⁰⁸ ».

118. - En définitive, la cohérence de l'édifice normatif travailliste ne sort pas indemne de ce travail de ré-ordonnancement de sources des règles de droit du travail. Les dimensions protectrice – des salariés des petites entreprises – et régulatrice – de la concurrence au sein du marché du travail – assumées traditionnellement par la branche, ne rendent-elles pas indispensable le maintien de la négociation de branche, qualifiée de « *pivot de la régulation contractuelle* » des relations sociales qui, contrairement aux accords d'entreprise, s'adresse à tous les salariés de la profession⁴⁰⁹ ?

⁴⁰⁶ P. Lokiec, Droit du travail, Les relations collectives de travail, op. cit., n° 242, p. 230.

⁴⁰⁷ Assurant la primauté de la source inférieure (accord d'entreprise) dans la hiérarchie des normes en droit du travail, v., M.-A. Souriac, *Les réformes de la négociation collective*, RDT, 2009, p. 14.

⁴⁰⁸ A. Jobert, Vers un renouveau du dialogue social en France ?, op. cit., p. 127.

⁴⁰⁹ A. Jobert, Vers un renouveau du dialogue social en France ?, op. cit., p. 128.

Conclusion du Chapitre 1

119. - La prolifération des normes juridiques et l'accélération des réformes en droit du travail sont de plus en plus rythmées, analysées et confrontées au prisme comparatiste. Les réflexes comparatistes sont devenus courants et agitent souvent les débats. Ils fournissent aux uns des arguments pour pointer la complexité, voire la nocivité économique des normes travaillistes ; ils offrent aux autres des raisons pour justifier la fonction protectrice et le rôle de régulateur du marché du travail de ces dernières. De surcroît, l'usage de l'analyse comparatiste prend une autre tournure sous l'influence de la rhétorique de la globalisation et de la circulation des modèles juridiques, notamment, sous l'influence de la concurrence et des systèmes juridiques⁴¹⁰, et des régulations privées d'entreprise⁴¹¹. L'impact de la globalisation économique et juridique sur les usages du droit comparé en droit du travail ne peut être anodin. Si théoriquement, les législations nationales sont formellement dictées conformément aux règles nationales de répartition des compétences législatives, leur contenu matériel n'est pas totalement hermétique aux influences des catégories juridiques des droits d'ailleurs. Cependant, le schéma des interactions des systèmes juridiques renvoie de moins en moins à une gestion paisible de la diversité et de la pluralité des droits nationaux et supranationaux. Sous l'effet de la globalisation, tant économique que juridique⁴¹², la comparaison n'est plus cet outil de connaissance aux vertus académiques reconnues mais devient un instrument de persuasion, voire d'intimidation plaidant pour des réformes libérales du droit du travail.

⁴¹⁰ B. Bauduin, *La concurrence normative dans la mondialisation des relations de travail*, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, *La concurrence normative. Mythes et réalités*, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de paris, volume 33, 2013, p. 115.

⁴¹¹ Les agences de notation reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE) ou les normes ISO 26.000, notent et classent les performances des entreprises. À la fois, cela crée une concurrence en termes d'image et de réputation entre les firmes à dimension internationale, et pose la question de la régulation de leurs activités intégrant davantage des règles d'origine privée - « soft law » - dépourvues de sanction, et qui côtoient la norme juridique obligatoire et contraignante - « hard law ». V. égal. J-E. Ray, *Intérêts et limites des incitations à la négociation collective. Le point de vue d'un juriste*, in. Séminaire Politiques de l'emploi – Interactions de l'économique et du juridique, 21 janvier 2011. www.cedef.bercy.gouv.fr; F. Laronze, *La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale ? L'apport de la théorie du droit à la réflexion sur les normes de la RSO*. Dr. Soc. 2013, p. 345.

⁴¹² J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op. cit.; M.-A. Moreau, *Normes sociales droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2006.

120. - Les droits du travail sont confrontés à un défi. La globalisation impose aux acteurs sociaux d'apporter des réponses normatives afin de s'adapter aux mutations profondes de l'économie. Dans ce processus, les performances économiques et sociales des Etats sont passées au crible du schéma compétitif d'évaluation – au sein duquel les résultats de la comparaison sont instrumentalisés et biaisés – qui laisse rarement indifférents les producteurs de normes de droit du travail. Dans le même ordre d'idées, l'appartenance à un groupement régional d'Etats, participant fortement à façonner les réactions des Etats membres aux évolutions d'une économie désormais globalisée et postindustrielle, constitue également un excellent laboratoire d'observation de la mobilisation du comparatisme instrumental.

Chapitre 2 : L'appartenance à une organisation régionale

121. - Europe(s). L'appartenance à des organisations régionales crée aujourd'hui un climat favorable aux échanges entre ordres et systèmes juridiques, et constitue un laboratoire d'excellence pour développer la réflexion comparative⁴¹³ en observant l'évolution de ses différents usages. Ces organisations régionales⁴¹⁴ jouissent, souvent, d'un pouvoir normatif. Les législations nationales sont aujourd'hui de plus en plus sommées de respecter des normes supranationales. Certes, les finalités poursuivies par les organisations régionales diffèrent au gré de leurs textes fondateurs, ainsi que de l'interprétation qui en est faite par leurs organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels⁴¹⁵. Dotées d'une valeur normative supra-législative⁴¹⁶, les normes juridiques régionales peuvent, notamment, concourir à la réalisation d'une intégration économique – le cas de l'Union européenne visant initialement la création d'une Europe économique et marchande – ou promouvoir le respect des droits de l'homme⁴¹⁷ – la Convention Européenne des Droits de l'Homme –. La cohabitation de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe sur le « Vieux Continent » offre parfois l'occasion d'observer des phénomènes d'inter-normativité et d'influences croisées en matière de protection des droits des travailleurs⁴¹⁸.

122. - Alors que la mobilisation du comparatisme au sein de l'Union européenne traduit la promotion de la dimension économique du droit du travail (du marché du travail européen) (**Section 1**), le rôle du Conseil de l'Europe dans la défense des droits fondamentaux des

⁴¹³ V. M. Jacob Fredera, *Réflexions sur l'apport du droit comparé à l'élaboration du droit communautaire*, thèse (dir) C. Jauffret-Spinozi, Paris II, 2002. L'auteure s'interroge sur l'intérêt et l'apport de la comparaison des droits dans une perspective d'intégration juridique en étudiant les expériences européenne (Union européenne) et sud-américaine (Mercosur : Marché commun du Sud ou Mercado Común del Sur) du rapprochement des droits nationaux.

⁴¹⁴ On développera davantage ici l'étude du droit de l'Union européenne, sachant que l'autre grande organisation régionale opérant sur le territoire européen, le Conseil de l'Europe, constitue également un terreau propice à l'utilisation de la recherche comparative et à la circulation des solutions juridiques.

⁴¹⁵ On songe, notamment en matière sociale, au Comité européen des droits sociaux chargé de veiller au respect de la Charte sociale européenne signée en 1961 à Turin, révisée en 1996, sous l'égide du Conseil de l'Europe.

⁴¹⁶ Art. 55 de la Constitution.

⁴¹⁷ L'interprétation des articles de la Conv. EDH par les juges de la Cour EDH et les juges internes tend de plus en plus aujourd'hui à protéger des droits économiques et sociaux (A. Carillon, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Préf. J.-P. Marguénaud, Bruylant 2006).

⁴¹⁸ J. Mouly, *La liberté syndicale et le droit de grève : l'opposition des droits européens*, in. *Journées juridiques franco-polonaise. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Mare & Martin, coll. Droit public, 2013, p. 485.

travailleurs semble constituer un exemple vertueux de l'utilisation de la comparaison en tant que vecteur de circulation des solutions juridiques et d'enrichissement du contenu de la norme travailliste (**Section 2**). L'activité normative de ces deux organisations régionales impacte l'élaboration et l'évolution du droit national, incitant au passage ce dernier à s'ouvrir aux expériences des droits étrangers et à l'utilisation du droit comparé.

Section 1 : L'Union européenne

123. - L'instrumentalisation de l'analyse comparatiste au service du rapprochement des droits. La pratique de la comparaison des droits des Etats membres et de l'évaluation permanente des performances économiques et sociales de ces derniers contribue certainement à l'enrichissement et au renforcement des convergences des modes de régulation des relations sociales. En effet, « *le fait que la commission européenne tente une évaluation des résultats obtenus aux niveaux nationaux peut renforcer la pratique de la comparaison dans ce domaine [droit social] en tout cas apporter de nouveaux aspects*⁴¹⁹ ». Cependant, le processus d'intégration⁴²⁰ juridique régionale, quand bien même il engendre des croisements entre droits nationaux et droit supranational⁴²¹, reste un processus finalisé et instrumentalisé, surtout lorsqu'il se soumet à une approche économique. De surcroît, et d'une manière plus générale, tout processus d'intégration juridique par comparaison peut comporter une certaine critique idéologique⁴²² à l'encontre de certaines manières de réguler les rapports sociaux. Cette

⁴¹⁹ O. Kaufmann, *L'actualité du droit social comparé*, in. *Le droit social – Le droit comparé – Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Collections de l'Université Robert Schuman, Nouvelle série n° 6, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 189.

⁴²⁰ M. Delmas-Marty, Préface, in. M. Delmas-Marty (dir), *Critique de l'intégration normative*, op. cit., p. 14 et s.

⁴²¹ « [...] l'étude approfondie des droits nationaux et leur comparaison se justifie surtout par le souci de faciliter l'insertion de l'acte dans les ordres juridiques des Etats membres [...] plusieurs démarches sont suivies depuis celle de l'alignement sur le système national jugé le plus proche du traité après les analyses comparatives jusqu'à celle de l'adéquation simultanée de tous les systèmes nationaux, chacun devant parcourir le chemin plus ou moins long que lui assigne le droit comparé pour atteindre l'optimum sous l'angle de l'identité des effets », J. Boulouis, *Groupements régionaux d'Etats et droit comparé*, RIDC 1970, p. 240.

⁴²² « Tout acte de comparaison constitue une critique idéologique d'un droit, notamment parce que l'imputation de sens au texte vise à satisfaire des intérêts premiers qui sont autres que l'intérêt pour l'identification du sens du texte », P. Legrand, *Sur l'analyse différentielle des juriscultures*, RIDC 1999, p. 1061.

critique est d'autant plus vraie lorsqu'une organisation régionale comme l'Union européenne marginalise les objectifs sociaux dans le cadre de sa politique d'intégration⁴²³.

124. - Les ordres juridiques supranationaux se nourrissent de références faites aux législations de leurs Etats membres. La recherche de dénominateurs communs est l'une des voies de convergence, et partant de l'intégration régionale. Le recours à la méthode comparative est donc une démarche naturelle et nécessaire au sein de la vie juridique d'une organisation régionale comme l'Union européenne⁴²⁴, comme le souligne Monsieur M. Verwilghen : « *qu'il s'agisse de la Commission des communautés européennes, de la Cour de justice des communautés européennes, du Parlement européen ou du Conseil de l'Union européenne, il n'y a pas d'évolution possible sans se référer au droit comparé*⁴²⁵ ».

125. - Ayant choisi la voie du « *minimalisme régulateur*⁴²⁶ », le droit du travail de l'Union européenne, méthodes et réalisations, offre une illustration parfaite de l'instrumentalisation de l'analyse comparatiste. L'intervention des instances de l'Union dans l'élaboration de la norme travailliste fait appel à des techniques de production normative diverses. A travers l'action normative de droit commun – droit dérivé et dialogue social européen – (§ 1) et les modes alternatifs de régulation – Méthode Ouverte de Coordination et autres instruments de droit souple – (§ 2) l'Union européenne s'efforce de gouverner la diversité des législations sociales des Etats membres. De la mise en œuvre de ces instruments normatifs, convergence, rapprochement et harmonisation⁴²⁷ des droits nationaux du travail sont dans une première étape les objectifs poursuivis ; le but ultime étant la réalisation d'une Europe économiquement intégrée.

⁴²³ « Depuis la seconde commission présidée par José Manuel Barroso, l'Union n'a plus d'agenda social : ce fait symbolise sans doute bien l'équilibre politique européen, qui considère les objectifs sociaux comme marginaux », J.-C. Barbier, Europe sociale : l'état d'alerte, OSE Opinion Paper N° 13 – 4 janvier 2013, p. 7. Souligné par nous.

⁴²⁴ « [...] la législation et la jurisprudence communautaires sont à la fois le résultat et la source d'un long processus d'enrichissement mutuel entre les ordres juridiques nationaux et communautaires. Dans ce contexte, le rapprochement des systèmes juridiques, et surtout des mentalités en la matière, fait partie d'un processus continu », B. Fauvarque-Cosson, W. Van Gerven, La convergence des droits en Europe, LPA, 19 avril 2007 n° 79, p. 63.

⁴²⁵ M. Verwilghen, « *Discours* », in R. Mensbrugge (dir), L'utilisation de la méthode juridique comparative en droit européen. Travaux de la faculté de droit de Namur, Vol. 20, Presses universitaires de Namur. 2003, p. 20

⁴²⁶ S. Simitis, Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?, Dr. soc., 1997, p. 665.

⁴²⁷ « Il [droit comparé] est indispensable pour toute tentative d'harmonisation ou d'uniformisation du droit », R. David et C. Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, coll. Précis 11^{ème} éd. 2002, p. 3.

§ 1 : Le rôle de la comparaison dans l'action normative de droit commun

126. - Volonté de rapprochement. L'apport bénéfique de la comparaison dans une perspective d'intégration est reconnu depuis le traité de Rome⁴²⁸. La connaissance de l'originalité et des évolutions en cours au sein des différentes législations nationales permet la compréhension de la pluralité et de la diversité de ces dernières, et partant les actions visant à leur rapprochement. La comparaison joue un rôle essentiel car elle renseigne sur les instruments efficaces susceptibles d'aboutir à une véritable convergence des droits nationaux. La norme sociale de l'Union, qu'elle soit légiférée (A) ou issue du dialogue social européen (B), comporte nécessairement dans le processus de son élaboration une dimension comparative. Au-delà de la pluralité des acteurs de l'harmonisation – Union, Etats membres, partenaires sociaux, entreprises transnationales – et des ambitions qui les animent, le recours à la comparaison reste inscrit dans une démarche instrumentale et finalisée : la réalisation du marché intérieur⁴²⁹ et la création du marché du travail européen.

A. L'instrumentalisation traditionnelle de la comparaison au sein des instruments de droit légiféré

127. - Enjeux. Le droit de l'Union est généralement considéré, depuis le traité de Rome de 1957, comme une œuvre qui « *doit beaucoup à la comparaison et à la confrontation des législations des Etats membres*⁴³⁰ ». D'ailleurs, « [...] *une organisation internationale telle que l'Union européenne ne saurait fonctionner et évoluer sans la comparaison de droit, qui*

⁴²⁸ « Il n'est guère de facettes de la vie sociale qui n'aient été abordées par le biais d'études comparatives...indiscutablement nous en savons mieux sur ce qui se passe chez nos voisins et nous sommes aussi plus intéressés par les évolutions qui se dessinent chez eux. C'est là une base indispensable au rapprochement que préconise le traité de Rome, car cette meilleure connaissance est la seule voie capable de susciter la compréhension réciproque et, partant, la volonté de rapprochement », A. Verschueren, Les implications sociales de l'intégration économique en marché, Dr. Soc. 1971, p. 132.

⁴²⁹ L'ex-article 117 du Traité de Rome énonçait que « les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives ». Souligné par nous.

⁴³⁰ J.-P. Laborde, Stabilité et sécurité de l'emploi entre droit national et droit communautaire, Revue des Sociétés, 2001, p. 224.

*est un moteur indispensable pour le rapprochement des Etats membres et de leurs législations*⁴³¹ ». Selon Gérard Lyon-Caen « *le droit social européen n'est autre chose que du droit comparé appliqué. Il n'est plus concevable d'imaginer une politique sociale sans comparaison chiffrée : comparaison des horaires de travail et des coûts salariaux à l'intérieur d'une même branche d'activité, dans les différents Etats*⁴³² ». La comparaison des modèles nationaux est donc indéniablement une « pièce maîtresse »⁴³³ du processus d'intégration juridique régional. Elle se présente comme une démarche qui favorise la mise en œuvre des politiques d'harmonisation. La comparaison des droits est conçue donc dans cette dernière perspective selon une logique instrumentale. Elle est présentée comme un simple outil au service de la réalisation des fins politiques, voire économiques. Souvent combinée avec des indicateurs chiffrés⁴³⁴, le comparatisme en droit social européen reflète, à l'image des contextes nationaux, la complexité des interactions entre les champs juridique, politique et économique, marquées de plus en plus par la soumission du premier aux choix des deux derniers. Ainsi, dans un contexte d'intégration à dominance économique, la pratique du droit comparé est-elle inéluctablement subordonnée, quelles que soient les conclusions – favorables ou défavorables au processus d'intégration juridique –, à la volonté des acteurs politiques. Autrement dit, le comparatisme, tel qu'il est envisagé par le législateur européen, est conçu comme un instrument finalisé mise au service de la réalisation de certains choix politiques prédéfinis.

Avant de citer quelques manifestations de l'utilisation de l'analyse comparative (2), il convient au préalable de se pencher sur les relations qu'entretient cette dernière avec les politiques de l'Union européenne de rapprochement des législations nationales en matière de droit du travail (1).

⁴³¹ O. Kaufmann, *Le droit social comparé*, vol 8.1 Electronic Journal of Comparative Law, EJCL, mars 2004, consultable à l'adresse suivante : http://www.ejcl.org/81/art81-1.html#N_10.

⁴³² G. Lyon-Caen, *Les apports du droit comparé au droit du travail*, in. Livre du centenaire de la Société de législation comparée, tome 1, Un siècle de droit comparé en France. Les apports du droit comparé au droit positif français. SLC 1969, p. 320.

⁴³³ « [...] le droit comparé constitue une des pièces maîtresses de l'élaboration du droit européen », M. Verwilghen, « Discours », in R. Mensbrugge (dir.), *L'utilisation de la méthode juridique comparative en droit européen*, Travaux de la faculté de droit de Namur, Vol. 20, Presses universitaires de Namur, 2003, p 25.

⁴³⁴ Signe de la prédominance de la dimension économique au sein du projet européen, « *la statistique prend le relais du droit comparé* », G. Lyon-Caen, *Les apports du droit comparé au droit du travail*, op. cit. p. 320. V. d'une manière générale sur la question de la gouvernance par les nombres, A. Supiot, *La gouvernance par les nombres* (Cours au Collège de France 2013-2014), Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015.

1. La diversité des politiques de rapprochement des droits nationaux

128. - Harmonisation(s). Amorcé par les premières conventions de l'Organisation Internationale du Travail⁴³⁵ depuis sa création par le Traité de Versailles en 1919, le processus d'harmonisation des droits nationaux du travail est devenu, au-delà des exigences de justice sociale, une question essentielle pour des considérations purement économiques et concurrentielles. L'harmonisation sociale à l'œuvre au sein de l'Union européenne offre l'un des exemples les plus aboutis d'un rapprochement des législations travaillistes nationales au service de l'édification d'un marché commun.

129. - Au-delà des considérations extra-juridiques, le processus d'harmonisation peut revêtir plusieurs degrés selon son intensité. D'une manière générale, les auteurs distinguent au sein du processus d'harmonisation, comme technique de rapprochement – visant « *la réduction de la distance entre les droits*⁴³⁶ » – des législations, trois degrés d'intensité : l'harmonisation maximale ou totale⁴³⁷ lorsque l'acte normatif – les Règlements par exemple – de l'Union « *visent la définition de règles totalement uniformes, qui ne laissent aucune marge de manœuvre aux Etats*⁴³⁸ » ; l'harmonisation minimale, processus suivant lequel les Etats doivent se conformer aux exigences minimales fixées par l'Union – Directives –, mais tout en laissant ouverte la possibilité d'une « *certaine disparité, d'une marge de variation*⁴³⁹ » au profit des Etats désireux d'adopter des réglementations plus exigeantes – l'objectif visé ici est la création d'un socle de protection commun *a minima* applicable partout au sein de l'Union – ; dans le cas de l'harmonisation optionnelle⁴⁴⁰ – Directives et Règlements – les Etats ont le

⁴³⁵ N. Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, 1983, v. *spéc.*, pp. 99-126.

⁴³⁶ S. Robin-Olivier, J.-S. Bergé, *Droit européen. Union européenne – Conseil de l'Europe*, PUF, coll. Thémis, 2^{ème} éd. 2011, n° 416, p. 329.

⁴³⁷ Les dispositions du droit de l'Union qui ne comportent pas de marge d'appréciation nationale et n'autorisant aucune variation d'un Etat à l'autre ne devraient d'ailleurs pas être considérées comme des mesures d'harmonisation – même maximale, complète ou totale –, car elles réalisent « *en réalité une uniformisation du droit* », S. Robin-Olivier et J.-S. Bergé, *Droit européen. Union européenne – Conseil de l'Europe*, op. cit., n°418, p. 332.

⁴³⁸ S. Robin-Olivier, J.-S. Bergé, *Droit européen. Union européenne – Conseil de l'Europe*, op. cit., n°416, p. 330.

⁴³⁹ Ibid. V. égal., sur cette question de marge nationale d'appréciation, M. Delmas-Marty, M.-L. Izorche, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, *Revue de droit de McGill* 2001, p. 925.

⁴⁴⁰ Par exemple, les directives prévoyant une harmonisation optionnelle en matière de circulation de biens « ont pour objet de mettre en place un système réglementaire pour les produits destinés à circuler sur l'ensemble du marché intérieur, sans pour autant supprimer les systèmes réglementaires nationaux préexistants qui peuvent

choix de garder leurs régimes réglementaires internes ou d'adopter les règles élaborées par l'Union⁴⁴¹. Cette dernière technique de rapprochement des droits offre une figure normative inédite en droit du travail, dans sa dimension transnationale, dont l'un des atouts serait, à l'image de ce qui est préconisé par la Commission européenne dans son Livre vert de juillet 2010 portant sur le droit des contrats, de « *ménager les susceptibilités nationales en ce qu'elle ne fait pas disparaître les droits des États membres (...). Elle ne brusque pas les contractants qui peuvent ne pas choisir le droit européen et rester dans le giron habituel des droits nationaux* »⁴⁴². Le régime optionnel pourrait, signe de son caractère flexible, intégrer, au gré des choix du législateur européen, des éléments de l'harmonisation maximale, minimale ou partielle. Un instrument optionnel pourrait ainsi envisager des solutions ne laissant aucune marge de manœuvre aux mains de leurs destinataires, des règles minimales « planchers » ou des normes régissant seulement certains aspects d'une situation juridique donnée. Enfin, la mise en œuvre du régime optionnel rendrait les normes qu'il édicte obligatoires à l'image des instruments de droit commun.

continuer à s'appliquer vis-à-vis des marchandises destinées à être commercialisées seulement sur le marché national ou sur un marché régional », F. Dintilhac, Rapprochement des législations, Rép. Droit communautaire Dalloz, 2006, n° 236. V. pour une critique des instruments normatifs optionnels en droit des contrats, P. Puig, L'avènement des sources optionnelles (sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011, COM (2011) 635 final), RTD civ. 2012, p. 493 « *L'instrument optionnel constitue sans doute la source européenne de droit la plus redoutable et la plus pernicieuse qui ait jamais été créée. Il suffit de l'introduire en droit interne et de laisser faire. Tel un virus, il étend son emprise jusqu'à ce que le grand corps malade européen réclame son ultime remède : l'harmonisation totale. Il est alors trop tard pour crier au scandale* », p. 501.

⁴⁴¹ L'instrument optionnel nourrit également la réflexion de la doctrine travailliste. Le Professeur Arnaud Martinon prône en matière d'accords transnationaux l'adoption d'une harmonisation optionnelle, à l'instar du « *schéma préconisé par la Commission dans le livre vert de juillet 2010 en matière contractuelle. Il s'agissait d'élaborer au niveau de l'Union un instrument facultatif, conçu comme un « second régime » dans chaque État membre, et offrant aux parties un choix : soit celui d'appliquer au contrat le droit national, soit celui de soumettre la relation contractuelle au régime optionnel établi par les institutions de l'Union. Élaboré à propos de la vente, il est permis d'imaginer sa transposition en matière sociale, précisément aux accords transnationaux. Serait alors offerte aux partenaires sociaux une alternative : soit ces derniers choisissent de soumettre l'accord au système optionnel (en faveur de l'harmonisation), soit ils décident de renvoyer aux droits nationaux (contre l'harmonisation)* », A. Martinon, *Les transformations de la norme internationale*, JCP S n° 26. 30 juin 2015, p. 5, n° 20. Le même procédé pourrait être transposé en « *droit des licenciements pour motif économique dans les entreprises présentant une dimension transnationale. Serait alors offerte aux partenaires sociaux une alternative : soit ces derniers choisissent de soumettre le droit du licenciement à système optionnel (en faveur de l'harmonisation), soit ils décident de renvoyer aux droits nationaux (contre l'harmonisation). A n'en pas douter, il s'agit d'une voie médiane dans la mesure où le dispositif est initialement élaboré par une voie institutionnelle (au niveau de l'Union) ; il est adopté par la voie conventionnelle, les partenaires sociaux optant (ou non) pour le « second régime »* », A. Martinon, A. Teissier, *Droit d'ici et droits d'ailleurs*, in A. Martinon (dir), *Le licenciement pour motif économique*, LexisNexis, coll. Actualité, 2012, p. 107.

⁴⁴² Association Henri Capitant, *Réponse à la Commission européenne : à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, n° 20, cité par A. Martinon, *Les transformations de la norme internationale*, JCP S n° 26. 30 juin 2015, p. 5, n° 20.

130. - En droit du travail de l'Union européenne, l'accent est davantage mis sur l'harmonisation minimale des règles régissant les relations de travail. Le fondement textuel le plus important guidant la politique d'harmonisation sociale est les articles 151, 152 et 153 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

131. - Harmonisation minimale. La position des instances de l'Union, en matière de rapprochement des droits du travail nationaux, est régulièrement réaffirmée : « *Les normes minimales constituent un moyen approprié pour réaliser progressivement la convergence économique et sociale en tenant compte de l'efficacité économique des États membres. Ce faisant, on répondra aux attentes des travailleurs dans l'Union européenne et on apaisera les craintes du démantèlement social et du dumping social dans l'Union*⁴⁴³ ». Cet excès de prudence peut s'expliquer par différentes raisons ; l'une est que le droit du travail de l'Union « *n'est pas [par rapport aux droits nationaux] le fruit d'une aussi longue histoire, et surtout, au lieu d'être enraciné dans une culture nationale déterminée, il vise à surmonter la diversité de ces cultures. Ce souci d'œcuménisme explique largement pourquoi le traité de Rome et le droit dérivé font appel aux notions de travailleur salarié, de contrat de travail ou de relation de travail, mais sans définir jamais ces notions*⁴⁴⁴ ». Le choix d'une harmonisation minimale en matière sociale n'est pas sans rappeler l'idée très répandue, mais peu convaincante, qui considère que les domaines les faciles à faire converger sont ceux qui concernent les libertés économiques⁴⁴⁵ ; ceux qui portent sur les droits sociaux, par essence façonnés par les spécificités nationales, poseraient plus de difficultés à toute démarche harmonisatrice. Les droits du travail seraient ainsi par nature allergiques aux intrusions des droits venus d'ailleurs ; ils présenteraient un risque élevé de développer des réactions de rejet à l'égard de toute tentative d'homogénéisation juridique totale. La voie restant ouverte est donc celle de l'harmonisation minimale, seule capable de ne pas heurter les sensibilités nationales. De ces choix, harmonisation totale voire unification du droit applicable aux libertés économiques et harmonisation minimale des droits du travail, jaillit une contradiction vis-à-vis de laquelle le

⁴⁴³ Résolution du Conseil du 6 décembre 1994, sur certaines perspectives d'une politique sociale de l'Union européenne : contribution à la convergence économique et sociale de l'Union. Journal officiel n° C 368 du 23/12/1994.

⁴⁴⁴ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige. 2^e éd. 2007, p. 22.

⁴⁴⁵ On songe, notamment, sur le plan international aux normes contraignantes édictées sous l'égide de l'Organisation Mondiale de Commerce (OMC), et censées pallier la pluralité des régimes réglementaires nationaux qui entraverait le commerce transnational et, partant, le développement économique.

législateur européen n'a eu de cesse d'afficher son indifférence : le *dumping social* et la concurrence normative entre Etats membres.

132. - Coordination. L'irréductibilité des spécificités des droits du travail nationaux est un constat préalable à l'élaboration de la norme sociale de l'Union. Cette sensibilité à l'hétérogénéité des différents systèmes sociaux composant l'Union peut être illustrée par l'un des instruments normatifs déployés par le législateur européen pour régir la diversité et la pluralité de certains régimes réglementaires nationaux, en l'occurrence la coordination en matière de droit de la sécurité sociale. Parmi les exemples, peut être cité la coordination des régimes de sécurité sociale des travailleurs migrants par le règlement 883/2004/CE⁴⁴⁶. Ce dernier règlement avait pour objectif de moderniser et de mettre à jour des règlements antérieurs⁴⁴⁷ afin de « *tenir compte non seulement des développements intervenus au niveau communautaire, y compris des arrêts de la Cour de justice, mais également des modifications apportées aux législations nationales* »⁴⁴⁸. Les règles élaborées dans ce domaine à l'échelle de la Communauté économique européenne puis de la communauté européenne, et aujourd'hui de l'Union européenne, sont issues d'une intervention des instances européennes privilégiant la simple coordination des systèmes nationaux. L'article 48 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴⁴⁹ (TFUE) constitue le fondement juridique de l'action des institutions européennes en la matière. La méthode retenue ici est une méthode de simple coordination reflétant « *les modestes ambitions* » des rédacteurs des Traités⁴⁵⁰.

133. - Coordination a minima. Les textes de l'Union dans le domaine des politiques de coordination révèlent bien la prise en compte des particularismes nationaux et l'incapacité du droit de l'Union à évincer les dispositions nationales internes qui demeurent en vigueur. On

⁴⁴⁶ Règlement 883/2004/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO L 166 du 30 avril 2004

⁴⁴⁷ Règlement 1408/71/CEE du Conseil du 14 juin 1971 et règlement 574/72/CEE du Conseil du 21 mars 1972

⁴⁴⁸ Considérant n° 3 du règlement 883/2004/CE

⁴⁴⁹ L'ancien article 51 TCEE devenu article 42 TCE et actuel 48 TFUE dispose que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants salariés et non-salariés et à leurs ayants droit : a) la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales ; ...* »

⁴⁵⁰ « *Il ne s'agit donc que de poser des principes communs d'application des régimes nationaux de sécurité sociale, et non des principes communs régissant le contenu même des régimes* », S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, PUF, coll. Thémis, 2010, p. 157 et ss.

constate dans cet exemple l'utilisation limitée du droit comparé relativement à la méthode de coordination mise en œuvre en matière de protection des travailleurs en mobilité professionnelle. Cette approche fondée sur la coordination « *si [elle] suppose en principe le respect de l'autonomie des législations nationales et donc des particularismes nationaux, ne fait intervenir le droit comparé qu'en amont de l'élaboration des règles communautaires*⁴⁵¹ ». La Cour de justice de l'Union a eu l'occasion de mettre en exergue le faible engagement du droit de l'Union en la matière ; en l'absence d'une harmonisation des systèmes de sécurité sociale, « *les Etats membres restent compétents pour définir les conditions requises pour l'octroi des prestations de sécurité sociale*⁴⁵² », et le droit de l'Union « *ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale*⁴⁵³ ».

134. - Droit unifié. Le droit social communautaire emprunte, parfois, la voie de l'unification⁴⁵⁴. Tel est le cas lorsque le législateur de l'Union formule le souhait d'un cadre réglementaire stable et unique pour atteindre son objectif central : le marché commun (désormais) intérieur. Pour ce faire, il impose des règles – issues des Traités ou des règlements – applicables sur tout le territoire de l'Union en vue d'unifier certains pans des législations nationales du travail. Cette méthode de rapprochement des droits consiste à prévoir des règles directement et immédiatement applicables au sein des législations des Etats membres, dotées « *d'une autorité supérieure à celle de la plupart des normes locales*⁴⁵⁵ ». Ces règles concernent généralement des questions qui paraissent fondamentales, aux yeux du législateur communautaire, pour la réalisation du projet européen. Elles découlent à la fois du droit originaire et du droit dérivé, et constituent le noyau dur de la construction d'un droit du travail de l'Union et d'un marché européen du travail. S'agissant du droit originaire – issu des Traités – deux domaines essentiels sont concernés : la libre circulation⁴⁵⁶ des travailleurs et la

⁴⁵¹ Ph. Martin. Le droit social communautaire : droit commun des Etats membre de la communauté européenne en matière sociale ?, RTD eur. 1994, p. 609.

⁴⁵² Point 45 de l'arrêt de la CJCE, 4 nov. 1997, Snares, aff. C-20/96, Rec. P. I-6057 ; RJS, 1998, p. 795.

⁴⁵³ CJCE, 28 avr. 1998, Kohll, aff. C-158/96, Rec. P. I-1931 ; RDSS, 1998, p. 616, obs. J.-Ph. Lhernould.

⁴⁵⁴ L'unification exige « l'adoption de règles identiques assorties d'une obligation de conformité à ces règles » M. Bonnechère, Le droit européen peut-il poser les bases d'un droit commun social ? Dr. ouvr. 1999, p. 391. Selon le Professeur Antoine Jeammaud « l'unification consiste à substituer un droit unique à des droits nationaux substantiellement différents, ou au moins un segment de droit unique aux corps de règles nationales relatives à un certain objet. Les normes de ce droit unique valent dans les mêmes conditions et, en principe, avec la même force dans les pays couverts », A. Jeammaud, *Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union européenne*, Dr. soc. 2005, p. 491.

⁴⁵⁵ A. Jeammaud, *Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union européenne*, op. cit., p. 491.

⁴⁵⁶ Art. 45 et s. du TFUE : « 1) La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union. 2) Elle

garantie du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination⁴⁵⁷. Le respect de la liberté de circulation implique la garantie d'un droit de séjour, d'établissement et d'un droit à l'égalité de traitement (accès à l'emploi, rémunération, conditions de travail...etc.). L'égalité de traitement des femmes et des hommes au travail offre, quant à elle, une excellente illustration de la fertilisation croisée entre droit national et droit social communautaire. Il faut rappeler que l'introduction de cette règle dans le Traité de Rome du 25 mars 1957, surtout en matière de rémunération, avait été exigée par la France, principalement pour des raisons économiques et de loyauté de la concurrence. A cet égard le Professeur Jean-Pierre Laborde souligne qu' « *on sait que cette règle [l'égalité dans la rémunération entre femmes et hommes] a été insérée à la demande de la France, qui craignait que ses premiers partenaires ne soient pas en la matière aussi déterminés qu'elle à s'avancer sur ce chemin*⁴⁵⁸ ».

135. - Règlement. Le Règlement, acte normatif appartenant aux sources dérivées du droit de l'Union européenne, participe également à l'unification de certains aspects de droit du travail des Etats membres. Acte obligatoire dans tous ses éléments et immédiatement applicable dans les ordres juridiques nationaux⁴⁵⁹, le règlement contribue, comparé à la directive, très peu à l'édification du droit du travail de l'Union européenne. Doté d'une portée générale et ayant un effet direct vertical et horizontal, le règlement est invocable à la fois à l'encontre de l'Etat et dans les litiges entre particuliers. L'apport majeur du recours au règlement par le « législateur européen » concerne le domaine de la libre circulation des

implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail 3) Elle comporte le droit (...) : a) de répondre à des emplois effectivement offerts b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres c) de séjourner dans un des Etats membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux » ; v. également, le Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieure de l'Union.

⁴⁵⁷ V. not. l'article 157 du TFUE (ex art 141 du TCE, tel qu'il a été interprété par la CJCE dans l'arrêt *Defrenne* du 8 avril 1976, RTD eur. 1976, p. 521, note Ch. Philip) qui impose le respect du principe d'égalité non seulement dans le domaine de l'égalité des rémunérations, mais aussi dans le domaine plus large de l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de travail ; cet article permet également des mesures de discrimination positive dans son paragraphe 4 : « *Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* ». V. égal. l'ancien article 13 du TCE (art. 19 du TFUE) qui institue les directives sur la discrimination.

⁴⁵⁸ J.-P. Laborde, *Stabilité et sécurité de l'emploi entre droit national et droit communautaire*, Revue des Sociétés, 2001, p. 224.

⁴⁵⁹ Art. 288, al. 2 du TFUE.

travailleurs⁴⁶⁰, où il s'impose aux États membres et crée des droits et des obligations vis-à-vis des personnes privées. Dans ce domaine particulier le règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, régissant les conditions suivant lesquelles les ressortissants des États membres peuvent accéder à l'emploi et bénéficier dans l'État d'accueil de l'égalité de traitement avec les nationaux, énonce « *que le principe de non-discrimination entre travailleurs de la Communauté implique la reconnaissance à tous les ressortissants des États membres de la même priorité à l'emploi que celle dont bénéficient les travailleurs nationaux*⁴⁶¹ ».

136. - Cependant, l'utilisation des règlements en matière du droit du travail européen a pratiquement peu d'importance. En effet, la plupart des avancées de la législation sociale de l'Union européenne ont pris la forme juridique de directives. La commodité de cette dernière, comme outil privilégié d'action du législateur européen, a permis de préserver la diversité des instruments législatifs des droits nationaux du travail dans la mise en œuvre du droit de l'Union tout en s'inscrivant dans la réalisation de finalités communes.

137. - Directive. Selon André Tunc, la directive « *est un instrument privilégié du rapprochement des législations au sein du Marché commun*⁴⁶² » ; elle revêt également un rôle essentiel au sein du droit du travail de l'Union européenne. Plus flexible dans sa mise en œuvre que le règlement, la directive⁴⁶³ impose des objectifs aux États membres tout en leur donnant la possibilité de choisir la forme et les moyens appropriés – plus ou moins compatibles avec leurs traditions juridiques – pour les actes de transposition en droit interne. Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres reflète à la fois la nature souple de cet acte du droit dérivé de l'Union, et la complexité de l'opération d'harmonisation des droits nationaux. C'est pour cette raison que le « législateur de l'Union » utilise le droit comparé au moment de l'élaboration de ses règles – et *a fortiori* au moment de leur interprétation par la CJUE⁴⁶⁴ – afin que celles-ci soient le plus proches et respectueuses

⁴⁶⁰ Par ex., le Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, partiellement abrogé et remplacé par la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 (P. Rodière, *Sources du droit social de l'Union européenne*. JurisClasseur Europe Traité. Fasc. 600. 2011, n° 28 et s.).

⁴⁶¹ Considérant 6 du Règlement n° 1612/68 du Conseil.

⁴⁶² A. Tunc, Standards juridiques et unification du droit, RIDC 1970, p. 255.

⁴⁶³ L'article 288, al. 3 du TFUE énonce que « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

⁴⁶⁴ P. Pescatore, Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des

des particularismes des ordres juridiques nationaux. La marge d'appréciation laissée aux autorités nationales⁴⁶⁵ dans l'opération de transposition des directives est d'ailleurs révélatrice de cette sensibilité du « législateur européen » aux spécificités juridiques des contextes nationaux. Théoriquement, la marge nationale d'appréciation pourrait idéalement se combiner avec « *la méthode comparative, [en] permet[tant] de repérer les points de résistance en soulignant les divergences et ouvre la voie de l'harmonisation en révélant les convergences*⁴⁶⁶ ».

138. - Objectif de l'harmonisation : l'égalisation dans le progrès des droits nationaux ? L'article 151 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne affiche solennellement un objectif d'harmonisation dans le progrès des droits du travail des Etats membres. Il énonce que « *l'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès ...* ». L'intervention du « législateur européen » opte ainsi pour une vision méliorative qui ne devrait pas, par principe, impliquer une régression⁴⁶⁷ des législations nationales ayant prévu un niveau de protection supérieur à celui du droit du travail de l'Union. Or, la réalité des interactions entre le droit de l'Union et les législations nationales ne reflète pas souvent une dimension progressiste de la norme européenne. L'égalisation par le haut, où la norme travailliste communautaire serait inspirée par les Etats membres dotés de standards sociaux

normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres, RIDC. 1980, pp. 337-359.

⁴⁶⁵ Selon M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche : « 'Marge', le mot suggère l'idée d'une possibilité de faire un pas de côté, de s'écarter de quelque chose, de bénéficier d'une certaine latitude. Mais l'expression contient aussi l'idée de mesure : l'écart est limité, le délai n'est point trop long, le « jeu » qui est accordé n'est pas illimité. C'est pourquoi la notion de marge est au cœur des systèmes de droit », M. Delmas-Marty, M.-L. Izorche, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, Revue de droit de McGill 2001, p. 925.

⁴⁶⁶ M. Delmas-Marty, M.-L. Izorche, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, op. cit., p. 926.

⁴⁶⁷ Fixant des protections minimales, les directives européennes ne doivent pas en principe constituer un motif de régression ou d'abaissement du niveau national de protection des travailleurs. Cependant, les clauses de non-régression contenues dans certaines directives ne sont pas méconnues que si la régression constatée est liée à la « mise en œuvre » de ces directives et si elle porte atteinte au « niveau général de protection des travailleurs » (V. not., O. Leclerc, *Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire* (CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144-04, *Mangold*), D. 2006, p. 557).

élevés, ne constitue pas la priorité des instances de l'Union⁴⁶⁸. L'objectif de « l'égalisation dans le progrès⁴⁶⁹ » constitue donc « *une norme programmatique qui est difficilement opposable aux États*⁴⁷⁰ ».

139. - Les célèbres arrêts de la Cour de Justice – affaire Stoeckel⁴⁷¹ en 1991 et arrêt du 13 mars 1997⁴⁷² – concernant le travail de nuit illustrent parfaitement la difficulté à saisir la notion d'égalisation dans le progrès. Ces décisions de la Cour de justice ont contraint le législateur français d'intervenir par la loi du 9 mai 2001⁴⁷³ pour supprimer l'interdiction du travail de nuit des femmes dans l'industrie. Les dispositions législatives nationales – L. 213-1 du Code du travail français – interdisant le travail de nuit des femmes constituent donc une discrimination directe fondée sur le sexe⁴⁷⁴, dès lors qu'une telle prohibition n'est pas applicable aux hommes. Les raisons de cette interdiction, tenant principalement à la préservation de la vie familiale et de la santé physique, sont battues en brèches sur la base d'une logique d'indifférenciation entre les hommes et les femmes voulant éliminer tous les obstacles potentiels devant l'accès de ces dernières au marché du travail. Aussi, l'appréciation

⁴⁶⁸ L'introduction, par le traité d'Amsterdam (1997), dans l'article 136 TCE (151 TFUE) de la référence à la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 – symbole de la promotion des droits sociaux des travailleurs – peut être considérée comme condition de progrès social (M. Bonnechère, *La reconnaissance des droits fondamentaux des salariés comme condition du progrès social*, Dr. ouvrier 1998, p. 249). Mais encore faut-il que cette référence soit réellement promue et respectée. Le contexte de crise économique semble justifier aujourd'hui dans plusieurs pays la transgression de certains droits fondamentaux des salariés (V. par ex. B. Palli, *Le droit du travail confronté à la faillite de l'État : le cas de la Grèce*, Dr. Soc. 2013, p. 4).

⁴⁶⁹ En France, le droit du travail a cessé depuis longtemps d'être considéré comme un droit de progrès. « *Le caractère « progressiste » du droit du travail doit être relativisé : il est plus exact de dire qu'il est marqué de flux et de reflux. La remise en cause des acquis est devenue un phénomène constant* », G.-H. Camerlynck, G. Lyon-Caen et J. Péliissier, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 13e éd., 1986, n° 10, cité par R. De Quenaudon, *La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ?*, D. 2005, p. 1736.

⁴⁷⁰ B. Bossu, *Harmonisation européenne et contrat de travail*, in. Ch. Jamin, D. Mazeaud, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2001, p. 108.

⁴⁷¹ CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-345/89, Stoeckel. D. 1991. 443, note Huglo. A. Supiot, *Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel)*, Dr. soc. 1992 p. 385.

⁴⁷² CJCE, 13 mars 1997, Commission c/France aff. C-197/96, Rec. I. 1489 ; JCP 1997. II. 22939, note Clergerie.

⁴⁷³ La loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes encadre le recours au travail de nuit pour l'ensemble des salariés et abolit l'interdiction du travail de nuit des femmes.

⁴⁷⁴ L'article 5, de la Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, énonce que « *l'application du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, implique que soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes conditions, sans discrimination fondée sur le sexe. À cet effet, les États membres prennent les mesures nécessaires afin que : a) soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement...* ».

de la notion de progrès au prisme d'une vision purement économique ignore-t-elle en quelque sorte la dimension humaine et familiale des salariés⁴⁷⁵. Dans le même sens, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne estime que l'harmonisation des droits du travail, qui devrait se faire dans le progrès, « *résultera tant du fonctionnement du marché intérieur, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par les traités et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives* »⁴⁷⁶. L'association de l'objectif de bon fonctionnement du marché commun à l'égalisation dans le progrès sans un droit fiscal et un droit social commun, laisse apparaître quelques sérieuses réserves. Celles-ci remontent à la fondation même de la Communauté européenne où « *deux arguments furent alors avancés pour écarter ainsi l'idée d'une législation sociale et fiscale commune, qui se retrouvent tous deux à l'article 151 TFUE (ex-art. 117 du traité de Rome). Le premier était que le fonctionnement du marché intérieur entraînerait spontanément une « égalisation dans le progrès » ; le second qu'une uniformité de ces législations entraverait la compétitivité internationale des entreprises européennes* »⁴⁷⁷.

140. - Ambivalence de la finalité de la comparaison. « *Le droit social comparé, c'est Janus. Il a deux visages, deux horizons, deux perspectives. On peut y recourir pour harmoniser, rapprocher, asseoir les bases communes de la protection sociale (élevée ou minimale, cela demeure un choix politique). On peut y faire appel pour respecter, préserver et maintenir la diversité, la richesse et l'authenticité culturelle des systèmes sociaux nationaux* »⁴⁷⁸. D'une manière générale, le droit social comparé s'inscrit, de par ses fonctions, dans une situation paradoxale et complexe, tendant à la fois à réaliser une homogénéisation des solutions juridiques et à préserver l'hétérogénéité d'une multitude de législations fortement pétries de spécificités culturelles nationales⁴⁷⁹. Cette complexité de l'opération de

⁴⁷⁵ CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-345/89, Stoeckel : « [...] la directive [du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement] n'avait pas pour objet de régler des questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple ».

⁴⁷⁶ Article 151 al. 3 TFUE.

⁴⁷⁷ A. Supiot, *Le sommeil dogmatique européen*, Revue française des affaires sociales, 2012/1 n° 1, p. 194.

⁴⁷⁸ E. Vogel-Polsky. Le droit comparé : pourquoi et comment dans le contexte de la politique sociale européenne, in, *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?* Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994, p. 58.

⁴⁷⁹ « *Le droit social comparé s'inscrit donc dans une situation complexe qui tend d'une part vers l'homogénéisation universelle mais qui d'autre part exprime et de plus, exalte l'hétérogénéité sociale* », A. Anastasi, *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?*, in. *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?*

rapprochement a été l'une des raisons de l'adoption de l'approche fonctionnelle de la comparaison au sein de l'Union. Celle-ci permet de rationaliser le processus d'harmonisation tout en respectant la rationalité des droits nationaux. Elle envisage la question du rapprochement juridique en déterminant tout d'abord les problèmes à résoudre afin d'atteindre les objectifs de l'Union. Le choix des règles ou des institutions juridiques permettant de réaliser les objectifs fixés n'est pas primordial ; ce qui est recherché est davantage la convergence des résultats obtenus, c'est-à-dire leur capacité à remplir la même fonction⁴⁸⁰. Cette démarche du droit social de l'Union est affirmée sans ambages depuis la signature du Traité de Rome de 1957. A ce propos, Gérard Lyon-Caen avait écrit que « *lorsque le Traité de Rome parle d'harmonisation sociale, il envisage plus une équivalence matérielle des systèmes sociaux, qu'une identité juridique des normes ; il pousse donc moins à une comparaison de ces normes faisant apparaître leurs ressemblances et leurs différences, qu'à une étude des systèmes dans les résultats qu'ils permettent d'atteindre*⁴⁸¹ ».

141. - Le « pragmatisme » de la démarche comparative de la CJUE. Le « *minimalisme régulateur*⁴⁸² » et la prédominance des finalités économiques poursuivies par le législateur de l'Union sont réaffirmés par l'action de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Celle-ci, « *ne fai[sant] que pousser à ses conséquences extrêmes un choix politique qui remonte à la fondation même de la Communauté européenne : celui d'écarter l'idée qu'il n'est pas de vrai « marché commun » sans un droit fiscal et un droit social commun*⁴⁸³ », n'hésite pas à faire appel à l'analyse comparative. La Cour de Luxembourg est par excellence une arène où se confrontent études, notes et arguments de droit comparé. En effet, « *située au carrefour de cultures juridiques à la fois différentes et étroitement interconnectées, la juridiction communautaire est une institution comparatiste par nature, dont le travail implique, chaque jour, de s'imprégner des valeurs véhiculées par les ordres juridiques qui l'entourent.*

Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 1994, p. 111.

⁴⁸⁰ Cette analyse est fondée sur l'idée que « *dans le droit les seules choses comparables sont celles qui remplissent les mêmes fonctions* », R. SCHLESINGER, H. W. BAADÉ, P.E. HERZOG, E. M. WISE, Comparative Law, 6e éd., 1998, p. 48, cité par B. Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective*, RIDC 2005, p. 40 ; K. Zweigert, *Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé)*, RIDC 1966, pp. 5-18 : « *La méthode comparative est donc nécessairement une méthode fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle recherche comment la réalisation d'un besoin juridique des parties ou d'un objectif d'ordre public est assurée à l'aide des institutions et des notions juridiques les plus diverses* », p. 7

⁴⁸¹ G. Lyon-Caen, L'apport du droit comparé en droit du travail, op. cit., p. 317.

⁴⁸² S. Simitis, Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? Dr. Soc. 1997, p. 665.

⁴⁸³ A. Supiot, *Le sommeil dogmatique européen*, Revue française des affaires sociales, 2012/1, n° 1, p. 194.

*L'approche comparative occupe à ce titre une place de premier rang parmi l'arsenal des méthodes qui s'offrent au juge communautaire pour interpréter le droit communautaire, à son usage propre en vue de l'appliquer dans les recours directs ou à l'usage des juridictions nationales dans le cadre des renvois préjudiciels*⁴⁸⁴ ». La comparaison est une démarche régulièrement utilisée par cette instance juridictionnelle supranationale. Or le réflexe comparatiste de cette juridiction se veut pragmatique. Les écrits de ses juges témoignent parfaitement de cette doctrine de la Cour de justice : « [...] *le recours au droit comparé est avant tout affaire de pragmatisme. Sans esprit de système et sans se sentir liée par quoi que ce soit, la Cour de justice retient, des droits nationaux, ce qui l'intéresse, c'est-à-dire, en substance, ce qui permet de dégager une solution à la fois adaptée aux spécificités de l'ordre communautaire et acceptable par les ordres juridiques des Etats membres*⁴⁸⁵ ». Dotée d'une fonction harmonisatrice, la jurisprudence de la CJUE, grâce à l'interprétation des actes normatifs de l'Union ou des Etats membres, veille au respect des règles protectrices minimales des travailleurs en garantissant un socle commun de règles de droit du travail applicable dans tous les Etats membres. Toutefois, la doctrine de la CJUE n'assure pas toujours le rôle d'un vecteur de progrès des droits des travailleurs. Les affaires Laval et viking⁴⁸⁶ par lesquelles la Haute juridiction de l'Union procède à l'évaluation des droits sociaux des travailleurs à l'aune des libertés d'entreprendre et d'établissement en attestent⁴⁸⁷. Dans ces cas précis la référence faite aux différents droits nationaux ou supranationaux, ébauche d'une comparaison voire plus justement d'une combinaison normative⁴⁸⁸, aboutit à faire prévaloir l'aspect économique du processus intégrationniste au sein de l'Union. En effet, la Cour de justice adopte une méthode téléologique, dans la mesure où « *le recours à la méthode comparative pour cerner une notion juridique ne doit pas faire accroire à un renvoi*

⁴⁸⁴ K. Lenaerts, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in. R. Mensbrugge (dir.), *L'utilisation de la méthode juridique comparative en droit européen*, Travaux de la faculté de droit de Namur, Vol. 20, Presses universitaires de Namur. 2003, p. 166.

⁴⁸⁵ F. Donnat, *Le droit comparé à la Cour de Justice des Communautés européennes*, in. Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Dalloz, coll. Mélanges, 2009, p. 387.

⁴⁸⁶ CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *The international Transport Workers' Federation & The Finish Seamen's Union c/ Viking*, JCP S 2007, act. 612. - CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval & Partneri Ltd c/ Svenska*, JCP S 2008, 1087, note J. Cavallini.

⁴⁸⁷ Des décisions sont prises à rebours de la position antérieure de la Cour de Justice, qui faisait échapper au droit de la concurrence la législation sur la négociation collective (ex. CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*).

⁴⁸⁸ S. Robin-Olivier, *Combinaison des normes et développement du droit du travail dans la jurisprudence européenne*, in. Th. Aubert-Monpeyssen, *Pluralité des sources et dialogue des juges en matière sociale*, Presses UT1 coll. Etudes de l'IRDEIC n° VIII/2013, p.41. V. supra.

*aux droits internes ; la cour entend s'inspirer des solutions nationales mais ne prend nullement en compte la pratique majoritaire des Etats, seule la pertinence de l'approche choisie eu égard des objectifs de l'Union guide son choix. La cour ne recherche nullement une vision minimale commune aux Etats membres mais entend créer des valeurs propres qui peuvent se révéler parfois plus audacieuses que l'ensemble des droits nationaux*⁴⁸⁹ ».

142. - Minimales, parcellaires et finalisées, telles sont les caractéristiques des normes travaillistes de l'Union qu'il convient de constater au travers de quelques manifestations de la politique d'harmonisation, qui montreront, elles aussi, les limites de l'instrumentalisation de la comparaison des droits par les instances de l'Union.

2. Les manifestations de la politique d'harmonisation

143. - Construction sociale européenne. L'édification, voulue progressive, de l'« Europe sociale » s'est faite au gré du jeu des équilibres et arbitrages intergouvernementaux. Le droit du travail de l'Union résulte principalement des principes et droits fondamentaux promus par la législation européenne⁴⁹⁰, issue à la fois du droit primaire et du droit dérivé. Les réalisations de cette législation travailliste supranationale traversent des pans importants des droits du travail des Etats membres, à l'exception des exclusions prévues par l'article 153 § 5 du TFUE qui exclut du domaine de l'harmonisation sociale les

⁴⁸⁹ J. Cavallini, Les normes d'ici et d'ailleurs. Les méthodes en droit européen du travail, in. B. Teyssié (dir), Standards, Principes et Méthodes en droit du travail, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 285. S'agissant des solutions « audacieuses » de la Cour de justice, l'auteur cite « *la notion de temps de travail telle qu'interprétée par la Cour devait révéler que la quasi-totalité des législations nationales étaient en contradiction avec la directive* », (CJCE, 2^e ch., 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, *Abdelkader Dellas c. Premier ministre, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, D. 2006. Jur. 1722, note M. Miné ; RDT 2006. 33, obs. M. Vericel ; JCP S 2006. 1003, obs. Cavallini). Répondant à la question préjudicielle, posée par le Conseil d'Etat, de savoir dans quelle mesure un régime d'équivalence instauré par le décret du gouvernement français du 31 décembre 2001, appliquant aux heures de présence au travail un mécanisme de pondération prenant en compte la moindre intensité du travail fourni durant les périodes d'inaction, est-il conforme aux objectifs de la directive communautaire 93/104 du 23 novembre 1993 relative au temps de travail, la Cour de justice énonce que tout système d'équivalence doit respecter les seuils et plafonds prévus par ladite directive (la durée moyenne du travail pour chaque période de sept jours, ne pouvant excéder 48 heures, heures supplémentaires comprises). En l'espèce « *les services de garde accomplis par un travailleur sur le lieu même de son emploi doivent être pris en compte dans leur totalité lors de la détermination de la durée maximale quotidienne et hebdomadaire du travail autorisée par le droit communautaire* » (point n° 50).

⁴⁹⁰ M. Schmitt, *Droit du travail de l'Union européenne*, Rép. Droit du travail, Dalloz, n° 47 et s.

rémunérations, le droit d'association, le droit de grève et le droit de lock-out. Dès les premiers moments de la vie institutionnelle de l'Union européenne la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale⁴⁹¹, la mise en place de l'équivalence des diplômes et la reconnaissance des qualifications professionnelles⁴⁹² avaient pour objectif de rendre effective la liberté de circulation des travailleurs, et partant la création d'un marché du travail européen. Une autre étape, souvent qualifiée d'âge d'or de l'harmonisation sociale, a commencé à partir du milieu des années 1970, elle a duré jusqu'à la fin des années 1990, en donnant naissance aux principales directives travaillistes (droit de la représentation, des licenciements collectifs, du transfert d'entreprise, de la santé et de la sécurité, principe d'égalité de traitement...etc.). La dernière étape de la politique harmonisatrice de l'Union coïncide généralement avec les principales réalisations du dialogue social européen, concernant, par exemple, les formes atypiques d'emploi⁴⁹³ (temps partiel 1997, travail à durée déterminée 1999), le congé parental 1995, le télétravail 2002, le stress au travail 2004.

144. - Modèle européen. L'ensemble de ces règles de droit du travail de l'Union européenne dessine à grands traits les contours du modèle européen du droit du travail; selon le Professeur Alain Supiot, *« l'analyse comparative permet ainsi de mettre en évidence, par delà la diversité évidente des systèmes nationaux, un modèle européen combinant liberté et sécurité économiques et se traduisant du point de vue juridique par l'insertion d'un statut*

⁴⁹¹ L'article 48 du TFUE met en place une coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale. La première coordination européenne en matière de sécurité sociale fut instaurée dès 1959 par les règlements n° 3 et n° 4, modifiés à plusieurs reprises. Depuis le 1^{er} mai 2010, les normes en la matière sont fixées par le règlement (CE) n° 883/2004 et son règlement d'application, le règlement (CE) n° 987/2009.

⁴⁹² Art. 53 TFUE : « Afin de faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent des directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, ainsi qu'à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et à l'exercice de celles-ci ». Cette politique a été prévue dès l'origine par le Traité, en son article 57 ; elle est mise en œuvre actuellement par la Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

⁴⁹³ Cependant, la Directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire, marque les difficultés de négocier et de conclure des accords collectifs européens par les interlocuteurs sociaux européens portant sur la flexibilisation du marché du travail. Le 21 mai 2001, les partenaires sociaux ont reconnu que leurs négociations sur le travail intérimaire n'avaient pu aboutir (point 7 de la directive).

*protecteur dans tout contrat de travail. C'est à ce niveau de généralité qu'il faut se situer si l'on veut faire vivre ce modèle*⁴⁹⁴ ».

145. - Emprunt, rapprochement et mimétisme⁴⁹⁵. La comparaison des droits est une étape préalable à l'élaboration de la norme européenne où emprunt, rapprochement et mimétisme juridiques sont à l'œuvre. Le pluralisme socioculturel, économique et juridique, reflétant l'irréductibilité de la diversité des pays de l'Union européenne, invite inévitablement les acteurs institutionnels à être plus attentifs aux rapports et notes de synthèse de droit comparé. Ce dernier devient un passage obligé permettant de déceler une multitude d'entrecroisements entre les droits des Etats membres et le droit de l'Union. En effet, « *l'influence réciproque est érigée en principe au sein du droit social communautaire, qui n'a cessé de se nourrir des cultures juridiques nationales et les a influencées en retour*⁴⁹⁶ ». L'œuvre normative de l'Union européenne, tendant à réaliser une harmonisation des conditions de travail applicables dans les différents Etats membres, demeure par ailleurs rythmée par la recherche d'une synthèse satisfaisante entre les attentes sociales des travailleurs et la prégnance des considérations économiques. L'équilibre n'est pas souvent respecté.

146. - Illustrations. L'histoire des ordres et systèmes juridiques, nationaux et régionaux, est jalonnée d'exemples d'interactions et d'influences croisées. La « *collaboration normative* » entre l'ordre juridique supranational (UE) et ses États membres, condition nécessaire pour la réalisation du droit et des objectifs de tout projet d'intégration régionale, a permis la diffusion de certaines pratiques sociales nationales ; le principal vecteur de cette dernière est le législateur européen qui a fait du processus d'harmonisation des droits nationaux une priorité. Plusieurs exemples peuvent être cités : la participation des interlocuteurs sociaux au processus d'élaboration de la norme travailliste⁴⁹⁷ par le biais des

⁴⁹⁴ A. Supiot, *Les Europes possibles*, Esprit, janvier 2009, p. 172.

⁴⁹⁵ A. Lyon-Caen, *Réflexions liminaires sur la comparaison des droits dans l'élaboration du droit communautaire. Ouverture*, in. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2009, p. 13.

⁴⁹⁶ A. Supiot, *Droit du travail*, PUF, QSJ, 2011, p. 28.

⁴⁹⁷ Procédure institutionnalisée en France par la loi de modernisation du dialogue social dite loi Larcher du 31 janvier 2007. D'une manière symbolique, cette loi a prévu, à l'article L. 1 du Code du travail, que toute réforme en droit social doit être précédée d'une triple procédure d'information, de consultation et de concertation. V. not.,

« *accords légiférants*⁴⁹⁸ » ou des accords nationaux interprofessionnels, pouvant prendre la forme de lois – appelées également « *lois négociées*⁴⁹⁹ » – se rapproche de la procédure de consultation obligatoire des partenaires sociaux européens prévue par les dispositions des articles 154 et 155 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). L'article 154 TFUE, ancien article 138 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE) qui s'est inspiré de l'Accord sur la politique sociale du 31 octobre 1991, reconnaît une forme de « *délégation normative*⁵⁰⁰ » au profit des organisations syndicales au niveau européen en énonçant que « *la Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau de l'Union et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties. À cet effet, la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action de l'Union...* ». N'imposant pas d'obligation de conclure aux partenaires sociaux européens, cet article permet en cas de conclusion d'accord collectif de transformer un acte négocié en acte normatif de l'union ; en cas de négociations infructueuses, la Commission reprend la main et élabore elle-même des propositions.

147. - Eclairage comparatif. L'exemple de la négociation collective est très riche en enseignements sur la complexité de tout transfert ou emprunt de techniques ou institutions juridiques, tout particulièrement en droit collectif du travail⁵⁰¹. A cet égard l'expérience

N. Maggi-Germain, *Sur le dialogue social*, Dr. Soc. 2007, p. 793 ; J.-F. Cesaro, Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, JCP S n° 8, 20 Février 2007, 1117.

⁴⁹⁸ La technique des « *accords légiférants* » constitue une illustration de ce dialogue inter-systémique (droit national-droit de l'Union), comme l'a bien expliqué le Professeur Alain Supiot : « *On aurait tort cependant de voir dans le Droit communautaire une sorte de cheval de Troie, étranger à la culture juridique française. Car les accords légiférants consacrés par le Traité de Maastricht sont de facture typiquement française. Aucun autre grand pays européen n'offrirait en effet le modèle d'une négociation nationale interprofessionnelle associée à l'œuvre législative. C'est donc d'une certaine manière notre propre image que le Droit communautaire nous renvoie...* », A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 249.

⁴⁹⁹ Ph. Langlois, Une loi négociée, Dr. Soc. 2008, p. 346 ; C. Radé, La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale, Dr. Ouvr. 2010, pp. 319-323.

⁵⁰⁰ A. Mias, Du dialogue social européen au travail législatif communautaire : Maastricht, ou le syndical saisi par le politique, Droit et société 2004/3 (n°58), p. 658.

⁵⁰¹ Les règles et institutions relatives aux relations collectives de travail sont en général étroitement liées – par rapport aux règles du droit des relations individuelles de travail – à la structure et à l'organisation politique et sociale, et toute entreprise de transplantation qui méconnaîtrait les spécificités des contextes nationaux serait vouée à l'échec (O. Kahn-Freund, *On Uses and misuses of comparative law*, The Modern Law Review, V. 37, January 1974, n° 1, p. 21: « *In my opinion the first element-individual labour law lends itself to transplantation very much more easily than the second element-that is collective labour law. Standards of protection and rules on substantive terms of employment can be imitated-rules on collective bargaining, on the closed shop, on trade unions, on strikes, can not* »).

anglaise dans ses rapports avec le droit social communautaire illustre à merveille les résultats inattendus auxquels peuvent donner lieu les influences mutuelles entre Etats membres et ordre supranational. Le Professeur Alain Supiot indique à ce propos que « *la place éminente qui s'y [droit social communautaire] trouve par exemple aujourd'hui accordée à la négociation collective est certainement d'origine britannique, mais elle a pris un visage continental dès lors que les accords conclus sur le plan européen se trouvent dotés d'une force juridique qui s'impose même au Royaume-Uni à rebours de sa culture propre de négociation collective (collective bargaining)*⁵⁰² ».

148. - Transfert d'entreprise. L'exemple du maintien des contrats de travail en cas de changement dans la situation de l'employeur ou de transfert d'entreprise illustre particulièrement la capacité d'une institution juridique à faire l'objet d'emprunt dans le cadre de relations horizontales – entre Etats – et verticales – entre Etats et organisation régionale –. S'agissant des relations horizontales, le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, disposition protectrice historiquement ancrée dans la législation travailliste allemande, a été emprunté par le législateur français⁵⁰³ lors de l'adoption de la loi du 19 juillet 1928⁵⁰⁴. Ce même principe a ensuite influencé le législateur communautaire. La

⁵⁰² A. Supiot, *Droit du travail*, op. cit., p. 28. Au risque de trop schématiser, la négociation collective en droit anglais prend, historiquement, la forme du « *free collective bargaining* ». Cette pratique n'est pas régie par la loi, et relève d'un système de reconnaissance mutuelle des acteurs sociaux – appelé également système volontariste –, ou plutôt de la reconnaissance du syndicat par le chef d'entreprise sur la base d'une procédure d'accréditation syndicale. « *Les accords qu'ils concluent ne sont pas des conventions collectives au sens continental du terme, c'est-à-dire des contrats doués d'un effet obligatoire et normatif ; ce sont de simples collective agreements sans force exécutoire. Ils ne relèvent donc pas de la compétence des tribunaux, qui n'ont à en connaître qu'au travers des litiges individuels nés de leur mise en œuvre. En pareil cas, on présume que les parties au contrat de travail ont entendu individuellement s'y référer. C'est cette technique, dite de l'incorporation des stipulations collectives au contrat de travail, qui permet de relier le monde des relations industrielles (monde économique livré aux « forces du marché ») et le monde juridique des relations contractuelles* », A. Supiot, *Droit du travail*, op. cit., p. 23.

⁵⁰³ Fr. Gaudu, *L'influence du droit allemand sur le droit social français*, in. T. Dieterich, M. Le Friant, L. Nogler, K. Kezuka, H. Pfarr (dir), *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 260, spéc., p. 263 ; N. Olszak, *Aux origines de la reconnaissance juridique de l'entreprise : le maintien des contrats de travail en cas de changement dans la situation de l'employeur (Art. L. 122-12 al. 2 C. trav., issu de la loi du 19 juillet 1928)* », Mélanges Spiteri, Presses des sciences sociales Toulouse 1, 2008, pp. 843-859.

⁵⁰⁴ Art. L 1224-1 C. trav. (ancien article L. 122-12, al. 2 et auparavant article 23, al. 7 du Code du travail) qui dispose que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

directive transfert d'entreprise 77/187/CEE du Conseil, du 17 février 1977⁵⁰⁵, porte en elle sans aucun doute les empreintes de l'influence du droit allemand⁵⁰⁶.

149. - Egalité de traitement. D'autres exemples peuvent encore être cités⁵⁰⁷ : l'insertion de l'article 157 du TFUE⁵⁰⁸ dans le Traité de Rome est marquée par la volonté de la France d'étendre sa législation relative au principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes⁵⁰⁹.

150. - Transposition conventionnelle des directives européennes. La possibilité de transposer les directives européennes par les partenaires sociaux nationaux, inscrite à l'article 153 § 3 du TFUE (ancien article 137 TCE)⁵¹⁰, s'inspire, quant à elle, de deux traditions juridiques nationales : le modèle danois qui confie aux organisations patronales et syndicales la mission d'édicter les règles du droit du travail par voie de négociation collective ; et la culture sociale italienne fortement attachée à l'autonomie collective des partenaires sociaux⁵¹¹.

⁵⁰⁵ Directive qui a été remplacée par la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, codifiant la directive 77/187/CEE du Conseil, du 17 février 1977, modifiée par la directive 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998.

⁵⁰⁶ Fr. Gaudu, L'influence du droit allemand sur le droit social français, op. cit., p. 263 : « *La France a adopté, avec la loi du 19 juillet 1928, le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, qu'a imposé un demi-siècle plus tard dans l'ensemble de l'Union européenne la directive du 14 février 1977. Il ne fait aucun doute que l'adoption de cette législation constitue un emprunt au droit allemand* ».

⁵⁰⁷ V. sur l'ensemble de ces exemples, B. Bercusson, *European labour law*, 2ème éd. Cambridge University Press, 2009, p. 28 et s.

⁵⁰⁸ Ancien article 141 TCE.

⁵⁰⁹ En fixant un standard commun en matière d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes (l'article 141 TCE dispose que « *chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur* »), le but recherché était de créer une concurrence loyale et saine au sein du marché commun en permettant de neutraliser les effets induits par les écarts entre les réglementations nationales. La directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes a été fondée sur l'article 100 du traité CEE (article 114 TFUE et ancien article 95 TCE), relatif au rapprochement des législations nationales ayant une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun, O. De Schutter, Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux, in. O. De Schutter et P. Nihoul (dir), Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne, Larcier, 2004, p. 83.

⁵¹⁰ Cet article énonce qu'« un État membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application du paragraphe 2 ou, le cas échéant, la mise en œuvre d'une décision du Conseil adoptée conformément à l'article 155 ».

⁵¹¹ S. Yannakourou, L'État, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentation syndicale, LGDJ, coll. Thèses, 1995. V. sur l'évolution actuelle du droit collectif du

151. - Emploi. Enfin, on peut citer également l'influence du modèle suédois – Etat membre depuis 1995 connu pour ses politiques actives du marché du travail – en ce qui concerne l'insertion d'un nouveau Titre relatif à l'emploi dans le Traité d'Amsterdam de 1997 (Titre IX du TFUE).

152. - Critique. Le droit comparé est à la fois une technique et un ensemble de savoirs indispensables de nos jours à toute entreprise d'élaboration de normes juridiques, et tout particulièrement celles du droit européen. Sa contribution est d'autant plus précieuse dans un contexte régional marqué par des disparités culturelles et économiques majeures⁵¹². Utilisé à bon escient, il concourrait indubitablement à la construction consensuelle et équilibrée d'un édifice normatif supranational. Or, l'instrumentalisation et la sous-exploitation des vertus de la comparaison des droits font partie des nombreuses critiques pointant la faiblesse de la législation travailliste d'origine européenne (Union européenne) : une législation parcellaire, sélective et minimale. Le bilan de la méthode traditionnelle de l'Union visant l'harmonisation des droits des Etats membres reste en définitive faible. Devant ce bilan mitigé le législateur européen souhaite, depuis quelques décennies, redynamiser l'action harmonisatrice grâce au dialogue social européen⁵¹³.

travail en Italie allant dans le sens d'une décentralisation accentuée de la négociation collective – tendance partagée par ailleurs par plusieurs pays européens –, A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, RDT 2015, p. 173, spéc., p. 178 : « *Si autrefois l'accord collectif, aux différents niveaux, ne pouvait déroger à la loi que dans un sens favorable, et si la dérogation in pejus était permise seulement dans certaines hypothèses exceptionnelles spécifiées par la source primaire, la nouvelle disposition [article 8 de la loi n° 148/2011] trouble cette architecture en établissant que les accords collectifs d'entreprises ou territoriaux, signés seulement par quelques syndicats, peuvent, dans certaines matières, emporter une dérogation générale à la loi et aux accords collectifs de branche. Même si la dérogation comporte des limites, il s'agit d'un changement qui accroît énormément les pouvoirs de l'autonomie collective au niveau local (là où traditionnellement, dans le système italien de relations industrielles, le syndicat est plus faible) ».*

⁵¹² « [...] le droit comparé apparaît à l'évidence être une donnée fondamentale de l'évolution du droit européen. On dit bien souvent que la comparaison n'est pas raison. J'estime quant à moi que le vingt-et-unième siècle démentira cet adage et permettra d'affirmer, dans le domaine du droit, que la comparaison est la raison [...] qui anime les travaux du législateur européen. En conclusion, le droit comparé constitue une des pièces maîtresses de l'élaboration du droit européen », M. Verwilghen, « Discours », in R. Mensbrugge (dir.), L'utilisation de la méthode juridique comparative en droit européen, Travaux de la faculté de droit de Namur, Vol. 20, Presses universitaires de Namur. 2003, p 25.

⁵¹³ « Et c'est sans doute du côté des partenaires sociaux qu'il convient de rechercher une harmonisation plus rapide et plus complète », B. Bossu, Harmonisation européenne et contrat de travail, in. Ch. Jamin, D. Mazeaud, L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Economica, coll. Etudes juridiques, 2001, p. 115.

B. L'insuffisance de la comparaison au sein de la réglementation d'origine professionnelle

153. - Dialogue social européen et fonction de la comparaison. Acteurs essentiels de la démocratie sociale, les partenaires sociaux sont reconnus presque dans tous les Etats membres comme des coproducteurs de la norme sociale. Ces corps intermédiaires sont considérés comme un pilier du modèle social et sociétal européen. Cette logique n'était pas évidente sous l'effet conjugué de la construction intergouvernementale de l'Union européenne et de la diversité des expériences et des traditions de relations professionnelles de chaque Etat membre. Les partenaires sociaux européens peuvent jouer un rôle important dans le renforcement de la convergence des droits du travail des Etats membres. De par leur appartenance à des traditions sociales plus ou moins favorables à la négociation collective, les interlocuteurs sociaux européens font naturellement appel à la comparaison internationale⁵¹⁴ pour relever les défis liés à la fois à la réalisation du marché intérieur⁵¹⁵ et à l'amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs dans l'Union européenne dans une perspective de « *rapprochement dans le progrès* ».

154. - Genèse. Favorable à l'élaboration négociée de la norme sociale au niveau de l'Union, le modèle « social-démocrate » des pays nordiques a largement influencé la construction de la notion de dialogue social européen lors de son institution par le Traité de Maastricht⁵¹⁶ du 7 février 1992. Chère à l'ancien président de la Commission européenne Jacques Delors, la culture sociale scandinave, caractérisée par une grande autonomie des partenaires sociaux dans l'élaboration des normes sociales, a su s'imposer sur la scène

⁵¹⁴ « À vrai dire, la comparaison de droit est devenue une nécessité et a été de ce fait banalisée peu à peu. Elle concerne toutes les branches et professions de droit. Pensons non seulement aux chercheurs et enseignants [...] sans oublier les responsables des ressources humaines ainsi que les conseillers des partenaires sociaux qui sont actifs au niveau international », O. Kaufmann, *Le droit social comparé*, vol 8.1 *Electronic Journal of Comparative Law*, EJCL, mars 2004, consultable à l'adresse suivante : http://www.ejcl.org/81/art81-1.html#N_10. Souligné par nous.

⁵¹⁵ Le dialogue social européen, manifestation de la promotion d'une politique contractuelle au sein de l'Union européenne, a pu être considéré comme un mécanisme qui accompagne ou facilite la création du marché commun : « *Since 1985, the Commission had stressed that negotiations between employers' and workers' organisations at EC level were a cornerstone of the European social area which goes hand in hand with the creation of the Single European Market. These negotiations came to be known as the European social dialogue* », B. Bercusson. *European labour law*, 2^e éd. Cambridge University Press, 2009, p. 148.

⁵¹⁶ G. Lyon-Caen, *Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht*, D. 1993. Chron. XXXIII, p. 149.

communautaire au détriment des autres modèles nationaux de partenariat⁵¹⁷. Ouverte par l'Accord sur la politique sociale⁵¹⁸, annexé au Traité sur de l'Union du 7 février 1992, l'élaboration conventionnelle des normes de droit du travail européen a constitué une reconnaissance du rôle des partenaires sociaux dans la construction de l'Europe sociale ou du « *modèle social européen*⁵¹⁹ ».

155. - Gouvernance. Si la négociation, comme mode préalable de production de la norme sociale, constitue certainement un « *outil de gouvernement apaisé* »⁵²⁰ de la diversité des droits nationaux, la montée en puissance d'un discours sur la gouvernance⁵²¹ en matière sociale en Europe, prévoyant entre autres le renforcement du dialogue social, ne devrait pas être réductible à une stratégie d'évitement de la règle juridique légiférée et obligatoire ; elle devrait selon certains auteurs être considérée comme une démarche inclusive visant la réduction de la diversité des pratiques nationales d'élaboration des normes sociales⁵²².

⁵¹⁷ « La culture nordique d'autonomie des partenaires sociaux s'est imposée en matière d'Europe sociale ; difficile à mettre en pratique pour des acteurs français habitués à l'arbitrage d'un exécutif ou à une intervention législative », Les chemins de l'Europe sociale. Conférence du 14 octobre 1998 de Jacques Moreau, délégué général d'Europe et Société Ecole Saint Jean de Passy, cité par Ph. Martin, Dialogue social et régulation juridique. Une problématique européenne, in. Ph. Martin (dir), Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe, Presses Universitaires de Bordeaux 2007, p. 33.

⁵¹⁸ Le Livre vert de 1993 donne une définition de la politique sociale communautaire : « La politique sociale comprend la gamme complète des politiques de la sphère sociale y compris les politiques du marché du travail ».

⁵¹⁹ L'expression de « *modèle social européen* » est attribuée à l'ancien président français de la Commission européenne Jacques Delors, qui a résumé la philosophie d'ensemble de son projet lors d'un discours prononcé à l'occasion des 20 ans du dialogue social européen : « *S'il existe un modèle européen de société, ou bien même un modèle social européen, je le définirais comme un équilibre entre la société et l'individu, l'individu devant ne pas abuser de la société, la société devant ne pas écraser l'individu. Ce modèle peut également être conçu comme une forme d'économie sociale de marché, dans lequel seraient acceptées des régulations à travers notamment des accords entre partenaires sociaux* ». J. Delors, in. 20 ans de dialogue social européen : bilan et perspectives, Les cahiers du Conseil économique et social européen, 14 avril 2005.

http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/speech_delors_fr.pdf. Souligné par nous.

⁵²⁰ B. Teyssié, *Construction européenne et droit du travail*, in, V. Heuzé et J. Huet (dir), *Construction européenne et Etat de droit*, Ed. Panthéon-Assas Paris II, coll. Colloques 2012, p. 241.

⁵²¹ Faisant partie de la littérature grise (rapports, communications, livres vert et blanc..) de l'Union européenne, la gouvernance « *mêlant normes juridiques et normes gestionnaires, [...] tend à substituer au principe hiérarchique une logique combinatoire au sein de laquelle le droit est réduit à une fonction purement instrumentale. La multiplication, dans le processus d'édiction de la norme, d'intervenants aux statuts variés contribue à une certaine opacité [...] ; la notion de gouvernance rend compte d'une évolution de l'organisation sociale dans laquelle le pouvoir est plus diffus, les responsabilités diluées dans de multiples lieux de consultation-participation d'où naît un consensus qui devient norme* », N. Maggi-Germain, *Sur le dialogue social*, Dr. Soc. 2007, p. 793 et s.

⁵²² « *Il y a une lecture de la gouvernance comme volonté d'évitement de la contrainte étatique : il y a une autre lecture, comme offre d'implication, comme moyen d'agir sur la diversité qui monte, comme effort pour dépasser les cloisonnements, ou les enfermements* », M. Guerre, Dialogue social et gouvernance européenne, in, Ph. Martin (dir), Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe, op., cit, p. 61.

156. - Défis. Devant les défis et les bouleversements induits par les changements du modèle classique de l'emploi – modèle fordiste –, les acteurs institutionnels de l'Union en matière sociale changent de stratégie en épousant une démarche axée sur la recherche de nouveaux modes de régulation des relations de travail. Ils donnent davantage aux représentants de salariés l'occasion de s'exprimer en formalisant les procédures d'information, de consultation et de participation. La promotion de cette logique participative⁵²³ en faveur des acteurs sociaux correspond au passage progressif d'un processus traditionnel de réglementation, plus ou moins unilatéral, hiérarchique et hétéronome, à une dynamique d'échange et de négociation entre les représentants des destinataires de la norme sociale. Dans cette perspective les maîtres mots relèvent d'une rhétorique mettant en avant un vocabulaire particulier : autonomie, flexibilité, innovation, délégation de pouvoir, autorégulation, co-régulation, proximité, flexicurité, renforcement de la démocratie sociale...etc. Ce vocabulaire séduisant, s'accompagnant souvent d'un discours bien rodé tenu par les décideurs nationaux et européens, reflète le recul des acteurs institutionnels traditionnels de la réglementation des relations de travail dans un contexte de crise économique à répétition⁵²⁴.

157. - Fonctions du dialogue social. Le dialogue social européen emprunte certaines de ses caractéristiques à diverses cultures juridiques nationales, et préserve en même temps ses propres traits originaux⁵²⁵. Mais les rapports de force qu'entretiennent les interlocuteurs sociaux, l'élargissement de l'Union européenne permettant l'accueil de pays nouveaux aux cultures sociales diverses et les défis imposés par la mondialisation de l'économie rendent de plus en plus difficile la réalisation d'un dialogue social européen efficace. Malgré la tendance à la contractualisation des relations du travail⁵²⁶ qui traverse la majorité des Etats membres de

⁵²³ Depuis le Traité de Maastricht, et avec le Traité d'Amsterdam qui a achevé la reconnaissance de la négociation collective européenne, les partenaires sociaux bénéficient d'une prérogative essentielle en matière d'élaboration de la norme sociale. L'article 152 du TFUE, issu du Traité de Lisbonne, parachève cette évolution, en déclarant solennellement que « l'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie ».

⁵²⁴ A. Dufresne, C. Gobin, N. Maggi-Germain, De la négociation collective au dialogue social : l'influence de l'Union européenne sur la transformation des relations professionnelles, in. A. Dufresne, N. Maggi-Germain (dir), Les relations professionnelles en Europe et en Amérique latine, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 71.

⁵²⁵ C. Hablot, *Le dialogue social au sein du processus législatif européen*, in. B. Teyssié (dir), La norme transnationale et les relations de travail, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2014, p. 30.

⁵²⁶ Ph. Auvergnon (dir), *Contractualisation du droit social*, Actes du séminaire international de droit comparé

l'Union⁵²⁷ le dialogue social européen – interprofessionnel et sectoriel – n'offre pas une alternative efficace à l'action législative communautaire traditionnelle ; le nombre très faible d'accords collectifs conclus au niveau européen en témoigne. Si la montée en force d'un discours favorable au partenariat social tend à satisfaire les revendications des acteurs sociaux, surtout patronaux, en termes d'autonomie collective et de participation à l'ordonnement des relations de travail, la conciliation de la flexibilité des conditions de travail et de la sécurité des salariés⁵²⁸ est, par exemple, l'un des thèmes auxquels les partenaires sociaux n'apportent que des réponses minimalistes et partielles (ex. contrats de travail atypiques⁵²⁹). Cette fonction nouvelle du dialogue social correspond au recul de l'Etat providence et à une logique de responsabilisation des acteurs sociaux⁵³⁰ censée créer des conditions propices à un marché du travail autorégulé. Une autorégulation à la réussite de laquelle il faudrait au préalable s'assurer de la représentativité de ces acteurs (partenaires sociaux européens).

158. - La représentativité des partenaires sociaux européens. L'importance de la participation des syndicats européens dans le processus législatif européen⁵³¹ en matière sociale renvoie au respect du principe démocratique fondamental de la représentation des citoyens, surtout, en l'absence d'intervention du Parlement de l'Union. L'arrêt *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME)*⁵³² rendu le 17

du travail et de la sécurité sociale, Bordeaux, COMPTRESEC, 2003.

⁵²⁷ A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, RDT 2015, p. 173.

⁵²⁸ Présentée comme une garantie d'une économie européenne compétitive et performante au sein de la Stratégie européenne pour l'emploi (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=fr>).

⁵²⁹ Il faut noter que certains accords collectifs européens essaient de s'inscrire dans le cadre de la Stratégie Européenne pour l'Emploi (SEE). Ils sont considérés, par exemple, comme une « contribution à la stratégie européenne générale pour l'emploi » dans les accords collectifs européens sur le travail à temps partiel (repris dans la Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES. Journal officiel n° L 014 du 20/01/1998 p. 0009 – 0014/1997) et le travail à durée déterminée (repris dans la Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. Journal officiel n° L 175 du 10/07/1999 p. 0043 - 0048). Ces formes atypiques d'emploi entretiennent des liens forts avec les objectifs de la SEE en matière de régulation, voire de flexibilisation des marchés du travail. En ce qui concerne le travail intérimaire « le 21 mai 2001, les partenaires sociaux ont reconnu que leurs négociations sur le travail intérimaire n'avaient pu aboutir » (Considérant 7), ce qui a amené le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne à édicter la Directive 2008/104/CE du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire. Cette dernière directive s'inscrit elle aussi dans le cadre de la Stratégie de Lisbonne « cherchant notamment à favoriser la flexibilité en la conciliant avec la sécurité de l'emploi et à réduire la segmentation du marché du travail, en tenant dûment compte du rôle des partenaires sociaux » (Considérant 8).

⁵³⁰ N. Maggi-Germain, Sur le dialogue social, op. cit.

⁵³¹ C. Hablot, Le dialogue social au sein du processus législatif européen, op. cit.

⁵³² TPICE, 17 juin 1998, aff. T-135/96, UEAPME c/ Cons., M.-A. Moreau, Sur la représentativité des

juin 1998 par le Tribunal de première instance des communautés européennes réitère le respect du principe démocratique dans l'élaboration de la norme de l'Union : « *le respect du principe de la démocratie, sur lequel l'Union est fondée, requiert – en l'absence de participation du parlement européen au processus d'adoption d'un acte législatif – que la participation des peuples à ce processus soit assurée de manière alternative, en l'occurrence par l'intermédiaire des partenaires sociaux ayant conclu l'accord* ». Pour qu'il puisse légitimer l'action des partenaires sociaux, le respect du principe de la démocratie suppose au préalable que ces derniers soient représentatifs, comme telle est la règle dans les démocraties représentatives. Il faut noter à cet égard que le traité d'Amsterdam de 1997 a évincé de son champ d'application en matière de politique sociale les questions relatives au droit d'association et au droit syndical⁵³³. En énonçant que « *les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out* », le législateur de l'Union fait preuve d'abstentionnisme législatif. C'est seulement par le biais de communications de la Commission⁵³⁴ que les critères de représentativité ont été définis. Par ailleurs, ces conditions de représentativité ne sont valables que pour engager des consultations des partenaires sociaux par les instances de l'Union, et « *n'ouvrent donc pas un droit de participer à la négociation collective européenne, mais une simple faculté de le faire*⁵³⁵ ». En revanche, lors du dialogue social autonome, une reconnaissance mutuelle entre les partenaires sociaux, qui « *ont mutuellement manifesté leur*

partenaires sociaux européens, Dr. soc. 1999, p. 53. Dans cette affaire, le syndicat UEAPME, qui n'avait participé qu'à la première phase de la procédure de consultation, avait demandé l'annulation de la décision du Conseil ayant transposé en directive européenne l'accord-cadre sur le congé parental signé le 5 novembre 1995 entre la Confédération européenne des syndicats (CES) d'un côté, l'Union des industries de la Communauté européenne (UNICE, aujourd'hui Business Europe), et le Centre européen des entreprises publiques (CEEP) de l'autre) conclu sans qu'elle participe à la négociation. Sa demande a été rejetée parce que « *le fait d'être admis, aux termes de l'accord sur la politique sociale, à être consulté dans la première phase de la procédure n'entraîne pas un droit à négocier* ».

⁵³³ Art. 153, § 5 TFUE.

⁵³⁴ La dernière date du 26 janvier 2002 - (COM(2002)341 final, 26 janv. 2002 -, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement. Cette communication s'est inspirée de la position des partenaires sociaux (CES, l'UNICE et le CEEP) du 29 octobre 1993, précisant les conditions à remplir pour être représentatif, et reprend les communications précédentes (Doc. COM(1993)600 final, 14 déc. 1993) ; (Doc. COM (1998) 322 final, 20 mai 1998, Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire) pour définir les critères de représentativité des partenaires sociaux européens : « *être organisé au niveau européen, interprofessionnel ou sectoriel ; être composé d'organisations nationales elles-mêmes reconnues comme représentatives dans leur cadre national ; être impliquées dans la négociation collective au niveau national ; pratiquer l'adhésion de ses membres sur une base volontaire ; être représenté dans tous les États membres ou avoir participé aux rencontres de Val Duchesse (rencontres tripartites qui ont eu lieu depuis 1985) ; disposer d'un mandat des organisations affiliées pour les représenter dans le dialogue social communautaire* ».

⁵³⁵ TPICE, 17 juin 1998, aff. T-135/96, UEAPME c/ Cons. Motif 78 (V. not. P. Rodière, Traité de droit social de l'Union européen. LGDJ, coll. Traités, 2008, p. 104).

*volonté d'engager le processus...qui acceptent de négocier les uns avec les autres*⁵³⁶ » constitue une condition pour accéder au dialogue social.

159. - Procédures. L'émergence d'une véritable législation sociale conventionnelle au sein de l'Union est l'œuvre des dispositions de l'Accord sur la politique sociale qui a été intégré au Traité d'Amsterdam. En vertu de l'article 154 TFUE la Commission, avant de présenter des propositions en matière sociale, a le devoir de « *promouvoir la consultation des partenaires sociaux* » sur l'orientation possible d'une action de l'Union. Si la Commission « *estime qu'une action de l'Union est souhaitable* », après la réception de l'avis consultatif donné par les partenaires sociaux, elle doit par la suite procéder à une nouvelle consultation de ces derniers. Cette seconde consultation porte sur le contenu de la proposition envisagée et a pour objectif d'inviter les partenaires sociaux à émettre des avis ou des recommandations. Ces deux phases reflètent une procéduralisation⁵³⁷ de la consultation des interlocuteurs sociaux pouvant déboucher sur la mise en place d'une véritable négociation collective en vue de conclure des accords collectifs⁵³⁸. De surcroît, les partenaires sociaux européens peuvent engager des négociations sur les thèmes de leur choix et conclure des accords collectifs⁵³⁹ indépendamment des dispositions de la procédure prévue par l'article 154 TFUE. L'institutionnalisation de la procédure du dialogue social, depuis 1992, comme instrument de production de la norme sociale européenne a offert un « *privilège exorbitant* »⁵⁴⁰ aux partenaires sociaux dans le processus législatif ordinaire ; la volonté des partenaires sociaux d'engager un dialogue fait suspendre la procédure classique de l'adoption de directives durant toute la période de la négociation. Par ailleurs, la substance des accords collectifs européens

⁵³⁶ Ibid, point 75 et 76 de l'arrêt.

⁵³⁷ C'est pour cette raison que, selon Madame Marie-Ange Moreau, le processus de négociation se déroule toujours « *dans l'ombre de la norme contraignante (in the shadow of the law)* » M.-A. Moreau, *L'accord collectif et la convention collective en Europe comme source d'analyse de l'échange des droits dans l'Union européenne*, in. S. Robin-Olivier, D. Fasquelle (dir), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2009, p. 48.

⁵³⁸ Dans son paragraphe 4, l'article 154 du TFUE prévoit qu'« *à l'occasion de cette consultation, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 155* ». V. not. sur cette procédure, P. Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, p. 99 et s. E. Mazuyer, *Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification*. Dr. soc. 2007, p. 476.

⁵³⁹ Art. 155 TFUE.

⁵⁴⁰ M.-A. Moreau, *L'accord collectif et la convention collective en Europe comme source d'analyse de l'échange des droits dans l'Union européenne*, op. cit., p. 47 : « *La durée de ce processus ne peut pas dépasser neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par les partenaires sociaux concernés et la Commission* » paragraphe 4, l'article 154 TUFÉ.

signés n'apportent que très peu de nouveautés aux droits du travail des Etats membres, surtout ceux de l'Europe occidentale. L'apport essentiel du dialogue social européen est ailleurs. Il tend à favoriser la sensibilisation des acteurs sociaux aux attentes ou craintes partagées au sein du monde du travail auxquelles correspondrait au mieux l'ébauche d'une culture sociale commune au sein de l'Union. S'agissant de la mise en œuvre des accords collectifs européens, l'outil contractuel est encore une fois à l'honneur. La transposition du contenu de ces derniers peut emprunter deux voies: soit une décision du Conseil peut intervenir, sur proposition de la Commission, qui prend souvent la forme d'une directive⁵⁴¹ ; soit les partenaires sociaux nationaux appliquent les procédures prévues par leurs droits nationaux⁵⁴² pour transposer l'accord du niveau européen⁵⁴³.

Les deux voies conventionnelles ouvertes – accord collectif européen repris par une directive et accord collectif autonome transposable via une négociation collective nationale – pour les partenaires sociaux ne se valent pas. L'accord collectif repris par les instances de l'Union et retranscrit dans un dispositif législatif, prenant la forme de directive, revêt évidemment une force obligatoire plus marquée que l'accord collectif dont la transposition est renvoyée aux partenaires sociaux nationaux. Ces derniers ne sont pas redevables d'une obligation de transposition sur le plan national des accords collectifs conclus par leurs homologues européens.

160. - Leçon de droit comparé. Le discours comparatiste, privilégiant le dialogue social comme mode d'élaboration de la norme sociale, ne peut pas faire l'économie de la complexité des modèles nationaux de partenariat social. S'inscrivant dans l'agenda social européen comme une nouvelle voie de consolidation de la démocratie sociale, depuis la présidence de Jacques Delors, la promotion du dialogue social européen – interprofessionnel et sectoriel – s'efforce de tenir compte des traditions juridiques nationales et des contraintes des

⁵⁴¹ Cette procédure « n'est point sans rappeler, à certains égards, les arrêtés d'extension pris en France par le ministre du travail (art. L. 2261-15 et s) », B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, 6^{ème} éd., 2013, p. 49, n° 85.

⁵⁴² Cette seconde voie ne va pas sans poser quelques difficultés liées l'absence d'homogénéité des droits nationaux des conventions collectives (Ch. Vigneau, *Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire*, RTD eur. 2002, p. 653, spéc., p. 663 et s.).

⁵⁴³ L'article 155 § 2 du TFUE énonce que : « *la mise en œuvre des accords conclus au niveau de l'Union intervient soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit, dans les matières relevant de l'article 153, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission* ».

interlocuteurs sociaux européens et nationaux pour pallier en quelque sorte le retrait de l'action normative traditionnelle de l'Union en droit du travail. Cette instrumentalisation du dialogue social européen s'accompagne d'une valorisation des expériences de partenariat social de certains Etats membres, en l'occurrence les pays nordiques traditionnellement connus par leur culture de négociation collective propice à la construction de véritables compromis sociaux. Ainsi, « *le débat public, la presse, mais aussi les acteurs, qu'ils soient politiques ou sociaux, ont parfois la tentation d'instrumentaliser – à l'appui d'une argumentation à vocation interne – ou d'idéaliser des expériences étrangères, qui ne marchent qu'en raison d'un contexte, des termes d'un compromis, mais qui n'ont aucune chance de fonctionner dans un autre contexte, où les rapports entre les acteurs sont construits sur d'autres bases*⁵⁴⁴ ». Cette leçon de la comparaison des droits permet de poser les limites du dialogue social. La « *crise du dialogue social européen*⁵⁴⁵ » interprofessionnel et sectoriel combinée avec la politique de simplification⁵⁴⁶ (programme « Mieux légiférer », voire de « *moins légiférer*⁵⁴⁷ ») reflète la difficulté de réaliser des compromis, même a minima, entre acteurs sociaux.

161. - Harmonisation par compromis⁵⁴⁸. Instrument d'harmonisation des droits nationaux du travail et « *outil d'édification d'une « législation sociale conventionnelle*⁵⁴⁹ », l'accord collectif de niveau communautaire issu du dialogue social européen pourrait être d'une grande utilité pour la circulation des notions de droit du travail entre les ordres juridiques des Etats membres. En effet, le fait de traiter des questions sociales transnationales au sein de l'Union par des partenaires sociaux issus de différents Etats membres favoriserait

⁵⁴⁴ M. Guerre, Dialogue social et gouvernance européenne, in. Ph. Martin (dir), Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe, Presses universitaires de Bordeaux 2007, p. 44.

⁵⁴⁵ J.-Ph. Lhernould, *La résistible ascension de la norme européenne*, JCP S n° 26. 30 juin 2015, p. 2, n° 4.

⁵⁴⁶ Récemment, un accord sectoriel conclu entre les partenaires sociaux européens, portant sur la santé et la sécurité des travailleurs concernant le secteur de la coiffure n'a pas pu revêtir la force normative d'une directive à cause d'un refus de la Commission (26 avr. 2012 : *Liaisons soc. Europe 2012*, n° 303). Les raisons du refus résident selon les instances administratives de l'Union dans son caractère inopportun et son incompatibilité avec le programme « Refit » engagé en vue de la simplification de la législation européenne.

⁵⁴⁷ S. Robin-Olivier, Mieux légiférer en matière sociale : la réglementation intelligente confrontée à l'objectif d'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail, in. F. Péraldi-Leneuf et S. de la Rosa (dir), *L'Union européenne et l'idéal de la « meilleure législation »*, éd. Pédone, 2013, p. 97.

⁵⁴⁸ Pour Madame Marie-Ange Moreau, l'harmonisation de certains aspects du droit du travail des Etats membres par compromis a été rendue possible grâce à des consensus et à des points de rencontres *a minima* et aux techniques d'exclusions et de réserves (ex. : les dérogations négociées au niveau national aux règles relatives à la durée du temps de travail), M.-A. Moreau, *L'accord collectif et la convention collective en Europe comme source d'analyse de l'échange des droits dans l'Union européenne*, op. cit., p. 49.

⁵⁴⁹ B. Teysié, *Un nouveau droit du travail ?* JCP S, n° 26. 30 juin 2015, 1234, p. 3, n° 10.

les contacts entre des systèmes différents de relations professionnelles, stimulerait les échanges de concepts juridiques et permettrait de créer un climat favorable à l'apprentissage mutuel « *learning*⁵⁵⁰ ». Or, il s'agit dans la plupart des accords collectifs signés au niveau européen, malgré les analyses comparées précédant le processus de négociation, d'un partage de connaissance et d'échange largement tributaire des arbitrages forts difficiles effectués par les partenaires sociaux européens. Par exemple dans le cas de l'accord sur le stress⁵⁵¹, il s'agit « *plus d'un processus de partage de connaissance d'un problème identifié comme commun, s'apparentant au processus de « learning » de la MOC [méthode ouverte de coordination*⁵⁵²]. *L'accord est surtout en l'occurrence, en raison de l'objet de la négociation, un outil de mobilisation et non un véritable outil juridique*⁵⁵³ ».

162. - En revanche, le niveau national reste néanmoins dans certains cas plus réceptif des notions venues d'ailleurs et s'acclimate aux effets produits par le dialogue social européen. Aussi, les tensions entre les cultures juridiques des Etats-membres sont-elles atténuées sous l'effet des rencontres et des contacts répétés entre négociateurs. La pratique du dialogue social européen contribue à relativiser, par exemple, la dichotomie existant entre le modèle social anglo-saxon, représenté par la Grande Bretagne⁵⁵⁴, d'inspiration fortement volontariste et pragmatique dans la construction des compromis, et le modèle social continental, représenté par exemple par la France, doté d'un cadre réglementaire plus ou moins rigide et d'une tradition d'ordre public social⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ M.-A. Moreau, L'accord collectif et la convention collective en Europe comme source d'analyse de l'échange des droits dans l'Union européenne, op. cit., p. 51 et s.

⁵⁵¹ Accord-cadre sur le stress au travail signé le 8 octobre 2004 par l'UNICE, le CEEP et la CES. Cet accord a été transposé en France par l'accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 (P.-Y. Verkindt, *L'ANI du 2 juillet 2008 sur le stress au travail, entre lumière et ombre*, JCP S n° 40, 30 Septembre 2008, act. 483).

⁵⁵² V. *infra*. n° 166 et s.

⁵⁵³ M.-A. Moreau, L'accord collectif et la convention collective en Europe comme source d'analyse de l'échange des droits dans l'Union européenne, op. cit., p. 51 et s.

⁵⁵⁴ J. Carby-Hall. Le partenariat social : une initiative nouvelle au Royaume-Uni. Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1999, pp. 20-37.

⁵⁵⁵ Cette idée doit être elle-même nuancée. Le modèle anglo-saxon traditionnel de *collective bargaining* est aujourd'hui, sous l'influence de la législation sociale européenne (« *One UK source estimates that 40 per cent of UK employment law derives from EU requirements* », Chapter 2 : EU labour law and the UK in, B. Bercusson. *European labour law*, 2ème éd. Cambridge University Press, 2009, p. 46), un modèle qui agrège des éléments appartenant au modèle continental classique : une réglementation contraignante codifiée bénéficiant aux travailleurs grâce à la contribution positive du droit du travail européen « *Many, if not the most of the advances in UK employment protection law over the past thirty-five years since the UK joined the European Community (EU) in 1973 have been the result of EU legislation. Without European law, there would not be employment*

163. - Interdépendance. Si l'ordonnement conventionnel des rapports de travail se met en place selon des arrangements forts différents d'un Etat à l'autre, le déploiement du dialogue social, européen et national, subit toutefois les incertitudes et les contraintes du même environnement⁵⁵⁶. L'identité des enjeux⁵⁵⁷ et de l'environnement incite ainsi les partenaires sociaux, nationaux et européens, à nouer des relations d'interdépendance⁵⁵⁸. La comparaison du dialogue social européen aux différentes formes de partenariats sociaux des Etats membres révèle l'existence de deux configurations. Le dialogue social européen garde ses spécificités par rapport aux modèles nationaux quant aux résultats auxquels il parvient, dans la mesure où ces derniers sont loin d'être homogènes et ne reflètent que des compromis à minima. Cependant, le dialogue social européen peut également être un levier⁵⁵⁹ important pour déclencher des processus de rapprochement des droits des Etats membres ; l'ambition du législateur européen et des interlocuteurs sociaux étant de réduire la divergence des standards

rights in the UK to : equal pay ; equal treatment in employment ; consultation over collective dismissals ; protection in transfers of undertakings ; protection against a two-tier workforce in privatisation ; european works councils ; paid annual leave and working time restrictions (avec beaucoup d'exemptions) ; parental leave ; equal treatment for part-timers and workers on fixed-term contracts ; information and consultation of employees' representatives entreprises with 50+ workers », B. Bercusson, op. cit, p. 46. Il faut noter également que la directive de 2002, qui impose des procédures d'information et de consultation dans toutes les entreprises d'au moins 50 salariés, transposée par une loi de 2004 et dotée d'une grande flexibilité, a perturbé le système britannique de relations professionnelles, en dérogeant au principe du volontarisme dans la mesure où le droit d'information-consultation est applicable même en l'absence de syndicat dans l'entreprise, brisant le monopole traditionnel des syndicats dans la représentation des travailleurs. Par ailleurs, le modèle continental a vu l'émergence progressive de la logique volontariste avec un retrait progressif de la figure étatique dans la régulation sociale.

⁵⁵⁶ D'abord un environnement européen dominé par des élargissements successifs de l'Union à d'autres pays de culture sociale et de niveau de développement économique différents, ensuite un environnement globalisé qui exacerbe la concurrence entre les droits sociaux nationaux et entre les entreprises.

⁵⁵⁷ Les études comparatives des relations professionnelles portant sur certains Etats-membres de l'Union (Allemagne, Italie, Pays-Bas, France et Royaume-Uni) mettent en évidence des mouvements communs qui traversent ces pays : la baisse du taux de syndicalisation avec une faiblesse du pouvoir des syndicats à négocier et à obtenir de nouveaux acquis, la décentralisation accrue de la négociation collective avec une importance donnée aux accords d'entreprises, au détriment des normes sociales de branche, voire le démantèlement des garanties collectives. V. J. Freyssinet, *L'impact de la crise économique sur les modes de production des normes générales de la relation d'emploi : l'exemple de six pays d'Europe occidentale*, Economies et sociétés, série socio-économie du travail, 2011, n° 33.

⁵⁵⁸ « *Le cadre commun (du dialogue social) agit sur les contextes nationaux, mais il est également - dans un espace européen plus hétérogène - à la confluence - sinon à la convergence - des évolutions nationales* », M. Guerre, *Le dialogue social national dans son environnement européen : influences et articulations*, Les Cahiers du Plan, 2005 12 (L'Europe et le dialogue social), p. 59.

⁵⁵⁹ L'influence de la législation sociale européenne est considérable dans certains pays de l'Union qui ne connaissaient pas, dans leur tradition sociale, la pratique du dialogue social. À titre d'exemple, on peut citer la législation du Royaume-Uni : « *Il ne fait aucun doute que c'est grâce à la législation européenne traduite en droit britannique que le Royaume-Uni commence à voir se développer une forme de dialogue social non seulement dans certains domaines limités, mais aussi de manière plus générale et étendue. La législation britannique n'en est qu'au stade de l'enfance, n'étant entrée en vigueur qu'en avril 2005* ». J. Carby-Hall, *Démocratie industrielle et concept de partenariat en Grande-Bretagne*, in. Ph. Martin (dir), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux 2007, p. 338.

sociaux nationaux pour limiter l'impact d'une mise en concurrence des législations nationales de plus en plus encouragée par la mobilité accrue des opérateurs économiques.

164. - Bilan mitigé de l'action législative et conventionnelle. Les élargissements successifs de l'Union européenne vont de pair avec une lecture plus complexe de la diversité des modèles nationaux du droit du travail. Certes, la législation sociale de l'Union européenne n'a jamais eu l'ambition de réaliser une harmonisation totale des législations nationales. L'objectif initial est d'œuvrer au rapprochement des droits nationaux sur la base d'un socle *a minima*. La technique des directives européennes illustre cette philosophie et joue un rôle important dans ce domaine⁵⁶⁰. Elle met ainsi à la disposition des législateurs nationaux un outil flexible qui fixe un plancher obligatoire au-dessus duquel ces derniers peuvent prévoir des dispositions plus favorables. Faire le contraire – c'est-à-dire imposer un corps de règles unifié – constituerait une négation des spécificités culturelle, institutionnelle, historique et économique des droits nationaux dotés d'un fort ancrage national⁵⁶¹. Au-delà de son caractère souple et de sa sensibilité aux particularismes nationaux, le bilan de l'action normative fondée sur la directive est mitigé⁵⁶².

165. - Aux côtés du droit dérivé de l'Union européenne, le dialogue social européen et autres instruments relevant de la *soft law* (Accords cadres transnationaux, RSE...) participent aussi, malgré leur faiblesse⁵⁶³, à l'harmonisation des droits du travail des Etats membres et à la création « *d'un espace normatif transnational en raison du socle de principes commun qui*

⁵⁶⁰ M. Weiss, The future of comparative labor law as an academic discipline and as a practical tool, *Comp. Labor Law & POL'Y Journal*, 2005 [Vol. 25:169], p. 171 : « In this context, a specific legislative instrument, the Directive, has been developed to make sure that the European input remains flexible enough to be integrated into the legal structure of individual countries. The Directive only regulates the purpose to be achieved and provides some framework considerations: the institutional transposition is left to the Member States ».

⁵⁶¹ Cette caractéristique est liée, en occident, à l'essor de l'État-nation depuis le XIXe siècle, car « le droit est ainsi devenu progressivement une affaire nationale, en même temps qu'il se divisait en branches spécialisées. Moins exacerbé dans les petits pays, qui sont demeurés ouverts à des influences juridiques diverses, ce nationalisme juridique a profondément marqué la culture des grands pays, qui ont vu dans leur droit une expression essentielle de leur souveraineté », A. Supiot, *Droit du travail*, PUF. Que sais-je, éd. 2011, p. 19.

⁵⁶² Son « bilan quantitatif est mince. Le contenu interroge aussi. La plupart des textes adoptés récemment sont le prolongement de directives existantes ; ce sont des textes d'application ou de révision. Leur plus value est dans l'ensemble relative, voire douteuse ou même virtuellement nulle », J.-Ph. Lhernould, *La résistible ascension de la norme européenne*, *JCP S* n° 26. 30 juin 2015, p. 3, n° 3.

⁵⁶³ Le dialogue social européen a pu être défini « comme l'expression même d'un néo-corporatisme qui organise entre acteurs politiques et acteurs sociaux un échange de leurs ressources, et, serait-on tenté de dire, un échange de leurs faiblesses », A. Lyon-Caen, *La convention collective dans ses dimensions internationales*, *Dr. Soc.* 1997, p. 352.

*existe dans l'Union*⁵⁶⁴». Les modes alternatifs de régulation des relations sociales, puisant eux-mêmes dans la comparaison des ressources argumentatives importantes, concourent à dessiner les contours et à construire des synergies entre la multitude des acteurs et des instruments à l'œuvre au sein de l'Union.

§ 2 : Le rôle subversif du comparatisme au sein des nouveaux modes d'intervention normative de l'Union européenne

166. - Le recours au droit souple tel qu'il est promu par l'Union européenne fait appel à la culture de la discussion, du dialogue et du compromis, de l'autonomie, du pluralisme juridique... etc. Cette culture est révélatrice de l'ascension du droit postmoderne⁵⁶⁵. Mais il est également susceptible d'être un vecteur d'une certaine conception hégémonique et dogmatique de l'intégration juridique. L'hégémonie d'un système particulier de penser la norme travailliste sur les autres peut relever d'une démarche « *d'intégration impérialiste*⁵⁶⁶ ». La comparaison peut servir dans cette optique à faciliter la convergence des droits nationaux. Celle-ci est fondée principalement sur une appréciation économique de la norme travailliste selon un schéma compétitif. Le processus, par exemple, d'apprentissage mutuel dont se prévaut la méthode ouverte de coordination (MOC) ne participe certainement pas, lorsqu'il est instrumentalisé, au cycle vertueux de « *l'apprentissage de la complexité*⁵⁶⁷ », tel qu'il est conçu par Mme M. Delmas-Marty, des systèmes juridiques nationaux. La vision dogmatique de la comparaison, véhiculée par l'utilisation du droit souple par les instances de l'Union européenne – principalement le Conseil et la Commission –, est aujourd'hui très présente et

⁵⁶⁴ M.-A. Moreau, L'accord collectif et la convention collective en Europe comme source d'analyse de l'échange des droits dans l'Union européenne, op. cit., p. 57.

⁵⁶⁵ J. Chevallier, L'Etat post-moderne, LGDJ, coll. Droit et Société, 2014, spéc., p. 144 et s. : « *On assiste en effet au développement de techniques plus souples, relevant de ce qu'on a pu appeler « une direction juridique non autoritaire des conduites » (la phrase est à P. Amssek) : les textes indiquent des « objectifs » qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des « directives » qu'il serait opportun de suivre, formulent des « recommandations » qu'il serait bon de respecter, mais sans leur donner pour autant force obligatoire ; toutes ces dispositions ont bien une dimension normative, dans la mesure où elles visent à agir sur les comportement des destinataires, et leur caractère non impératif ne suffit pas à les reléguer hors de la sphère du droit », p. 145.*

⁵⁶⁶ M. Delmas-Marty, *Préface*, in. M. Delmas-Marty (dir), *Critique de l'intégration normative*, op. cit., p. 21.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 22.

embrasse de larges pans de la législation sociale ne relevant pas, en principe⁵⁶⁸, des compétences de l'Union prévues dans le cadre de l'article 153 d Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Pour tenter d'apprécier l'ampleur et la portée de l'instrumentalisation de la comparaison dans ce domaine, il conviendrait de se pencher, dans un premier temps, sur l'étude de la méthode ouverte de coordination, figure emblématique de la politique actuelle du rapprochement des droits des Etats membres (A), et de s'intéresser, dans un second temps, aux ressorts de la montée en puissance du droit souple (*soft law*) au sein de l'action normative de l'Union (B).

A. La Méthode Ouverte de Coordination

167. - Difficultés et craintes. Les réformes réalisées par les Etats membres, sous l'influence des instruments de la méthode ouverte de coordination, n'ont pas pu atteindre les objectifs affichés au début des années 2000 par l'Union en vue de devenir « *l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable, accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi* »⁵⁶⁹. Dans la plupart des Etats de l'Union, le contexte économique difficile rend la conciliation de l'ambition de progrès social et les impératifs économiques fragile ; ce contexte est doublé par les difficultés de dégager une ligne politique convenant aux 28 Etats membres de l'Union. A ceci s'ajoutent craintes et remises en cause de l'idée même d'une Europe économiquement et juridiquement plus intégrée. La montée des nationalismes identitaires et le rejet de l'Europe remettent en péril le projet social commun, déjà si fragile à l'origine, et pourraient constituer le prélude d'effondrement de l'acquis social communautaire et le début d'une mise en concurrence des systèmes sociaux nationaux⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ R. Vatinet, LE GRAND CHAOS (Sur l'évolution des sources du droit du travail), in. Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Litec 2009, p. 662 : « *Le domaine matériel couvert par la MOC n'a pas de limite. Le principe de subsidiarité peut difficilement être invoqué dès lors que cette méthode ne se présente pas comme une atteinte à la compétence des Etats que l'Union se borne à « soutenir », « aider », « encourager » dans la conception et la mise en œuvre de leurs propres politiques* ».

⁵⁶⁹ Conseil européen de Lisbonne du 23 et 24 mars, conclusion de la présidence, point 5.

⁵⁷⁰ On songe au débat sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (Brexit).

168. - Pluralisme. « *Caractérisée par le pluralisme* », selon l'expression de l'article 1 bis du Traité sur l'Union européenne, la culture européenne a participé au développement de figures novatrices de la production normative au sein du système juridique de l'Union. Celle-ci est considérée comme un lieu de rencontre, d'échange et de confrontation de plusieurs cultures juridiques souvent divergentes ; elle constitue également un espace privilégié pour l'expérimentation⁵⁷¹ de l'exercice du pouvoir normatif ; la théorie postmoderne⁵⁷² du droit est largement mise en application et réinventée en son sein.

169. - La grande diversité des droits du travail des Etats membres et le recul du rôle des modes traditionnels d'édiction de la norme, directives et règlements, rendent toute tentative d'harmonisation d'envergure difficilement réalisable et explique le recours, ces dernières années, à des formes inédites de l'ordonnement des relations sociales⁵⁷³. Ce choix de politique législative opéré en matière sociale par les instances de l'Union participe par ailleurs à affirmer « *l'autonomie du droit européen du travail par rapport aux autres branches du droit privé européen*⁵⁷⁴ ». L'autonomie se caractérise à la fois par la part croissante laissée à l'action des partenaires sociaux dans l'édiction de la norme sociale, et par le recours à la Méthode Ouverte de Coordination (MOC) dans le cadre de la Stratégie Européenne pour

⁵⁷¹ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, coll. La librairie du 20^{ème} siècle, 1994, p. 284 : l'ordre juridique de l'Union européenne est considéré comme un « *laboratoire d'expérimentation* » de plusieurs instruments et combinaisons innovants dans la création du droit.

⁵⁷² La littérature juridique qui retrace l'émergence et les applications du paradigme du droit post-moderne est fournie. V. not., les travaux de Jacques Chevallier, *vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*. RDP. 1998, p. 659 ; J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2014.

⁵⁷³ Des solutions sont proposées : préférer la gouvernance et la régulation au gouvernement et à la réglementation des relations de travail. D'un système d'édiction hétéronome de normes qui viennent d'en-haut, on passera à un système privilégiant le droit souple, le dialogue, la régulation (« *La notion de régulation ne saurait donc signifier la disparition de la figure du Tiers, figure caractéristique de l'état de droit. Elle suggère en revanche que ce tiers, qu'il s'agisse de l'Etat, du juge ou des organisations internationales, n'a plus le monopole de l'édiction des règles, car celles-ci procèdent également d'un mécanisme d'équilibre de forces à l'œuvre sur les marchés du travail* », A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige. 2^e éd. 2007, Préface de l'édition « Quadrige », p. XVI), la corégulation (« *On entend par corégulation le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations)* », Parlement européen, Conseil et Commission, *Mieux légiférer*, accord interinstitutionnel, 2003/C 321/01, JOCE du 31.12.2003, p. 3), et l'autorégulation (« *On entend par autorégulation la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment des codes de conduite ou accords sectoriels)* », Parlement européen, Conseil et Commission, *Mieux légiférer*, op. cit., p. 3). V. sur ces différentes formes d'intervention des pouvoirs publics, N. Maggi-Germain, *Sur le dialogue social*, op. cit.

⁵⁷⁴ A. Seifert, *Le droit du travail européen*, in (dir), E. Poillot et I. Rueda, *Les frontières du droit privé européen. The boundaries of european private law*, Larcier 2012, collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université du Luxembourg, p. 182.

l'Emploi. Le choix qui a été fait par le législateur communautaire dans le domaine social au profit des instruments juridiques classiques (règlements et surtout directives) ne semble plus être aujourd'hui une priorité. Si la plupart des interventions de l'Union en droit du travail ont pris la forme de directive⁵⁷⁵ – instrument normatif principal durant l'âge d'or de la construction de l'acquis social communautaire –, la tendance suit les chemins de la MOC, une approche souple et peu contraignante – en apparence – visant le rapprochement des législations nationales (1). Le retrait de l'action normative traditionnelle de l'Union en droit du travail justifie également la voie du droit souple dont la Stratégie Européenne pour l'Emploi est une excellente illustration (2).

1. Présentation : la Méthode Ouverte de Coordination, vecteur d'échange entre les droits

170. - Les raisons : pause législative, élargissement de l'Union et changement de stratégie. La comparaison des droits des Etats membres est certainement une garantie de crédibilité, d'acceptabilité et d'efficacité de la réalisation du droit communautaire⁵⁷⁶. D'un instrument privilégié de l'harmonisation des législations nationales, la directive semble aujourd'hui céder la place devant la montée en puissance de nouveaux modes de régulation (dialogue social, responsabilité sociale des entreprises, droit souple). Cette volonté de légiférer autrement reflète le passage d'une approche de réglementation à une dynamique de régulation⁵⁷⁷. Ainsi, par exemple, l'accentuation des débats sur les politiques de flexibilisation – les acteurs européens et nationaux préfèrent parler aujourd'hui de flexicurité – des marchés du travail, voire de leur dérégulation ont, en l'absence de consensus en la matière entre Etats

⁵⁷⁵ Par exemple, les directives relatives aux licenciements collectifs, à l'égalité professionnelle, au transfert d'entreprises, la protection de la santé et de la sécurité au travail, etc. Quant au règlement en tant qu'instrument d'édiction de règles uniformes d'harmonisation totale – et qui, selon l'article 288 du TFUE « *a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre* » - il a été peu utilisé par l'Union (ex. la liberté de circulation des travailleurs, la réglementation des aides à la formation et à l'emploi).

⁵⁷⁶ K. Lenaerts. *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in. R. Mensbrugge (dir.), *L'utilisation de la méthode juridique comparative en droit européen*. Travaux de la faculté de droit de Namur, Vol. 20, Presses universitaires de Namur. 2003, p. 123.

⁵⁷⁷ L'attractivité ou le « *prestige* » de la régulation résiderait dans ses qualités de souplesses vis-à-vis de ses destinataires ; la régulation « *défend l'idée qu'il n'y aurait d'assujettissement que consenti par les volontés dans leurs choix* », F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 573.

membres, provoqué un ralentissement massif de la production des normes juridiques contraignantes en matière sociale.

171. - Le recul de la part du « réglementaire » dans la production des normes sociales, le blocage des négociations entre les partenaires sociaux depuis le début des années 2000 et les divergences persistantes entre les visions des Etats membres (ex. la réglementation du temps de travail) constituent autant de justifications pour adopter une nouvelle stratégie d'action. La stratégie de « *mieux légiférer*⁵⁷⁸ », ou du « *moins légiférer*⁵⁷⁹ », combinée avec les objectifs économiques de l'Union en termes d'attractivité du territoire européen, est synonyme d'une « *rétractation du champ d'application des dispositions de la politique sociale européenne*⁵⁸⁰ ». Cette logique s'explique, notamment, par le passage, depuis le Traité de Maastricht, d'une conception dure et contraignante de la réglementation à une dynamique de négociation. Ce glissement reflète dans une large mesure l'influence du droit anglo-saxon, système volontariste fondé sur une culture du contrat et de la négociation, sur la politique législative de l'Union au détriment de la tradition continentale axée davantage sur une réglementation obligatoire. Cependant, cette pause législative – la plupart des directives européennes en droit du travail de ces dernières années sont des actes de révision et d'actualisation d'anciennes directives⁵⁸¹ – ne saurait être synonyme d'un arrêt complet de

⁵⁷⁸ Programme entamé dès le début des années 2000 et devenu une priorité avec la nouvelle Commission européenne de 2004. La littérature européenne sur ce thème est abondante ; c'est le rapport Mandelkern du 13 novembre 2001 (Group on Better Regulation) sur l'amélioration de la législation *qui* a servi de base à l'élaboration de la politique « *Mieux légiférer* » de l'Union européenne. Depuis ce rapport, plusieurs communications et livres blancs ont vu le jour (ex. Gouvernance européenne - Un livre blanc /* COM/2001/0428 final */ *Journal officiel* n° 287 du 12/10/2001 p. 0001 - 0029 ; Communication de la Commission - Gouvernance européenne : Mieux légiférer /* COM/2002/0275 final */ ; Accord interinstitutionnel « mieux légiférer » (2003) *Engagements et objectifs communs des trois principales institutions européennes (Parlement, conseil et commission) dans le domaine de l'amélioration de la législation ; .. ; COM(2010)543* (8 octobre 2010) *réglementation intelligente au sein de l'Union européenne* ; Pour une réglementation de l'UE bien affûtée, 12.12.2012 COM(2012) 746 final).

⁵⁷⁹ S. Robin-Olivier, Mieux légiférer en matière sociale : la réglementation intelligente confrontée à l'objectif d'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail, in. F. Péraldi-Leneuf et S. de la Rosa (dir), *L'Union européenne et l'idéal de la « meilleure législation »*, éd. Pédone, 2013, p. 106 et s. L'auteure constate que la politique sociale de l'Union, visant « la création d'un environnement attrayant pour les entreprises », est en « quête d'un allègement de la législation sociale ». Cette quête du « moins légiférer » comporte deux dimensions : la promotion des engagements volontaires des entreprises ou de la responsabilité sociale des entreprises, et l'exclusion des petites entreprises du champ d'application de la régulation sociale, envisageant des pistes de réflexions sur un « *small business act* » européen pour alléger les charges et les contraintes pesant sur cette catégorie d'entreprise.

⁵⁸⁰ S. Robin-Olivier, Mieux légiférer en matière sociale : la réglementation intelligente confrontée à l'objectif d'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail, op. cit., p. 113

⁵⁸¹ J.-Ph. Lhernould, *La résistible ascension de la norme européenne*, JCP S n° 26. 30 juin 2015, 1249

l'action normative de l'Union. C'est pour ces raisons que le choix a été fait en faveur d'une normativité souple, dite « *intelligente* », où la méthode ouverte de coordination est présentée comme une alternative efficace au droit dur de l'Union. L'esprit de la démarche de la MOC est de créer un environnement propice à la réalisation d'objectifs communs, sans pour autant faire appel à la « *méthode communautaire*⁵⁸² » traditionnelle d'harmonisation des droits, dont l'application est devenue extrêmement compliquée et difficile⁵⁸³ dans une Union composée de pays aux contextes nationaux fort divergents. « *L'invention de la méthode ouverte de coordination dans l'univers communautaire*⁵⁸⁴ » a permis ainsi à la fois d'inscrire cette alternative dans le développement de nouvelles formes de régulation européenne, visant l'approfondissement de l'Union, et de préserver l'irréductibilité de la diversité des droits du travail et des systèmes nationaux de relations professionnelles⁵⁸⁵.

172. - C'est dans les conclusions⁵⁸⁶ du Conseil européen de Lisbonne du 23 et 24 mars 2000, qui s'est donné comme objectif « *de définir pour l'Union un nouvel objectif stratégique dans le but de renforcer l'emploi, la réforme économique et la cohésion sociale dans le cadre d'une économie fondée sur la connaissance* », que le recours à la méthode ouverte de coordination⁵⁸⁷ a été évoqué pour la première fois. Les techniques de la méthode ouverte de

⁵⁸² Selon le Livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne du 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final, « *la méthode communautaire garantit à la fois la diversité et l'efficacité de l'Union européenne. Elle assure le traitement équitable de tous les Etats membres, des plus grands aux plus petits. Elle fournit un moyen d'arbitrer entre divers intérêts au travers de deux filtres successifs : le filtre de l'intérêt général, au niveau de la Commission ; le filtre de la représentation démocratique, européenne et nationale, au niveau du Conseil et du Parlement, qui constituent ensemble le pouvoir législatif de l'Union européenne* », p. 6.

⁵⁸³ « Le recours actif de la Commission à cette méthode de coordination peut être interprété de diverses manières. Il témoigne, d'abord, des limites du processus législatif communautaire traditionnel, les difficultés pour dégager une majorité qualifiée (ne parlons pas de l'unanimité..) étant décuplées à 25 [aujourd'hui 28] », J.-Ph. Lhernould, Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda 2005-2010, Europe, janvier 2006, p. 7.

⁵⁸⁴ A. Iliopoulou, La méthode ouverte de coordination, un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne, CDE. 2006, p. 317.

⁵⁸⁵ « Si l'on songe au futur de l'UE, la MOC permet de juguler la double tension entre approfondissement de l'UE et diversité accrue du fait de l'élargissement à vingt-cinq [aujourd'hui vingt-huit] Etats membres [...] Cette tension entre approfondissement européen et respect des idiosyncrasies nationales est inscrite au coeur même de chacune des MOC », J. Goetschy, L'apport de la méthode ouverte de coordination à l'intégration européenne. Des fondements au bilan, téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/goetschy.pdf>, p. 18.

⁵⁸⁶ Le texte de ces conclusions est consultable à l'adresse suivante : http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_fr.htm

⁵⁸⁷ L'application de la Stratégie globale de l'Union, visant l'objectif de « devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale », exigeait « l'amélioration des processus existants par l'introduction d'une nouvelle méthode ouverte de

coordination n'étaient pas pour autant totalement inconnues du législateur communautaire. Elles se sont largement inspirées de la stratégie européenne pour l'emploi (SEE)⁵⁸⁸. Celle-ci est aujourd'hui l'une des applications les plus médiatisées des principes de la MOC.

173. - Définition. Plusieurs définitions de la méthode ouverte de coordination (MOC) ont été proposées. Les prémices de ces définitions ont été fournies dès le lancement de la Stratégie Européenne pour l'Emploi en 1997⁵⁸⁹ et dans le cadre de la politique sociale de l'union (Titre X du TFUE)⁵⁹⁰. Ces deux méthodes promeuvent l'incitation, l'échange d'informations, l'approche participative et l'expérimentation des dispositifs juridiques afin de créer une convergence « douce » et non autoritaire des droits nationaux. Dans la même veine le point 38 des conclusions du Conseil de Lisbonne du 23 et 24 mars 2000 explique qu'au sein de la MOC « *l'approche retenue sera totalement décentralisée, conformément au principe de subsidiarité ; l'Union, les États membres, les collectivités régionales et locales, ainsi que les partenaires sociaux et la société civile seront activement associés dans diverses formes de partenariat. Une méthode d'évaluation des meilleures pratiques en matière de gestion des changements sera élaborée par la Commission européenne en coordination avec différents prestataires et utilisateurs, à savoir les partenaires sociaux, les entreprises et les ONG* ». La philosophie de la MOC vise le renforcement d'un dialogue constructif entre les producteurs de normes au sein de l'Union européenne et des États membres avec les parties concernées par l'application de la réglementation. Quant aux travaux préparatoires du Livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne de 2001, l'accent a été davantage mis sur le

coordination à tous les niveaux, le Conseil européen jouant un rôle renforcé d'orientation et de coordination de manière que cette stratégie soit dirigée de façon plus cohérente et que les résultats obtenus fassent l'objet d'un suivi effectif » (Point 7 des conclusions de la présidence du Conseil).

⁵⁸⁸ La stratégie européenne pour l'emploi est décrite aujourd'hui par l'article 184 TFUE (ex-art. 128 TCE). Il faut rappeler que la naissance de la stratégie européenne pour l'emploi dans le cadre du processus de Luxembourg (novembre 1997) faisait suite à l'inclusion du nouveau titre « Emploi » dans le traité de l'Union européenne (UE) en 1997. Les chefs d'État ou de gouvernement ont lancé, à cette occasion, la stratégie européenne pour l'emploi (SEE) lors du sommet européen sur l'emploi au Luxembourg, afin d'anticiper l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam et de « *coordonner les politiques nationales en matière d'emploi* ». La SEE a introduit une nouvelle méthode de travail, « la méthode ouverte de coordination ». Une méthode qui a pour objectif de créer un équilibre, en respectant le principe de subsidiarité, entre les compétences des instances européennes et celles des États membres.

⁵⁸⁹ Article 148 du TFUE (ex-art. 128 TCE). Le choix de la stratégie européenne pour l'emploi a été repris successivement par la Stratégie de Lisbonne de 2000/2010 et la Stratégie Europe 2020.

⁵⁹⁰ L'article 153, 2 a) du TFUE (ex-art. 137 TCE) énonce que le Parlement européen et le Conseil : « peuvent adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre États membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

caractère flexible de la MOC : « *la MOC est un instrument flexible, qui laisse au niveau national la mise en œuvre de la coordination définie au niveau européen, dans le respect de la diversité des systèmes nationaux, tout en introduisant une certaine continuité entre le niveau communautaire et national*⁵⁹¹ ».

174. - Objectifs et jeu institutionnel. Le point 37 des conclusions de la présidence du Conseil de Lisbonne donne une description précise de la MOC. Des « lignes directrices pour l'Union » sont fixées par les institutions de l'Union ; elles intègrent des objectifs chiffrés établis sur la base d'« *indicateurs quantitatifs et qualitatifs et des critères d'évaluation par rapport aux meilleures performances mondiales* », qui sont assorties de « *calendriers spécifiques* ». Les critères d'évaluation vont permettre par la suite de comparer les pratiques nationales et d'en déterminer les meilleures (*Best practices*). Sur le plan institutionnel, le Conseil et la Commission se partagent presque exclusivement la responsabilité de gérer ce processus⁵⁹². La Commission construit les indicateurs pour préparer les examens périodiques des actions menées par les Etats membres. Sur le plan juridique, la Commission, « *pivot des politiques communautaires traditionnelles*⁵⁹³ », ne joue pas un rôle central au sein de la MOC⁵⁹⁴ qui reste un instrument intergouvernemental soustrait aux parlements européen et

⁵⁹¹ Travaux préparatoires au Livre blanc, Chantier n° 4 – Cohérence et coopération dans une Europe en réseau, Rapport du groupe de travail « Expertiser les processus de convergence des politiques nationales », OPOCE, 2002, p. 233, cité par S. De La Rosa, La méthode ouverte de coordination dans les nouveaux États membres – Les perspectives d'utilisation d'un outil de soft law, 2005, p. 4, article consultable à l'adresse suivante : <http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/Enlargement/delaRosa.pdf>

⁵⁹² Le rôle du Parlement européen et de la Cour de justice est limité au sein de la MOC. Le Parlement, « après avoir peiné à assurer la généralisation de la procédure de codécision, [...] voit aujourd'hui, avec l'émergence de la MOC, une partie du processus décisionnel se séparer de la procédure institutionnelle. Dans le meilleur des cas, le Parlement européen se contente d'un rôle consultatif (art. 148 § 2 TFUE. ex-art. 128 § 2 TCE) ou d'un droit d'information (art. 121 § 2 al. 3 TFUE ; ex-art. 99 § 2 al. 3 TCE) », Th. Georgopoulos, La Méthode ouverte de coordination européenne : « en attendant Godot » ?, Institut d'études européennes, Université de Montréal Mc Gill, Note de recherche n° 01/05, 2005, p. 15 (article publié également dans la Revue de recherche juridique 2006, p. 989).

⁵⁹³ R. Dehousse, La méthode ouverte de coordination. Quand l'instrument tient lieu de politique, in. P. Lascoumes, P. Le Galès (dir), Gouverner par les instruments, Presses de Sciences Po, coll. Académique, 2005, p. 345.

⁵⁹⁴ Toutefois, « certes, elle [Commission] ne dispose pas dans ce contexte des prérogatives institutionnelles qui ont fait sa force dans d'autres domaines. Toutefois, la différence n'est pas nécessairement aussi grande que ne pourrait laisser croire une lecture purement juridique de la situation. D'une part, même dans les procédures législatives ordinaires, les initiatives de la Commission sont fortement conditionnées par les positions nationales. D'autre part, la recherche de convergences cognitives qui est au cœur de la MOC suppose un travail de suivi des plans d'action nationaux et de synthèse que la Commission est plus à même de fournir que quiconque », R. Dehousse, La méthode ouverte de coordination. Quand l'instrument tient lieu de politique, op. cit., p. 345.

nationaux. Le Conseil européen, instance dédiée aux chefs d'État et de gouvernement assume, quant à lui, la responsabilité de définir les objectifs à atteindre.

175. - La mise en œuvre des orientations de la MOC. Après l'élaboration des lignes directrices et des objectifs au niveau de l'Union, le processus de la MOC invite dans une deuxième étape les Etats membres à les mettre en œuvre, à les individualiser à l'aune des spécificités nationales. L'approche de la MOC se veut ici moins contraignante et plus attentive aux reproches qui pourrait être adressés, en termes de légitimité, à des décisions peu sensibles aux particularismes des contextes nationaux. Dans une étape ultime, les différentes traductions nationales des objectifs fixés par le Conseil sont passées au crible des indicateurs fixés par la Commission. La particularité de cette évaluation des politiques nationales réside dans le fait qu'elle est diligentée par les pairs selon le point 37 des conclusions de la présidence du Conseil de Lisbonne du 23 et 24 mars 2000 : par les Etats membres, eux-mêmes assujettis à l'application des lignes directrices. L'objectif des lignes directrices et de l'évaluation vise à déclencher un processus d'apprentissage mutuel ; les organes de l'Union « *compte[nt] sur « l'émulation entre les États membres » pour assurer le succès de la nouvelle stratégie plutôt que sur les mécanismes communautaires de contrôle*⁵⁹⁵ ». A ce stade d'exécution de la MOC, la Commission fournit des ressources documentaires – informations, réformes et résultats chiffrés et comparés...etc. – sur les expériences nationales. La comparaison des politiques et des performances nationales s'inscrit dans une démarche instrumentale, qui est d'ailleurs, en matière sociale, largement mise au service des objectifs de la gouvernance économique européenne⁵⁹⁶.

176. - Au-delà de la création d'un espace normatif d'échange, la MOC invite les différents acteurs à s'imprégner d'une culture des objectifs (« *policy by objectives* »⁵⁹⁷) et de l'évaluation permanente dans le processus d'élaboration de la norme. Ainsi, la MOC en tant qu'instrument d'action au niveau transnational apparaît comme une méthode adéquate en vue de réaliser une certaine harmonisation graduelle et progressive des stratégies nationales par

⁵⁹⁵ R. Dehousse, La méthode ouverte de coordination. Quand l'instrument tient lieu de politique, op. cit., p. 333.

⁵⁹⁶ Les lignes directrices relatives au droit social sont intégrées aujourd'hui au sein des GOPE (Grandes Orientations de Politiques Economiques) fixées par le Conseil.

⁵⁹⁷ T. Treu, *L'avenir des normes sociales européennes : entre « droit mou » et « droit dur »*, Liaisons sociales européennes, n° spécial sur les normes sociales européennes, supp. Septembre 2004, p. 10.

nature hétérogènes. Dans cette perspective, il semble que l'instauration de la MOC puisse se présenter comme « *un modèle de coopération renforcée pour structurer l'espace social transnational*⁵⁹⁸ ».

177. - Atouts de la MOC. Les utilités de la Méthode Ouverte de Coordination (MOC) sont nombreuses. La MOC facilite la circulation des savoir-faire ou expériences des Etats membres tout en essayant de déclencher un processus de réformes nationales. Elle réalise aussi une certaine coordination dans les domaines qui échappent à la compétence harmonisatrice de l'Union par directive ou par tout instrument législatif contraignant ; elle contribue à forger une législation commune de l'Union et permet d'approfondir l'intégration européenne. La méthode ouverte de coordination comme « *instrument privilégié* » de la « *gouvernance* » des politiques nationales de l'emploi peut, par ailleurs, être mobilisée dans d'autres secteurs, y compris ceux où les instances de l'Union ont compétence pour œuvrer au rapprochement des législations nationales⁵⁹⁹. Les « *vertus non contraignantes* »⁶⁰⁰ caractérisant la méthode ouverte de coordination permettent de créer un climat propice pour l'accueil des orientations de l'Union par les pouvoirs publics nationaux. La souplesse de la méthode ouverte de coordination tend aussi à assurer un subtil équilibre entre le pouvoir discrétionnaire des Etats membres et la politique de coordination de l'Union. En effet, « *la subsidiarité, le pluralisme et la flexibilité sont au cœur de cette procédure [MOC] où le pouvoir discrétionnaire des Etats dans la détermination et l'application des politiques communes est incontestablement plus élevé que dans la procédure de droit commun, mais où la coordination s'inscrit dans un mode communautaire de régulation*⁶⁰¹ ».

178. - Approche décentralisée et participative. Parmi les arguments favorables la méthode ouverte de coordination, la problématique d'absence de légitimité des acteurs institutionnels traditionnels est avancée. Si le principe de majorité qualifiée, admis depuis la

⁵⁹⁸ M.-A. Moreau, *La recherche de nouvelles méthodes de régulation sociale : quelles fonctions, quelles complémentarités ?*, EUI working paper n° 2005/8, p. 19, consultable à l'adresse suivante : <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3328/law05-08.pdf?sequence=1>. V. également, M.-A. Moreau, *Normes sociales droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, op. cit., p. 156 et s.

⁵⁹⁹ Par ex. : l'éducation, la formation professionnelle, la protection sociale et la politique d'immigration (P. Rodière, *Sources du droit social de l'Union européenne*. JurisClasseur Europe Traité. Fasc. 600. 2011, n° 34-36).

⁶⁰⁰ P. Rodière, *Sources du droit social de l'Union européenne*, JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 600, 2011, n° 102.

⁶⁰¹ A. Bouveresse, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne - Thèses, 2010, p 429.

signature de l'Acte Unique Européen⁶⁰² et consolidé par le Traité d'Amsterdam⁶⁰³ et le Traité de Lisbonne, a assoupli la procédure d'adoption des actes juridiques de l'Union qui exigeait auparavant l'unanimité, la question de la légitimité des acteurs et des actes reste toujours en suspens. Pour combler le déficit démocratique et de légitimité qui frappe certains organes de l'Union, la MOC tend à offrir des garanties en se réclamant d'une approche décentralisée et participative⁶⁰⁴. L'association de la société civile, partenaires sociaux européens et nationaux et entreprises, va dans ce sens en permettant d'établir plusieurs points de contacts entre les divers protagonistes. Les niveaux étatiques et infra-étatiques ainsi que les acteurs étatiques et non étatiques sont sollicités pour la mise en œuvre de la MOC. Cette vision de la régulation est considérée comme une influence de la tradition anglo-saxonne⁶⁰⁵ de « *New public management* » en matière d'administration publique, et confirme le postulat que l'espace transnational européen est un lieu aussi bien de rencontre et de circulation de concepts juridiques innovants que du déploiement d'un jeu d'influence et de débat idéologique concernant les différentes visions des Etats membres.

179. - Convergences. Conçue par les instances de l'Union comme alternative ou complément de la méthode classique d'édiction de la norme européenne, destinée à la création d'objectifs communs, la MOC facilite l'émergence au sein de l'espace européen d'une culture commune aux ordres juridiques nationaux. Les réflexions développées par la MOC autour, par exemple, de la modernisation des marchés nationaux du travail, la qualité du travail, l'éducation et la formation tout au long de la vie, la flexicurité, l'employabilité,

⁶⁰² Signé à Luxembourg le 17 février 1986 et à La Haye le 28 février 1986, l'Acte Unique Européen a permis à une petite partie de la politique sociale d'être décidée à la majorité qualifiée du Conseil concernant, notamment, des prescriptions minimales visant « l'amélioration du milieu du travail, pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs ».

⁶⁰³ En élargissant les domaines d'intervention de la politique sociale de l'Union européenne (ex. La coordination des politiques nationales de l'emploi, la lutte contre les discriminations, l'immigration de pays tiers).

⁶⁰⁴ « Méthode ouverte, elle [MOC] le sera dans la mesure où elle implique un réseau d'intervenants très diversifié qui ne s'arrête pas aux seuls acteurs institutionnels ou para-institutionnels "classiques". Seront impliqués dans le processus de coordination aussi bien des acteurs privés du monde associatif ou professionnel, que des acteurs publics à un niveau décentralisé, dès lors que leur action ou leur compétence se situent dans le domaine de coordination intéressé. Un maître mot du système est celui de "réseau" », P. Rodière, Sources du droit social de l'Union européenne. JurisClasseur Europe Traité. Fasc. 600. 2011, n° 35.

⁶⁰⁵ Le « *new public management* », transposé en droit européen, développe des règles de fonctionnement des administrations publiques calquées sur le modèle de gestion des entreprises privées, et en utilisant une terminologie anglo-saxonne : par exemple, la participation des *stakeholders* (parties prenantes), *Benchmarking* (étalonnage), *peer review* ou évaluation par les pairs (V. R. Dehousse, Du bon usage de la méthode ouverte de coordination, in R. Dehousse (dir), L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination, L'Harmattan 2004, p. 157).

l'entreprenariat...etc., sont des illustrations de cette culture commune et partagée par les Etats membres. La diffusion de ces nouvelles notions issues du vocabulaire de la MOC s'intègre dans un processus dialectique de construction des normes en évolution permanente ; elle ne s'inscrit pas dans une approche descendante ou hiérarchique de type pyramidal d'agencement des rapports entre niveaux européen et nationaux. Il s'agit, en effet, de notions et d'expériences qui se forment au plan national au fur et à mesure de leur accomplissement et qui sont reprises par la suite par les instances de l'Union. De même, ces constructions et retours d'expérience contribuent à l'émergence d'un langage et d'un « *fonds commun* » de notions, gage d'une européanisation progressive des acteurs nationaux⁶⁰⁶. La MOC est un vecteur de transmission et de « *voyage des idées politiques*⁶⁰⁷ » entre les pays de l'Union. En revanche, les politiques diffusées par la MOC requièrent constamment, faute de leur caractère contraignant et de l'imprécision de leur contenu, des réglages institutionnels nationaux.

180. - Convergence progressive. L'impact de cette nouvelle méthode de régulation sociale sur les politiques nationales est réel mais difficilement mesurable en raison, notamment, de la diversité des contextes et des enjeux politiques nationaux. De prime abord, l'intervention de l'Union européenne n'affiche aucune ambition d'harmonisation maximale des droits qui serait antinomique avec l'esprit même de la MOC. Bien qu'originellement dépourvue de sanction, la mise en place de la MOC permet pourtant d'observer une convergence progressive des droits nationaux (allant dans un sens de libéralisation du marché du travail). Si, selon Christine Erhel, « *il n'existe pas d'exemple d'emprunt direct d'une politique menée à l'étranger qui pourrait être attribué à la Stratégie Européenne pour l'Emploi*⁶⁰⁸ »⁶⁰⁹, l'incitation récurrente des acteurs nationaux à s'inspirer des expériences et des modèles étrangers n'en demeure pas moins une pratique courante induisant « *des effets*

⁶⁰⁶ La Méthode Ouverte de Coordination permet « une européanisation silencieuse des acteurs nationaux (et donc de leurs politiques) [et] devrait ainsi graduellement en découler en même temps qu'une meilleure écoute et connaissance de la diversité et de la complexité nationale des enjeux de la part des institutions européennes », J. Goetschy, L'apport de la méthode ouverte de coordination à l'intégration européenne. Des fondements au bilan, téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/goetschy.pdf>, p. 19.

⁶⁰⁷ J. C. Barbier, *Le voyage des idées politiques : une exploration européenne*, Les politiques sociales 2012, n° 3-4 p. 53-67. L'auteur donne comme exemple de ce voyage des idées politiques la notion de flexicurité en l'étudiant dans une perspective comparative entre la France et le Danemark.

⁶⁰⁸ Ch. Erhel, *L'UE et l'emploi : bilan et perspective*, Policy paper 39, *Notre Europe* 2010, p. 40. Etude disponible sur le site de Notre Europe.

⁶⁰⁹ La Stratégie Européenne pour l'Emploi est considérée comme une application de la MOC en matière sociale.

*d'apprentissage et de diffusion d'idées en matière d'intervention sur le marché du travail*⁶¹⁰ ». Chaque Etat membre s'acclimate aux apports de la MOC en fonction de ses propres caractéristiques ; les orientations de l'Union en matière de droit du travail ont été suivies avec plus ou moins de volontarisme et d'assiduité selon les pays⁶¹¹.

181. - Appréciation critique de la MOC : le spectre du schéma concurrentiel. La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux est une question sous-jacente dans la conception même de la méthode ouverte de coordination. Le partage des expériences, l'apprentissage mutuel, l'auto-évaluation ou l'évaluation « *par les pairs* » et les recommandations adressées aux Etats dans le cadre de la MOC participent d'une grille de lecture mettant en valeur une régulation concurrentielle fondée, notamment, sur la comparaison des législations nationales. Si le « *principe d'apprentissage*⁶¹² », promu par le processus de la MOC, est en soi une démarche louable qui incite les Etats membres à adopter une posture plus ouverte aux influences et aux expériences étrangères, la seconde idée sur laquelle s'appuie la MOC, animée par « *la mise en compétition des acteurs et la recherche de l'innovation dans un monde flexible constitué de projets multiples*⁶¹³ », place le « *paradigme compétitif* » dans une position centrale au sein l'élaboration des politiques publiques nationales. La relégation au second plan de la dimension sociale au profit des enjeux économiques constitue également un autre reproche qui a pu être adressé à l'utilisation de la

⁶¹⁰ Ch. Erhel, *L'UE et l'emploi : bilan et perspective*, op. cit., p. 40.

⁶¹¹ Pour la France, v. M. Schmitt, *L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi*, RDT 2014, p. 454. L'Espagne est considérée comme une bonne élève dans l'application des orientations de la MOC qui ont constitué une base importante de ses réformes de politiques du marché du travail et de l'emploi (B. Favarel-Dapas, O. Quintin, *L'Europe sociale*. La documentation française, 2^e éd. Coll. Réflexe Europe. 2007, p. 148). L'Espagne est, depuis la crise financière de 2008, l'un des pays européens où le taux de chômage a explosé. Une crise qui a poussé les autorités espagnoles à procéder à de profondes réformes de la législation sociale largement guidées par la politique de flexibilisation du marché du travail. La communication de la Commission européenne de 2007 sur la flexicurité a d'ailleurs cité l'Espagne comme un exemple dans la mise en œuvre de sa politique de flexicurité (Communication de la Commission du 27 juin 2007 « Vers des principes communs de flexicurité : Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité », COM(2007) 359 final). Depuis d'autres réformes se sont succédées plaçant l'Espagne parmi les pays qui ont le plus déréglementé leur marché du travail (Adoración Guamán Hernández, *Se réformer pour mieux s'adapter ? Le droit du travail espagnol face à la crise économique*, Dr. ouvr. 2012 p. 116 ; E. M. Puebla, *Regards : La réforme 2012 du marché du travail en Espagne : la flexibilité jusqu'au bout*, RDT 2011, p. 442).

⁶¹² Pour le Professeur Loic Azoulay, la MOC « résulte de la combinaison de deux principes » : d'une part le « principe d'apprentissage » c'est-à-dire « l'établissement d'un « réseau de compétences très diverses ou peuvent entrer toutes les parties ayant les ressources cognitives pour participer », et d'autre part, le « principe de concurrence » (L. Azoulay, *L'ordre concurrentiel et le droit communautaire*, in. *L'ordre concurrentiel*. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, 2003, p. 307).

⁶¹³ L. Azoulay, *L'ordre concurrentiel et le droit communautaire*, op. cit., p. 307.

MOC. Selon le Professeur Jean-Philippe Lhernould, « *on peut se demander si la méthode ouverte de coordination, conçue dans une perspective d'ordre économique et affectée pour l'essentiel d'objectifs financiers, est adaptée à la consolidation de l'Europe sociale ou si ce n'est pas, au contraire, la porte ouverte à des dérives et à une dissolution progressive du social dans l'économie*⁶¹⁴ ».

182. - La méthode ouverte de coordination traverse désormais presque tous les rouages de la production de la norme sociale au sein de l'Union européenne. Cette méthode, censée être moins contraignante que les prescriptions de la méthode communautaire classique, véhicule une nouvelle culture d'objectifs et d'évaluation⁶¹⁵ – des orientations imposant des objectifs à atteindre, des lignes directrices à suivre, des démarches processualisées à respecter...etc. Elle impose toutefois des contrôles et des contraintes⁶¹⁶. Le cas de la Stratégie Européenne pour l'Emploi, l'une des premières applications de la MOC, permet de vérifier l'exactitude de ce constat.

2. Application : la Stratégie Européenne pour l'Emploi

183. - Genèse. La Stratégie Européenne pour l'Emploi (SEE) est considérée dans les rouages de l'Union comme l'un des mécanismes de coordination des politiques nationales le plus développé⁶¹⁷. Elle a pour rôle principal de faciliter la coordination des politiques

⁶¹⁴ J.-Ph. Lhernould, Le programme de la Commission en matière sociale : l'agenda 2005-2010, Europe, janvier 2006, p. 4.

⁶¹⁵ « À l'intérieur de l'analyse économique, des travaux s'efforçaient de démontrer que le niveau et la nature du développement à l'intérieur d'un pays sont étroitement liés aux types d'institutions qui gouvernent l'interaction entre les hommes, qui ont donc un impact diversifié sur les performances et le niveau d'efficacité du système économique. Et ce sont les systèmes juridiques eux-mêmes qui conçoivent de nouvelles modalités de suivi internes et réciproques des effets attendus des législations adoptées, selon la logique du benchmarking. Celles-ci, qui ont pour but de mettre en lumière les bonnes pratiques normatives, sont l'aboutissement d'un processus sélectif d'évaluation coordonné à un niveau comparé et/ou supranational (méthode typiquement employée dans le cadre de la méthode ouverte de coordination européenne) », A. Perulli, Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme, op. cit., p. 736.

⁶¹⁶ « [...] il n'est pas très exact d'affirmer que la MOC est dépourvue de toute contrainte. La sanction est présente, mais elle est bien dissimulée derrière le paravent de la concertation politique », Th. Georgopoulos, La Méthode ouverte de coordination européenne : « en attendant Godot » ? op. cit., p. 13.

⁶¹⁶ Ibid.

⁶¹⁷ La SEE et la procédure des Grandes orientations de politique économique (GOPE) sont restées, durant les premières années de la mise en place de la MOC, les deux domaines les plus reconnus et institutionnalisés. La SEE est décrite par l'ancien article 128 TCE (actuel article 148 TFUE) ; les GOPE trouvent, quant à elles, leur

nationales de l'emploi⁶¹⁸ en vue d'augmenter le taux d'emploi et de favoriser l'intégration sociale. La SEE constitue dès 1997 – depuis le Sommet de Luxembourg et l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam⁶¹⁹ avec la consécration d'un titre « Emploi » – une voie nouvelle de gouvernance régionale s'appuyant sur les outils conceptuels de la MOC.

184. - Choix stratégique. Tirillée entre l'ambition harmonisatrice des méthodes traditionnelles de l'intervention réglementaire de l'Union⁶²⁰ (directives, règlements) et les nouvelles formes alternatives – postmodernes – de la régulation sociale, la Stratégie Européenne pour l'Emploi (SEE) s'est installée progressivement au sein du paysage normatif de l'Union. Une démarche se voulant purement volontaire, souple et incitative, la SEE exerce une pression sur l'ensemble des Etats membres pour mener des politiques publiques de l'emploi conformes aux objectifs fixés par le Conseil. Le choix du droit souple par l'Union en matière de politique de l'emploi, se distinguant apparemment des modèles traditionnels de rapprochement des législations nationales par son caractère non contraignant, n'est toutefois pas dépourvu en réalité de certaines sanctions. La sanction est par principe inexistante car la MOC sociale (SEE) relève – en apparence – du droit souple (*soft law*). Cependant, lorsque les orientations relatives, par exemple, aux politiques de l'emploi ne sont pas suffisamment poursuivies, le Conseil est habilité à adresser des recommandations aux Etats défaillants. Selon le professeur Raymonde Vatinet, « *les sanctions [...] sont indéterminées, de nature politique et, surtout, économique. Le choix laissé au Conseil en certaines matières entre directives ou coordination [art. 153 TFUE, ex-art. 137 TCE] peut servir de moyen de pression, afin de promouvoir à marche forcée la réalisation « volontaire » des lignes directrices, de crainte qu'elles soient imposées par voie d'harmonisation. Surtout, certains « arrangements », des demandes d'autorisation ou de financement dépendent évidemment de la qualité des efforts accomplis. De telles sanctions sont juridiquement incontrôlables. De*

cadre réglementaire dans les articles 120 et suivants du TFUE : « *Les États membres conduisent leurs politiques économiques en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union, tels que définis à l'article 3 du traité sur l'Union européenne, et dans le contexte des grandes orientations visées à l'article 121, paragraphe 2* » (art. 120 TFUE).

⁶¹⁸ Les États membres peuvent éventuellement compter sur le soutien du Fonds Social Européen qui les aide à mettre en œuvre des lignes directrices fixées par l'Union européenne.

⁶¹⁹ D'aucuns voient dans la SEE l'influence des orientations de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) via le rapport *Étude sur l'emploi* de l'OCDE de 1994. J.-C. Barbier et N. S. Sylla, *Stratégie européenne de l'emploi : les représentations des acteurs en France*, op. cit., p. 69.

⁶²⁰ S. Laulom, *Stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation*, RDT. 2007, p. 643 ; du même auteur, *Harmonisation législative et stratégie européenne pour l'emploi*, RDT. 2007, p. 710.

*fait, plus ou moins vite, les Etats s'efforcent de répondre aux attentes des institutions européennes*⁶²¹ ». De surcroît, la surveillance des déclinaisons nationales de la politique de flexicurité de l'Union européenne⁶²², pièce maîtresse de la SEE, s'est renforcée avec la modification de la procédure du « semestre européen » depuis 2011. La nouvelle gouvernance européenne regroupe désormais, dans le cadre de la Stratégie Europe 2020, non seulement la politique économique et la politique de l'emploi, mais également la politique budgétaire, et implique des sanctions juridiques dans le cadre du pacte de stabilité et de croissance en cas de déséquilibres économiques et budgétaires excessifs.

185. - Dynamisme. La dynamique initiée en matière d'emploi⁶²³ par la SEE constitue un terreau favorable au développement des analyses comparatives. L'élaboration, par exemple, des indicateurs communs de performance quantifiés d'un côté, et l'identification et la diffusion des meilleures pratiques, de l'autre, sont des éléments qui participent de cette dynamique. De même, la modélisation – création de modèles à imiter – encourage également la pratique de la comparaison. Le niveau européen est devenu un cadre d'analyse pertinent, et ne peut être ignoré par les acteurs institutionnels nationaux. Plusieurs thèmes élaborés au niveau européen font aujourd'hui partie intégrante des politiques nationales. Des thématiques comme la flexicurité, la consolidation du dialogue social, la conciliation vie privée et familiale/vie professionnelle et la qualité de l'emploi, illustrent bien les interactions et les mutations en cours dans les rapports entre l'espace normatif⁶²⁴ de l'Union et les droits

⁶²¹ R. Vatinet, *LE GRAND CHAOS (Sur l'évolution des sources du droit du travail)*, in. Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Litec 2009, p. 663.

⁶²² M. Schmitt, L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi, RDT 2014, p. 454, spéc., 460 ; F. Canut, L'environnement européen de la flexisécurité, op. cit., spéc., pp. 669-671. V. infra., n° 668 et s.

⁶²³ Il faut noter que la MOC trouve également un domaine privilégié d'intervention en matière de protection sociale, dans la mesure où les compétences européennes en la matière sont très restreintes (l'article 153 TFUE précise en effet que le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la « faculté reconnue aux États membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale » et « ne doit pas en affecter sensiblement l'équilibre financier »), en vue de faire converger les politiques nationales (Communication de la Commission : Doc. COM(2003)261 final, 27 mai 2003, rationalisation de la méthode ouverte dans le domaine de la protection sociale). Elle est également mise en place dans le domaine de l'éducation, de la formation professionnelle et de la politique d'immigration (Doc. COM(2001)387 final, 11 juill. 2001, « Une méthode ouverte de coordination de la politique communautaire en matière d'immigration »).

⁶²⁴ La notion d'espace normatif évoque, par opposition à la notion d'ordre normatif, « un système d'appartenance ou d'inclusion des normes dans un ensemble non hiérarchisé », G. Timsit, in. *Archipel de la norme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1997, pp. 233-552. La logique d'élaboration ou d'articulation hiérarchique des normes sur laquelle se fonde la notion d'ordre normatif semble être largement relativisée dans l'espace européen. La prolifération de normes et de producteurs de normes est une caractéristique majeure du droit social européen qui, de surcroît, doit se combiner avec les politiques de l'emploi (SEE) rattachées aujourd'hui aux

nationaux. Ainsi, le droit du travail, européen et national, et les politiques de l'emploi de l'Union ne peuvent pas être dissociés, car les lignes directrices sont traduites au plan local par des mesures qui impactent directement des pans entiers du droit du travail⁶²⁵.

186. - Processus. Constituant un laboratoire de pensée et de construction des politiques européennes, la Stratégie européenne pour l'emploi contribue à la réalisation de l'Europe des rapprochements et de l'intégration des droits nationaux. Sur le plan formel, la SEE, vue de l'intérieur, est une procédure formalisée⁶²⁶ fondée sur un processus annuel en cinq phases faisant appel à des intervenants européens et nationaux et à des outils déterminés. Le paragraphe 1 de l'article 148 TFUE annonce la première phase portant sur la définition des grandes orientations par le Conseil européen : « *le Conseil européen examine, chaque année, la situation de l'emploi dans l'Union et adopte des conclusions à ce sujet, sur la base d'un rapport annuel conjoint du Conseil et de la Commission* » ; suit une deuxième phase dans laquelle des lignes directrices pour l'emploi sont adoptées par le Conseil à la majorité qualifiée⁶²⁷. Dans une troisième étape, chaque Etat membre doit insérer les lignes directrices dans un « *plan national d'action pour l'emploi* » (PNAE). Actuellement ce suivi est assuré par des « *Plans Nationaux de Réforme* »⁶²⁸ (PNR) pluriannuels⁶²⁹. Dans ce cadre, des objectifs

grandes orientations de politique économique (GOPE). Pour une vue globale de la SEE, Ch. Erhel, *L'UE et l'emploi : bilan et perspective*, Policy paper 39, *Notre Europe* 2010.

⁶²⁵ S. Laulom, Stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation, RDT. 2007, p. 643 ; du même auteur, Harmonisation législative et stratégie européenne pour l'emploi, RDT. 2007, p. 710 ; S. Robin-Olivier, *Politique sociale de l'Union européenne. Chronique 2009 – 2010*, RTD eur. 2010, p. 673.

⁶²⁶ Prévue par l'article 148 du TFUE (ex-article 128 TCE).

⁶²⁷ Avec l'intervention de plusieurs institutions européennes qui vont décider (Conseil européen), proposer (Commission), donner des avis (le Parlement européen, le Comité économique et social, Comité des Régions représentant les régions, Comité de l'emploi, comité technique) afin d'adopter des lignes directrices en matières de l'emploi qui doivent être compatibles avec les grandes options économiques (art. 120 TFUE) faites au sein de l'Union : « *Sur la base des conclusions du Conseil européen, le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, du Comité économique et social, du Comité des régions et du Comité de l'emploi visé à l'article 150, élabore chaque année des lignes directrices, dont les États membres tiennent compte dans leurs politiques de l'emploi. Ces lignes directrices sont compatibles avec les grandes orientations adoptées en application de l'article 121, paragraphe 2* » (art. 148 §2 TFUE). La Stratégie « *Europe 2020* » repose sur dix nouvelles lignes directrices intégrées (SEE et GOPE), remplaçant les vingt quatre lignes directrices précédentes de la Stratégie de Lisbonne. Quatre lignes directrices sont relatives aux politiques de l'emploi, d'éducation et de lutte contre la pauvreté : « - Ligne directrice n°7 : *accroître la participation des femmes et des hommes au marché du travail, Diminuer le chômage structurel et promouvoir la qualité de l'emploi* ; - Ligne directrice n°8 : *développer une main-d'œuvre qualifiée en mesure de répondre aux besoins du marché du travail et promouvoir l'éducation et la formation tout au long de la vie* ; - Ligne directrice n°9 : *améliorer la qualité des systèmes d'éducation et de formation et les rendre plus performants à tous les niveaux, et augmenter la participation à l'enseignement supérieur ou d'un niveau équivalent*; - Ligne directrice 10 : *promouvoir l'inclusion sociale et lutter contre la pauvreté* ».

⁶²⁸ Processus inauguré avec la « relance » de la stratégie de Lisbonne en 2005, et poursuivi dans le cadre de la

nationaux sont fixés et assortis de délais en vue d'atteindre les résultats escomptés prenant la forme d'un rapport annuel transmis au Conseil et à la Commission⁶³⁰. La quatrième phase de la SEE met en place une procédure de surveillance et d'évaluation multilatérale – par le Conseil des ministères de l'emploi, la Commission et le Comité de l'emploi – des politiques de l'emploi et la possibilité d'adopter des recommandations par le Conseil. L'article 148 § 4 TFUE expose cette démarche, il énonce que « *sur la base des rapports visés au paragraphe 3 et après avoir obtenu l'avis du Comité de l'emploi, le Conseil procède annuellement, à la lumière des lignes directrices pour l'emploi, à un examen de la mise en œuvre des politiques de l'emploi des États membres. Le Conseil, sur recommandation de la Commission, peut, s'il le juge approprié à la suite de son examen, adresser des recommandations aux États membres* ». Par ailleurs, l'article 148 § 5 du TFUE prévoit l'établissement d'un rapport conjoint sur l'emploi par le Conseil et la Commission : « *sur la base des résultats de cet examen, le Conseil et la Commission adressent un rapport annuel conjoint au Conseil européen concernant la situation de l'emploi dans l'Union et la mise en œuvre des lignes directrices pour l'emploi* ». Rédigé par la Commission et le Conseil, le rapport conjoint sur l'emploi (RCE), permettra, en tenant compte de la situation de l'emploi au niveau de l'Union et de l'avancement de l'application des lignes directrices par les Etats membres, d'adopter de nouvelles positions ou de réorienter les grandes lignes pour l'année suivante.

187. - La SEE est un cadre privilégié de la confrontation des modèles nationaux ; chaque Etat membre plaide la supériorité de ses propres règles et institutions en vue d'influencer la conception des objectifs et des lignes directrices au niveau de l'Union, et par la suite de les étendre aux autres systèmes nationaux. C'est dans ce sens que la SEE a pu être comparée,

Stratégie Europe 2020, au sein duquel chaque État essaie d'expliquer dans quelle mesure ses politiques publiques peuvent contribuer à promouvoir un niveau élevé de croissance et d'emploi compatible avec la stratégie Europe 2020. Les Etats membres sont ainsi amenés à préparer chaque année, conjointement avec le Programme de stabilité, le Programme National de Réforme (PNR) décrivant les réformes entreprises et celles que l'on projette. En France, les PNR sont rédigés par la direction générale du Trésor, en collaboration avec le Secrétariat général des Affaires européennes ; l'élaboration des PNR « *associe, outre les ministères, l'ensemble des parties prenantes, notamment partenaires sociaux, associations d'élus locaux et Conseil économique, social et environnemental* ». Le (PNR) est publié chaque année au mois d'avril par le ministère de l'économie. Le dernier PNR du gouvernement français a été publié le 15 avril 2015, téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/presentation-programme-national-reforme-2015>.

⁶²⁹ Zoom sur la réforme du marché du travail, in. Programme national de réformes : mise en œuvre et approfondissement « Les réformes de la France EN ACTES », Trajectoires des finances publiques 2015-2017, février 2016, (<http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/action/piece-jointe/2016/02/programme-national-de-reformes-france.pdf>).

⁶³⁰ Art. 148 §3 TFUE.

selon les termes de Jean-Claude Barbier, à une « arène⁶³¹ » où les modèles de régulation se côtoient, se concurrencent et s'influencent mutuellement. Sur le plan national, la SEE offre aux acteurs étatiques une ressource rhétorique considérable pour défendre leurs politiques de réformes. Celles-ci empruntent certes des voies formellement différentes et spécifiques aux traditions juridiques nationales, mais dont le contenu substantiel reste souvent très proche. La réalisation d'un rapprochement des politiques des Etat membres par comparaison, voire par concurrence des solutions nationales les mieux à même d'atteindre les objectifs économiques fixés par les instances de l'Union, devient une réalité.

D'une manière générale, la SEE poursuit le développement du processus d'harmonisation des normes sociales. La comparaison des différents plans nationaux de réforme (PNR), qui adoptent dans leur rédaction la même forme ou structure, devient un exercice courant dans la mise en œuvre de la SEE. Les plans nationaux de réforme commencent toujours par une introduction ou présentation générale, suivie des mesures prises nationalement, soit ligne directrice par ligne directrice, soit sous la forme d'une présentation plus générale et éloignée du texte des lignes directrices⁶³², et s'achèvent par l'exposition du bilan ou des résultats obtenus.

Quant au rapport conjoint sur l'emploi (RCE), il suit une approche comparative, sommaire, des mesures mises en œuvre par les États membres en s'inspirant des lignes directrices. Le rapport conjoint sur l'emploi (RCE) de la Commission et du Conseil datant de mars 2015 explique, par exemple, que « *l'analyse qu'il contient se fonde sur l'évolution de l'emploi et de la situation sociale en Europe, sur la mise en œuvre des lignes directrices pour l'emploi, sur l'examen des différents programmes nationaux de réforme (PNR) – qui a conduit*

⁶³¹ J.-C. Barbier, « *Stratégie de Lisbonne* » : *les promesses sociales non tenues*, Documents de Travail du Centre d'Economie de la Sorbonne 2010, p. 6. <ftp://mse.univ-paris1.fr/pub/mse/CES2010/10018.pdf>

⁶³² Depuis la relance, en 2005, de la stratégie de Lisbonne, les PNR français ne suivent plus la présentation ligne directrice par ligne directrice, mais ils s'intègrent dans l'exposition du programme gouvernemental en matière d'emploi. V. le Document d'études – Dares – 2012 – Programme national de réforme de la France 2012-2015 : annexe statistique relative à l'emploi.

http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/DE_173_Annexe_PNR_fr_12092012.pdf

*aux recommandations spécifiques par pays (RSP) adoptées par le Conseil le 8 juillet 2014 –, ainsi que sur l'évaluation de l'état d'avancement de l'exécution de ces programmes*⁶³³ ».

188. - Le processus itératif initié par la stratégie européenne pour l'emploi valorise ainsi une forme de comparatisme guidé nécessairement par des objectifs économiques. Le but de la SEE, depuis son introduction en 1997, est d'insister sur la réalisation d'objectifs économiques communs, présentés comme *rationnels* et *neutres*, pour stimuler la compétitivité du marché et le plein emploi. Les comparaisons menées chaque année entre, d'une part, les plans nationaux de réforme et, d'autre part, les orientations fixées au niveau de l'Union et leurs déclinaisons nationales, créeraient, selon les ambitions de la SEE, une amélioration des performances économiques et sociales au double niveau européen et national. Ce cercle « *vertueux* », procéduralisé et assorti d'objectifs, serait propice aux migrations de « bonnes pratiques » nationales entre Etats membres, et remplirait de la sorte des fonctions semblables à celles connues en droit comparé, à savoir l'enrichissement de la connaissance et le perfectionnement du droit national. Le comparatisme, est à l'origine de l'élaboration des lignes directrices, dans la mesure où ces dernières sont fixées en s'inspirant des « meilleures » politiques ou pratiques observées dans les Etats membres : un comparatisme, sommaire et à dominance normative, qui structurent par conséquent les plans nationaux de réforme visant l'intégration des lignes directrices.

189. - Une convergence minimale des politiques nationales. La stratégie européenne pour l'emploi entend s'appliquer aux questions relatives à l'emploi, telles que la lutte contre la pauvreté, le dialogue social, la flexicurité, l'employabilité, l'adaptabilité de la main d'œuvre et l'inclusion sociale. Son atout majeur, sur le plan conceptuel, réside dans sa démarche procédurale et institutionnelle novatrice⁶³⁴. En effet, la SEE tient son originalité de sa capacité à se distinguer des instruments classiques d'harmonisation des droits nationaux et de l'autorégulation du marché du travail, tout en produisant des effets recherchés par ces deux

⁶³³ Rapport conjoint sur l'emploi 2015 téléchargeable à l'adresse suivante : <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%206142%202015%20INIT>, p. 2.

⁶³⁴ Le modèle nordique a largement influencé la naissance de la SEE. V. sur cette dernière question, J.-C. Barbier, N. S. Sylla, *La stratégie européenne pour l'emploi : genèse, coordination communautaire et diversité nationale*, rapport de recherche pour la DARES (Ministère du Travail), CEE, Noisy le Grand, miméo, 2004, p. 40 et s. Monsieur Allan Larsson, directeur général de l'Emploi au sein de la Commission européenne entre 1995 et 2000 et ancien ministre suédois des finances, est considéré à la fois comme l'un des artisans-défenseurs de la mise en place de la SEE et l'un des représentants de la social-démocratie scandinave.

derniers : c'est-à-dire, la réalisation d'une convergence, certes minimale⁶³⁵, mais réelle des droits nationaux tout en imposant les règles d'une régulation fluide des relations de travail (flexibilisation des modalités d'entrée et de sortie du marché du travail). Les arguments économiques occupent dans cette perspective une place centrale dans les choix des décideurs européens et nationaux pour plaider en faveur de la mise en place et du maintien d'une procédure de coordination des politiques nationales en matière d'emploi⁶³⁶ par le biais de la SEE. Si l'emploi demeure une préoccupation principale de l'Union, les politiques de l'emploi relèvent d'une compétence nationale, l'Union européenne étant seulement chargée d'une mission de coordination. Une coordination est de plus en plus renforcée et contraignante depuis la mise en place de la nouvelle gouvernance européenne en 2011⁶³⁷. Cependant, en l'absence d'une harmonisation optimale des législations nationales, le risque de concurrence normative est bel et bien présent ; une concurrence économique saine et loyale entre économies nationales est difficilement conciliable avec l'existence d'une spirale vers le bas (*race to the bottom*) des standards de protection des travailleurs à l'œuvre dans certains dispositifs (flexibilisation des marchés nationaux du travail) de la SEE.

190. - Des influences réciproques. Est également observé dans le cadre de la SEE un jeu d'influences croisées entre les politiques de l'Union et les traditions sociales nationales. L'influence du niveau communautaire sur la politique française dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi est bien réelle⁶³⁸ ; plusieurs exemples illustrent cette influence. Des notions comme la participation des partenaires sociaux à la régulation des relations de travail, le vieillissement actif, la formation tout au long de la vie, la flexicurité, l'égalité entre les

⁶³⁵ « Ce processus de coordination dans le domaine de l'emploi et des politiques sociales repose sur l'idée qu'il est possible d'obtenir une convergence minimale en matière d'emploi et de protection sociale à partir de procédures de coordination non contraignantes, fondées sur l'échange d'informations et la discussion entre les pays », Ch. Erhel et B. Palier, *L'Europe sociale : entre modèles nationaux et coordination européenne*, *Revue d'économie politique*, 2005/6 Vol.115, p. 697.

⁶³⁶ D'une manière générale, les instruments d'intervention de l'Union européenne dans le domaine du travail et de l'emploi se répartissent entre les instruments législatifs ou juridiques (directives, règlements et jurisprudence de la Cour de Justice), les procédures de coordination (MOC et SEE) et les moyens financiers (fonds structurels [fonds social européen, fonds européen d'orientation et de garantie agricole, fonds européen de développement régional, fonds de cohésion] et fonds européen d'ajustement à la mondialisation), V. sur cette question, Ch. Erhel, *L'UE et l'emploi : bilan et perspective*, Policy paper 39, *Notre Europe* 2010.

⁶³⁷ M. Schmitt, *L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi*, RDT 2014, p. 454, spéc., 460 ; F. Canut, *L'environnement européen de la flexisécurité*, op. cit., spéc., pp. 669-671.

⁶³⁸ M. Schmitt, *L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi*, op. cit.

femmes et les hommes, le renforcement de la mobilité des travailleurs et l'amélioration des contrats d'apprentissage, sont autant de notions originellement nationales – par exemple la flexicurité danoise ou néerlandaise – que l'Union européenne s'est appropriées et diffuse auprès des autres Etats membres. L'influence des concepts français en matière de politique de l'emploi au niveau de l'Union européenne est relativement moindre. Si les thèmes de la lutte contre le travail précaire⁶³⁹ ou la segmentation du marché du travail et la qualité de l'emploi ont trouvé une place au sein des programmes soutenus par la stratégie européenne de l'emploi, la réduction du temps de travail, un sujet omniprésent et clivant au sein des débats français sur le droit du travail, n'a pas pu s'imposer dans les cercles de l'Union. Les obstacles rencontrés, concernant ce dernier exemple, sont justifiés par la diversité des instruments normatifs et des cultures sociales des Etats membres en matière de réglementation du temps de travail. Par exemple, en Allemagne – pays dont l'élaboration de la législation travailliste est principalement confiée aux interlocuteurs sociaux auxquels une autonomie normative collective est reconnue⁶⁴⁰ – ou aux Pays-Bas – connus historiquement par leur système de Polders⁶⁴¹ –, la réglementation du temps de travail relève de la compétence des partenaires sociaux⁶⁴².

⁶³⁹ Travail à temps partiel, travail à durée déterminée, travail intérimaire, etc.

⁶⁴⁰ V. pour une mise en perspective comparative de la notion d'autonomie collective, P. Rémy, *L'autonomie collective : une illusion en droit français*, in. Ph. Waquet (dir), *13 paradoxes en droit du travail*, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011, p. 62; M. Le Friant, *Collective Autonomy: Hope or Danger ?*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2013, p. 627.

⁶⁴¹ Monsieur Wim Kok, rédacteur des deux rapports (2003 : « L'emploi, l'emploi, l'emploi, Créer plus d'emplois en Europe » et 2004 : « Facing the challenges ») sur la stratégie de Lisbonne qui ont abouti à la relance de cette dernière en 2005, est reconnu internationalement comme l'initiateur du modèle des polders. Le système de polders se caractérise par l'existence d'une société de concertation et d'un dialogue socio-économique institutionnalisé, consensuel et responsabilisant entre les pouvoirs publics et les partenaires sociaux qui peut durer plusieurs années. V. not. sur ce système, A. Bevort. A. Jobert, *Sociologie du travail. Les relations professionnelles*, Armand Colin, coll. U. 2011, p. 256 et s : « la notion de poldermodel [...] désigne de façon privilégiée un modèle de négociation des choix politiques et sociaux, fondé sur la confiance en la possibilité d'aboutir à des compromis créatifs et une régulation consensuelle des conflits », p. 258 ; A. Bevort, *Le modèle social français vu des polders*, publié dans la vie des idées. Fr. 2010, 12 p. http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20101026_retraites_Pays_bas.pdf; V. pour une appréciation critique des évolutions récentes du droit du travail dans l'un des pays avant-gardiste de la flexicurité, M. Wierink, *Pays-Bas 15 ans après la flexisécurité, l'hyperflexibilité*, *Chronique internationale de l'IRES* - n° 147 - septembre 2014, p. 62.

⁶⁴² En France, un pays traditionnellement connu par sa passion pour les normes légiférées et pour la codification, la technique des accords collectifs dérogatoires permet de retrouver une flexibilité accrue dans la gestion de la durée du temps de travail. V. not. F. Canut, *Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique*, *Dr. Soc.* 2010, p. 379 : « Il est assez paradoxal de constater que si le temps de travail a historiquement constitué le premier thème de la réglementation sociale, il incarne aujourd'hui la figure de la déréglementation. Ce mouvement de recul de l'encadrement étatique atteint son paroxysme avec la loi du 20 août 2008, dans sa partie

191. - La circulation de concepts via la SEE. Malgré le fait que les arbitrages ultimes entre différentes modalités d'application des lignes directrices en matière de politiques de l'emploi soient généralement faits à l'échelon national, le « passage par Bruxelles » reste incontournable. Le détour assez fréquent par les instances européennes permet, au-delà du rôle majeur de la SEE, un dialogue entre les droits nationaux des Etats membres. Les cadres cognitifs et normatifs développés par la SEE ont été, par exemple, particulièrement imprégnés de la tradition sociale nordique⁶⁴³. La culture et les politiques sociales propres à certains pays nordiques ont su s'imposer comme un modèle exportable – on songe notamment à la notion de flexicurité née initialement au Danemark et aux Pays-Bas – qui trouve dans la SEE un relais efficace. Le poids important du référentiel⁶⁴⁴ social nordique au sein de la SEE s'explique à la fois par les performances économiques et sociales des pays nordiques et par la volonté de ces derniers d'instaurer une coordination des politiques de l'emploi au sein de l'Union.

192. - Lieu de rencontre, d'échange, de prise de décisions, voire d'affrontement de visions diverses et variées, l'Union européenne œuvre aussi pour la construction de culture juridique, sociale et économique commune. Au double niveau européen et national, la SEE est à l'origine d'une base de connaissance partagée par les différents acteurs institutionnels. Le thème de la flexicurité et ses différentes déclinaisons nationales offrent une illustration de l'appropriation d'un langage commun. Plusieurs exemples peuvent être cités ici. L'espace européen est devenu avec la SEE un *forum* qui accueille et incite à la circulation les modèles, surtout ceux qualifiés de performants en matière de régulation des relations de travail.

193. - Reposant sur une approche cognitive, comparable à celle pratiquée en droit comparé, la SEE offre un cadre propice d'échange entre droits nationaux. Elle contribue, via

relative à la réforme du temps de travail ».

⁶⁴³ V. en sens les travaux de Jean-Claude Barbier, notamment, J.-C. Barbier et N. S. Sylla, *La stratégie européenne pour l'emploi : genèse, coordination communautaire et diversité nationale*, rapport de recherche pour la DARES (Ministère du Travail), CEE, Noisy le Grand, miméo, 2004 ; J.-C. Barbier et N. S. Sylla, *Stratégie européenne de l'emploi : les représentations des acteurs en France*, rapport pour la Dares et la Délégation à l'emploi, décembre 2001, 119 p. documents de travail du CEE, 2002, n°07 ; J.-C. Barbier, *La longue marche vers l'Europe sociale*, PUF 2008, coll. Le lien social.

⁶⁴⁴ Les référentiels sont « *des ensembles de valeurs et de normes, qui sont présentés sous la forme d'images politiques mobilisatrices et qui sont reliés à des algorithmes - c'est-à-dire grosso modo des théories ou systèmes d'hypothèses considérées comme vraies et dont on attend des effets* », J.-C. Barbier et N. S. Sylla, *Stratégie européenne de l'emploi : les représentations des acteurs en France*, op. cit., p. 68.

la diffusion des idées, l'échange d'informations et la détermination d'objectifs communs, à la réalisation d'une harmonisation graduelle. Les « *influences cognitives*⁶⁴⁵ » et l'existence de référentiel économique « *dépolitisé* » participent certainement à la construction d'un fonds commun d'idées en matière de politiques de l'emploi qui tend à l'harmonisation des législations nationales. Une harmonisation souple, fondée sur l'échange, le dialogue et la persuasion complète, voire se substitue au processus classique d'harmonisation contraignante – par voie de Règlements et de Directives – relenti depuis quelques années.

194. - Un processus d'apprentissage via la comparaison. L'utilisation récurrente de la comparaison internationale au sein des différentes MOC, en général, et de la SEE en particulier, met en valeur le potentiel des expérimentations nationales en termes d'apprentissage mutuel. La diffusion de catégories conceptuelles (re)construites au niveau européen – activation, prévention, formation tout au long de la vie, *gendermainstreaming* (égalité homme/femme)...etc. – via cette méthode ouverte de coordination favorise également une fertilisation croisée verticale entre système européen et systèmes nationaux. Toutefois, les déclinaisons nationales de chaque catégorie européenne sont divergentes. Les cultures locales de relations professionnelles et la diversité des modèles nationaux du droit du travail conduisent certes à l'élaboration de politiques nationales formellement distinctes, mais tendant néanmoins à la réalisation des mêmes objectifs fixés dans le cadre de la SEE.

195. - Priorité des objectifs économiques. L'amélioration de la compétitivité des systèmes productifs des Etats membres est l'un des objectifs principaux des analyses de l'Union initiées dans le cadre de la SEE. Celles-ci utilisent fréquemment l'outil de la comparaison entre Etats membres afin de justifier les recommandations d'ordre économique et social faites à ces derniers. L'effet d'émulation et l'idée de compétition entre économies, voire entre législations nationales, ne sont pas totalement étrangers à ce mode régulateur de l'Union ; les recommandations annuelles adressées aux Etats membres sont souvent nourries de tableaux comparatifs et de *benchmarking*. L'argument comparatiste et la comparaison macro-économique se transforment, dans cette optique, en un instrument normatif prescriptif redoutable à des fins préconçues.

⁶⁴⁵ J.-C. Barbier et N. S. Sylla, *Stratégie européenne de l'emploi : les représentations des acteurs en France*, op. cit., p. 68.

Intégrées dans la Stratégie de Lisbonne (révisée en 2005), choix réitéré avec la stratégie Europe 2020, les lignes directrices relatives à l'emploi issues de la SEE sont annexées aux grandes orientations de politiques économiques. Cette soumission de la SEE aux GOPE corrobore l'idée de l'emprise libérale sur les modes de régulation des questions sociales au niveau de l'Union. Les promesses sociales de la stratégie de Lisbonne « *n'aur[ont] probablement été, en fin de compte, qu'un discours d'accompagnement des réformes économiques, sur fond d'une prégnance croissante du droit communautaire, qui privilégie les libertés économiques sur les droits sociaux*⁶⁴⁶ ».

De surcroît, la prétendue neutralité scientifique et axiologique des dispositifs économiques de plus en plus contraignants, prévus par les grandes orientations de politique économique, par rapport aux questions de coordination des politiques de l'emploi, révèle l'influence du discours de l'analyse économique comparée ; elle légitime l'évaluation de tout dispositif normatif à l'aune des critères de l'efficacité économique et de la fluidité du marché du travail.

196. - Si la Stratégie Europe 2020 a réduit dans un effort de rationalisation le nombre de lignes directrices⁶⁴⁷, en accordant une place plus grande aux questions d'éducation et de formation⁶⁴⁸, d'autres reproches ont pu toutefois être faits à la SEE : la faible participation de la société civile et des partenaires sociaux⁶⁴⁹ et l'éviction des parlements nationaux. L'essor

⁶⁴⁶ J.-C. Barbier, « Stratégie de Lisbonne » : les promesses sociales non tenues, op. cit, p. 1.

⁶⁴⁷ La mise en œuvre de la stratégie Europe 2020 passe par 10 lignes directrices intégrées. Ces dernières, adoptées par le Conseil européen le 17 juin 2010, comportent six lignes dans le domaine économique - appelées « grandes orientations de politique économique » (GOPE, fondées sur l'article 121 TFUE) – et quatre lignes dans le domaine de l'emploi – baptisées « lignes directrices pour l'emploi » (LDE, fondées sur l'article 148 TFUE). Les nouvelles lignes directrices pour l'emploi, plus agrégées que les précédentes (4 au lieu de 7), élargissent les sujets abordés aux thématiques d'éducation et de lutte contre la pauvreté.

⁶⁴⁸ Ex. lignes directrices pour l'emploi (LDE) n° 8 et 9 : Développer une main d'œuvre qualifiée en mesure de répondre aux besoins du marché du travail et promouvoir l'éducation et la formation tout au long de la vie, (LD 8) ; Améliorer la qualité des systèmes d'éducation et de formation et les rendre plus performants à tous les niveaux, et augmenter la participation à l'enseignement supérieur ou d'un niveau équivalent, (LD 9 nouvelle).

⁶⁴⁹ « Dans l'ensemble, les analyses révèlent une bonne adhésion des acteurs administratifs impliqués dans le processus aux principes de la MOC, mais une faible participation des acteurs de la société civile et des partenaires sociaux », C. Erhel « La coordination européenne des politiques de l'emploi : un essoufflement depuis 2005 ? », *Formation emploi* 4/2011 (n° 116), p. 15. L'association des interlocuteurs sociaux, en tant que mode de participation à la réalisation des objectifs et des lignes directrices fixés par l'Union européenne, au processus de la méthode ouverte de coordination est, relativement, faible comparativement à la méthode classique (L'article 154 du TFUE énonce que « 1. La Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau de l'Union et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties... ») d'harmonisation des droits du travail des Etats membres. Puisque « les partenaires sociaux ne sont pas des acteurs du droit communautaire comme dans la procédure traditionnelle mais simplement des associés » (A. Pousson, *Les objectifs en droit du travail*, in. B. Faure (dir), *Les objectifs*

de ce mode alternatif et non contraignant de la confection des normes européennes se fait ainsi au détriment de deux outils traditionnels de rapprochement des droits nationaux : l'harmonisation législative et le dialogue social.

197. - Bien que l'apparence d'absence de sanction, en cas de non-respect des orientations et objectifs fixés par l'Union, confère à la stratégie européenne pour l'emploi une autorité relativement faible sur le plan purement formel, cette spécificité n'enlève rien à la puissance croissante de la *soft law* au sein de l'ordonnement des rapports sociaux⁶⁵⁰.

B. La montée en puissance du droit souple

198. - Comparaison et droit souple. « *Laboratoire expérimental de la normativité*⁶⁵¹ » et instrument « atypique » de l'action normative de l'Union, le droit souple fait, parfois, appel à la comparaison. Le recours à la coordination des politiques nationales via la méthode ouverte de coordination participe, par exemple, de cette synergie. Les deux instruments, droit souple et comparaison, partagent quelques points communs ; ils procèdent tous les deux d'une approche instrumentale et finalisée visant la réalisation des objectifs fixés par l'Union ; souvent le droit souple utilise l'argument de droit comparé⁶⁵². Le recul de la méthode communautaire classique, exprimant une faible volonté des Etats membres et des visions difficilement conciliables entre les partenaires sociaux européens, explique plus ou moins une

dans le droit, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2010, p. 160).

⁶⁵⁰ S. Laulom, Stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation, RDT. 2007, p. 643, et du même auteur, Harmonisation législative et stratégie européenne pour l'emploi, RDT. 2007, p. 710. V. d'une manière générale sur l'intérêt du recours au droit souple : C. Thibierge, Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit, RTD civ. 2003, p. 599 ; Le droit souple. Journées nationales de l'association Henri Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

⁶⁵¹ V. Lasserre-Kiesow, Les livres verts et blancs de la Commission européenne, in. Le droit souple. Journées nationales de l'association Henri Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 86.

⁶⁵² Par ex. Livre vert de la Commission européenne, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2007, p. 10 : « Les chances d'accéder au marché du travail, d'y rester et d'y progresser varient considérablement, car la législation relative à la protection de l'emploi et la réglementation des contrats au niveau national ont toutes deux une forte incidence sur les transitions entre les statuts, en particulier en ce qui concerne la situation des chômeurs de longue durée et des «exclus» recrutés sur des emplois précaires. Parmi les mesures normatives qui facilitent les transitions sur le marché du travail, issues du dialogue social au niveau national, figurent la loi néerlandaise sur la flexibilité et la sécurité de 1999, la loi autrichienne sur les indemnités de licenciement (Abfertigungsrecht) de 2002 et le décret espagnol de juin 2006 facilitant la conversion des contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée assortis d'indemnités de licenciement réduites». Souligné par nous.

relégation des politiques sociales et de l'emploi dans le domaine de la *soft law*. L'utilisation par l'Union des mécanismes de *soft law* (MOC, SEE, recommandations, avis⁶⁵³...) est considérée comme l'une des caractéristiques principales de la régulation sociale européenne⁶⁵⁴. Cette dernière s'inscrit largement dans un mouvement plus global privilégiant des modes d'intervention visant le respect de la singularité des contextes nationaux, par opposition aux formes classiques de l'action de l'Union, souvent critiquées pour leur rigidité et leur caractère contraignant. Par delà ses utilités, réelles ou supposées, le droit souple, lorsqu'il adopte la démarche comparative, remplit des fonctions similaires à celles adoptées par la méthode classique, à savoir le rapprochement des droits nationaux⁶⁵⁵. Cette normativité fondée, pour le cas de la MOC, sur une « *diffusion suivie d'une comparaison des informations concernant les performances des Etats*⁶⁵⁶ », favorise un « *échange d'information mutuel sur la base de dénominateurs communs [...] censé contribuer à une convergence progressive des Etats dans les domaines concernés par l'expérimentation*⁶⁵⁷ » de certains dispositifs européens et nationaux. Par ailleurs, le droit souple et la comparaison sont au service de choix politiques, économiques réglementaires déterminés. S'appuyant sur une acception économique libérale de la régulation des relations de travail, l'Union européenne exhorte ses Etats membres à moderniser leurs droits du travail⁶⁵⁸ afin de répondre aux préconisations de l'analyse économique comparée. Dans son rôle d'harmonisation des législations nationales, l'Union européenne devient un vecteur de circulation des modèles sociaux les plus flexibles. La promotion du modèle « flexicuritaire », né dans la culture sociale des pays nordiques, en offre une illustration topique.

⁶⁵³ Si les recommandations et les avis sont des actes non obligatoires, il en va tout autrement de leur efficacité. En effet, « l'efficacité du recours à ces instruments ne doit pas être sous-estimée, dans la mesure où ils sont dotés d'une portée politique certaine, et peuvent le cas échéant produire des effets juridiques indirects, ce qui a notamment conduit la Cour à admettre des renvois préjudiciels en interprétation concernant des avis ou des recommandations », Rép. Communautaire, R. Kovar, V° « Recommandation », cité par V. Lasserre-Kiesow, Les livres verts et blancs de la Commission européenne, op. cit., p.83.

⁶⁵⁴ E. Mazuyer, S. De la Rosa, La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la *soft law*, CDE. 2009, p. 295.

⁶⁵⁵ « [...] *l'une des fonctions de la soft law, [est] l'incitation à l'harmonisation des législations* », V. Lasserre-Kiesow, Les livres verts et blancs de la Commission européenne, op. cit., p. 87 ; « [laCommission] a usé de son pouvoir général de recommandation en vue de promouvoir le rapprochement des législations. Il en a été ainsi en matière de droit d'établissement et de libre prestation de service, de transport et de législation sociale », Rép. Communautaire, R. Kovar, V° « Recommandation », n° 11, cité par V. Lasserre-Kiesow, Les livres verts et blancs de la Commission européenne, op. cit., p.87.

⁶⁵⁶ Th. Georgopoulos, La Méthode ouverte de coordination européenne : «en attendant Godot»? op. cit., p. 3

⁶⁵⁷ Ibid.

⁶⁵⁸ Livre vert de la Commission européenne, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2006.

199. - Livre vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle ». Outil normatif adéquat pour construire des compromis dans les « *domaines sensibles, les zones non consensuelles, dans lesquels les oppositions les plus franches*⁶⁵⁹ » se manifestent, la technique des livres verts est l'expression d'une volonté d'agir de la Commission en dehors des exigences juridiques strictes de l'harmonisation. Cet instrument de la *soft law* a été retenu par la Commission dans une optique de « *moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle* ». Il constitue un mode d'action prudent⁶⁶⁰ ou une « *étape de la gestation du droit*⁶⁶¹ » dans un domaine soumis à des mutations profondes, et où l'élaboration d'un corps de règles juridiques uniforme est difficile à obtenir pour des raisons variées : défaut de compétence, forte opposition politique, diversité des droits nationaux... etc. Le recours à la technique du Livre vert⁶⁶² ambitionne d'apporter des réponses adéquates aux défis socio-économiques que doivent relever les marchés du travail européen et nationaux, tout en respectant, formellement, les particularismes des systèmes juridiques nationaux.

200. - Le Livre vert « moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle » de 2006 emprunte la méthode participative⁶⁶³ et ouvre le débat public dans l'Union

⁶⁵⁹ S. Robin-olivier, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne, RTD 2007, p. 89, spéc., p. 90.

⁶⁶⁰ « [...] le Livre vert constitue une étape prudente de l'initiative communautaire, dans les domaines où l'exercice de la compétence communautaire ne va pas de soi », S. Robin-olivier, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, op. cit., p. 90.

⁶⁶¹ V. Lasserre-Kiesow, Les livres verts et blancs de la Commission européenne, in. Le droit souple. Journées nationales de l'association Henri Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 86.

⁶⁶² Le Livre blanc et le Livre vert de la Commission constituent tous les deux des instruments dotés d'une « normativité souple ». « Le livre vert est un document de réflexion publié par la Commission sur un domaine spécifique destiné aux parties concernées qui sont invitées à participer à un processus de consultation et à un débat sur le sujet en cours », tandis que le Livre blanc « présente des orientations précises pour l'action communautaire, sans d'ailleurs clore le débat », V. Lasserre-Kiesow, Les livres verts et blancs de la Commission européenne, op. cit., p.75. Par ailleurs, dans certains domaines le Livre vert se rapproche sensiblement par son caractère précis de la méthode du Livre blanc. « Dans les domaines qui s'offrent plus difficilement à l'harmonisation, comme celui des marchés du travail, le Livre vert [par ex. le Livre vert de la Commission européenne, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2007] incite les Etats à réformer leur droit du travail dans un certain sens jugé apte à favoriser la réalisation des objectifs de la stratégie de Lisbonne [de 2000-2010] », V. Lasserre-Kiesow, op. cit., p. 81. Outils de « communication fonctionnels et méthodique », Les Livres blancs et verts remplissent une double mission : ils constituent un « rouage dans la fabrique des lois européennes, mais aussi [un procédé] de légitimation politique pour de nouveaux thèmes communautaires », V. Lasserre-Kiesow, op. cit., p. 81.

⁶⁶³ S'inspirant de la démocratie participative composante essentielle de la théorie du droit postmoderne J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2014, spéc., pp. 200-204.

européenne⁶⁶⁴ sur les voies de la modernisation du droit du travail⁶⁶⁵. Certes, ce document de la Commission invite au débat – plusieurs réponses électroniques ont été faites aux 14 questions figurant dans ce Livre vert émanant des gouvernements, ONG, lobbies, organisations syndicales... –, mais dont les orientations sont bien indiquées. A l’instar de la promotion du droit souple, ce Livre vert porte en lui les signes d’un « *droit de crise* ⁶⁶⁶ » : crise du droit du travail, crise des modes de réglementation des relations de travail, crise de l’Etat providence...etc. A ces crises, la flexicurité propose des remèdes ; la modernisation des droits du travail passerait donc par l’adoption de normes favorisant la flexibilité de la régulation des relations de travail en la conciliant avec la sécurité de l’emploi en vue de réduire la segmentation du marché du travail⁶⁶⁷. Toutefois, le Livre vert, insistant⁶⁶⁸ sur l’efficacité des mesures de flexibilisation des protections des salariés, envisage insuffisamment les voies susceptibles d’assurer une véritable sécurité pour les salariés. Voulant contribuer à la réalisation des objectifs fixés par la Stratégie de Lisbonne – tendant à atteindre une « *croissance durable génératrice d’emploi plus nombreux et de meilleure qualité* » – le Livre vert embrasse une « *logique calculatoire* »⁶⁶⁹ fondée sur une analyse économique comparée sommaire et sélective en présentant le droit du travail – surtout la législation protectrice de la stabilité de l’emploi⁶⁷⁰ – comme un coût entravant la compétitivité du système productif dans une économie globalisée. La « *modernisation du droit du travail* », devant donc se soumettre à l’examen de l’efficacité économique de la norme travailliste, « *est l’une des principales*

⁶⁶⁴ Livre vert de la Commission, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2006, p. 3.

⁶⁶⁵ L’Accord national interprofessionnel français de modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008 s’inscrit parfaitement dans cette logique de modernisation des règles du droit du travail telle qu’elle est prônée par le Livre vert de la Commission. Cet ANI, signé par trois organisations professionnelles patronales (MEDEF, CGPME et UPA) et quatre syndicats de salariés (CFDT, FO, CFTC et CFE-CGC) a été repris par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail visant l’instauration d’une « *flexicurité à la française* » (G. Auzero, *L’accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l’ébauche d’une « flexisécurité à la française »*, RDT 2008, p. 152).

⁶⁶⁶ M. Mekki, *Propos introductifs sur le droit souple*, in. *Le droit souple*. Journées nationales de l’association Henri Capitant, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 18

⁶⁶⁷ L’objectif visé par le Livre vert est « *la conciliation d’une flexibilité accrue avec la nécessité d’offrir à tous le maximum de sécurité* », Livre vert, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle*, op. cit.p.3.

⁶⁶⁸ Exemples d’expériences nationales à l’appui : Pays-Bas, Espagne, Autriche.

⁶⁶⁹ A. Lyon-Caen, *Intervention EU Labour Lawopening session*, conférence organisée par les services de la Commission européenne, 21 octobre 2013, (consultable à l’adresse suivante : <http://ec.europa.eu/avservices/video/player.cfm?ref=I082772> ; v. égal. J. Icard, *Analyse économique et droit du travail* (dir. G. Loiseau), th. Paris 1, 2011.

⁶⁷⁰ « *À lire le Livre vert, grande est la difficulté d’en traiter, sauf dans le sens d’une érosion de la stabilité de l’emploi* », Fr. Gaudu, *Un document qui ne tient pas le langage de la vérité*, in. *Le Livre vert de la Commission européenne pose-t-il de bonnes questions ?*, RDT 2007, p. 77.

*conditions d'une capacité d'adaptation des travailleurs et des entreprises qui produit des résultats*⁶⁷¹ ». L'approche sélective est également à l'œuvre lorsque le Livre vert paraît réduire la promotion de la flexicurité à sa seule dimension relative aux règles de droit du travail (flexibilisation de la rupture du contrat de travail, facilitation des transitions, réduction des coûts du licenciement). La formation professionnelle, les politiques actives du marché du travail et le maintien des allocations de chômage, conditions principales de la réussite du modèle de flexicurité – par référence au « triangle d'or » du modèle danois⁶⁷² –, sont insuffisamment mises en valeur. En d'autres termes, « *si on réduit l'approche au seul droit du travail, la question des transitions paraît donc se réduire presque entièrement à celle de la flexibilité*⁶⁷³ ».

201. - La voie tracée par le Livre vert de la Commission, bien qu'il procède d'une approche participative, adopte néanmoins certaines « *grandes options de politique du droit sous-jacentes au catalogue des interrogations formulées*⁶⁷⁴ » ; l'argument de droit comparé y est principalement utilisé à des fins de légitimation – ou de délégitimation – de certaines manières de réformer le droit du travail. Vecteur de circulation de modèles de régulation des relations de travail, le Livre vert « *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle* », remplit, à l'instar de la comparaison, une fonction persuasive dont les effets ne sont pas toujours sans impact direct sur la manière de légiférer. Droit comparé et *soft law*, ne font certes pas partie du droit positif – dans un schéma Kelsenien de la normativité juridique –, mais ils ont un fort potentiel d'influer les acteurs de la production normative ; à ce titre, ils

⁶⁷¹ Livre vert, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, op. cit.p. 2.

⁶⁷² V. sur le modèle danois, J.-C. Barbier, Apprendre vraiment du Danemark, réflexions sur le “miracle” danois, Centre d'Etude de l'Emploi, février 2005 : « *Ce qu'on retient du Danemark dans le débat d'opinion, c'est surtout la flexibilité des contrats sur le marché du travail, la facilité d'embaucher et de licencier, et beaucoup de discours laissent de côté les autres aspects du « triangle d'or » danois (la générosité de la protection sociale et l'importance des politiques dites actives)* », p. 2 ; K. SØNDERGÅRD, La flexicurité danoise – et tout ce qui l'entoure, Chronique internationale de l'IRES - n° 110 - janvier 2008, p. 43 : « *Certes, produit de facteurs institutionnels, le modèle danois de flexicurité n'est pas exportable. Cela ne veut pas dire que l'idée et la logique de la flexicurité, dans laquelle se réconcilient les besoins des salariés et des entreprises, ne peuvent être présentes sur d'autres marchés du travail. Mais il faut construire l'équilibre d'une façon qui prenne en considération la situation institutionnelle et culturelle d'un marché du travail donné* », p. 50.

⁶⁷³ S. Robin-olivier, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne, RTD 2007, p. 94.

⁶⁷⁴ F. Valdès dal Ré, Ne pas sous-estimer la « modernisation » advenue, se défier d'une conception unitaire du couple « flexibilité/sécurité », in. Le Livre vert de la Commission européenne pose-t-il de bonnes questions ? RDT 2007, p. 72.

peuvent légitimement être qualifiés de sources réelles ou matérielles du droit⁶⁷⁵ ; des sources sous la pression desquelles le droit jaillit par les sources officielles ou formelles. Par ailleurs, une vision biaisée et instrumentale de ces deux « *auxiliaires*⁶⁷⁶ » du droit dogmatique (contraignant), tendant à exporter ou à imposer subtilement un modèle étranger ou plus précisément une version déformée de ce dernier, est indubitablement attentatoire aux équilibres institutionnels et sociaux de chaque Etat membre. En effet, selon le Professeur espagnol Fernando Valdès dal Ré « *la grande diversité des environnements (économique, social, culturel, technologique, organisationnel ou syndical, pour citer les plus significatifs) dans lesquels s'inscrivent les systèmes de droit du travail des Etats membres de l'Union européenne voue à l'échec toute tentative d'exporter dans l'ensemble de cet espace géographique, non pas seulement les bonnes pratiques en matière d'emploi, mais, ce qui est autrement ambitieux, un modèle cohérent et unitaire de conciliation de la flexibilité et de la sécurité*⁶⁷⁷ ».

202. - Compatibilité entre « droit dur » et « droit souple ». Les frontières entre droit dur et droit souple sont souvent poreuses. « *Subordonnée au consensus, la soft law est un essai dont la force dépend moins de ses effets immédiats que de ses futures répercussions au niveau législatif ou judiciaire [...] Elle apparaît comme un « droit transitionnel »*⁶⁷⁸ ». Certains auteurs anglo-saxons, plus familiers aux techniques de régulation et de gouvernance⁶⁷⁹ que leurs homologues appartenant aux pays de droit continental, expliquent que les instruments de *hard law* (droit dur ou contraignant) et de *soft law* (droit souple ou

⁶⁷⁵ Forces créatrices du droit, les « sources matérielles, ou réelles, sont [...] les sources du contenu de la loi : elles sont sources d'inspiration ou sources d'influence », P. Deumier, Introduction générale au droit, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 70 et s. « *Elle [la catégorie des sources matérielles] héberge toutes les normes non contraignantes : [...] avis, recommandations, code de conduite [...] Les pratiques [...] le droit comparé [...] l'histoire du droit [...] les valeurs [...] toutes les données sociales, économiques, scientifiques* » (p. 71).

⁶⁷⁶ « Il [le droit comparé] s'acceptait volontiers dans un rôle d'auxiliaire du droit dogmatique », J. Carbonnier, sociologie juridique, PUF 2004, p. 20 ; « La prise en compte de leur originalité [Livres verts et blancs] peut permettre d'affiner cette catégorie des sources substantielles, matérielles ou encore sources brutes, qui sont des sources d'inspiration du droit positif [...] compte tenu du degré de formalisation de ces Livres, on pourrait dire qu'il s'agit de « sources substantielles officielles » en quelques sorte... », C. Thibierge, Rapport de synthèse, in. Le droit souple. Journées nationales de l'association Henri Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 152.

⁶⁷⁷ F. Valdès dal Ré, Ne pas sous-estimer la « modernisation » advenue, se défier d'une conception unitaire du couple « flexibilité/sécurité », op. cit., p. 74.

⁶⁷⁸ V. Lasserre-Kiesow, Les livres verts et blancs de la Commission européenne, op. cit., p. 88.

⁶⁷⁹ V. sur ces techniques, N. Maggi-Germain, *Sur le dialogue social*, Dr. Soc. 2007, p. 793.

doux) ne sont pas incompatibles, et peuvent même être complémentaires⁶⁸⁰. La stratégie européenne pour l'emploi (SEE) présente, par exemple, une occasion de rencontre privilégiée entre la politique européenne de l'emploi et le droit social européen⁶⁸¹. En effet, si la SEE en tant que méthode ouverte de coordination est le reflet des limites des canaux traditionnels de la production des normes au sein de l'Union européenne, il n'en demeure pas moins que ce mode original de coordination des politiques nationales ne peut « *aboutir à la dilution de la réalisation d'objectifs communs énoncés par les Traités*⁶⁸² ». Dans le même ordre d'idées, le Livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne de 2001 a fait – sur la base de cinq principes politiques : ouverture, participation, responsabilité, efficacité et cohérence – des propositions qui préparent le terrain à la réception⁶⁸³ du droit souple, et qui, entre autres, « *contribueront à une définition plus claire des objectifs de l'Union européenne et amélioreront l'efficacité de ses politiques en associant législation formelle et solutions non législatives ou autorégulatrices afin de mieux atteindre ces objectifs*⁶⁸⁴ ».

203. - Ainsi, avec la méthode ouverte de coordination, la fonction coordinatrice des instances de l'Union évolue, dans la mesure où « *le rôle des institutions ne consiste pas à dicter des règles uniformes ni à imposer des résultats mais à organiser et promouvoir un processus, identifier des questions d'intérêt commun, formuler des objectifs, désigner des stratégies, collecter et diffuser l'information, indiquer les meilleures voies, et favoriser la création de réseaux*⁶⁸⁵ ».

⁶⁸⁰ D. M. Trubek, L. G. TrubeK, Hard and soft law in the construction of social Europe: the role of the open method of coordination, *European Law Journal*, 2005, p. 343.

⁶⁸¹ N. Kerschen et I. Omarjee, La SEE : un exemple de rencontre entre une politique européenne et le droit communautaire, *Dr. Soc.* 2010, p. 223.

⁶⁸² Livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne, présenté le 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final, p. 24.

⁶⁸³ Le Professeur Cécile Pérès, après avoir passé en revue plusieurs acceptions, historique et comparative, de la notion de réception, estime que « *la réception du droit souple semble ainsi recouvrir l'ensemble des procédés par lesquels les destinataires de ces instruments, venus d'ailleurs parce qu'étrangers à l'ordre juridique traditionnel, acceptent effectivement de les accueillir favorablement, de les intégrer, de les utiliser, de les mobiliser, ou encore de se les approprier afin de régler sur eux leurs actions, leurs conduites ou leurs raisonnements* », C. Pérès, *La réception du droit souple par les destinataires*, in. *Le droit souple*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2009, p. 97.

⁶⁸⁴ Livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne, présenté le 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final, p. 38.

⁶⁸⁵ A. Iliopoulou, La méthode ouverte de coordination : un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne, *Cah. dr. eur.* 2006, p. 335.

204. - Le dépassement de la distinction *soft law/hard law*. D'autres arguments sont également avancés pour atténuer ce clivage traditionnel entre *soft law* et *hard law*. « *En effet, la mise en œuvre de la stratégie européenne pour l'emploi révèle des frontières de moins en moins étanches entre soft law et hard law*⁶⁸⁶ ». Les interactions entre stratégie européenne pour l'emploi et méthode classique d'harmonisation législative sont riches⁶⁸⁷. L'identité des objectifs, en l'occurrence la création d'un rapprochement des législations nationales afin de réaliser un niveau d'emploi élevé et un marché du travail ouvert, peut être illustrée à travers des actions communes ou des « *interventions conjointes*⁶⁸⁸ » de la SEE et des directives de l'Union en matière sociale. Les objectifs transversaux fixés par la SEE, tels la qualité de l'emploi, le plein-emploi, la lutte contre les discriminations et la flexibilisation du marché du travail, sont parfois traduits par le biais d'instruments classiques du droit social de l'Union (Directives⁶⁸⁹). La transposition nationale de certaines directives, signe du caractère indissociable et complémentaire entre la SEE et les directives, fait partie des réponses des Etats membres figurant dans les plans nationaux de réformes (PNR)⁶⁹⁰.

205. - Repenser le rôle de la *soft law* à l'aune du comparatisme. Comment la méthode ouverte de coordination, utilisant une normativité souple et persuasive, peut-elle concrètement

⁶⁸⁶ N. Kerschen et I. Omarjee, op. cit., p. 223.

⁶⁸⁷ « Si l'on analyse [...] les domaines de la SEE et des directives sociales communautaires on doit constater l'existence de convergences importantes [...] la politique de l'emploi - qui relève de la SEE - et la politique sociale - qui relève plutôt de la méthode communautaire classique - peuvent difficilement être détachées », S. Laulom, La stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation ? RDT 2007, p. 643.

⁶⁸⁸ S. Laulom, Harmonisation législatives et stratégie européenne pour l'emploi, op. cit., p. 710 : « *Alors que les Méthodes ouvertes de coordination (MOC) sont souvent présentées comme une alternative aux harmonisations législatives, on observe en droit social une intervention conjointe de la stratégie européenne pour l'emploi (SEE) et de directives communautaires. L'analyse des interactions existantes entre la SEE et les directives permet de donner une idée de la substance et de la complexité de leurs relations. Deux domaines particuliers se prêtent à cette analyse : l'égalité de traitement et la flexicurité, car un même objet va être saisi simultanément par des directives sociales et la SEE, à travers certaines de ses lignes directrices* ».

⁶⁸⁹ Par ex. Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (Journal officiel n° L 014 du 20/01/1998 p. 0009 – 0014/1997) ; Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (Journal officiel n° L 175 du 10/07/1999 p. 0043 – 0048).

⁶⁹⁰ La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations dans l'emploi a transposé plusieurs directives communautaires relatives à « *la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe* » (Directive 97/80 CE du Conseil du 15 décembre 1997) , à la « *mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* » (Directive 2000/43 CE du Conseil du 29 juin 2000, JOCE 19.7.2000) et à la « *création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail* » (Directive 2000/78 CE du Conseil du 27 novembre 2000, JO CE 2.12.2000). Cette loi de transposition a été également considérée comme une réponse à la ligne directrice n° 7 de la stratégie européenne pour l'emploi (Lutter contre les discriminations et promouvoir l'intégration par l'emploi) dans le cadre du plan national d'action pour l'emploi pour la France de juin 2002.

influencer les législations nationales ? En l'absence de sanction, comment peut-elle contraindre les Etats membres à agir en conformité à ses lignes directrices ? Des auteurs anglo-saxons ont développé, dans une perspective juridique, une réflexion qui tend à relativiser la dichotomie radicale entre *hard law/soft law*. Les nouveaux modes de régulation basés sur la *soft law*, tel le cas de la SEE, peuvent produire plusieurs effets. Ces effets, selon David M. Trubek et Louise G. Trubek⁶⁹¹, empruntent six voies : **les effets de dénonciation** « *shaming* » liés à la comparaison des performances nationales via des indicateurs communs et des recommandations (ex. taux d'emploi) où les Etats membres s'efforcent d'éviter la critique des pairs (les autres Etats membres) et du Conseil; **la diffusion des idées et des bonnes pratiques** au travers des dialogues entre Etats membres et **le benchmarking**, constituent des motifs justifiant le recours à l'imitation (*mimesis approach*) ou à la transformation du discours (*discursive transformations*), usant des catégories et concepts développés par la SEE (adaptabilité, employabilité, vieillissement actif, flexicurité...) pour l'analyse du marché du travail national; **les effets de délibération** (*deliberation*), lorsque la confrontation et l'échange de points de vue entre les Etats membres, dans un processus itératif annuel, modifient leur façon d'analyser les situations et problèmes rencontrés; **les effets d'apprentissage** (*learning*) ou apprentissage mutuel, autrement dit la prise en compte des résultats obtenus par les expériences réussies des autres pays⁶⁹² dans le cadre de la mise en place de dispositifs et de réformes nationaux; et enfin, **la création de nouveaux réseaux** (*networks*) nationaux et transnationaux autour des outils de gouvernance et de régulation sociale.

206. - David M. Trubek et Louise G. Trubek ont également procédé à une classification des effets de la *soft law* dans sa relation avec la MOC en deux catégories⁶⁹³. La première catégorie concerne les effets ayant un caractère descendant « *top-down approach* » (*shaming*, *mimesis* et *discursive transformation*). La deuxième catégorie des effets produits par l'utilisation de la *soft law* s'inscrit, quant à elle, dans une approche ascendante « *bottom-up* »

⁶⁹¹ D. M. Trubek, L. G. Trubek, *Hard and soft law in the construction of social Europe: the role of the open method of coordination*, *European Law Journal*, 2005, p. 358.

⁶⁹² Par ex. le cas de la flexicurité aux Pays-Bas et au Danemark.

⁶⁹³ D. M. Trubek, L. G. Trubek, *Hard and soft law in the construction of social Europe: the role of the open method of coordination*, op. cit., p. 356: « *Thus in the top-down approach, we find more stress on shaming, diffusion through mimesis and discourse, and one version of network theory. In the bottom-up category we find more attention to deliberation, experimentation, learning, and another version of network theory* ».

(*experimentation, deliberation, et learning*). Par ailleurs, la constitution de réseaux d'échange entre régulateurs nationaux peut intégrer les deux modèles identifiés ci-dessus par David M. Trubek et Louise G. Trubek. Ces réseaux peuvent servir de vecteur de transmission d'idées entre les composantes des deux approches descendante et ascendante⁶⁹⁴.

207. - Exerçant une influence sur les choix politiques des décideurs nationaux et donnant aux différents discours nationaux sur la politique de l'emploi une dimension européenne, la traduction de la stratégie européenne pour l'emploi rencontre néanmoins des obstacles. D. Trubek et J. Mosher en ont identifiés quelques uns. Par exemple, les « *Gouvernements peuvent traiter les Plans d'Action Nationaux pour l'Emploi comme une charge administrative de routine, pas comme une opportunité pour engager un débat ou une délibération réels ; l'évaluation par les pairs et l'analyse comparative peuvent être des exercices de papier ; les partenaires sociaux peuvent être réticents à y participer activement ; certains pays peuvent résister au changement parce qu'ils pensent que le modèle de la SEE ne correspond pas à leur marché du travail ; d'autres peuvent se sentir non concernés parce qu'ils ont largement atteint les objectifs de la SEE*⁶⁹⁵ ».

208. - A rebours de la mobilisation instrumentale et finalisée de l'argument comparatiste au sein de l'Union européenne, les instances du Conseil de l'Europe, dont l'influence sur les droits des Etats membres est de plus en plus cruciale, offrent des exemples vertueux, et conformes à l'ambition progressiste des droits nationaux du travail, de l'utilisation de la comparaison des droits.

⁶⁹⁴ D. M. Trubek, L. G. Trubek, *Hard and soft law in the construction of social Europe: the role of the open method of coordination*, op. cit., p. 358: « as part of a top-down model, with the networks serving as transmission belts for ideas coming from the top. But in alternative accounts, they are the settings for deliberation and mutual learning, and thus can be channels to move ideas “up” as well as “down” ».

⁶⁹⁵ « Governments may treat the NAPs as a routine administrative burden, not an opportunity for real debate and deliberation ; peer reviews and benchmarking may be paper exercises ; social partners may be unwilling to participate actively ; some countries may resist change because they think the EES model does not fit their labour markets ; others may feel they need not change because they have largely met the EES goals ». D. Trubek and J. Mosher, 'New Governance, Employment Policy, and the European Social Model', in J. Zeitlin and D. M. Trubek (eds) *Governing Work and Welfare in a New Economy : European and American Experiments*, Oxford University Press, 2003, cite par D. M. Trubek et L. G. Trubek, op. cit., p. 359. Souligné par nous.

Section 2 : Le Conseil de l'Europe

209. - La multiplication des rencontres entre ordres et systèmes juridiques. A l'heure de la globalisation, économique et juridique, la perméabilité⁶⁹⁶ des systèmes juridiques aux normes qu'ils n'ont pas produites est facilitée par le recours à la comparaison des droits⁶⁹⁷, nationaux et supranationaux. L'ouverture *volontaire* des ordres et systèmes juridiques supranationaux aux normes qui leur sont extérieures est devenue aujourd'hui une réalité de plus en plus étudiée par la doctrine⁶⁹⁸. Marquée, de longue date, par le sceau du pluralisme de ses sources, la norme travailliste constitue un laboratoire d'expérimentation de l'inter-normativité ; l'observation vaut surtout lorsqu'elle met en jeu des droits fondamentaux des travailleurs, en privilégiant le dialogue entre les pôles émetteurs – en particulier les juges – des normes sociales supranationales. Le droit européen du travail offre une illustration topique de l'inter-normativité dans le domaine des droits sociaux fondamentaux. De plus en plus sollicités pour contrebalancer les politiques de flexibilisation⁶⁹⁹ et de la transnationalité⁷⁰⁰ des relations de travail, ces droits sociaux fondamentaux, inscrits dans plusieurs instruments internationaux et européens, sont le théâtre depuis quelques années d'un phénomène d'« *articulation normative*⁷⁰¹ » ou d'interpénétration entre ordres et systèmes juridiques⁷⁰² ;

⁶⁹⁶ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 116 et s. ; E. Dubout, S. Touzé (dir), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2009.

⁶⁹⁷ « Le Droit est désormais, de plus en plus, façonné à partir de sources comparatives et internationales », J.-P. Costa, *Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales*, RTDH 2004, p. 110.

⁶⁹⁸ V. sur cette question, S. Robin-Olivier, *Combinaison des normes et développement du droit du travail dans la jurisprudence européenne*, in. T. Aubert-Monpeyssen (dir), *Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, PU Toulouse 1 Capitole coll. Etudes de l'IRDEIC, 2013, p. 41 ; M.-A. Moreau, *Brèves observations sur l'articulation normative en matière sociale*, in. T. Aubert-Monpeyssen (dir.), *Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, PU Toulouse 1 Capitole coll. Etudes de l'IRDEIC, 2013, p. 13 ; C. Crewe, *La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe*, in. *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, coll. Mélanges, 2009, p. 505 ; J. Mouly, *La liberté syndicale et le droit de grève : l'opposition des droits européens*, in. *Journées juridiques franco-polonaise. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, éd. Mare & Martin, coll. Droit public, 2013, p. 485 ; M. Schmitt, *L'influence des conventions de l'OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée en matière de droit de négociation collective*, RDT 2013, p. 513 ; N. Moizard, *L'usage des conventions de l'OIT par la Cour européenne des droits de l'homme*, Dr. Soc. 2014, p. 365.

⁶⁹⁹ S. Laulom, *Les droits sociaux fondamentaux ? rempart des déconstructions des droits du travail*, RDT 2013, p. 410 ; F. Khodri, *Les normes sociales fondamentales : des remparts efficaces aux flexibilités du droit du travail ?*, in. E. Mazuyer (dir), *Les flexibilités en droit du travail*, op. cit., p. 90.

⁷⁰⁰ M.-A. Moreau, *De la transnationalité de la relation de travail*, Dr. soc. 2011, p. 1174.

⁷⁰¹ M.-A. Moreau, *Brèves observations sur l'articulation normative en matière sociale*, in. T. Aubert-Monpeyssen (dir), *Pluralité des sources et dialogue des juges en droit social*, PU Toulouse 1 Capitole, coll. Etudes de l'IRDEIC, 2013, p. 13.

le phénomène suscite espoirs et ambitions⁷⁰³. L'articulation normative, procédant bien évidemment d'une comparaison multiniveaux des droits – horizontale (entre droits supranationaux) et verticale (entre droits nationaux et droits supranationaux) –, est pour une partie de la doctrine travailliste « *une nécessité, non seulement pour construire un « pluralisme ordonné » qui requiert une imagination certaine mais pour donner une nouvelle impulsion aux exigences de justice sociale au cœur des finalités des droits du travail, mis à mal par les mouvements d'une ampleur sans précédent de dérégulation et de décomposition des protections sociales*⁷⁰⁴ ».

210. - Références croisées. La multiplicité des sources internationales, européennes et extra-européennes, favorise le rayonnement du droit social européen. La Cour EDH, quand elle s'efforce d'interpréter les textes de la Convention EDH, par exemple dans le cadre de son article 11, « *peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes*⁷⁰⁵ », pour y inclure le droit de négociation collective. *L'arrêt Enerji Yapi-Yol Sen c/ Turquie*⁷⁰⁶ combine lui aussi une pluralité de sources normatives pour inclure le droit de grève dans le giron des droits fondamentaux protégés au titre de l'article 11 de la Convention EDH. La Charte sociale européenne, les décisions du Comité européen des droits sociaux, des conventions de l'Organisation Internationale du Travail et les avis du Comité d'experts de l'OIT forment un corpus d'instruments normatifs faisant partie des éléments de droit pertinents permettant à la

⁷⁰² E. Dubout, S. Touzé (dir), Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, Pedone 2009.

⁷⁰³ Ce phénomène reflète toutefois l'évolution du contenu des normes de droit du travail, en glissant de la proclamation des droits substantiels à la déclaration des droits imprécis, dont la détermination du contenu passe par le recours au juge.

⁷⁰⁴ M.-A. Moreau, Brèves observations sur l'articulation normative en matière sociale, op. cit., p. 13

⁷⁰⁵ CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara*, § 85, D. 2009. 739, chron. J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

⁷⁰⁶ « La Cour note également que le droit de grève est reconnu par les organes de contrôle de l'Organisation internationale du travail (OIT) comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la Convention C87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical [...]. Elle rappelle que la Charte sociale européenne reconnaît aussi le droit de grève comme un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective », CEDH, 21 avr. 2009, n° 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen c/ Turquie* (§ 24), RDT 2009. 499, étude J.-P. Marguénaud et J. Mouly. En l'espèce, des fonctionnaires membres d'un syndicat ont subi des sanctions disciplinaires à cause de leur participation à une journée nationale de grève ayant fait l'objet d'une interdiction par circulaire administrative.

Cour EDH de caractériser les atteintes portées à la Convention EDH⁷⁰⁷. Ainsi, le recours à une multitude de sources de normes sociales fondamentales par la Cour EDH, croisant et mettant en synergie des normes de l'Organisation Internationale du Travail et du Conseil de l'Europe (Convention EDH et Charte sociale européenne), ne doit-elle pas, malgré « *le nombre de décisions de la Cour usant de cette méthode, une trentaine, [...] masquer la promotion des droits économiques et sociaux qui en résulte*⁷⁰⁸ »

211. - Les principaux textes relatifs aux droits sociaux qui ont été adoptés sous les auspices du Conseil de l'Europe constituent un important vivier d'instruments normatifs s'exportant au-delà des frontières de cette organisation régionale. Les traités instituant, la Communauté européenne hier, l'Union européenne aujourd'hui et la jurisprudence⁷⁰⁹ de la Cour de justice font de multiples références explicites aux textes du Conseil de l'Europe⁷¹⁰. Le préambule du Traité de l'Union européenne proclame, par exemple, l'attachement des Etats-membres « *aux droits sociaux fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961...* ». Ce rapprochement, entre les droits du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, est aussi conforté par les dispositions de l'article 6 § 2⁷¹¹ et § 3⁷¹² du Traité de l'Union européenne issu du Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1 décembre 2009. Ainsi, la comparaison entre ces deux ordres juridiques européens offre-t-elle une illustration réussie de la circulation des normes sociales fondamentales.

⁷⁰⁷ CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, Demir et Baykara, § 85 : « Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des Etats contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques ».

⁷⁰⁸ N. Moizard, L'usage des conventions de l'OIT par la Cour européenne des droits de l'homme, Dr. Soc. 2014, p. 365 ; M. Schmitt, L'influence des conventions de l'OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée en matière de droit de négociation collective, RDT 2013, p. 513.

⁷⁰⁹ V. Pour une référence à la Charte sociale européenne rédigée d'une manière identique dans deux arrêts différents v., CJCE 11 déc. 2007, Viking, C-438/05, § 43 ; CJCE 18 déc. 2007, Laval, C-341/05, § 90, la Cour de justice énonce dans les deux espèces qu'« à cet égard, il convient de relever que le droit de mener une action collective est reconnu tant par différents instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, tels que la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961 [...] ».

⁷¹⁰ S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, Droit social européen et international, PUF, coll. Thémis 2013, p. 67.

⁷¹¹ L'Union européenne « adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » (article 6 §2 TUE).

⁷¹² L'Union européenne confirme que « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux » (article 6 §3 TUE).

212. - Le mélange de références non obligatoires aux textes internationaux élargit le champ et les techniques d'interprétation des Cours européennes, tout particulièrement la Cour européenne des droits de l'homme. La spécificité de la Convention européenne des droits de l'homme tient dans la capacité de son « bras armé », la Cour européenne des droits de l'homme, à la faire rayonner au-delà du simple respect des droits civils et politiques – droits de l'homme dits de première génération – en protégeant les droits sociaux⁷¹³ grâce à la rédaction vague de ses articles, propice à des interprétations évolutives, extensives, et à l'universalisme des droits de l'homme⁷¹⁴. D'aucuns considèrent à ce propos que la Cour EDH « s'est auto-érigée en juridiction des droits sociaux⁷¹⁵ ».

213. - Cependant, au-delà de cet espoir que suscitent les « *combinaisons normatives* » pour le renforcement des droits sociaux des travailleurs et la « *quête de convergence* » entre différents ordres juridiques⁷¹⁶, la comparaison des droits⁷¹⁷ à l'œuvre au sein des analyses de la Cour européenne des droits de l'homme devrait se doter en matière des droits sociaux fondamentaux d'une méthode claire et précise afin de s'éloigner d'un éventuel spectre de « gouvernement des juges » ou de discrétion judiciaire. A cet égard, le Professeur Sophie Robin-Olivier a justement souligné que « *l'identification d'une convergence, d'un consensus même, tout comme les « traditions constitutionnelles communes », suppose une comparaison. Et la comparaison des droits exige une méthode. A défaut, le recours des juges au droit comparé est souvent critiqué en raison, notamment, de trop large pouvoir qu'une comparaison sans méthode confère à celui qui s'en prévaut⁷¹⁸* ». Cette mise en garde méthodologique sur une éventuelle dérive de la comparaison n'est pas la seule à révéler les

⁷¹³ A. Carillon, Les sources européennes des droits de l'Homme salarié, Préf. J.-P. Marguénaud, Bruylant 2006.

⁷¹⁴ « Les Droits de l'Homme constituent justement une vaste zone où s'affrontent le plus vivement l'autorité de l'universel et le particularisme légitime des groupements sociaux. C'est l'institution de règles de droit s'imposant à tous qui peut résoudre de tels conflits », R. Cassin, Droits de l'Homme et méthode comparative, Revue internationale de droit comparé. Vol. 20 N°3. Juillet-septembre, p. 452.

⁷¹⁵ R. Vatinet, Le conseil de l'Europe : la Cour européenne des droits de l'homme et le droit du travail, in. B. Teyssié (dir), La norme transnationale et les relations de travail, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2014, p. 104.

⁷¹⁶ S. Robin-Olivier, Combinaison des normes et développement du droit du travail dans la jurisprudence européenne, op. cit. p. 41, spéc., p. 54 et s.

⁷¹⁷ V. pour une appréciation critique du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme, R. Vatinet, Le conseil de l'Europe : la Cour européenne des droits de l'homme et le droit du travail, op. cit. p. 104 : « la Cour européenne a diversifié les méthodes qui lui permettent d'étendre le champ de son contrôle : [...], recours à des analyses pseudo-sociologiques, voire psychologique, recours tronqué au droit comparé... etc. ». Souligné par nous.

⁷¹⁸ S. Robin-Olivier, Combinaison des normes et développement du droit du travail dans la jurisprudence européenne, op. cit. p. 53.

limites des fertilisations croisées entre ordres juridiques supranationaux en matière de normes sociales fondamentales. La question de l'effectivité ou de la justiciabilité de ces dernières, surtout dans un contexte économique et sociale de crise, montre également les limites d'un tel engouement pour la communicabilité entre les systèmes juridiques. La conception restrictive du droit à la négociation collective⁷¹⁹ et du droit d'action collective⁷²⁰ dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en sont des illustrations significatives⁷²¹. Ce pessimisme ne devrait pas pour autant être radical. Le droit comparé, noyau dur de la réflexion sur le dialogue des juges⁷²² ou de l'articulation normative en matière des droits sociaux fondamentaux, reste indispensable dans la quête de réponses aux bouleversements

⁷¹⁹ CJUE 15 juill. 2010, *Commission c. Allemagne*, C-271/08, la Cour de Justice s'est appuyée sur différents instruments internationaux, tant par les dispositions de « l'article 6 de la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée à Strasbourg le 3 mai 1996, que par celles des instruments élaborés par lesdits États membres au niveau communautaire ou dans le cadre de l'Union, tels que le point 12 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989, et l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » (§ 37), pour considérer le droit de négociation collective comme un droit social fondamental. Cette reconnaissance s'est faite paradoxalement sans aucune référence à la Convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective (pour l'OIT l'article 4 de la convention n° 98 constitue la base de la reconnaissance du droit fondamental de négociation collective, qui énonce que « des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi », Convention sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 (N° 98), <http://www.ilo.org/>), sachant que celle-ci figure dans le désormais célèbre arrêt de la CEDH *Demir et Baykara reconnaissant le droit fondamental de mener des négociations collectives* (CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c. Turquie*, D. 2009. 739, chron. J.-P. Marguénaud et J. Mouly).

⁷²⁰ CJCE 11 déc. 2007, *Viking*, C-438/05 ; CJCE 18 déc. 2007, *Laval*, C-341/05. Malgré la reconnaissance d'un droit fondamental à l'action collective, en se référant à la Charte sociale européenne, à la Convention n° 87 de l'Organisation Internationale du Travail relative à la liberté syndicale, à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ces deux arrêts privilégient pour autant une approche économique du droit de grève en décidant que l'exercice de ce dernier doit être soumis aux conditions du respect des libertés économiques prioritairement promues par l'Union européenne (v. notamment, J. Mouly, *La liberté syndicale et le droit de grève : l'opposition des droits européens*, in. Journées juridiques franco-polonaise. *Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Mare & Martin, coll. Droit public, 2013, p. 485, spéc., p. 497 et s). Tandis que le Comité européen des droits sociaux, instance quasi-juridictionnelle chargée du contrôle de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, proclame que « les États ne doivent pas entraver la liberté des syndicats de décider [...] quelles méthodes légitimes ils entendent utiliser pour promouvoir et défendre les intérêts des travailleurs concernés » (CEDS, 3 juill. 2013, récl. n° 85/2012, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, Réclamation n° 85/2012).

⁷²¹ M. Schmitt, L'influence des conventions de l'OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée en matière de droit de négociation collective, RDT 2013, p. 513.

⁷²² C. Crewe, La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe, in. Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Dalloz, coll. Mélanges, 2009, p. 505.

issus de la transnationalité des relations de travail qui demeure marquées par l'existence de liens de subordination entre salariés et employeurs⁷²³.

214. - Style judiciaire. Par ailleurs, l'interprétation faite par la Cour EDH européenne en matière de normes sociales fondamentales peut être analysée à l'aune de l'influence des deux grandes traditions du droit occidental⁷²⁴ qui sont la *common law* et le Droit civil⁷²⁵. Pragmatique, conséquentialiste et proche des réalités socio-économiques pour la *common law*, formaliste et dogmatique pour le Droit civil, le style judiciaire est resté longtemps l'un des critères principaux qui différencient ces deux grands systèmes juridiques. La combinaison normative contenue dans l'interprétation que mobilise la Cour EDH dans les arrêts *Demir et Baykara c. Turquie* et *Enerji Yapi-Yol Sen c/ Turquie*, marque un rapprochement du style judiciaire de la Cour EDH avec la tradition de *common law* au détriment de la tradition civiliste. Déployant un « véritable effort de justification⁷²⁶ » de l'usage conjoint de plusieurs sources internationales de normes sociales pour interpréter la Convention EDH, les arrêts précités de la Cour EDH rappellent, selon Madame Sophie Robin-Olivier, « un des aspects du style judiciaire dans la tradition de Common Law, dans laquelle les décisions de justice tirent moins leurs force du formalisme et de l'autorité de la loi que de l'effort de convaincre du bien-fondé d'une solution, à l'aide d'un raisonnement mêlant les types d'arguments⁷²⁷ ». Cette méthode d'interprétation se justifie à plusieurs titres selon la Cour EDH. Élément essentiel pour chercher les solutions juridiques les plus appropriées, outil indispensable pour une interprétation vivante et actualisée de la Convention EDH⁷²⁸ – guidée, confrontée et

⁷²³ M.-A. Moreau, Brèves observations sur l'articulation normative en matière sociale, op. cit., p. 21.

⁷²⁴ A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, Traité de droit comparé, Le droit d'occident et d'ailleurs, op. cit.

⁷²⁵ V. not. G. Cuniberti, Les caractéristiques prêtées classiquement à la tradition juridique continentale (p. 7) et Y.-M. Morissette, Les caractéristiques classiquement attribuées à la common law (p. 19), in, Revue ERSUMA, n° spécial, mars 2014 (numéro téléchargeable à l'adresse suivante : <http://revue.ersuma.org/no-special-idef-mars-2014/>).

⁷²⁶ S. Robin-Olivier, Combinaison des normes et développement du droit du travail dans la jurisprudence européenne, op. cit. p. 46.

⁷²⁷ S. Robin-Olivier, Combinaison des normes et développement du droit du travail dans la jurisprudence européenne, op. cit. p. 48.

⁷²⁸ CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 68 : « La Cour rappelle également qu'elle s'est toujours référée au caractère « vivant » de la Convention à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et qu'elle a tenu compte de l'évolution des normes de droit national et international dans son interprétation des dispositions de la Convention » ; CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 146 « [...] il y a lieu de rappeler que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, auxquelles il y a lieu d'intégrer l'évolution du droit international, de façon à refléter le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme, lequel implique une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques ».

évaluée à la lueur des évolutions des droits nationaux et internationaux –, instrument nécessaire pour une effectivité des droits protégés par la Convention EDH⁷²⁹, telles sont certaines raisons avancées par la Cour EDH pour légitimer le recours à une pluralité de sources européennes et extra-européennes du droit du travail. Ces dernières constituant un ensemble de règles et principes – « *dénominateurs communs* » – acceptés par une grande majorité des Etats forment une réalité « *que la Cour [EDH] ne saurait ignorer lorsqu'elle est appelée à clarifier la portée d'une disposition de la Convention[EDH]*⁷³⁰ ».

215. - Divergence. En revanche, les décisions de la Cour de Justice de l'Union Européenne, dont le style judiciaire est historiquement influencé par le formalisme du droit français⁷³¹, restent silencieuses sur les raisons de la citation⁷³² des normes n'appartenant pas au corpus juridique du droit de l'Union européenne ; elles ne fournissent pas une explication détaillée de la raison de combiner des sources obligatoires (Traités, Chartes et droit dérivé) avec des sources non contraignantes issus par exemple du Conseil de l'Europe⁷³³. Utilisant avec précaution les sources non contraignantes, comme simples « *renforts de l'argumentation*⁷³⁴ » dotés de force persuasive, la Cour de justice néglige de justifier la combinaison des sources, à l'opposé des arrêts de la Cour EDH, « *et ce, alors même que la combinaison de références non obligatoires a pour conséquence de faire naître un droit social fondamental*⁷³⁵ ». Quand bien même l'intérêt porté par la Cour de Justice au droit

⁷²⁹ CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 66 : « Dès lors que la Convention est avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit l'interpréter et l'appliquer d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusives. La Convention doit aussi se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions ».

⁷³⁰ CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 76.

⁷³¹ Cependant, cette classification traditionnelle qui considère le modèle judiciaire français comme l'archétype du style judiciaire formaliste est à nuancer : « *En réalité, la justice judiciaire française se situe dans une voie moyenne, entre les modèles « formalistes » d'un côté, « pragmatistes-conséquentialistes » de l'autre. La justice judiciaire en général, la justice du travail en particulier, ne se réduisent pas au formalisme ; les solutions juridiques et la jurisprudence ont une portée régulatoire qui, sans que les juges le disent explicitement, reposent sur une balance des intérêts en présence* », Th. Kirat, *La décision judiciaire, entre formalisme et pragmatisme*, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 140. V. égal, P. Deumier, *L'état réel de la jurisprudence dans les systèmes de droit civil. L'exemple de la France*, in, Revue ERSUMA, n° spécial, mars 2014, p. 47.

⁷³² CJCE 11 déc. 2007, *Viking*, C-438/05 ; CJCE 18 déc. 2007, *Laval*, C-341/05 ; CJUE 15 juill. 2010, *Commission c. Allemagne*, C-271/08.

⁷³³ S. Robin-Olivier, *Combinaison des normes et développement du droit du travail dans la jurisprudence européenne*, op. cit. p. 46.

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ *Ibid.*

comparé revêt une pure logique instrumentale venant au soutien de ses prises de position, force est de constater l'adhésion de cette juridiction au contenu de certains droits sociaux fondamentaux des travailleurs (droit de mener des actions collectives⁷³⁶ et droit de négociation collective⁷³⁷). Ces droits sociaux fondamentaux reconnus ne rivalisent pas avec les libertés économiques (*libertés de prestation de services et d'établissement*) qui prévalent au sein de l'ordonnement des conflits de normes à l'intérieur de l'ordre juridique de l'Union européenne.

216. - Vertus de la régionalisation ? L'une des composantes essentielles de la spécificité du projet européen est de faire fonctionner le marché intérieur comme un marché national au sein duquel les intérêts des salariés ne devraient pas être mis en opposition⁷³⁸. Aux côtés des finalités de l'« Europe économique », sont désormais proclamés des droits sociaux des travailleurs animés par l'idéal du progrès social. L'article 3, § 3 du Traité de l'Union européenne (TUE) annonce que l'Union est fondée sur « *une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social* ». Cependant, l'Union postule, en poursuivant l'intégration des économies des Etats membres, une hégémonie des libertés économiques⁷³⁹. Celles-ci constituent aux yeux de la CJUE des motifs valables pour

⁷³⁶ CJCE 11 déc. 2007, *Viking*, C-438/05 ; CJCE 18 déc. 2007, *Laval*, C-341/05.

⁷³⁷ CJUE 15 juill. 2010, *Commission c. Allemagne*, C-271/08.

⁷³⁸ J. Cavallini, L'argument économique, cause d'une entrave aux libertés européennes de circulations : les aléas de la lutte contre le dumping social, in. B. Teyssié (dir), *La cause en droit du travail*, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2013, p. 193.

⁷³⁹ L'expérience sociale européenne, ou la construction de l'Europe sociale, illustre à merveille la complexité de l'encadrement des différentes sources de la régulation des relations du travail. La multiplication des sources et des niveaux de régulation, nationaux et supranationaux, privés et publics, ne rend pas la tâche aisée pour dégager un cadre unique et stable, et reflète, bien au contraire, un paysage morcelé et fragmenté de l'encadrement des effets de la globalisation au sein de l'Union européenne. Au-delà des textes, la Cour de Justice de l'Union Européenne donne souvent, par exemple avec les arrêts *Laval* et *Viking* (CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *the international Transport Workers' Federation & The Finish Seamen's Union c/ Viking*, JCP S 2007, act. 612. - CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval & Partneri Ltd c/ Svenska*, JCP S 2008, 1087, note J. Cavallini ; B. Teyssié, *Esquisse du droit communautaire des conflits collectifs*, JCP S 2008, 1075. - Ch. Vigneau, *Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du Traité de Rome*, JCP G 2008, II, 10060. - S. Robin-Olivier, *Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval)*, RDT 2008, p. 80) et Rüffert (CJCE 3 avril 2008, aff. C-346/06, Rüffert). V., les critiques du Professeur Alain Supiot : « *La Cour de justice pourrait donner une portée normative à cet objectif de l'« égalisation dans le progrès », au lieu de promouvoir, comme elle le fait depuis ses arrêts Viking-Laval-Rüffert, une égalisation vers le bas de la condition salariale* » A. Supiot, *Le sommeil dogmatique européen*, RFAS, 2012, p. 194), un indice capital sur les préférences libérales de l'Union européenne en matière de libertés économiques au détriment des conceptions solidaristes applicables au niveau national. Ces arrêts montrent que les choix politiques, garantis par le Traité, concernant la libre circulation des entreprises peuvent être instrumentalisés pour évincer l'application des législations travaillistes de certains Etats membres. Le droit des entreprises de chercher les prix bon marché, supposé conforme au dogme du libre marché, semble dans cette perspective primer le respect de certaines normes sociales. Sur l'impact des

restreindre l'exercice de certains droits fondamentaux des salariés, et par conséquent, remettre en cause certaines pratiques et « certitudes⁷⁴⁰ » des droits nationaux. L'heure est à la mise en concurrence des territoires et des législations – surtout depuis l'élargissement de l'Union européenne aux anciens pays communistes – subordonnant des règles sociales nationales et communautaires à la logique marchande, érigée en principe régulateur.

arrêts de la CJUE en droit du travail français (concepts et méthodes) v. A. Martinon, *Union européenne : la cour de justice de l'Union européenne et le droit du travail, réalités et perspectives d'une rénovation du droit français*, in. B. Teyssié (dir), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2014, p. 111.

⁷⁴⁰ A. Martinon, *Union européenne : la cour de justice de l'Union européenne et le droit du travail, réalités et perspectives d'une rénovation du droit français*, op. cit., p. 117 : « Un exemple typique s'incarne dans la jurisprudence Viking et Laval, attribuant une valeur fondamentale au droit de mener une action collective. Un droit fondamental, mais un droit susceptible de subir des restrictions motivées, notamment, par la liberté d'établissement ou la liberté de prestation de services. De quoi y voir, en droit français du moins, une menace nouvelle au quasi-absolutisme du droit de grève dans le secteur privé ».

Conclusion du Chapitre 2

217. - L'ère de l'attractivité des droits. En dépit de l'ouverture des systèmes juridiques nationaux aux expériences étrangères amorcées par l'édification progressive d'un espace économique commun et intégré, l'intervention de l'Union européenne déstabilise les « modèles » nationaux de droit du travail, lorsqu'elle épouse une stratégie d'alignement sur le système juridique national qui paraît, à ses yeux, comme le plus efficace économiquement. Cette politique de la « gestion » de la diversité des droits ouvre la voie aux spéculations sur l'attractivité et la concurrence des droits nationaux.

218. - Le difficile rapprochement dans le progrès des législations nationales au sein de l'Europe. Au sein de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, le droit comparé a pu remplir une double mission. Dans un premier temps, il a permis l'appréciation des besoins nécessitant la réalisation d'une intégration juridique ; dans un second temps, il s'est avéré être un instrument incontournable dans le processus d'élaboration des instruments normatifs visant le rapprochement des droits des Etats membres⁷⁴¹. L'exemple de l'Acquis Communautaire de l'Union européenne illustre à merveille l'œuvre de l'analyse comparatiste. Celle-ci fournit une grille de lecture indispensable à la compréhension de cette grande entreprise de gestion de la diversité des systèmes juridiques qui est à l'œuvre en Europe. De plus, le droit comparé permet également de mettre en exergue les différents échanges ou dialogues multiniveaux entre les droits nationaux – dialogue horizontal – et entre ceux-ci et les droits régionaux – dialogue vertical – qui sont à la base, par exemple, de la construction d'un système intégré⁷⁴² de relations professionnelles. Au-delà de ses considérations théoriques sur les atouts du droit comparé dans une entreprise d'intégration juridique régionale, le développement actuel de la

⁷⁴¹ L. Usunier, V. Robert, *Du bon usage du droit comparé*, in. M. Delmas-Marty, *Critique de l'intégration normative*, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p. 227.

⁷⁴² La politique d'intégration juridique trouve à la fois dans les élargissements successifs de l'Union européenne – exigeant la transposition de l'acquis communautaire en droit national des nouveaux pays adhérents – un puissant argument et un grand défi pour continuer le processus de transformation des systèmes de relations professionnelles des Etats membres. V. en ce sens, M. Weiss, *Industrial relations and EU enlargement*, in. J. Craig, M. Lynk (dir), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge University Press, 2006, pp. 169-190, spec., p. 187 : « [...], the accession to the EU presents a particular challenge for both the EU in its attempt to develop an integrated system of industrial relations, and for the CEE States in their aspiration not to be disconnected from the EU pattern. EU enlargement can be a catalyst in this process. ..., there is a likelihood that integration will accelerate and shape the dynamics of transformation, and this again will have an impact on the futur of the EU arrangements ».

comparaison en droit social de l'Union européenne – coïncidant d'ailleurs avec l'essoufflement de l'action normative classique de l'Union en matière de droit du travail –, emprunte essentiellement la voie des instruments normatifs alternatifs, instruments dits de droit souple (*soft law*). Faisant partie de ces modes de régulation souple, la Méthode Ouverte de Coordination crée une dynamique soutenue de rapprochement des droits du travail des Etats membres en déployant massivement l'outil comparatiste. Un rapprochement entre droits nationaux, encouragé par la mise en place de procédures « ritualisées » de la méthode ouverte de coordination (diffusion d'informations et de bonnes pratiques, *benchmarking*, apprentissage mutuel, recommandations annuelles, et rapports nationaux annuels...). Le rapprochement qui postule une soumission de la norme juridique aux exigences des impératifs économiques.

Conclusion du Titre 1

219. - En adoptant une logique fondée sur une vision libérale des relations entre le marché et le droit, le discours comparatiste dominant ne cesse aujourd'hui d'évoquer, d'une manière quasi-intuitive, l'inefficacité économique et sociale des règles de droit du travail. Souvent fermés aux autres justifications de la norme travailliste, les vecteurs exogènes de ce discours – la rhétorique de la globalisation et dans une certaine mesure l'Union européenne – présument la subordination du juridique à l'économique et minimisent l'apport fondamental du droit du travail dans la régulation du système économique, du marché du travail et de la société en général. La réduction du rôle du droit comparé (voire une version médiocre de l'utilisation de cette discipline) à un simple complément d'arguments préconçus afin de persuader ou de prédire l'impact désastreux du droit du travail sur la situation économique nuit aussi bien à la comparaison en tant que science qu'à « l'intelligence » interne des normes travaillistes de chaque système juridique national. Cette nouvelle fonction, assez problématique, de la comparaison véhiculée par une pluralité de facteurs exogènes, se nourrit également d'autres facteurs ou arguments importants critiquant la structure interne du droit du travail.

Titre 2 : Les ressorts intrinsèques au droit du travail

220. - Droit, économie et analyse comparatiste. La question relative aux relations entre l'analyse économique du droit et le droit du travail se justifie dans une approche comparatiste. Une démarche ouverte et attentive à ce qui se passe ailleurs dépassant les frontières nationales est parfaitement légitime : la majorité des ressources argumentatives, relatives aux théories de l'analyse économique du droit, ont été construites et développées aux Etats-Unis⁷⁴³. La comparaison était à la base de la circulation des théories d'économie du droit⁷⁴⁴ ; sa fonction de diffusion de connaissance et d'intermédiation entre différents systèmes nationaux acquiert dans ce domaine une importance particulière. En effet, le droit du travail – « *excellent observatoire*⁷⁴⁵ » des interactions se nouant entre le droit et la science économique – lu au prisme de l'analyse économique comparée ne peut que susciter des interrogations sur les objectifs, les critères d'évaluation et la légitimité de la représentation économique de la norme travailliste, notamment en termes d'efficacité et d'effectivité⁷⁴⁶, dans un monde aux frontières assez poreuses aux échanges de tous genres (commerciaux, culturels, juridiques...). Au-delà de l'intérêt porté aux rapports qu'entretiennent le droit du travail et l'économie dans une perspective comparative, qui n'a eu cesse de croître⁷⁴⁷, la problématique de l'évaluation des droits nationaux du travail à l'aune de l'impératif concurrentiel est aujourd'hui un facteur,

⁷⁴³ A. Supiot, Le droit du travail bradé sur « le marché des normes », Dr. Soc. 2005, p. 1087.

⁷⁴⁴ Th. Kirat, Economie du droit, La Découverte, coll. Repères. Economie, 2012.

⁷⁴⁵ « Etroitement influencé par les faits économiques, le droit du travail oblige le juriste à élargir son horizon et à rechercher, sous les institutions juridiques, le substrat économique et social. Instrument de plus en plus utilisé de la politique économique, le droit du travail est un excellent observatoire, qui permet d'apprécier l'orientation générale d'une politique. Il fait la liaison entre la science juridique et les autres sciences sociales » G. Lyon-Caen, Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale, Dalloz 1955, cité par S. Simitis, Un débat International, in. A. Jeammaud (dir), Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2005, p. 145.

⁷⁴⁶ « Le droit positif du travail se trouve nécessairement confronté à la mondialisation des échanges. Dans ce contexte où les relations de dépendance dépassent tout ancrage territorial sur lequel se construit la norme, il est légitime de s'interroger plus sur l'effectivité que sur l'efficacité des normes », A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat, 9^{ème} éd. 2014, p. 23, n° 28.

⁷⁴⁷ Plusieurs travaux de recherches étudient ces rapports, v. not. A. Lyon-Caen, J. Affichard, *L'évaluation du droit du travail : Problèmes et méthodes*, Rapport final, Vol. I, Rapport de synthèse, Institut International Pour les Etudes Comparatives (IIPEC), Appel à projets DARES "L'analyse économique du droit du travail", 11 avril 2008, 120 p ; 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, disponible sur le site de l'IIPEC. http://iipec.eu/site/sites/default/files/evaluationdw_voll_1.pdf; J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, thèse Paris 1, 2011 (dir. G. Loiseau); J. Icard, *Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?*, Cah. soc. 2013, n° 254, p. 280 ; G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, préf. A. Supiot, LGDJ, coll. *Droit et Economie*, 2014 ; T. Sachs, *La raison économique en droit du travail - Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, préf. G. Borenfreund, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit social*, 2013.

discuté et critiquable, de circulation des normes. La circulation est largement encouragée par le discours comparatiste dominant.

221. - Les arguments tirés de la nocivité économique et de la complexité du droit du travail⁷⁴⁸ sont omniprésents dans le discours comparatiste. Ils consistent à voir, à l'heure de la globalisation, dans la concurrence entre entreprises et systèmes juridiques nationaux une justification majeure pour un alignement des règles nationales de droit du travail sur celles adoptées par les pays concurrents économiquement performants. L'universalisme économique⁷⁴⁹ participe de ce mouvement privilégiant les comparaisons – fondées sur des critères de compétitivité et des indices économiques chiffrés – des législations nationales. Nourri par la libéralisation croissante des échanges, l'économicisme⁷⁵⁰ actuel prétend être neutre vis-à-vis des choix axiologiques à l'origine de la naissance de certaines disciplines juridiques. Il propose une relecture du droit en général, et du droit du travail en particulier. Cette apparence de neutralité dont se réclame un certain discours comparatiste constitue un pilier essentiel dans la construction de l'argumentation des pourvoyeurs de réformes (néo)libérales⁷⁵¹ en droit du travail. Si « *L'économicisation*⁷⁵² » généralisée de la société n'est pas un constat original, l'argumentaire, de plus en plus prégnant sur la scène nationale et européenne, combinant l'argument comparatiste et l'analyse économique orthodoxe du droit n'est pas infaillible. Cette présentation de la relation entre une vision du comparatisme et le droit du travail est portée principalement par l'influence grandissante de l'appréciation économique du droit du travail ; celle-ci est intimement liée à un discours critique sur certaines caractéristiques intrinsèques au droit du travail français – par exemple l'insécurité juridique et la complexité (**Chapitre 1**). Ces éléments d'appréciation des règles de droit du travail de « l'intérieur » sont également soutenus par un certain nombre de travaux d'économistes qui évaluent les normes juridiques à l'aune de leur impact sur la croissance économique. La théorie des origines juridiques « *Legal Origins theory* » en est l'exemple le

⁷⁴⁸ Y. Leroy, Un rapport de plus critiquant l'inefficacité économique du droit du travail..., JCP S n° 12, 23 Mars 2010, act. 150.

⁷⁴⁹ J.-C. Barbier, La longue marche vers l'Europe sociale, PUF, coll. Le lien social. 2008, p. 141

⁷⁵⁰ J. Icard, Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, op. cit.

⁷⁵¹ P. Adam, Réformer et re-former. Pour un droit (du travail) debout, Dr. soc. 2016, p. 489.

⁷⁵² La logique d'économicisation de la société transcende les frontières entre les sciences humaines, et fait l'objet de plusieurs études critiques. V. not., A. Caillé, *Dé-penser l'économique, contre le fatalisme*, La Découverte-Mauss, 2005.

plus connu et le plus influent ; ses analyses des styles réglementaires des différentes traditions juridiques opposant – voire hiérarchisant – souvent les droits des pays de tradition civiliste aux législations d’inspiration anglo-saxonne, instrumentalisent massivement l’argument comparatiste (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L’influence de l’appréciation économique du droit du travail

222. - L’argumentaire économique et le comparatisme d’intimidation, des liens indéfectibles. L’analyse économique dominante – orthodoxe ou néoclassique – du droit décrit la législation travailliste comme une source d’inefficacité économique du marché du travail et, partant, des crises économiques et sociales en France et en Europe. La plupart des études économiques analysant le droit du travail ne s’arrêtent pas seulement à un stade de description et d’analyse des règles mises en place, mais elles débouchent également sur des prescriptions et recommandations. Les propos descriptifs et prescriptifs sont souvent mêlés. Des propositions de réforme, voire de refondation⁷⁵³, du droit du travail sont avancées dans une perspective normative se voulant plus fidèles aux critères d’efficacité et d’attractivité du droit théorisés par l’analyse économique.

En s’enrichissant mutuellement, au moins sur le plan académique, la comparaison internationale et l’analyse économique du droit manifestent un intérêt certain pour la thématique d’efficacité économique des systèmes juridiques⁷⁵⁴. De cette collaboration, il naît un rapprochement du comparatisme – dans sa fonction normative – et de la posture normative de l’analyse économique du droit. Le rapprochement n’est toutefois qu’apparent ; la visée normative de ces deux disciplines obéit à deux logiques différentes. Si le comparatisme obéit, en principe, à une méthode de recherche respectueuse de la diversité des traditions juridiques nationales, l’analyse économique comparée du droit semble, quant à elle, plus obnubilée par une vision hiérarchique entre l’économique et le juridique au profit du premier. Cette primauté des considérations économiques illustre la montée en puissance de la normativité

⁷⁵³ J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013.

⁷⁵⁴ S. Bollée, Y-M. Laithier, C. Pérès (dir), *L’efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes juridiques 2010.

économique⁷⁵⁵ ; celle qui dicte très souvent – argument comparatiste à l’appui – la feuille de route aux producteurs de la norme travailliste. De plus, les prétextes ne manquent pas pour justifier une telle montée en force de la normativité économique : crise économique et sociale, crise du droit du travail, crise de la normativité juridique, insécurité et instabilité croissantes de la règle de droit...etc.

223. - De ce qui précède pourrait jaillir l’édification progressive d’une nouvelle rationalité de la norme travailliste. Celle-ci oblige de plus en plus les acteurs, fort nombreux (législateur, partenaires sociaux, juges, sans oublier bien évidemment les acteurs supranationaux), de la production normative à justifier leurs actions selon ses critères. L’argument économique-comparatiste sert cet impératif de justification des choix des acteurs du droit du travail. L’observation permet de constater qu’aux côtés de l’influence croissante de la démarche de l’analyse économique du droit (**Section 1**) d’autres raisons, d’ailleurs largement mobilisées par cette dernière, (**Section 2**) créent également des conditions favorables à l’essor du discours comparatiste en droit du travail.

Section 1 : La démarche de l’analyse économique du droit du travail

224. - *La place grandissante de l’analyse économique du droit. Présentée comme « l’un des développements les plus marquants des dernières années dans la recherche juridique⁷⁵⁶ », l’analyse économique tend à expliquer les conséquences économiques de la règle de droit et d’évaluer son impact sur les comportements des « agents » selon un jugement d’économie. « L’utilité⁷⁵⁷ » de l’analyse économique du droit est de moins en moins discutée, malgré la méfiance⁷⁵⁸ traditionnelle qu’elle suscite chez les juristes. Elle s’est progressivement imposée aux États-Unis et dans plusieurs pays anglo-saxons comme une nouvelle approche du*

⁷⁵⁵ G. Bargain, Normativité économique et droit du travail, op. cit.

⁷⁵⁶ B. Deffains, *Le défi de l’analyse économique du droit : le point de vue de l’économiste*, intervention faite lors d’un colloque à la Cour de cassation intitulé « Pertinence et intérêt de l’analyse économique pour le droit, pour l’économie, pour la justice », 2004, téléchargeable à l’adresse suivante : http://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_activites_formation_4/2004_2034/m._bruno_deffains_8183.html

⁷⁵⁷ Ibid.

⁷⁵⁸ Ch. Jamin, *Economie et Droit*, in. D. Alland, S. Rials (dir), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-Puf, 2003, pp. 578-581, spéc. p 580.

raisonnement juridique, enseignée aux universités et adoptée par les juges. Si étrangère à la culture juridique civiliste du droit français, l'étude de l'analyse économique du droit relevait il y a quelques décennies, comme l'a rappelé le Professeur Louis Vogel⁷⁵⁹, des enseignements du droit comparé.

225. - L'analyse économique comparée du droit. L'analyse économique du droit est l'un des vecteurs essentiels de l'influence du discours comparatiste ; elle offre une ressource importante pour les pourvoyeurs de réformes du droit du travail. La recherche comparative est appelée, dans cette perspective, à justifier une nouvelle articulation des relations entre le droit du travail et l'économie à l'aune des préceptes de l'analyse économique. Cette transposition du mouvement *Law and Economics*, d'origine anglo-saxonne, œuvre, d'une manière générale, pour l'intégration de la donnée économique, en particulier du critère d'efficacité économique de la règle de droit comme élément capital de la comparaison des droits⁷⁶⁰. Dans une telle optique, l'apport de l'argument comparatiste est certain, en raison notamment de sa force persuasive, même lorsqu'il est utilisé à titre incantatoire. Au-delà de l'étude des avantages comparatifs que tracent certaines statistiques⁷⁶¹ sur les effets économiques des législations travaillistes étrangères, l'analyse économique comparée en droit du travail constitue un levier important pour le développement d'un comparatisme d'intimidation. L'analyse économique du droit ne peut pas nier sa propension à apprécier les institutions juridiques, tout particulièrement, lorsqu'elle emprunte la voie de la comparaison des systèmes juridiques. Ses analyses sont souvent fondées sur des prétentions (§ 1) qui lui permettent par la suite d'exprimer des préférences (§ 2). L'analyse économique du droit est enrichie par le développement croissant de l'analyse économique comparée des systèmes juridiques qui offre des pistes de réflexions servant le déploiement du discours comparatiste (§ 3).

⁷⁵⁹ L. Vogel, Préface, in. A. Ogus, M. Faure, *Economie du droit : le cas français*, Edition Panthéon Assas, coll. Droit comparé, 2002.

⁷⁶⁰ Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, in. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir), *L'efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes juridiques 2010, p. 49.

⁷⁶¹ Des statistiques qui restent « muettes », mais que le discours comparatiste fait parler et instrumentalise, dans la mesure où elles réalisent une décontextualisation et une déconnexion des règles juridiques de leur substrat socio-économique et culturel. Le recours au comparatisme n'est là que pour appuyer une prise de position prédéfinie, à l'instar de ce que Patrick Hassenteufel appelle la comparaison « *ventriloque* », « *c'est-à-dire les cas où la comparaison n'est là que pour valider une hypothèse sans que d'autres hypothèses soient prises en compte. Ici, la façon de construire la comparaison détermine a priori le résultat. Le travail empirique n'a plus qu'une valeur illustrative (décorative ?). Le chercheur ne laisse pas « parler » la comparaison, il la fait « parler », ou plutôt parle à sa place* », P. Hassenteufel, *Comparaison*, in. L. Boussaguet et al. (dir), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2014, 4e éd., p. 148, spéc., p. 153.

§ 1 : Des prétentions

226. - L'analyse économique du droit propose une approche méthodologique pour expliquer « scientifiquement » comment les règles de droit impactent le système productif. Exerçant une influence réelle sur les producteurs de la norme juridique, l'analyse économique du droit, champ disciplinaire autonome (A), transpose des instruments d'analyse propres à la science économique, qui seraient neutres (neutralité axiologique) vis-à-vis des valeurs à promouvoir, dans le traitement des questions juridiques liées aux relations de travail (B).

A. Brève présentation de l'analyse économique du droit

227. - **L'histoire récente de l'analyse économique du droit.** L'histoire récente (depuis les années 1950) du courant droit et économie retient essentiellement les noms de Ronald Coase, Gary Becker, Guido Calabresi, Henry Manne et Richard Posner. Ces derniers sont considérés comme les précurseurs de cette discipline ; leurs travaux sont des références incontournables. Ils étudient les règles de droit à travers le prisme de l'économie. En effet, l'analyse économique du droit implique l'appréhension du droit par la science économique⁷⁶². Selon le Professeur d'économie du droit Bruno Deffains « *l'analyse économique du droit met au jour, en faisant appel à des concepts empruntés à la science économique, la rationalité sous-jacente des règles juridiques et les principaux effets prévisibles de leur changement. Elle propose une lecture des règles juridiques qui les juge par leurs effets incitatifs et par les changements de comportement des citoyens en réponse à ces incitations. Elle fournit les éléments pour un jugement éclairé sur les institutions juridiques et sur des réformes proposées. En même temps, elle offre aux économistes un outil pour appréhender le droit*⁷⁶³ ».

⁷⁶² Ch. Jamin, *Economie et Droit*, in. D. Alland, S. Rials (dir), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-Puf, 2003, pp 578-581, spéc. p 580. Développée aux Etats-Unis, l'analyse économique du droit témoigne d'une appétence de ce pays pour la science économique qui ne date pas des années 1960 - date à partir de laquelle le courant Law & Economics voit le jour –, mais plutôt de la fin du XIX^e siècle comme en témoigne la doctrine du Juge O. W. Holmes : « *Pour l'étude rationnelle du droit, l'homme de lettres est peut-être l'homme du présent, mais l'homme du futur est le statisticien et l'économiste [...] tout juriste doit chercher à comprendre la science économique* » (Oliver W. Holmes Jr., *The Path of Law*, 1987, cité par S. Ferey, *Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporain*, in. B. Deffains, Eric Langlais (dir), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, De boeck, coll. Ouvertures économiques, 2009, p. 12.

⁷⁶³ B. Deffains, Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques, *Revue économique*, 2007/6 Vol.

Le programme des champs d'investigation de l'analyse économique est large. Il embrasse à la fois une démarche positive et normative ; l'analyse économique du droit offre à la fois un modèle explicatif des effets de la norme juridique sur les agents économiques et un modèle normatif à suivre par les producteurs de normes.

228. - La France, terre traditionnellement hostile à l'analyse économique du droit⁷⁶⁴.

Les juristes français ont longtemps été peu sensibles à la science économique. Le Professeur Christophe Jamin explique cette situation par le règne d'une culture de séparation des champs disciplinaires : « *C'est peut-être l'ignorance mutuelle, fût-elle relative, qui rend le plus exactement compte des rapports qu'entretiennent depuis deux siècles les juristes et les économistes français*⁷⁶⁵ ». Depuis, l'étude des rapports entre le droit et la science économique a fait l'objet de plusieurs colloques nationaux et internationaux⁷⁶⁶ et intègre les ouvrages d'introduction au droit⁷⁶⁷, du droit des obligations⁷⁶⁸, du droit du travail⁷⁶⁹...etc. Pour les promoteurs⁷⁷⁰ de l'analyse économique du droit en France le trait le plus original de cette démarche est sa contribution « *à la réflexion sur les enrichissements réciproques de la théorie du droit et de la théorie économique*⁷⁷¹ ».

229. - Diversification des domaines de recherche de l'analyse économique. Constituant un champ disciplinaire indépendant en croissance permanente, les programmes de recherche de l'analyse économique du droit ne se contentent pas seulement d'étudier les branches du

58, p1150.

⁷⁶⁴ H. Muir Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, in. B. Deffains (dir), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37.

⁷⁶⁵ Ch. Jamin, *Economie et Droit*, op. cit., p. 578.

⁷⁶⁶ A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005 ; G. Canivet, B. Deffains et M.-A. Frison-Roche (dir), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, n° 99.

⁷⁶⁷ Par ex. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 2012, p. 40 ; Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction au droit*, Defrénois, coll. Droit civil, 2012, p. 27.

⁷⁶⁸ M. Fabre-Magnan, *Les obligations. I. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis Droit, 3^{ème} éd. 2012, spéc., pp. 104-111.

⁷⁶⁹ P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, Tome 1. PUF, coll. Thémis 2011, spéc., n° 312, p. 286.

⁷⁷⁰ Parmi lesquels figure l'ancien président de la Cour de cassation Guy Canivet (G. Canivet, *L'approche économique de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dr. soc. 2005, p. 951), fervent défenseur du droit comparé et du dialogue des juges (v. par ex. G. Canivet, *La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge*, in. De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, SLC. 2005, p. 11). V. pour une appréciation critique de la doctrine de ce dernier l'article de R. Encinas de Munagorri, *L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation*, RTD Civ. 2006, p. 505.

⁷⁷¹ B. Deffains, E. Langlais, *Introduction générale*, in. B. Deffains, E. Langlais (dir), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, de boeck, coll. Ouvertures Economiques, 2009, p. 9.

droit réglementant le monde des affaires, mais concernent également des matières ne relevant pas par nature du secteur marchand. Tel est le cas du droit de la famille⁷⁷² où l'on parle de marché de divorce, de l'émergence d'un marché des enfants à naître, de la question de la fixation d'un prix sur le marché des enfants à naître, de la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants...etc. L'analyse économique du droit suscite également des problématiques théoriques et méthodologiques qui intéressent la théorie du droit⁷⁷³.

230. - Analyse(s) économique(s) du droit. Il n'existe pas une mais plusieurs appellations et doctrines de l'analyse économique du droit. Droit et économie, économie du droit, analyse économique du droit sont autant d'expressions qui désignent presque la même démarche scientifique. Si ces expressions sont couramment utilisées pour qualifier l'appréhension des phénomènes juridiques par l'analyse économique, les finalités poursuivies ne sont pas identiques à toutes les écoles et courants qui se revendiquent de l'analyse économique du droit ou plus généralement de la mouvance Droit et Economie (*Law & Economics*)⁷⁷⁴. Cette dernière, selon le Professeur Thierry Kirat, est représentée par deux principaux paradigmes : l'analyse économique du droit et les théories institutionnalistes. L'analyse économique du droit – sans aucune prétention à l'exhaustivité dans sa présentation et sans rentrer dans les singularités de chacune de ses ramifications qui dépasserait largement l'objet de cette recherche⁷⁷⁵ – est plurielle. Plurielle par ses méthodes d'interprétation, par ses résultats et par ses visées : descriptives, explicatives, normatives, prescriptives et prédictives⁷⁷⁶. A côté de

⁷⁷² V. sur cette question, J. Icard, *Une analyse économique du droit de la famille. A propos de la gestation pour autrui*, RRJ, 2011, pp. 131-152 ; M. Doriat-Dabin, C. Bourreau-Dubois, B. Jeandidier, *Economie du droit du divorce*, in. B. Deffains, Eric Langlais (dir), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, De boeck, coll. Ouvertures économiques, 2009, p. 227.

⁷⁷³ D'aucuns estiment que l'analyse économique du droit, en se posant en doctrine, « peut être décrite comme un élément de réponse à la crise de l'interprétation qui touche la théorie du droit contemporaine [positivisme] ». B. Deffains, S. Ferey, *Théorie du droit et analyse économique*, Droits, 2007, p. 249.

⁷⁷⁴ « Outre la Law and Economics, dont l'objet est l'étude économique du droit, d'autres branches ou courants de la science économique se situent à proximité du juridique ou, du moins, tiennent des discours qui évoquent des aspects juridiques. Nous pouvons signaler, par ordre décroissant de proximité au droit, l'analyse économique des systèmes juridiques, la théorie du public choice, l'économie de la réglementation, l'économie publique, l'économie industrielle. », Th. Kirat, *Economie du droit*, La Découverte, coll. Repères. Economie, 2012, p. 7.

⁷⁷⁵ Pour une recherche exhaustive sur le mouvement Law & Economics, v. R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement law and economics*, thèse, Nanterre, 2009.

⁷⁷⁶ « La méthode de l'analyse économique du droit vaut d'abord comme description de la réalité : elle procure un cadre d'analyse pour comprendre les finalités et les évolutions du système juridique ; en outre, elle ambitionne de provoquer les changements législatifs si se révèle une adéquation suffisante entre les modèles et la réalité. Elle peut répondre à une triple finalité : critique (prédire quels seront les effets non attendus d'une loi), normative (déterminer quelle législation devrait être adoptée) et prédictive (prédire quelle législation sera adoptée) », B. Oppetit, *Droit et économie*, Dalloz, coll. Archives de philosophie de droit, 1992, p. 23.

la science économique néoclassique, qualifiée également d'orthodoxe⁷⁷⁷ dont relève une grande partie des spécialistes de l'analyse économique du droit, figurent les écoles institutionnalistes⁷⁷⁸ connues pour le rôle axial qu'elles attribuent aux institutions – règles hétéronomes – dans la régulation de l'économie⁷⁷⁹. A rebours de l'analyse économique orthodoxe du droit, qui postule la supériorité de la rationalité économique – fondée sur l'existence d'un ordre marchand spontané qui transcende toutes les autres institutions sociales – sur toutes autres rationalités, les théories institutionnelles de l'économie du droit adoptent une autre vision plus proche de la réalité et de sa complexité irréductible. Ces dernières considèrent que « *l'ordre social est associé à l'analyse des institutions, entendues comme des structures de règles qui préviennent la transformation du jeu des intérêts individuels en une guerre hobbesienne et, ainsi, produisent de l'ordre au-delà du conflit. Les institutions sont considérées comme régulant les comportements, comme assurant la « sécurité des anticipations », à défaut de laquelle la coopération nécessaire dans un monde de dépendance mutuelle et d'incertitude ne serait pas assurée. L'ordre social n'est considéré ni comme le corollaire de l'ordre économique du marché, ni comme spontané, mais comme le produit de l'action collective, des processus politiques et juridiques par lesquels des droits et des obligations réciproques entre individus sont créés et mis en œuvre*⁷⁸⁰ ».

231. - Plurielle, complexe et ayant de plus en plus vocation, dans sa version normative⁷⁸¹, de préconiser des pistes nouvelles pour repenser le droit, l'analyse économique dominante prétend observer une posture de neutralité axiologique.

⁷⁷⁷ Celle dont les travaux inspirent le discours comparatiste dominant en droit du travail. V. par ex. P. Cahuc, S. Carcillo, *Les juges et l'économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne, Téléchargeable à l'adresse suivante :

http://www.institutmontaigne.org/res/files/publications/etude_juges_et_economie.pdf

⁷⁷⁸ V. pour une présentation de ces écoles, Th. Kirat, *Economie du droit*, La Découverte, coll. *Repères. Economie*, 2012, p.12 et ss.

⁷⁷⁹ Les courants économiques hétérodoxes d'obédience institutionnaliste ne partagent par le jugement d'économie ou d'inefficacité économique porté à l'encontre du droit du travail par l'analyse économique dominante, v. not. O. Favereau, *Le droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté*, in. A. Jeammaud (dir), *Le droit du travail confronté à l'économie*, op. cit., p. 41 ; O. Favereau, *Commentaire du point de vue de l'économie institutionnaliste*, in. *Droit du travail, croissance et emploi : que faire ?* Dr. soc. 2016, p. 341 ; », Ch. Ramaux, *Flexicurité : quels enjeux théoriques ?* Economie et Institution, n° 9, 2^{ème} semestre 2006, p. 11.

⁷⁸⁰ Th. Kirat, *Economie du droit*, op. cit., p. 13.

⁷⁸¹ « L'économie du droit se transforme [...](sous le poids de l'idéologie néolibérale)] en analyse économique du droit. Ce changement de terminologie est loin d'être neutre : il ne s'agit plus ici de comprendre comment les

B. Neutralité axiologique (impossible) de l'analyse économique du droit ?

232. - Neutralité axiologique. L'efficacité économique, érigée en critère d'évaluation applicable à toutes les législations sociales, doit, selon l'analyse économique, guider le choix des modes d'élaboration, le contenu et le contrôle des règles de droit du travail. La croyance dans l'infailibilité de la science économique orthodoxe, l'utilisation de formules et modèles mathématiques chiffrés et le présumé primat de la philosophie utilitariste⁷⁸² dans le monde occidental, considérant que toute action humaine se résume à la poursuite de l'intérêt individuel, prétendent fonder la neutralité axiologique de l'analyse économique. L'universalité présumée de la théorie de la maximisation de l'utilité, fondée sur l'hypothèse de la rationalité des agents économiques, constitue un standard international d'explication et d'évaluation des comportements humains qui serait doté d'une grande objectivité scientifique. Toutefois, cette construction théorique, favorisant la soumission de l'action juridique au savoir économique, n'est pas totalement imperméable aux jugements de valeurs et aux choix dogmatiques. Par ailleurs, le postulat de neutralité axiologique a pu justifier l'application de l'analyse économique du droit, ou le calcul d'utilité, à certains aspects des comportements humains « *non immédiatement économiques : choix familiaux, fécondité, déviance...* »⁷⁸³,

sphères économiques et juridiques s'influencent mutuellement, mais de s'interroger sur le processus de production des règles de droit (démarche positive) et sur la mise en place de règles économiquement optimales (démarche normative) », J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, op. cit., p. 9. L'économicisme triomphant fait en sorte que sa logique marchande et sa démarche méthodologique soient dictées aux autres sciences sociales. Le droit comparé n'échappant bien évidemment pas à cette tendance. Plusieurs travaux d'analyse macroéconomique comparée du droit étudient la diversité des systèmes juridiques à la lumière d'un critère d'efficacité économique. V. en sens, B. Deffains, *Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques*, *Revue économique*, 2007/6 Vol. 58, pp. 1149-1162, spéc., p. 1157 : « Vers une analyse « macroéconomique » du droit ».

⁷⁸² Considérée comme un « *postulat indiscuté* » qui dirige l'action humaine et ayant des implications normatives (V. sur cette question T. Sachs, *La raison économique en droit du travail - Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, préf. G. Borenfreund, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit social*, 2013, p. 39 et s. : « *L'acceptation d'un tel postulat constitue l'assise de la neutralité axiologique de la théorie économique orthodoxe [...]. En vérité, le postulat considéré fonde une « ontologie normative » : une « ontologie », parce qu'il s'agit d'une théorie de l'être ; une ontologie normative, dans la mesure où les écarts entre l'idéal de l'Homme économique et l'individu réel » demeurent souvent ignorés. Ainsi, le principe d'utilité apparaît comme un principe normatif »).*

⁷⁸³ S. Ferey, *Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporain*, in. B. Deffains, Eric Langlais (dir), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, De boeck, coll. *Ouvertures économiques*, 2009, p.19.

principalement, à partir des travaux d'une figure emblématique du courant *Law and Economics* l'américain Gary Becker⁷⁸⁴.

233. - Ce parti pris favorable à la dimension économique du droit est d'autant plus redoutable en droit du travail, branche du droit traditionnellement connue pour sa grande sensibilité aux fluctuations de la donne économique. Au-delà de cette « *contamination de la règle de droit du travail par l'économique*⁷⁸⁵ », la marginalisation des autres éléments sous-jacents à la diversité des contextes nationaux, l'évaluation économique et concurrentielle des droits nuisent à la réalisation de comparaisons internationales crédibles ; celles-ci éviteraient le piège des oppositions caricaturales des différents systèmes juridiques postulant l'efficacité économique des règles et institutions juridiques des pays de tradition abstentionniste par rapport à leurs homologues interventionnistes.

234. - Neutralité axiologique illusoire. D'une manière générale, l'idéal recherché par l'analyse économique est le respect inconditionnel de l'impératif d'efficacité économique de la norme, auquel le postulat de la neutralité axiologique prétend offrir une assise « légitimante » et scientifique. Or, cette neutralité relève plutôt de l'illusion ou du « *mythe*⁷⁸⁶ ». Une analyse économique du droit débarrassée des valeurs peut-elle donc se faire sans référence à certaines valeurs ou prises de position dogmatique? Emanation de la pensée néolibérale, l'analyse économique orthodoxe du droit promeut⁷⁸⁷ une manière bien

⁷⁸⁴ La théorie de « *Human Capital* participe à l'extension de l'analyse économique à « tous les comportements humains ». Fondamentalement, toute action a un coût (le coût d'opportunité du temps passé à cette activité) et peut donc faire l'objet d'un calcul. L'individu est comme une entreprise qui produit et investit sous des contraintes de revenu et de temps. Becker peut alors construire non seulement une analyse économique des choix d'éducation, mais aussi une analyse économique du crime, de la discrimination, de la famille (mariage, divorce, fertilité) ». S. FERREY, *Le capital humain, une analyse théorique et empirique, livre de Gary Stanley Becker*, *Encyclopædia Universalis* <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/le-capital-humain-une-analyse-theorique-et-empirique/>

⁷⁸⁵ T. Sachs, *La raison économique en droit du travail - Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, op. cit., p. 45 et s : « Cette contamination de la règle de droit du travail par l'économique est la marque de la rationalité matérielle de cette branche du droit. La langue du droit du travail se trouve ainsi directement inspirée des sciences économiques et gestionnaires, ou d'un lexique tiré de la langue courante économique ».

⁷⁸⁶ « [...] la neutralité de l'analyse est un mythe et que toute analyse repose, in fine, sur certaines « valeurs » (ou plus précisément qu'il est toujours possible de « trouver » des valeurs dans les raisonnements car raisonner c'est faire un choix et qu'un choix n'est jamais neutre). La neutralité n'est donc relative qu'aux axiomes de base qui doivent être explicites », R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement law and economics*, thèse de doctorat Nanterre 2009, p. 572. Souligné par nous.

⁷⁸⁷ J. Icard, *Analyse économique et droit du travail* (dir. G. Loiseau), thèse Paris 1, 2011, p. 12 : « [...] il est certain que les recommandations de l'analyse économique du droit ont vocation à être appliquées en droit positif.

particulière – conforme aux préceptes de la science économique – au respect de laquelle les producteurs de la norme juridique sont invités si ces derniers veulent sortir du marasme économique et retrouver le plein emploi. Ne se contentant donc pas seulement d'étudier les processus d'élaboration des règles de droit – approche descriptive ou positive – l'analyse économique du droit tient également un discours normatif portant sur la formation de normes économiquement efficaces. A ce titre, l'analyse économique ne déroge point à une règle communément admise selon laquelle « *toute argumentation est sélective*⁷⁸⁸ ». Cette règle d'absence de neutralité absolue se vérifie amplement en droit du travail ; celui-ci doit en effet « *être asservi dans ses finalités, dans ses méthodes ainsi que dans sa logique à une analyse économique orthodoxe ... [qui] a pour conséquence une déstructuration de la logique inhérente au droit du travail*⁷⁸⁹ ».

235. - Idéologies différentes et méthode commune. La loi de la libre concurrence et du marché, portée par l'analyse économique orthodoxe, devrait se substituer donc aux lois dogmatiques positives, divines⁷⁹⁰ ou morales. L'analyse économique serait sous ce prisme une déclinaison de la théorie jus-naturaliste⁷⁹¹ du droit. L'analyse économique du droit exprime suivant ce schéma une certaine idéologie⁷⁹² néolibérale qui sous-tend ses travaux et résultats. Le Professeur Alain Bernard fait un parallèle pertinent entre l'idéologie marxiste et celle qui

En d'autres termes, il existe une réelle consubstantialité entre les versions positive et normative de l'analyse économique du droit, ce qui nuance quelque peu la naïveté des auteurs prétendant que l'analyse économique du droit ne serait qu'une simple grille de lecture. Or, cette consubstantialité confine à une hiérarchie entre analyse économique et droit, le second étant subordonné à la première ».

⁷⁸⁸ C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 160.

⁷⁸⁹ J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, op. cit., p. 29.

⁷⁹⁰ A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, coll. Points, 2005, p. 73

⁷⁹¹ Le jusnaturalisme « explique le droit par une déduction à partir de principes idéaux », par opposition du positivisme qui « explique le droit par l'observation de ses manifestation » (P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 51, n° 46 et s.). Dans cette hypothèse, la rationalité économique ou l'efficacité économique de la règle portée au rang des lois naturelles et universelles devrait « prévaloir sur les lois positives et c'est la conformité des lois des hommes [droit positif] aux lois naturelles qui fonde leur autorité » (P. Deumier, *Introduction générale au droit*, p. 50, n° 46). « Il suffirait pour fonder une règle de droit de laisser les relations économiques créer leurs propres régulations sans entraver l'ordre du marché » (P. Deumier, *Introduction générale au droit*, p. 53, n° 48) ; à défaut d'un abstentionnisme étatique, les pouvoirs publics devraient seulement assurer la bonne observation des préceptes de l'ordre concurrentiel et marchand (L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, 2003).

⁷⁹² A. Bernard, *Law & Economics, une science idiote ?* D. 2008, p. 2806. « Le projet de Karl Marx, brillant économiste du droit, fut d'ailleurs de substituer la pensée économique au droit, réduit à une superstructure des rapports de production », R. Encinas de Munagorri, *L'analyse économique est-elle une source du droit ?* Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation, RTD Civ. 2006, p. 505.

est à l'origine des fameux rapports *Doing Business* – dont la méthode⁷⁹³ a été conceptualisée par des spécialistes de l'analyse économique orthodoxe⁷⁹⁴ – : « *Le marxisme, du moins dans sa version vulgaire, affirme que l'infrastructure, dont l'économie, détermine la superstructure, dont le droit ; étrangement, les rapports de la Banque Mondiale retiennent la thèse marxiste*⁷⁹⁵ ». Autrement dit, ce sont les faits réels (économiques) qui doivent commander la rationalité juridique ; l'emprise de celle-ci sur la donne économique serait *in fine* fortement amoindrie.

236. - A titre d'illustration, envisager les dispositifs juridiques réglementant les relations de travail en tant que mécanismes désincitatifs⁷⁹⁶ nuisibles économiquement revient à postuler une concordance entre la norme juridique et les formules chiffrées utilisées par la science économique, en évinçant le choix d'ordre axiomatique. Les préconisations de certains rapports d'économistes, visant à imposer des taxes aux entreprises qui licencient, sans passer par le filtre du contrôle judiciaire du licenciement pour motif économique, procèdent parfaitement de cette logique⁷⁹⁷. La logique prétend rendre les employeurs responsables financièrement et davantage conscients des répercussions sociales de leurs décisions de licencier ; ce modèle est inspiré de l'expérience américaine. Le calcul financier devrait à lui seul fonder les règles de droit du licenciement. Les entreprises, à travers l'acquiescement de

⁷⁹³ Pour une critique de cette approche, v., *infra.*, n° 290 et s.

⁷⁹⁴ R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R. Vishny, *Law and finance*, Journal of Political Economy, 1998, pp. 1113-1155 ; E. Glaeser et A. Shleifer, Andrei, *Legal Origins*, Quarterly Journal of Economics, 2002, Volume 117, pp. 1193-1229 ; R. La Porta et alii, *The Economic Consequences of Legal Origins*, Journal of Economic Literature, <http://ssrn.com/abstract=1028081>). Pour le droit du travail, v., J. C. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Regulation of Labor*, Quarterly Journal of Economics, 2004, pp. 1339-1382.

⁷⁹⁵ A. Bernard, *Law & Economics, une science idiote ?* D. 2008, p. 2806.

⁷⁹⁶ La norme juridique devrait, en ce sens, remplir seulement une fonction incitative qui serait par conséquent favorable à la création d'emplois. V. sur cette dimension incitative des règles de droit du travail avec une approche critique, F. Eymard-Duvernay, *Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ?* Dr. Soc. 2004, p. 812 : « [...] améliorer la protection de l'emploi suppose d'approfondir et d'étendre le débat sur la légitimité des licenciements, au lieu de le remplacer par des mécanismes d'incitation ». Souligné par nous.

⁷⁹⁷ V. en ce sens O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, op. cit., spéc., p. 18, et p. 47 : « « Le licenciement pour cause économique doit, lui, donner droit aux allocations chômage pour le ou les salariés licenciés, et au paiement de taxes et indemnités de licenciement par l'entreprise. Ces paiements responsabilisent l'entreprise face aux licenciements. Si, dans ces conditions, l'entreprise est prête à effectuer ces paiements, nous ne saisissons pas la logique sous-jacente à l'examen et à l'invalidation de cette décision par l'appareil judiciaire. On peut penser que le système en place à l'heure actuelle, qui permet aux juges de contester la décision de licenciement de l'entreprise, trouve sa justification dans l'absence de responsabilisation financière des entreprises. La solution nous paraît être de responsabiliser les entreprises, non de demander aux juges de contester la décision de l'entreprise ». Souligné par nous ; P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, op. cit.

cette taxe – inspirée de l'idée « pollueur-payeur »–, participeraient à une autorégulation – une idée chère à l'analyse économique du droit – du marché du travail et à une effective protection de l'emploi pour lutter contre le chômage. L'imprévisibilité, ennemi de la logique calculatoire, et la « lenteur » d'un interventionnisme judiciaire seraient selon cette proposition neutralisées. Le calcul prévisible de cette taxe fait écho à la notion de rupture efficace du contrat⁷⁹⁸, d'inspiration anglo-saxonne, privilégiant la réparation par équivalent – allocation de dommages et intérêts – à la solution dégagée par le droit français qui favorise, en vertu du principe de la force obligatoire des conventions et du respect de la parole donnée, l'exécution en nature en cas de défaillance contractuelle.

237. - Les effets pervers du discours de neutralité axiologique. Portée par sa prétendue neutralité axiologique ou son objectivité scientifique, l'analyse économique du droit présente aux promoteurs du discours comparatiste un argument infaillible, puisqu'il serait universalisable : l'objectif d'effacer les distorsions de concurrence, dues à la diversité des législations sociales nationales, serait facilement réalisable si l'élaboration des normes juridiques obéissait au critère d'efficacité économique, ce dernier serait considéré comme étalon d'évaluation mondialement reconnu pour ses qualités scientifiques neutres et pour sa capacité à être transposable dans tous les systèmes juridiques. Cette logique – argument souvent mobilisé par les partisans du discours comparatiste dominant sur l'inefficacité du droit du travail – soutient donc implicitement la faisabilité d'une circulation des idées et des modèles de normes travaillistes entre pays, dès lors que cela permettra une concurrence saine et une maximisation des profits. La circulation serait par conséquent conçue à l'aune des exigences purement économiques, et détachée de toute autre considération extra-économique.

⁷⁹⁸ P. Lokiec, A. Lyon-Caen, *Contre la violation efficace du droit du licenciement. À propos de l'affaire Viveo*, Sem. soc. Lamy, 2012, n° 1532, p. 6 ; v. pour une présentation de la théorie de l'inexécution efficace du contrat (efficient breach of contract), M. Fabre-Magnan, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis Droit, 3^{ème} éd. 2012, p. 720 et s. ; B. Rudden, Ph. Juilhard, *La théorie de la violation efficace*, RIDC 1986, pp. 1015-1041 : « *La théorie de la violation efficace (T.V.E.) a pour objet de mettre en évidence l'intérêt pour une partie de rompre le contrat initial, d'une part lorsqu'il ne remplit plus son objectif de création de richesse, et d'autre part dans l'hypothèse d'une offre ultérieure plus intéressante, lorsque le bénéfice qu'elle obtient au titre du nouveau contrat est supérieur aux pertes de la victime dans le contrat originel* » p. 1017. Ces derniers auteurs concluent à une compatibilité de cette théorie avec certains textes, articles 1142 et 1150, du Code civil français lorsqu'ils rappellent, adage de Loysel à l'appui « *de tous marchés on en vend par intérêt* », que « *l'ancien droit coutumier, sensible ou non à la T.V.E.[Théorie de la violation efficace] , autorisait un débiteur à rompre son contrat initial au profit d'une offre ultérieure plus intéressante, sous réserve de dédommager son créancier* » (p. 1041).

L'argument tiré de la comparaison ne peut qu'annihiler dans cette perspective les espoirs d'une harmonisation sociale des droits dans le progrès.

238. - Le discours comparatiste trouve dans ce genre d'analyses économiques les arguments nécessaires pour revendiquer des réformes du droit du travail. Une telle « *spéculation comparative* » pourrait déboucher sur une homogénéisation des droits nationaux, inséparable du spectre d'une spirale vers le bas⁷⁹⁹ des standards sociaux et d'un alignement sur la législation travailliste la moins coûteuse financièrement. En cela l'analyse économique, surtout lorsqu'elle emprunte la voie de la comparaison, exprime des préférences vis-à-vis du choix des normes juridiques qui devraient gouverner les relations du travail.

§ 2 : Des préférences

239. - Se fondant principalement sur le critère d'efficacité économique⁸⁰⁰ pour évaluer les normes travaillistes, l'analyse économique du droit du travail affiche, souvent, ses objectifs normatifs en proposant une redéfinition des institutions du droit du travail sur la base de la primauté de leur fonction économique (A). Au-delà de la description et de l'explication des effets économiques de l'application de la règle de droit (approche descriptive), l'analyse économique propose, prédit et recommande (approche normative et prédictive) des solutions afin d'améliorer leur efficacité économique. Elle critique l'ordre juridique établi en vue d'améliorer ses normes et institutions juridiques en formulant des préconisations au législateur et aux juges sur les règles économiquement optimales à mettre en place. Or, cette fonction normative de l'analyse économique du droit doit être utilisée avec une grande précaution, faute d'une légitimité démocratique et d'une neutralité axiologique, et par

⁷⁹⁹ H. Muir Watt, Les normes sociales et le marché global du travail: comment sortir de la spirale vers le bas ?, in. A. Lyon-Caen et Q. Urban (dir), Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation, Dalloz coll. Thèmes et Commentaires 2008, p. 9 : « La spirale s'engage lorsque la mobilité unilatérale de l'employeur conjuguée à l'absence de nivellement des législations sociales, génère nécessairement une course qui se résoudra en faveur de celle dont le coût est le moins lourd ».

⁸⁰⁰ « L'analyse économique est d'autant plus redoutable pour le droit du travail que les prétentions de celle-ci vont aujourd'hui au-delà de la seule efficacité économique, pour se situer sur le terrain de l'efficacité en général, entendue comme l'adéquation des moyens aux fins poursuivies. Le jugement d'efficacité porte alors sur la capacité à réaliser les fonctions du droit du travail (protection des salariés, bon fonctionnement de l'entreprise, régulation du marché du travail », P. Lokiec, Droit du travail, Les relations individuelles de travail, Tome 1. PUF, coll. Thémis 2011, n° 312, p. 286.

conséquent, son postulat de primauté de la fonction économique du droit du travail doit être relativisée (B).

A. La primauté de la fonction économique du droit du travail

240. - Des objectifs. Le droit a un coût financier, et les choix opérés par le législateur ont des incidences économiques immédiates et médiates. Cette lecture conséquentialiste du droit, aussi banale soit-elle, prend de plus en plus d'importance en raison de l'extension du raisonnement économique à des domaines du droit, jadis imperméables ou eu sensibles à la rationalité du calcul. Cette situation, voulue et préparée par le retrait progressif du rôle de l'Etat dans le gouvernement des relations sociales au profit d'autres acteurs sociaux, emporte une certaine vision instrumentale du droit ; la norme juridique devant satisfaire les besoins d'autres normativités, et tout particulièrement la normativité économique. L'Etat doit tenir compte de cette donnée factuelle, d'autant que les normes juridiques seraient porteuses en elles-mêmes d'une valeur économique. Dans une perspective comparative, les systèmes juridiques nationaux devraient être plus attractifs pour pouvoir attirer les opérateurs économiques transnationaux, en se livrant par conséquent à une concurrence impitoyable. Pour se faire l'analyse économique du droit propose de refonder le Droit en général, et le droit du travail en particulier parce qu'ils impactent directement la vie économique. De la sorte « *elle [analyse économique du droit] prétend aussi avoir des incidences directes sur le plan normatif. L'analyse économique est-elle alors une source du droit à même d'influencer le cours des lois et des décisions de justice ?*⁸⁰¹ ».

241. - Contenu des objectifs de l'analyse économique du droit du travail. La réalisation des objectifs de l'analyse économique emprunte deux directions distinctes. La norme juridique doit dans un premier temps s'adapter⁸⁰² aux réalités économiques – en

⁸⁰¹ R. Encinas de Munagorri, *L'analyse économique est-elle une source du droit ?*, op. cit.

⁸⁰² « Nos systèmes juridiques doivent s'adapter ! S'adapter peut se comprendre comme se soumettre [...] Adapter peut, au contraire, s'entendre d'ajuster : ajuster aux épreuves à travers des innovations normatives qui ne sont pas d'abord synonymes de « flexibilisation » », A. Jeammaud, *Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation*, Dr. Ouvr. 1998, p. 246. Souligné par nous.

plaidant pour une théorie réaliste - ; dans un second temps, elle doit être évaluée à l'aune de son efficacité économique.

Le discours de l'analyse économique sur le droit du travail prétend rapprocher le droit du travail de la réalité économique avec, en ligne de mire, la thèse de l'efficacité économique. C'est au système économique, ou plus généralement au marché, que revient la fonction de dicter au droit comment il doit régir les rapports sociaux ; le droit ne serait que le reflet des besoins du marché et ne devrait nullement constituer un obstacle à son libre jeu. Les standards véhiculés par l'analyse économique, telles l'efficacité et l'autorégulation du marché, doivent animer l'action des producteurs du droit. Une telle démarche ne correspond pas à la raison d'être et aux finalités du droit du travail. Certes le droit du travail actuel est une forme d'organisation des relations de travail inhérente à la société capitaliste – et y joue un rôle « *éminent*⁸⁰³ » –, mais il n'en demeure pas moins qu'il a su, avec des mouvements de flux et de reflux, au fil des évolutions de la norme sociale, tant nationale qu'internationale, aménager un certain équilibre entre une multitude d'intérêts mis en jeu.

242. - Déstructuration et déconstruction du droit du travail. La régulation de l'économique et du marché du travail, selon le dogme de l'efficacité, ne rime pas avec le respect d'une certaine rationalité juridique qualitative. Les choix effectués par le législateur devraient être fondés sur l'unique objectif d'améliorer le taux d'emploi et la compétitivité des entreprises ; le droit du travail serait contraint de se plier aux exigences, finalités et méthodes de la science économique pour atteindre ce résultat. Conformément à ce raisonnement économique, qui se veut scientifique, l'ordre des priorités devrait être bouleversé et (re)hiérarchisé au détriment de la logique protectrice du droit du travail. La protection des salariés est autrement envisagée : une protection détachée du contrat de travail qui serait essentiellement attachée à la personne du salarié indépendamment de son poste de travail. Cette protection devant ainsi être subordonnée aux impératifs économiques et au bon fonctionnement du marché du travail. L'objectif affiché est de réaliser une reconfiguration des rapports économie/droit du travail qui conduirait inéluctablement à la déstructuration de la législation travailliste. En effet, toutes les considérations relevant de l'ordre des valeurs et des

⁸⁰³ A. Jeammaud, Les fonctions du droit du travail, in. A. Jeammaud, A. Roudil, F. Collin, R. Dhoquois, P.-H. Goutierre, G. Lyon-Caen, Le Droit capitaliste du travail, Grenoble, PUG, 1980, p. 254.

choix politiques de la société – protection de la partie faible dans les relations de travail, de sa santé, ses revenus, de ses droits fondamentaux, de la construction d'un ordre économique juste et humainement viable, un travail réellement humain⁸⁰⁴ ...etc – sur lesquelles s'est fondé historiquement le droit du travail doivent être repensées à l'aune de la rationalité économique et sa méthode de régulation concurrentielle.

La déstructuration du droit du travail présuppose également un processus de déconstruction/reconstruction de l'architecture de ce dernier. En témoigne l'intensification du recours à la norme travailliste négociée et le rétrécissement de la place de la norme étatique hétéronome, constituant deux voies complémentaires marquant l'évolution récente du droit du travail. L'ambition affichée est de rendre la règle négociée, en particulier l'accord collectif d'entreprise, le mode normal d'édition des normes substantielles du droit du travail qui devient le principe, tandis que la norme légiférée devrait constituer une exception⁸⁰⁵ et avoir un caractère procédural⁸⁰⁶, dérogeable⁸⁰⁷ et supplétif⁸⁰⁸ en vue d'encourager le dialogue social.

243. - La réhabilitation du rôle du contrat. Deux théoriciens américains de l'analyse économique du droit, Richard Posner et Richard Epstein, ont formulé des critiques virulentes à l'encontre de la législation sociale qui serait un facteur important dans la « *dénaturation du marché du travail*⁸⁰⁹ » : le libre jeu du marché serait entravé par l'existence de règles hétéronomes intrusives d'origine étatique applicables aux parties au contrat de travail. En effet, la négociation libre du contrat de travail est plus à même de concrétiser la défense des intérêts des cocontractants ; un bon fonctionnement du marché du travail passerait nécessairement par la réhabilitation de l'outil contractuel dans la régulation des rapports de travail. Le recours croissant à l'instrument contractuel, au détriment d'une législation

⁸⁰⁴ A. Supiot, *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?* Conférence du cycle pluridisciplinaire d'études supérieures (CPES) - 25 septembre 2014 (http://www.iea-nantes.fr/fr/actus/nouvelles/actualite_600).

⁸⁰⁵ « *Faire de l'accord collectif le principe et la loi l'exception* » en matière de la réglementation du temps de travail, du licenciement pour cause économique, etc. v. L. Parisot (dir.), *Besoin d'air*, Seuil, 2007.

⁸⁰⁶ V. not., P. Lokiec, La procéduralisation à l'épreuve du droit privé, in. Ch. Pigache (dir), *Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'université de Rouen 2004, p. 177 ; du même auteur, *Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale*, in. S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 2008, p. 95.

⁸⁰⁷ F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, in. E. Mazuyer (dir), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 53.

⁸⁰⁸ S. Frossard, La supplétivité, une technique de flexibilité en développement, in. E. Mazuyer (dir), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 63.

⁸⁰⁹ Cité par S. Simitis, *Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?* Dr. Soc. 1997, p. 656.

contraignante hétéronome, ne constitue-t-il pas une démarche de « *dé légitimation* » et de « *décomposition* » du droit du travail, tant « *recherchées à l'aide d'une dérégulation conséquente des relations de travail* » et qui, « *apparaissent, sous cet angle, comme un sacrifice inévitable*⁸¹⁰ ».

244. - Subordination des règles de droit du travail à l'analyse économique. Selon l'analyse économique du droit, la fonction fondamentale du droit est la recherche d'efficacité économique. L'efficacité du droit du travail renvoie directement à l'idée du bon fonctionnement du marché du travail et à la minimisation des coûts de transactions⁸¹¹. Deux questions intimement liées doivent être traitées : tout d'abord, la primauté de la fonction économique du droit du travail doit-elle être la seule grille de lecture des liens se nouant entre le droit et le marché ? Ensuite, cette manière de penser le droit peut-elle se détacher de son substrat idéologique dominant, en l'occurrence la « *vassalisation du droit par l'économie*⁸¹² », et tout particulièrement le droit du travail ? L'analyse économique dominante du droit du travail, animée par la volonté de privilégier l'hyper-flexibilité et l'absence de contraintes, ne peut que déboucher sur une exaltation de la seule dimension économique du droit ; puisque « *la plupart des indicateurs de l'attractivité économique du droit [en général] expriment [...]un arbitrage implicite*⁸¹³ *sur le rôle de celui-ci vis-à-vis de l'économie, voire, plus précisément de l'entrepreneur*⁸¹⁴ ».

D'après cette logique de soumission du droit à l'économique, la production des normes travaillistes doit être subordonnée aux exigences et schémas préétablis par l'analyse économique du droit. Celle-ci « *passé à la moulINETTE de l'efficiency toutes les notions juridiques, les désagrège et les réduit à une loi de l'économie*⁸¹⁵ ». L'impératif d'efficacité économique suggère, entre autres, d'assouplir ou de flexibiliser les règles de droit du travail régissant la rupture du contrat de travail, tout particulièrement le droit de licenciement. Ce

⁸¹⁰ S. Simitis, *Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?* op. cit., p. 656.

⁸¹¹ V. pour une présentation générale de cette question, E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, codirection Dalloz/Thémis, coll. Méthode du droit, 2008.

⁸¹² H. Muir-Watt, *Analyse économique et perspective solidariste*, in. C. Jamin, D. Mazeaud (dir), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2003, p. 183.

⁸¹³ Favorable à l'économique.

⁸¹⁴ B. du Marais, *Entre la Jamaïque et le Kiribati, Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale*, in. Rapport du Conseil d'Etat, *La sécurité juridique et la complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 384.

⁸¹⁵ Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction au droit*, Defrénois, coll. Droit civil, 2012, p. 28.

dernier constituerait, par sa rigidité et ses surcoûts, un frein à l'embauche⁸¹⁶ et il « *serait ainsi responsable du chômage et sa "flexibilisation", combinée à une politique d'aides publiques assurerait le retour au plein emploi*⁸¹⁷ ». Apprécier le droit de licenciement seulement à l'aune des contraintes qu'il impose, et faisant abstraction de toute autre justification extra-économique et de son articulation avec les autres pans du droit du travail⁸¹⁸, revient à le mettre sous la tutelle de la double logique calculatoire (de type coût/avantage) et circulatoire⁸¹⁹ visant à minimiser les coûts économiques de la norme travailliste supportés par les employeurs. Contrainte pesant lourdement sur l'activité économique et irrespectueuse des intérêts économiques de l'entreprise, le droit du licenciement est envisagé par l'analyse économique du droit uniquement sous un angle négatif, c'est-à-dire comme un obstacle. Cette lecture économique des règles de droit du travail essaime son influence dans plusieurs pays⁸²⁰,

⁸¹⁶ P. Lokiec, Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi, op. cit. ; J. Icard, Une lecture économique du projet de loi Travail, op. cit.

⁸¹⁷ A. Supiot, Le droit du travail est bradé sur le marché des normes, Dr. Soc. 2005, p. 1087.

⁸¹⁸ G. Couturier, Quel avenir pour le droit de licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne, Dr. soc. 1997, p. 75 : « le droit du licenciement est proprement indissociable du droit du travail tout entier, dont il exprime et fonde les aspects essentiels. On a beaucoup utilisé l'image d'une grosse toupie tournant sur sa pointe : le droit du travail serait la toupie ventrue et le droit du licenciement la pointe, aiguë mais indispensable. Dans le droit de licencier on retrouve les prérogatives de l'employeur, son rôle dans la gestion économique, son pouvoir disciplinaire, tandis que le régime de ce droit montre quelles limites sont mises à ces prérogatives. D'un autre point de vue, les règles qui commandent la rupture du contrat de travail retentissent en réalité sur l'ensemble des relations de travail. De sorte que c'est tout le droit du travail qui évolue quand le droit du licenciement évolue ». « le droit du licenciement dessine en creux le contenu du droit du travail, comme le droit de la responsabilité dessine en creux le contenu de pans entiers du droit privé », Fr. Gaudu, L'exigence de motivation en droit du travail, RDC, 01 avril 2004 n° 2, p. 566. Rappelons que l'évaluation de l'efficacité du droit du licenciement prend, chez les juristes, une dimension assez particulière et différente de celle défendue par l'analyse économique consistant à dire qu'un droit du licenciement efficace serait le synonyme d'une protection optimale de l'emploi (O. Blanchard, J. Tirole, Protection de l'emploi et procédures de licenciement, Rapport du CAE, n° 44, La Documentation française 2003). Pour le Professeur Gérard Couturier « la loi et les accords collectifs ont soumis les licenciements pour motif économique à un ensemble complexe de règles dont la finalité est double – préventive et indemnitaire – mais d'abord préventive. [...] la discussion sur l'efficacité d'un tel dispositif prend un tour très différent : peut-on peser directement sur la décision finale de l'employeur en le contraignant à conserver des effectifs qu'il estime excessifs ? La loi du 3 janvier 1975 est tout entière axée sur cette possibilité : sera-t-elle efficace ? » (G. Couturier, Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ?, Dr. soc. 1978, avril, p. 74, spéc., p. 79). V. sur cette divergence radicale de l'appréciation des économistes et des juristes des critères d'efficacité du droit du licenciement, R. Dalmasso, Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique, Revue de l'IRES, n° 82 - 2014/3, p. 37 : « L'auteur [G. Couturier, Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ?, op. cit.] nous incite ici à clarifier une différence subtile mais essentielle concernant l'appréciation de la notion d'efficacité des licenciements économiques. Ce n'est pas le critère de protection de l'emploi qui est mobilisé ici, mais le critère d'influence, plus ou moins coercitive, sur l'employeur, pour qu'il revoie, ou réfléchisse à son choix de gestion : le licenciement économique n'a donc pas comme but d'interdire les licenciements pour protéger l'emploi, mais de les autoriser tout en les dissuadant formellement, et les encadrant juridiquement » (p. 54).

⁸¹⁹ J. Icard, Une lecture économique du projet de loi Travail, op. cit. ; J. Icard, Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, Cah. soc. 2013, n° 254, p. 280.

⁸²⁰ A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, RDT 2015, p. 170 ; S.

et partant érige l'analyse économique du droit en instrument d'unification, à marche forcée, des droits nationaux du travail.

245. - Analyse économique, facteur d'unification des droits du travail. Par-delà ses prétentions prédictives et normatives, généralement critiquées par les juristes, quel est l'apport de l'analyse économique du droit en matière de rapprochement des régimes réglementaires des relations de travail⁸²¹ ? L'évaluation de l'attractivité économique des droits, voire des territoires, ne pourrait certainement pas être bénéfique à un rapprochement apaisé des droits nationaux. La prégnance de l'analyse économique sur la scène internationale ne peut que renforcer le mouvement, certes de rapprochement des droits, mais un rapprochement désorganisé et nuisible aux droits sociaux. Pour être bénéfique au processus d'intégration juridique, l'analyse économique devrait prendre en compte d'autres paramètres relevant du monde des valeurs, en dépassant l'obsession fondée sur le facteur de l'efficacité économique du droit. Absent *ex hypothesi* dans les études comparatives des droits, les jugements de valeur devraient être également écartés dans les analyses économiques comparées des législations travaillistes. Ces dernières doivent davantage être sensibles aux particularismes des contextes nationaux, car « *une appréhension du phénomène juridique en termes strictement économiques ne pourrait dès lors relever que du non-sens*⁸²² ».

B. La primauté de la fonction économique du droit du travail relativisée

246. - Repenser l'efficacité économique de la norme. En dépit d'un certain engouement pour l'analyse économique du droit, la doctrine juridique française semble méfiante⁸²³, surtout à l'égard de sa fonction normative. Réelle source d'influence dans l'élaboration de la norme juridique, l'analyse économique du droit intègre dans ses propositions des arguments tirés de

Laulom, La fragilisation du droit du licenciement : approche comparée, Dr. soc. 2016, p. 499.

⁸²¹ V. sur l'approche de l'analyse économique de l'unification des droits, B. Crettez, B. Deffains, Concurrence, harmonisation et unification des législations, in. B. Deffains, Eric Langlais (dir), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, De boeck, coll. Ouvertures économiques, 2009, p. 299.

⁸²² H. Muir Watt, *Comparer l'efficacité des droits ?* in. P. Legrand (dir.), *comparer les droits, résolument*, Puf, coll. Les voies du droit, 2009, p. 446.

⁸²³ Ch. Jamin, *Economie et Droit*, in. D. Alland, S. Rials (dir), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-Puf, 2003, pp 578-581, spéc. p 580.

la comparaison internationale ; ce faisant elle prétend offrir aux producteurs de normes des outils adéquats pour anticiper les changements à venir et agir au lieu de réagir en subissant les aléas de l'incertitude des évolutions en cours des contextes nationaux et international. S'appropriant cette doctrine de l'analyse économique du droit, le discours comparatiste sur le droit du travail considère le cadre normatif comme une simple variable d'ajustement des politiques économiques soumis aux critères de l'efficacité économique. La fluidité du marché du travail et la flexibilité de la régulation des rapports de travail constituant des thèmes largement étudiés par l'analyse économique, sont une illustration topique de cette logique. Plusieurs formules sont proposées pour atteindre cet objectif avec souvent des renvois aux modèles étrangers censés être plus performants. Or, ces propositions empruntent fréquemment un sens unique en se focalisant seulement sur la flexibilité des règles de droit du travail. Un auteur a savamment résumé les enjeux et les limites de la rhétorique de la flexibilité en relevant que « *La demande de flexibilité apparaît certainement légitime toutes les fois qu'on se trouve en présence de rigidités excessives, qui pourraient avoir sur notre économie un effet dommageable. Mais il faut éviter aussi qu'elle ne serve de prétexte à des abus, et l'évolution serait évidemment très dangereuse si elle conduisait à « tout permettre », au nom d'une pure logique d'efficacité et de rentabilité*⁸²⁴ ». Toute alternative à cet égard devrait être pensée d'une manière collective et globale, notamment en ce qui concerne les capacités professionnelles des salariés, et loin des logiques sacrificielles de leurs droits. Dans cette optique, la flexibilité se présente comme « *une recherche d'une réponse collectivement efficiente à l'aléa économique. Il y a là un cercle. Si cette réponse est trouvée, une économie flexible est à même de créer de l'emploi et des richesses, de procurer les moyens d'une meilleure sécurité qu'une économie rigide. Mais pour trouver la réponse, il est nécessaire de fournir aux personnes une sécurité élargie face au problème crucial du développement de leurs capacités*⁸²⁵ ».

247. - Ouverture réciproque et interdisciplinarité. Si la comparaison instrumentale prête facilement le flanc à la critique, le discours comparatiste, et plus généralement le droit comparé du travail, gagneront en crédibilité en intégrant l'influence qu'exerce la normativité

⁸²⁴ X. Blanc-Jouvan, *La flexibilité du temps de travail*, RIDC 1990, p. 724. Souligné par nous.

⁸²⁵ A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi*. Rapport pour la Commission européenne, Flammarion 1999, p. 260.

économique⁸²⁶ sur les législateurs nationaux⁸²⁷. Aussi, les juristes ne devraient plus être insensibles au phénomène de l'attractivité économique des droits⁸²⁸. L'une des figures principales de l'analyse économique du droit en France, le Professeur Bruno Deffains, insiste sur une lecture ouverte et interdisciplinaire du phénomène juridique ; il avance, à juste titre, que « *l'étude des comportements qui fait abstraction du cadre juridique existant risque de ne pas avoir de valeur dans le monde réel. Si les économistes écoutent ce que les juristes leur disent, ils seront capables de développer des modèles plus proches de la réalité*⁸²⁹ ».

248. - L'ignorance et la faiblesse des échanges entre les deux disciplines leur sont préjudiciables. Entre coopération et concurrence, il faut privilégier le choix de la complexité du phénomène social dont l'explication exige la synergie de plusieurs champs disciplinaires. L'interaction entre ces disciplines, notamment sous l'angle comparatiste, doit en ce sens se comprendre comme une « *manifestation évidente de l'intrication de l'économie et du social, du juridique et du politique*⁸³⁰ ». Les rapports du droit du travail et de l'analyse économique devraient être appréhendés dans une vision expurgée des schémas hiérarchiques

⁸²⁶ G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, op. cit. ; F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., spéc. pp. 535-563.

⁸²⁷ Mais également sur le développement de la recherche juridique : « L'analyse économique du droit fournit au juriste une méthode destinée à lui permettre de repenser les fonctions des institutions juridiques : elle s'attache à une vision dynamique du droit, envisagé dans son historicité et son perfectionnement, par opposition au statisme d'un système refermé sur lui-même, dans lequel le juriste ne tend guère qu'au recensement exhaustif des règles du droit établi et à la recherche des solutions aux problèmes juridiques nouveaux à l'intérieur de sa discipline », B. Oppetit, *Droit et économie*, Dalloz, coll. Archives de philosophie de droit, 1992, p. 23.

⁸²⁸ R. Encinas de Munagorri, *L'analyse économique est-elle une source du droit ?* Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation, RTD Civ. 2006, p. 505.

⁸²⁹ B. Deffains, *Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste*, in. G. Canivet, B. Deffains et M.-A. Frison-Roche (dir), *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 11. Selon le Professeur Jean-François Cesaro « *L'économie peut participer à l'amélioration du droit comme les autres disciplines et de mon point de vue sans plus ni moins d'importance que les autres. Il est donc important que les économistes soient non seulement audibles mais aussi compréhensibles pour permettre que leurs promesses soient mieux entendues et que leurs propositions soient discutées* », J.-F. Cesaro, *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, in. B. Teyssié (dir), *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 204 ; v. aussi en ce sens, C. Bourreau-Dubois et B. Deffains, *Economie et droit du travail : des discours concurrents mais non rivaux*, Revue Travail et Emploi, n° 120, 2009, p. 9. « *L'analyse économique du droit du travail a le mérite d'obliger les juristes à s'intéresser aux effets des dispositifs juridiques hors du système qu'ils délimitent. L'accent mis sur la performance ou l'efficacité convie à une évaluation que l'on dira volontiers externe, parce qu'elle prend appui sur des modes de raisonnement et des catégories analytiques exogènes au champ auquel elle est appliquée* » 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.

⁸³⁰ B. Gazier, *La tension comparative*, in. M. Lallement, J. Spurk (dir), *Stratégie de la comparaison internationale*, éd. CNRS, 2003, p. 320.

et verticaux ; ceux qui prétendent, à tort, la supériorité des préconisations de l'analyse économique en vertu de leur présupposée neutralité axiologique.

249. - Cette complexité des relations entre droit et analyse économique du droit ne devrait pas seulement être appréhendée selon une logique de soumission, une logique vigoureusement critiquée par la doctrine juridique des pays de droit civil⁸³¹. Ce bouleversement des priorités que provoque le triomphe de l'économicisme a pour objectif de transformer en profondeur la conception du droit et la lecture de la diversité des systèmes juridiques. L'utilisation de la théorie économique (surtout du critère d'efficacité économique pour établir une cartographie des législations nationales) dessine une nouvelle orientation de l'analyse économique du droit qui se rapproche de la science du droit comparé : l'analyse macroéconomique du droit.

§ 3 : Une nouvelle orientation : l'analyse macroéconomique du droit

250. - Analyse macroéconomique du droit. Le droit comparé et l'analyse macroéconomique du droit semblent, à première vue, partager le même objet : l'étude systématique des ressemblances et différences qui expliquent les spécificités de la diversité des droits nationaux⁸³². Ils invitent les juristes à porter un regard extérieur sur la dynamique interne des dispositifs juridiques⁸³³. Pour autant, les deux disciplines, relevant de deux registres épistémologiques différents, sont animées par des logiques diamétralement opposées. Ce nouveau champ disciplinaire de l'analyse économique du droit – analyse macroéconomique des droits nationaux – peut néanmoins nourrir les termes de la comparaison des systèmes juridiques, surtout dans une démarche instrumentale. D'aucuns considèrent que « *l'évolution la plus significative [de l'économie du droit] concerne*

⁸³¹ H. Muir Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, in. B. Deffains (dir), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, 2002, p. 37 ; Association Henri Capitant, Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale, Société de législation comparée, volume 1, 2006.

⁸³² R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op ; cit. ; Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit. ; R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains. Approches comparative*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd. 2008.

⁸³³ « A detached outside look at the actual dynamics of the law », U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press 1997, p. 10, cité par M. F. Faust, *Comparative law and economic analysis of law*, in. Reimann, R. Zimmermann (dir), *The Oxford Handbook of Comparative law*, Oxford University Press, 2008, p. 838.

*l'émergence d'une véritable analyse « macroéconomique » du droit*⁸³⁴». Cette dernière serait dans une perspective interdisciplinaire, une source d'enrichissement pour les études juridiques comparatives ; la prise en compte du facteur économique – critère d'efficacité économique de la norme juridique –, mais aussi des facteurs socio-culturels et historiques, est un pré-requis indispensable pour toute recherche comparative⁸³⁵.

251. - Finalité de l'analyse macroéconomique du droit : rapprochement des droits nationaux ? L'étude des rapprochements des droits nationaux, en empruntant une démarche comparative, peut renforcer les liens entre la comparaison et l'analyse économique du droit. Ces liens peuvent être classés en trois catégories : « *La première consiste à étudier les différences entre les systèmes juridiques et, en particulier, de faire la distinction entre les différences « réelles », où les résultats de l'application des principes divergent entre les systèmes juridiques, et les différences « superficielles », où des résultats similaires sont masqués par des structures conceptuelles adoptées dans chaque système. La deuxième est de retracer l'évolution des relations entre les systèmes juridiques et ainsi d'explorer les tendances de convergence ou de divergence (en termes de différences réelles), notons que, dans certains espaces la convergence peut être exigée en vertu des textes internationaux. La troisième tâche est d'expliquer et d'évaluer ces évolutions: pourquoi les systèmes convergent ou divergent? La convergence est-elle souhaitable ou non?* »⁸³⁶». Deux observations peuvent être faites : des convergences sont réellement constatées entre les différents systèmes juridiques sous le poids des analyses économiques⁸³⁷ ; les processus d'harmonisation

⁸³⁴ B. Deffains, Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques, Revue économique, 2007/6 Vol. 58, p1161.

⁸³⁵ Pour ne citer que deux comparatistes et spécialistes de droit comparé du travail : O. Kahn-Freund, *On Uses and misuses of comparative law*, The Modern Law Review, V. 37, January 1974, n° 1, pp. 1-27 ; X. Blanc-Jouvan, *Du bon usage de la méthode comparative en droit du travail*, in. *Mélanges offerts à André Colomer*, Lexisnexis 1993, pp. 73-86.

⁸³⁶ « The first is to investigate differences between legal systems and, in particular, to distinguish between « real » differences, where the outcomes of the application of principles diverge between legal systems, and « superficial » differences, where similar outcomes are masked by conceptual structures of the relevant systems. The second is to trace developments in the relationships between legal systems and thus to explore tendencies of convergence or divergence (in terms of « real » differences), noting that in some areas convergence may be required under international legal instruments. The third task is to explain and to evaluate such developments: why do systems converge or diverge? Is convergence desirable or undesirable? », A. Ogus, *Economic analysis and comparative law*, in. *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit*, Société de législation comparée, 1999, p. 170.

⁸³⁷ L'exemple de l'Union européenne est topique à cet égard grâce aux évaluations (des politiques publiques) et recommandations adressées chaque années aux Etats membres et qui deviennent de plus en plus contraignantes dans le cadre de la nouvelle gouvernance économique européenne (C. Degryse, *La nouvelle*

accueillent largement, malgré quelques résistances, l'adhésion des législateurs nationaux désireux de dégager une image positive et attractive de leurs législations sociales⁸³⁸.

Le Professeur Anthony Ogus met également en exergue une intéressante distinction, à propos des techniques de convergence des droits nationaux, entre les lois facilitantes (*facilitative laws*) et les lois interventionnistes (*interventionist laws*)⁸³⁹. Il considère que les premières lois – portant sur le droit des contrats⁸⁴⁰, droit des sociétés, droit de propriété industrielle... etc. – sont plus simples à harmoniser dans la mesure où un compromis est relativement facile à trouver entre les opérateurs économiques, voire entre législateurs, des différents pays. A l'inverse, les lois interventionnistes – législation sociale (droit du travail et droit de la sécurité sociale), législation consumériste, responsabilité civile et droit des assurances... etc.–, traduction dans la plupart des cas d'une tradition juridique culturée et interventionniste, sont peu disposées à intégrer un processus d'harmonisation transnational. A cet égard, l'Union européenne impacte substantiellement l'évolution des droits du travail⁸⁴¹ des Etats membres dans le sens d'une « *déréglementation du droit du travail compétitive*⁸⁴² » qui au final débouchera sur le rapprochement de la législation de ces derniers.

252. - Appréciation des traditions juridiques. L'analyse économique, en particulier lorsqu'elle se fonde sur la macro-comparaison – comparaison des systèmes juridiques –,

gouvernance économique européenne, Courrier hebdomadaire du CRISP, 2012/23-24, n° 2148-2149, pp. 5-82)

⁸³⁸ B. Deffains, C. Kessedjan (dir), *Index de la sécurité juridique (ISJ). Rapport pour la Fondation pour le droit continental*, mai 2015 (téléchargeable à l'adresse suivante : www.fondation-droitcontinental.org/fr/nos_actions/index-de-la-securite-juridiqueisj/); B. Deffains, M. Séjean, *Index de la sécurité juridique, nouvelle étape*, JCP G n° 17, 27 Avril 2016, doct. 519.

⁸³⁹ A. Ogus, *Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 1999, pp. 405-418; N. Garoupa, A Ogus, *A strategic interpretation of legal transplants*, *Journal of Legal Studies* 2006, pp. 339-363 téléchargeable à l'adresse suivante: [http://apps.osgoode.yorku.ca/Quickplace/jinyanli/PageLibrary852577C100504974.nsf/0/CBA-A19F7D86D345C852577C100506B22/\\$file/Strategic%20Interpretation%20of%20Legal%20Transplants.pdf](http://apps.osgoode.yorku.ca/Quickplace/jinyanli/PageLibrary852577C100504974.nsf/0/CBA-A19F7D86D345C852577C100506B22/$file/Strategic%20Interpretation%20of%20Legal%20Transplants.pdf). V sur cette distinction B. Crettez, B. Deffains, *Concurrence, harmonisation et unification des législations*, in. B. Deffains, Eric Langlais (dir), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, De boeck, coll. Ouvertures économiques, 2009, p. 299, spéc., p. 302 et s.

⁸⁴⁰ Cette classification est toutefois à nuancer : par exemple, le droit des contrats est porteur d'une dimension morale ; on songe ici au respect de la parole donnée et aux sanctions de l'inexécution du contrat qui sont largement empreintes en droit français d'une dimension éthique et humaniste (D. Mazeaud, *Le droit des obligations et l'efficacité économique*, in. S. Bollée, Y-M. Laithier, C. Pérès (dir), *L'efficacité économique en droit*, op. cit., p. 67).

⁸⁴¹ Lois interventionnistes selon la classification du Professeur Ogus.

⁸⁴² C. Degryse, *La nouvelle gouvernance économique européenne*, op. cit., p. 74.

apporte des éléments d'appréciation⁸⁴³ de la qualité des institutions juridiques, de la capacité d'adaptation, de l'efficacité économique... de chaque tradition juridique. Les conséquences de ce genre d'analyses sur l'évolution des législations nationales et sur les fonctions traditionnelles du droit comparé impliquent une instrumentalisation des premières et une certaine dénaturation des secondes. Le Professeur Florian Faust résume la relation de proximité entre l'analyse comparative fonctionnelle⁸⁴⁴ et l'analyse économique en termes de similarité des objectifs poursuivis par les différents systèmes juridiques qui sont largement dominés par la maximisation des richesses⁸⁴⁵.

253. - Droit comparé et analyse économique du droit. En tant qu'outil juridique d'organisation des relations de travail dans une économie de marché, la transplantation du droit du travail, tel qu'il est conçu dans les pays ayant adopté le capitalisme – nonobstant les variations que l'on peut observer d'un pays à l'autre⁸⁴⁶ –, dans les anciens pays communistes de l'Europe de l'Est ne va pas sans heurts. « *La transition du système communiste vers le capitalisme en Europe de l'Est a créé un important besoin de connaissance des institutions juridiques spécifiques à l'économie du marché et à la démocratie*⁸⁴⁷ ». Cet effort d'apprentissage est l'un des enseignements que l'on peut généralement tirer de

⁸⁴³ A. Ogus, *Economic Analysis and Comparative law*, in. D'ici, D'ailleurs : Harmonisation et Dynamique du Droit, Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, Soc. Légis. Comp. 1999, p. 178 : « [...] economics can provide a powerful tool for explaining and evaluating comparative legal developments ».

⁸⁴⁴ Dont la conceptualisation revient à deux comparatistes allemands K. Zweigert et H. Kötz, *An introduction to Comparative Law*, 3^{ème} édition, Oxford, 1998, p. 34 ; v., égal., sur cette question G. Samuel, *Dépasser le fonctionnalisme*, in. P. Legrand (dir), *Comparer les droits, résolument*, PUF, coll. *Les voies du droit*, 2009, p. 405. Le point de départ de cette méthode consiste à dire que la comparaison de certaines institutions juridiques, utilisant des instruments techniques différents, peuvent remplir la même fonction. Cette démarche de la comparaison permet « de montrer qu'au-delà de la différence de procédés techniques utilisés, les solutions retenues sont en définitive équivalentes d'un droit à l'autre [...] Le comparatiste qui adopte cette méthode est invité à dépasser les différences de règles ou de motivations, à faire abstraction de ses propres concepts et à rechercher, à partir d'une question donnée, les solutions concrètement apportées. Il constatera alors que « très souvent », celles-ci sont similaires », Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., n° 14, p. 25.

⁸⁴⁵ M. F. Faust, *Comparative law and economic analysis of law*, in. Reimann, R. Zimmermann (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative law*, Oxford University Press, 2008, p. 846 : « Except in areas heavily impressed by moral views or values, different legal systems tend to give similar solutions to the same problems of life, even if the means by which these solutions are attained may be totally different. A possible explanation for this fact is efficiency. We can probably presume that the increase of wealth is considered a worthwhile goal in most, if not all, modern societies, and that the importance of this goal increases as the influence of moral judgments in a certain area of law diminishes. Thus, in many contexts, legal rules all over the world will strive to increase wealth [...]. Hence, the similarity of solutions provided by different legal systems for a particular problem is not really surprising ».

⁸⁴⁶ V. A. Schmidt, *Capitalismes*, in. L. Boussaguet et al. (dir), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, coll. *Références*, 2014, 4^e éd., pp. 123-131.

⁸⁴⁷ B. Deffains, E. Langlais, *Introduction générale*, in. B. Deffains, E. Langlais (dir), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, de boeck, coll. *Ouvertures Economiques*, 2009, p. 8.

l'entrecroisement entre le droit comparé et l'analyse macroéconomique du droit ; il révèle la complexité de toute transplantation juridique qui pourrait s'avérer contreproductive⁸⁴⁸ et attentatoire aux principes démocratiques. Si « *l'économie du droit, en particulier lorsqu'elle se fonde sur la comparaison des systèmes juridiques, apporte ainsi des éléments d'appréciation sur le choix des institutions juridiques*⁸⁴⁹ », il n'en demeure pas moins que ce choix ne devrait pas être assujéti aux lois du marché et à l'idéologie libre-échangiste. Le droit n'est pas une marchandise, et son élaboration est loin d'être totalement conditionnée par le respect des seuls préceptes de l'analyse économique orthodoxe.

254. - Avec la globalisation des marchés et la circulation croissante des idées et des modèles de réformes entre les différents pays, l'analyse économique comparée jouit d'un pouvoir persuasif certain. Elle participe de l'évolution des débats portant sur les modes et le contenu de l'intervention du droit dans la sphère économique. Sur le plan théorique, le droit comparé et l'analyse économique du droit sont proches en ce qui concerne leurs facultés d'offrir des explications similaires sur la question de l'équivalence des solutions juridiques choisies par les droits nationaux lorsqu'ils sont confrontés à des problèmes comparables. Cette proximité – qui n'est bien évidemment qu'apparente – a été mise en exergue par Richard Posner, figure du courant Law and Economics, lors d'un dialogue entre lui-même et Hein Kötz⁸⁵⁰, défenseur de l'approche fonctionnelle en droit comparé⁸⁵¹. Ainsi, selon Richard Posner, l'équivalence des solutions juridiques adoptées par des régimes juridiques différents et n'appartenant pas à la même culture juridique serait la conséquence de l'utilisation de la

⁸⁴⁸ Concernant le cas des ex-pays communistes de l'Europe de l'Est, v. les remarques du Professeur Alain Supiot : « [...] si l'on veut bien reconnaître que l'élargissement de l'Europe aux pays postcommunistes n'a nullement signifié l'extension à l'est de l'« économie sociale de marché », mais bien plutôt la rencontre fusionnelle de l'ultralibéralisme et du communisme et la naissance de ce que la République populaire de Chine, qui en représente la forme la plus achevée, appelle « économie communiste de marché ». Ce régime hybride émancipe les forces du marché des entraves inhérentes à un plein exercice de la démocratie politique et sociale ». A. Supiot, *Le sommeil dogmatique européen*, Revue française des affaires sociales, 2012/1 n° 1, p. 186.

⁸⁴⁹ B. Deffains, E. Langlais, *Introduction générale*, in. B. Deffains, E. Langlais (dir), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, de boeck, coll. Ouvertures Economiques, 2009, p. 8.

⁸⁵⁰ « You keep telling me, Hein, that different legal systems, despite the great differences in their historical development and conceptual structure, often produce the same solutions for the same problems of life. What better explanation is there for this phenomenon than that all judges draw their inspiration from the same secret root of economic logic? » rapporté par Hein Kötz, *Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung*, (2002) 57 *Juristenzeitung* 257, 262–3, et cité par R. Michaels, *The second wave of comparative law and economics*, University of Toronto Law Journal, (2009) 59, p. 198.

http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2611&context=faculty_scholarship

⁸⁵¹ K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to Comparative Law*, 3^{ème} édition, Oxford, 1998.

logique économique, « *source ou racine secrète* »⁸⁵² de la raison d'être de la norme juridique, qui transcenderait les particularismes juridiques nationaux. C'est dans cette perspective que l'analyse économique peut être considérée comme un puissant vecteur d'unification des droits nationaux

255. - Le discours comparatiste dominant et l'analyse macroéconomique du droit, lorsque cette dernière épouse une posture dogmatique pour hiérarchiser les droits nationaux en fonction du seul critère d'efficacité économique – on songe aux rapports *Doing Business* –, partagent la même méthode instrumentale de comparaison, et partant créent une dynamique de rapprochement des droits ; ce dernier s'éloigne de l'idéal du progrès social comme c'est le cas en droit du travail.

256. - L'influence perturbatrice de l'analyse économique fustigeant la cohérence et la structure du droit du travail n'est pas la seule à nourrir le discours comparatiste dominant ; la critique de certaines caractéristiques, considérées elles-aussi comme intrinsèques à la norme travailliste, y contribue également.

Section 2 : Les autres raisons de l'accueil favorable de l'argument comparatiste

257. - Comment concilier les exigences des règles travaillistes, traditionnellement empreintes d'une philosophie protectrice des salariés, avec les préconisations, soutenues par un certain discours comparatiste, visant à l'amélioration de la régulation du marché du travail ? Pourquoi et comment un contexte économique et social – peu favorable aux missions traditionnelles du droit du travail – nourrit-il la pratique de l'invocation des modèles juridiques étrangers⁸⁵³ ? Le discours comparatiste tire certains de ses arguments des difficultés

⁸⁵² Hein Kötz, *Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung*, (2002) 57 *Juristenzeitung* 257, 262–3, op. cit.

⁸⁵³ Moins comme ressource de réflexion et d'inspiration, que comme mode d'action et argument d'autorité pour infléchir les positions des acteurs du droit du travail. Pour cela, le discours comparatiste « *convoque plusieurs exemples étrangers censés appuyer leurs analyses. Le faible taux de chômage américain serait lié à la fameuse règle de la termination at will* », J. Icard, *Une lecture économique du projet de loi Travail*, JCP G n° 16, 18 Avril 2016, 455.

généérées par le contexte de crise économique, qui est sans doute à l'origine de l'émergence d'une opinion très critique de la norme travailliste (§ 1) ; cette dernière constitue également un terreau fertile au développement d'une littérature abondante sur la complexité du droit et de son corollaire, l'insécurité juridique, auxquelles le discours comparatiste entend offrir des solutions (§ 2).

§ 1 : Le contexte : la récurrence des « crises »

258. - Le recours à la comparaison des législations nationales, plus précisément l'appel au célèbre « *mythe du législateur étranger*⁸⁵⁴ », s'intensifie à chaque fois qu'une crise économique secoue le système productif et financier, en aggravant le taux de chômage. La rhétorique de la crise économique constitue un argument puissant pour tous ceux qui exploitent le comparatisme pour propager l'idée selon laquelle les règles de droit du travail auraient intrinsèquement des effets économiques néfastes. En rendant consubstantiels crise économique et impact négatif de l'application du droit du travail, le discours comparatiste dominant met en relief la problématique des relations entre la norme travailliste et la régulation des activités économiques (A). Par delà le lien indissociable entre système économique capitaliste et réglementation des relations de travail, la raison d'être – fonctions et valeurs promues – du droit du travail est appelée à être redéfinie (B).

A. Le discours comparatiste et la crise économique

259. - Les réflexions sur les réponses à la crise économique sont des moments propices au développement des arguments tirés de la comparaison internationale. Les réactions à la crise⁸⁵⁵ constituent souvent une occasion privilégiée pour propager un discours sur la nocivité

⁸⁵⁴ Où « l'invocation à la législation comparée n'est souvent qu'instrument de propagande. Des statistiques fragmentaires, isolées, interprétées; une sociologie de tourisme ; une psychologie par impression », J. Carbonnier, A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger, in. Essais sur les lois, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 121.

⁸⁵⁵ V. pour un panorama des réactions des droits du travail français et étrangers, P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Les réactions du droit du travail à la crise*, Dr. Ouvr. 2012, p. 67 et s.; S. Laulom, E. Mazuyer, C. Tessier,

économique du droit du travail, voire sur les défaillances, réelles ou supposées, qui seraient inhérentes à la structure du système juridique français en général. Les défenseurs d'une réforme profonde de l'organisation juridique actuelle du marché du travail ne se contentent pas seulement d'imputer au droit du travail des dysfonctionnements et des conséquences économiques désastreuses ; ils proposent également des recettes pour retrouver le chemin de la croissance et résorber le taux du chômage, en invoquant des prétendus modèles étrangers dont les structures seraient plus adaptées au monde des affaires. Chercher tout le temps des modèles d'inspiration revient très souvent à appuyer une critique systématique du rôle du droit du travail en période de crise. La critique est souvent assortie d'une double dimension prédicative et normative, qui vise la modification de la législation travailliste dans un sens bien précis – dont les postulats sont au demeurant soustraits au débat démocratique –, alors que « *le changement des normes juridiques est impuissant à créer des postes de travail*⁸⁵⁶ ». D'une remise en cause à une autre⁸⁵⁷ le droit du travail, perturbateur du bon fonctionnement du marché du travail, est sommé de s'incliner devant les impératifs de l'économie, de formuler des réponses adéquates suivant les recommandations de l'analyse économique et des remèdes « prêt-à-porter » inspirés des droits d'ailleurs.

260. - Remise en cause des institutions de droit du travail. Les détracteurs de la législation sociale avancent plusieurs exemples pour pointer les effets négatifs du droit du travail aggravant la crise économique. Les institutions de l'organisation du marché du travail font dans ce contexte l'objet de maintes critiques. La fixation d'un salaire minimum en offre un exemple topique malgré les évolutions récentes de certaines législations nationales qui empruntent cette voie d'interventionnisme étatique : l'instauration d'un salaire minimum en Allemagne⁸⁵⁸ – conséquence d'ailleurs d'une baisse de la couverture conventionnelle depuis

C.-E. Triomphe, P. Vielle, *Crise : quelles évolutions du droit social en Europe ?*, ETUI Policy Brief, Politiques économiques, sociales et de l'emploi en Europe, n° 2/2012.

⁸⁵⁶ G. Lyon-Caen, *Un droit sans papier d'identité*, Arch. Phil. droit, n° 41, 1997, p. 190.

⁸⁵⁷ « La crise est un fidèle compagnon de route du droit du travail », C. Palomègue, L. E. De La Villa, in. *Droit du travail, démocratie et crise*, Actes Sud, 1986, cités par A. Lyon-Caen, *Eternelle crise*, Dr. Ouvr. 2012, p. 68.

⁸⁵⁸ Une réforme, fixant une rémunération horaire à 8,50 euros brut, soit 1 400 euros mensuels, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, est qualifiée d'une importante avancée sociale, quoique tardive, par rapport à la France, et émaillée de dérogations. V. sur cette question, P. Rémy, *La loi allemande sur le salaire minimum : le SMIC en Allemagne ?* RDT 2014, p. 74 ; A. Seifert, *L'emploi décent. Le débat sur un salaire minimum en Allemagne*, in. *Droits du travail. Emploi. Entreprise*, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, pp. 47-62. Ce dernier auteur considère le modèle français du SMIC comme « *point de référence* » (p. 48) pour le législateur allemand.

quelques années⁸⁵⁹ – et les réflexions récentes sur la revalorisation des salaires dans plusieurs pays, notamment anglo-saxons⁸⁶⁰, constituent une preuve tangible de l'adhésion de plusieurs Etats, ayant adopté une économie de marché, à l'idée de la régulation de l'offre et de la demande sur le marché du travail. L'idée d'un marché du travail autorégulé, sans encadrement étatique ou couverture conventionnelle (accord de branche), semble donc dépassée aujourd'hui, même si la fixation du salaire minimum cristallise toujours les débats sur la réglementation du prix de la force du travail ; la proposition faite par Pierre Gattaz⁸⁶¹, président du MEDEF, pour un salaire minimum intermédiaire pour les chômeurs de longue durée et les jeunes sans formation en témoigne⁸⁶². Le discours tenu par les organisations patronales⁸⁶³ sur le SMIC⁸⁶⁴ offre ainsi un exemple typique du déploiement du comparatisme d'intimidation en brandissant le coût du travail moins élevé pratiqué par certains pays européens (Allemagne (avant l'instauration d'un salaire minimum), Royaume-Uni...). L'argument comparatiste devient un soutien indispensable aux solutions anti-SMIC proposées pour endiguer la crise et l'augmentation du taux du chômage. Cette rhétorique fait fi de la fonction de justice sociale, mais également économique⁸⁶⁵, assumée par la fixation d'un

⁸⁵⁹ M. Knuth, *Les réformes du marché du travail et le « miracle de l'emploi » en Allemagne*, Comité économique et social européen, 2014, spéc. pp. 17-18, téléchargeable à l'adresse suivante http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/germany_xl_fr.pdf

⁸⁶⁰ V. Rapport du groupe d'experts, Salaire minimum interprofessionnel de croissance, 4 Décembre 2014, disponible à l'adresse suivante : http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_SMIC_2014_4_dec_vf.pdf

⁸⁶¹ La critique du SMIC ne date pas d'aujourd'hui. En 1985 Yvon Gattaz, président du CNPF, accusait cette réglementation du prix du travail d'« inflationniste, [elle] lamine les catégories ouvrières, crée du mécontentement dans les entreprises...dévastatrice sur l'emploi des jeunes...a augmenté, depuis 1975, deux fois plus vite que le coût de la vie », cité par Jean Savatier, *La portée du droit au Smic selon les modalités de rémunération*, Dr. Soc. 1985, p. 811.

⁸⁶² Dans cette perspective, le SMIC est considéré comme un frein à l'embauche. À l'instar du modèle allemand, qui a largement influencé les débats en France avec son cortège de travailleurs pauvres et de « *mini jobs* », l'argument déployé consiste à dire : « un emploi mal payé, c'est mieux que pas de job du tout ».

⁸⁶³ Mais également par certaines institutions internationales, comme l'OCDE qui estime qu'un salaire minimum élevé bride les performances du marché du travail : « *Le niveau élevé du salaire minimum évince les jeunes les moins qualifiés du marché du travail* » (OCDE, *Etude économique de la France 2013*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/fr/eco/etudes/Synthese%20France%202013.pdf>, p. 2), en recommandant d'« *indexer le salaire minimum en fonction de l'âge selon un taux de progression similaire à celui retenu pour ce RSA jeunes* » (p. 3).

⁸⁶⁴ Considérant le SMIC, et surtout sa revalorisation systématique, comme un mécanisme perturbateur de la stratégie salariale des entreprises qui écrase les salaires par le bas et oblige, par conséquent, ces dernières à revoir les salaires intermédiaires afin de préserver leurs politiques de hiérarchie salariale. L'argument principalement avancé par cette organisation patronale est avant tout économique : « *S'il constitue pour ses bénéficiaires un revenu minimum, le Smic correspond pour l'entreprise à un coût du travail déconnecté de la performance économique des intéressés, de leur contribution réelle à la création de richesse* » (MEDEF, *Moderniser le code du travail. les 44 propositions du MEDEF*, 2004, p. 10. http://archive.medef.com/medias/upload/61469_FICHER.pdf).

⁸⁶⁵ Selon les termes de l'échange introduit par le fameux « *compromis fordiste* » – expression utilisée dans les sciences sociales désignant, entre autres, les contreparties – en temps et en argent – accordées aux salariés pour

« *salaires-plancher*⁸⁶⁶ » qui « *traduit le double souci de garantie du pouvoir d'achat et de participation à l'évolution de la richesse nationale*⁸⁶⁷ ».

L'exemple des conséquences néfastes du salaire minimum sur le système économique ne résume pas à lui seul tous les reproches adressés aux règles de droit du travail en temps de crise. D'autres institutions et méthodes du droit du travail font l'objet de critiques arguant de la nécessité vitale de leur soumission à l'économie.

261. - « *Etroitement dépendantes des situations et des choix tant économiques que politiques*⁸⁶⁸ », les normes travaillistes constituent une cible privilégiée de la critique économique du droit ; elles sont questionnées sur leurs liens avec les difficultés que subissent le système économique, avec un présupposé généralisé qui situe « *toute réflexion juridique dans la vassalité du discours politique et économique*⁸⁶⁹ ». Se retrouvant donc dans une position de soumission aux exigences économiques depuis les années 1990⁸⁷⁰, le droit du travail devrait se muer en droit du marché du travail⁸⁷¹. Cette nouvelle orientation de la législation travailliste corrobore les critiques de l'analyse économique du droit du travail, qui considère celui-ci comme une source de contraintes aggravant les rigidités et la segmentation du marché du travail, en fragilisant et la situation des travailleurs et la fonction protectrice du droit du travail⁸⁷². La sécurité de l'emploi accordée – notamment à travers le droit du

compenser leur subordination ou aliénation à une organisation « scientifique » du travail – le renforcement du pouvoir d'achat soutient la productivité et le taux de croissance économique. V. cette question A. Supiot, *Introduction à Bruno Trentin, La Cité du travail. La Gauche et la crise du fordisme*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2012, pp. 13-31.

⁸⁶⁶ J. Le Goff, *Petit traité de droit du travail : droit du travail et société. Les relations individuelles de travail*, Tome 1, P.U.R. 2001, p. 621.

⁸⁶⁷ Ibid.

⁸⁶⁸ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, coll. Manuel, 4^e éd. 2014, n° 12, p. 23

⁸⁶⁹ A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Dr. Soc. 1989, p. 197.

⁸⁷⁰ J. Le Goff, *Citoyenneté et subordination dans l'entreprise, un couple à problèmes*, Ergologia, n° 7, Septembre 2012, p. 154.

⁸⁷¹ V. sur cette évolution du droit du travail, T. Sachs, *Vers un droit du marché du travail*, Dossier spécial « *L'ANI à l'ombre du droit* », Sem. soc. Lamy, n° 1569, 2013, p. 9 ; G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, *Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français*, Dr. ouvr. 2014, p. 784 : un droit du marché du travail « *orienté vers une meilleure circulation et allocation de la main-d'œuvre [et] des logiques de responsabilisation des différents acteurs* ». Cette construction est calquée en quelque sorte sur le modèle du marché en tant que « *modèle d'organisation* » fondé sur « *une rhétorique économique* » (M-A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, Arch. Phil. Droit, 1995, p. 189) qui facilite la circulation de l'emploi en s'autorégulant indépendamment des règles hétéronomes. V. infra., n° 723 et s.

⁸⁷² J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013, p. 11.

licenciement – aux salariés dits « *standards* » – titulaires de contrats à plein temps et à durée indéterminée – apparaît excessive et injuste vis-à-vis des salariés « *non standards* » (*contingent workers*). C'est pour cette raison que la réglementation protectrice de l'emploi est devenue une cible privilégiée pour ceux qui voient en elle un obstacle majeur pour l'accès, d'une manière durable, des « *outsiders* » ou « travailleurs atypiques » au marché du travail⁸⁷³, et augmenterait par conséquent le taux de chômage. Sont souvent critiquées, selon cette lecture économiste, les règles de droit du travail relatives à la rupture du contrat de travail, qui rendraient plus onéreux le coût de l'embauche et du licenciement, décourageraient la mobilité en rigidifiant le marché du travail et gêneraient la compétitivité des entreprises.

Dans cette perspective, « *à la subtile synergie instaurée, au fil du temps, entre subordination du salarié et protection symbolisée par la stabilité de la relation contractuelle et la garantie de l'emploi, fait place la domination ostentatoire de l'économie, manifestée [notamment] par les grands licenciements boursiers*⁸⁷⁴ ». L'objectif affiché est de perfectionner le fonctionnement du marché du travail, qui permettrait de lutter efficacement contre le chômage, en reliant l'affaiblissement des protections à la croissance et à la création d'emploi. Ainsi, la démarche qui consiste à citer en exemple les pays ayant dérégulé leur marché du travail, accompagnant souvent les préconisations formulées par des économistes et hommes politiques, n'aspire-t-elle pas au fond, grâce à sa double dimension persuasive et normative, à devenir une source potentielle, mais perturbatrice⁸⁷⁵, du droit du travail ?

262. - L'efficacité économique du droit du travail, un remède à la crise économique.

L'évaluation de la norme travailliste selon le critère d'efficacité économique – minimisation des coûts et maximisation des profits – s'intègre parfaitement dans la logique du comparatisme d'intimidation. Elle permet d'élargir la palette des ressources argumentatives,

⁸⁷³ P. Lokiec, *Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi*, Dr. soc. 2016, p. 319. V. égal., S. Deakin, *Addressing labour market segmentation: the role of labour law*, International Labour Office, Working Paper n°. 52 OIT, 2013, disponible à l'adresse suivante: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_223702.pdf

⁸⁷⁴ J. Le Goff, *Citoyenneté et subordination dans l'entreprise, un couple à problèmes*, Ergologia, n° 7, Septembre 2012, p. 155. Pour une analyse critique des licenciements boursiers, v. P. Lokiec, *Licenciement boursier*, Dr. Soc. 2011, p. 1229 : « *L'entreprise licencie pour réduire ses coûts et, dans sa forme la plus caricaturale, pour augmenter le cours de l'action (« licencier pour gagner plus ») et ainsi améliorer sa position en Bourse* ».

⁸⁷⁵ À l'instar de l'analyse économique du droit, « *présentée comme une source d'influence du droit* », R. Encinas de Munagorri, *L'analyse économique est-elle une source du droit ?* Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation, RTD Civ. 2006, p. 505.

tant pour trouver des solutions nouvelles que pour gagner la conviction des producteurs et des destinataires des règles de droit du travail. Lorsque des difficultés économiques concernant le problème de la compétitivité des entreprises nationales sont présentées comme des effets négatifs de l'application du droit du travail, l'analyse économique comparée du droit suggère aux décideurs publics et aux acteurs du monde économique de s'inspirer des législations sociales étrangères jugées économiquement efficaces. Certains de ces arguments tirés des modèles juridiques étrangers dévoilent, en réalité, la prégnance d'un discours économique-politique sur les évolutions du travail tendant à perturber l'édifice normatif de celui-ci. Appréhender la norme travailliste à travers le prisme de l'efficacité économique revient à promouvoir un modèle procédural (pour les règles d'origine étatique) et conventionnel (pour les règles substantielles)⁸⁷⁶ jugé économiquement efficace. A l'instar du modèle américain du droit du travail⁸⁷⁷, cette évolution des sources du droit du travail coïncide avec la place croissante reconnue aux droits fondamentaux. Ces derniers sont présentés comme une alternative – économiquement efficace car expérimentée par exemple aux Etats-Unis et social car soucieuse de la protection des intérêts des salariés – aux règles de droit du licenciement pour motif économique, « *sous l'angle de la discrimination et du harcèlement*⁸⁷⁸ »⁸⁷⁹.

263. - De la connaissance à la circulation des normes « jugées » économiquement efficaces. La comparaison évaluative des droits, fondée sur l'efficacité économique, souffre de son caractère simpliste et critiquable ; elle ignore « *l'une des exigences élémentaires de la méthode comparative en droit [qui consiste à dire] qu'une règle, une institution ou une notion*

⁸⁷⁶ J. Barthélémy et G. Cette, Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, La documentation française, 2013 ; des mêmes auteurs, Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique, Conseil d'analyses économiques, éd. La documentation française. 2010 ; pour une comparaison dissuasive appelant à imiter le modèle allemand de négociation collective, v. J. Barthelemy et G. Cette, Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel, Revue française d'économie 2010, pp. 137-165.

⁸⁷⁷ X. Blanc-Jouvan, La négociation collective d'entreprise : l'expérience des États-Unis, Dr. Soc. 1990, p. 638 ; du même auteur, L'entreprise et le droit du travail: l'exemple du droit américain, Dr. Soc. 2005, p. 152.

⁸⁷⁸ Pour une lecture critique de cette approche, v. F. Gaudu, *Des illusions des juristes aux illusions scientifiques*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 101, qui parle d'une « *obsession de la discrimination* », p. 109 et s.

⁸⁷⁹ « Au nom de l'emploi, les réformes des législations du licenciement marquent un renforcement conséquent du pouvoir de l'employeur et une volonté d'atténuer le contrôle, notamment judiciaire, de l'exercice de ce pouvoir. Le droit du travail s'oriente ainsi vers un droit des discriminations, qui font figure de dernières limites au pouvoir de l'employeur. Cette orientation politique n'est, la plupart du temps, pas assumée et est masquée par des argumentaires économiques, pourtant contestés, et par un recours circulaire au droit comparé (Chaque gouvernement trouve dans un autre pays une réforme récente lui permettant de justifier une réforme en cours) », S. Laulom, La fragilisation du droit du licenciement : approche comparée, Dr. soc. 2016, p. 499, spéc., p. 501.

*ne doit jamais être isolée du système auquel elle appartient*⁸⁸⁰ ». Le « *prisme circulatoire*⁸⁸¹ » des modèles juridiques, promu par un certain discours politique et économique sur le droit du travail⁸⁸², assigne au critère d'efficacité économique (préservation et création de l'emploi) la fonction d'un vecteur de migration des modèles de réformes du droit du travail.

Le discours comparatiste propose des réformes visant à l'amélioration des effets économiques de la norme travailliste en vue de sortir de la crise. L'efficacité économique serait synonyme d'une soumission du droit à l'économique. Autrement dit, et en utilisant un vocabulaire pacifique loin des rapports dominant-dominé, le droit du travail devrait être plus « proche » de la réalité économique, et attentif aux évolutions et aux réformes menées à l'étranger. Ce sont les conditions pour obtenir le « label » d'un droit du travail économiquement efficace, et donc protecteur⁸⁸³. Dans cette perspective « *la norme juridique n'est retenue que pour ses effets attendus, son aptitude instrumentale prétendue – (cette aptitude étant elle-même, certainement surestimée)*⁸⁸⁴ ». La rhétorique de la crise économique conduit souvent, en dénonçant « l'inadaptation » du droit du travail, à une critique des fonctions et finalités intrinsèques au droit du travail français : « *le Droit du travail est en pleine période d'introspection ; certains même le somment de confesser ses péchés, dont le péché mortel par excellence : celui d'exister*⁸⁸⁵ ».

B. Le discours comparatiste et la crise du droit du travail

264. - La fonction du droit du travail questionnée⁸⁸⁶. Les arguments tirés de l'efficacité comparée des droits du travail que mobilise le discours comparatiste donnent l'impression d'être une source salvatrice, en promouvant les solutions expérimentées à l'étranger et

⁸⁸⁰ Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, in. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir), *L'efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes juridiques 2010, p. 57.

⁸⁸¹ Expression empruntée au Professeur A. Vauchez, *Le prisme circulatoire. Retour sur un leitmotiv académique*, Critique internationale, 2013/2 N° 59, p. 12.

⁸⁸² Comme en témoignent les récents débats relatifs au projet de loi Travail ; discours politique, économique et travaux préparatoire citent les récentes réformes italiennes et espagnoles du marché du travail.

⁸⁸³ E. Peskine, J. Porta, T. Sachs, C. Wolmark, *Protection et efficacité économique : un couple dans la crise*, in. P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Les réactions du droit du travail à la crise*, Dr. Ouvr. 2012, p. 69.

⁸⁸⁴ G. Lyon-Caen, *Un droit sans papier d'identité*, Arch. Phil. droit, n° 41, 1997, p. 189.

⁸⁸⁵ G. Lyon-Caen, *Un droit sans papier d'identité*, op. cit., p. 181.

⁸⁸⁶ A. Suptiot, *Pourquoi un droit du travail ?* Dr. Soc. 1990, p.485.

transposables au système juridique national. L'instrumentalisation de la comparaison est d'autant plus redoutable dans le cas du droit du travail, car, celui-ci est viscéralement lié aux fluctuations de l'économique et des choix des alternances politiques⁸⁸⁷. Confrontée à des nouveaux défis – globalisation économique et concurrence des législations nationales – qui renouvellent profondément ses fonctions, la législation travailliste est dans une démarche d'introspection sur sa propre identité : « *Le Droit du travail est en pleine période d'introspection ; certains même le somment de confesser ses péchés, dont le péché mortel par excellence : celui d'exister. Le moment est donc propice pour réfléchir à son identité, à sa place au sein des diverses branches du Droit, à son appartenance à la sphère publique ou à la sphère privée –, bref à sa fonction*⁸⁸⁸ ».

265. - Relevant d'un choix dogmatique qui institue une inégalité de traitement en faveur des travailleurs subordonnés, la règle travailliste a, dans l'imaginaire normatif dominant, une vocation « génétiquement »⁸⁸⁹ protectrice. Elle est dotée d'une « *force d'interposition entre la dignité de la personne humaine et la violence de la loi du marché*⁸⁹⁰ ». Marque de la pluralité et de la diversité de ses fonctions, le droit du travail, au-delà de « *compenser l'inégalité économique employeur-salarié en créant une inégalité juridique*⁸⁹¹ » au profit du salarié, institue, organise et fixe aussi les termes de l'échange au sein du marché du travail⁸⁹², et partant régule la concurrence entre entreprise⁸⁹³. La compréhension de la spécificité⁸⁹⁴ du droit du travail ne peut donc être achevée sans un passage obligé par la thèse de « *l'ambivalence du droit du travail dans son rapport au capitalisme*⁸⁹⁵ »⁸⁹⁶.

⁸⁸⁷ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, coll. Manuel, 4^e éd. 2014, n° 2, p.15.

⁸⁸⁸ G. Lyon-Caen, *Un droit sans papier d'identité*, op. cit., p. 181. Souligné par nous.

⁸⁸⁹ J. Barthélemy et G. Cette, *Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel*, *Revue française d'économie* 2010, p. 156.

⁸⁹⁰ J.-E. Ray, *Droit du travail. Droit vivant* 2013/2014, op. cit., n° 21, p. 21.

⁸⁹¹ Ibid.

⁸⁹² F. Gaudu, *L'organisation juridique du marché du travail*, *Dr. Soc.* 1992, p. 941.

⁸⁹³ M. Rigaux, *Droit du travail et droit de la concurrence sociale ? Essai sur un droit de la dignité de l'homme au travail (re)mis en cause*, Bruylant 2009, v. spéc., pp. 37-59.

⁸⁹⁴ B. Teyssié, J.-F. Cesaro, A. Martinon, *Droit du travail – Relations individuelles*, LexisNexis, coll. Manuel, 3^e éd, 2014, p. 61 et s.

⁸⁹⁵ Pour une présentation de cette thèse, v. A. Jeammaud, *Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 15, spéc., pp. 17-26.

⁸⁹⁶ « Le rôle éminent que le [droit du travail] joue dans la constitution et la sauvegarde des intérêts capitalistes de production commande de relativiser son intérêt pour les travailleurs, mais n'autorise pas à le nier », A.

266. - Conflit. Le droit du travail remplit plusieurs missions. Il est à la fois le creuset d'une mission humaniste et protectrice, pour que les relations de travail « *civilisées*⁸⁹⁷ » restent humainement acceptables, la matrice de l'organisation capitaliste du travail, et enfin un instrument de médiation entre une pluralité d'intérêts. Selon le Professeur Alain Supiot, c'est sa finalité protectrice qui devrait le plus être mise en valeur : « *Protection, ambivalence* [un droit du travail au service des salariés mais aussi des employeurs], *équilibre* [entre l'économique et le social, la sécurité et la liberté, l'efficacité et l'équité, l'individuel et le collectif...] : *notions bien utiles. Surtout la première qui est en vérité la seule à avoir une valeur distinctive pour le droit du travail, puisque les deux autres – ambivalence et équilibre – peuvent s'appliquer à n'importe quelle branche du droit, et nous apprennent donc seulement que le droit du travail est bien partie intégrante du droit*⁸⁹⁸ ». Mais, depuis quelques décennies (années 1980)⁸⁹⁹, le droit du travail s'est retrouvé « *dans « l'œil du cyclone » des discours sur l'innovation sociale*⁹⁰⁰ » et sur la quête de compétitivité. Priorité est donnée à « l'économique » chargé de dicter les missions et la manière de produire les règles de droit du travail.

267. - Les termes du débat posés par le discours comparatiste sont clairs, comme l'a très justement constaté le Professeur Pascal Lokiec : « *la place aujourd'hui occupée par l'argument économique paraît de prime abord menacer la dimension sociale du droit et l'ensemble des institutions qui la servent, à commencer par le droit social*⁹⁰¹ ». Cette hiérarchisation des finalités du droit du travail, consommée et institutionnalisée par plusieurs réformes successives, facilite d'une certaine manière la réception de l'argument comparatiste.

Jeammaud, Les fonctions du droit du travail, in. A. Jeammaud, A. Roudil, F. Collin, R. Dhoquois, P.-H. Goutierre, G. Lyon-Caen, Le Droit capitaliste du travail, Grenoble, PUG, 1980, p. 254. Avatar du capitalisme, le droit du travail a, selon Gérard Lyon-Caen, « *pour seul fondement la liberté contractuelle : la liberté du travail conduit ainsi à la libre exploitation du travail humain* », G. Lyon-Caen, *Les fondements historiques et rationnels du droit du travail*, Dr. ouvr. 1951, p. 1. « *Le droit social régule l'économie. Le droit du travail – droit de protection du salarié – n'ignore pas les intérêts économiques de l'entreprise. Il est aussi un mode d'organisation des activités et de régulation de la concurrence* », A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat, 9^{ème} éd. 2014, p. 22, n° 28.

⁸⁹⁷ « C'est-à-dire d'y substituer des rapports de droit aux rapports de force », A. Supiot, *Pourquoi un droit du travail ?* op. cit., p. 847.

⁸⁹⁸ A. Supiot, *Pourquoi un droit du travail*, op. cit., p.486. Souligné par nous.

⁸⁹⁹ V. Forest, M. Julien, *Analyse du discours patronal sur la flexibilité. Une lecture juridique et économique*, in. E. Mazuyer (dir), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, op. cit.

⁹⁰⁰ A. Roudil, *Flexibilité de l'emploi et droit du travail : « la beauté du diable »*, Dr. Soc. 1985, p. 84.

⁹⁰¹ P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, Tome 1. PUF, coll. Thémis 2011, n° 62, p. 65.

En effet, la prédominance de la fonction économique, en période de crise, et la « *politique du tout pour l'emploi*⁹⁰² », ne peuvent être qu'un terreau fertile pour le développement d'une logique d'« *exemplification* » des prétendus modèles étrangers, où se profile en toile de fond l'idée d'une concurrence normative des systèmes juridiques. Les références opportunistes et sélectives aux législations étrangères, se contentant de présumer leur impact économique positif sur la croissance et le plein emploi sans d'ailleurs le démontrer scientifiquement⁹⁰³, méconnaissent les règles les plus rudimentaires de la comparaison internationale. La méconnaissance constitue le propre du comparatisme d'intimidation mobilisé par le discours comparatiste dominant.

La mise en ordre hiérarchique des finalités du droit du travail, en faveur de l'économique, est ainsi propice au déploiement d'une pratique « *sauvage et barbare*⁹⁰⁴ » du droit comparé. Celle-ci est largement suivie par les récentes lois réformatrices enregistrant une régression des protections des salariés.

268. - Les lois du travail forment-elles toujours un droit progressiste ? La priorité affichée, et promue par les réformes successives du droit du travail, des normes conventionnelles, confirme le doute qui plane depuis quelques décennies sur la nature progressiste du droit du travail. Illustrent ce propos les dispositions relatives, notamment, au contingent d'heures supplémentaires⁹⁰⁵ et à l'aménagement du temps de travail, qui reflètent la volonté du législateur de privilégier la norme conventionnelle, surtout celle issue de la négociation d'entreprise⁹⁰⁶ ; le phénomène témoigne d'une « *montée en puissance de la*

⁹⁰² J. Mouly, *Droit du travail*, Bréal, coll. Lexifac Droit, 7^e éd. 2014, p. 14.

⁹⁰³ V. sur cette question les travaux du Professeur anglais Simon Deakin, notamment, S. Deakin, J. Malmberg, P. Sarkar, *Droit du travail, chômage et part salariale: l'expérience de six pays de l'OCDE, 1970-2010*, Revue internationale du Travail (OIT), vol. 153, 2014 n° 1, p. 1 ; S. Deakin et F. Wilkinson, *Marchés du travail, crise financière et réforme: projet d'agenda pour une politique du travail*, in. C. Didry et A. Koukiadaki (dir), *Droit et conflits du travail dans l'Angleterre du New Labour; L'homme et la société. Revue internationale de recherches et de synthèses en sciences sociales*, L'Harmattan n° 182(4) 2011, p. 46.

⁹⁰⁴ Qualificatifs utilisés par le Professeur Alain Supiot lors d'une émission sur France Culture, Les Matins, 23 mai 2013 : « *La mondialisation se fait-elle au détriment de l'Etat providence ?* ». Consultable à l'adresse suivante : <http://www.franceculture.fr/emission-l-invite-des-matins-alain-supiot-2013-05-23>

⁹⁰⁵ C. trav., art. L. 3121-11.

⁹⁰⁶ La situation énoncée par l'article L. 2251-1 du Code du travail - « *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* » - est, depuis 1982, largement concurrencée par une négociation dérogatoire, d'entreprise ou de branche.

*supplétivité*⁹⁰⁷ » en droit du travail. La règle étatique se mue en source supplétive du droit du travail en dépassant la technique de dérogação⁹⁰⁸. Cet engouement pour une décentralisation désorganisée de la négociation collective affecte également le caractère progressiste du droit conventionnel⁹⁰⁹ du travail⁹¹⁰. La supplétivité est érigée en mode privilégié d'articulation des normes élaborées par les différents acteurs du droit du travail en faveur de la norme conventionnelle d'entreprise⁹¹¹ ; la convention de branche ne s'appliquera donc qu'à défaut d'accord d'entreprise. L'ambition d'une telle vision de la régulation conventionnelle des relations de travail, témoigne, à l'instar des évolutions récentes du droit du travail italien, « *d'un dessein redoutable, sans doute non déterminé par la crise [économique], mais largement concomitant à celle-ci : celui de gouverner l'ensemble du droit des relations professionnelles par l'entreprise*⁹¹² ». La mise en application progressive, depuis la loi Fillon du 4 mai 2004⁹¹³ ouvrant notamment aux accords d'entreprise de déroger *in pejus* aux accords de branche⁹¹⁴, de ce mode d'agencement des normes conventionnelles inverse la hiérarchie des normes conventionnelles travaillistes au détriment du principe de faveur⁹¹⁵.

⁹⁰⁷ F. Canut, L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles – à propos du projet de loi Travail, Dr. soc. 2016, p. 519.

⁹⁰⁸ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, coll. Manuel, 4^e éd. 2014, n° 199, p.150.

⁹⁰⁹ D'une manière générale, la négociation collective, traditionnellement considérée comme un outil d'amélioration du sort des salariés (négociation *in melius*), s'est transformée en instrument d'organisation et de gestion de l'entreprise (B. Teyssié, J.-F. Cesaro, A. Martinon, *Droit du travail. Relations individuelles*, op. cit., n° 110, p. 59).

⁹¹⁰ M. Poirier, Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective reflet des finalités du droit du travail, Dr. ouvr. 2013, p. 78 ; du même auteur, Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective vecteur d'altération en droit du travail, Dr. ouvr. 2013, p. 250.

⁹¹¹ « Au nom de l'adaptation de la norme légale aux spécificités de l'entreprise, la loi renonce à l'intangibilité, acceptant de n'être que norme supplétive », B. Teyssié, De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail, JCP S., n° 18-19, 6 Mai 2014, 1180.

⁹¹² Th. Pasquier, La négociation collective en temps de crise : l'exemple des accords Fiat, in. P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), Les réactions du droit du travail à la crise, Dr. Ouvr. 2012, p. 115.

⁹¹³ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

⁹¹⁴ À condition de respecter : le principe majoritaire imposé depuis la loi du 4 mai 2004 (art. L. 2231-9 du Code du travail) - renforcé par la loi du 20 août 2008 sur la rénovation de la démocratie sociale -, certains domaines préservés par la loi (salaire minimum, classification, prévoyance et mutualisation de la formation professionnelle), et les clauses de glaciation ou de fermeture insérées dans les conventions de branche pour sanctuarisation certains thèmes de négociation.

⁹¹⁵ Principe érigé par la jurisprudence en principe général du droit du travail (Avis du CE, ass. gén. 22 mars 1973, DO 1973, 190 ; Cass. Soc., 17 juillet 1996, Dr. Soc. 1996, p. 1049, note Jean Savatier), mais qui n'a pas de valeur constitutionnelle (C. Const. 29 avril 2004, D. n° 2004-494, JO 5 mai 2004, p. 7998 : cette décision du 29 avril 2004, ayant refusé de « *constitutionnaliser le principe de faveur, [elle] valide un niveau de négociation – les entreprises –, où les syndicats sont les plus faibles et où par conséquent les déroérations autorisées ont le plus de « chance » d'être défavorables aux salariés [...], [affaiblissant] le rôle protecteur et unificateur de la loi en abandonnant à ces accords d'entreprises la détermination correcte du droit du travail* », D. Rousseau, *Droit du*

269. - Une fonction protectrice en retrait. D'un vecteur traditionnellement favorable à l'amélioration du minimum légal⁹¹⁶ – fonction progressiste du droit conventionnel –, la convention collective devient un outil de flexibilisation et de gestion des entreprises et souvent l'expression d'une « *négociation de concession* ». Droit d'origine étatique (en retrait) et droit conventionnel (ayant abdiqué sa mission de progrès social) concourent donc à un affaiblissement de la fonction protectrice du droit du travail, sous prétexte de rendre ce dernier en adéquation aux exigences de compétitivité et de plein emploi. Entre un « *droit d'inégalité*⁹¹⁷ », au profit des salariés, et un droit tributaire et au service de l'économie, trouver un équilibre est, souvent, une tâche délicate qui devrait passer l'organisation d'une cohabitation harmonieuse entre l'utile et le juste⁹¹⁸. Les écueils devant une telle ambition sont nombreux ; en l'état actuel des choses c'est le déséquilibre qui est à l'œuvre entre ces deux impératifs. Encore une fois, la conception actuelle de la norme travailliste consolide la thèse de l'« *irréductible ambivalence*⁹¹⁹ » de la finalité du droit du travail.

270. - Le discours comparatiste au service de la priorité de la fonction économique du droit du travail. Les discours tenus à l'égard du droit du travail – droit inadapté, responsable des crises économiques, rigidifiant le marché du travail, instable, imprévisible, générateur de surcoût financier...etc.– s'avèrent redoutables lorsqu'ils convoquent les performances économiques enregistrées à l'étranger qui seraient le fruit des réformes libérales de la législation du travail. En revanche, l'utilité économique du droit du travail – par exemple en tant que partie intégrante des amortisseurs sociaux en temps de crises qui appellerait le renforcement des acquis de cette branche du droit – reste un discours minoritaire et insuffisamment mobilisé dans le débat public⁹²⁰. Les injonctions de la Commission européenne, sous forme de recommandations annuelles en matière sociale en faveur de plus de flexibilité ou de « flexicurité »⁹²¹, le retrait de l'Etat et la prégnance d'un discours

contentieux constitutionnel, LGDJ, coll. Précis Domat, 10^e éd., 2013, n° 571 p. 517. Souligné par nous).

⁹¹⁶ M. Poirier, *Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective reflet des finalités du droit du travail*, op. cit.

⁹¹⁷ J. Mouly, *Droit du travail*, Bréal, coll. Lexifac Droit, 7^e éd. 2014, p. 10.

⁹¹⁸ A. Martinon *L'utile en droit du travail*, in. B. Teyssié (dir), *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 21.

⁹¹⁹ A. Supiot, *Pourquoi un droit du travail ?*, op. cit., p. 488.

⁹²⁰ A. Lyon-Caen, *Intervention EU Labour Lawopening session*, conférence organisée par les services de la Commission européenne, 21 octobre 2013, consultable à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/avservices/video/player.cfm?ref=I082772>

⁹²¹ Celles intégrées au processus de la Méthode Ouverte de Coordination, v. supra., n° 166 et s., *infra*, 668 et s.

économique – proposant une nouvelle acception de la fonction protectrice du droit du travail⁹²² – traduisent la supériorité de la finalité économique sur la finalité sociale du droit du travail⁹²³. Les évolutions actuelles⁹²⁴ se prononcent en faveur d'une lecture économique à travers des principes marchands du droit du travail.

271. - La raison d'existence du droit du travail – protection des salariés⁹²⁵ – est donc repensée à l'aune des analyses économiques comparées (animée par l'obsession économique et la tentation du comparatisme⁹²⁶). Celles-ci considèrent que le droit du travail est davantage tourné vers la protection des droits des salariés ; la sauvegarde de intérêts des entreprises, pourtant vitaux pour la prospérité de l'activité économique, serait insuffisamment prise en compte. Cette situation serait à l'opposé de ce qui se passe dans certains pays industrialisés (Etats-Unis) dont le droit du travail serait essentiellement un droit de l'entreprise, fait par l'entreprise pour l'entreprise⁹²⁷ ; la défense des intérêts des salariés passerait par la promotion de ceux des entreprises. Les études comparatives confirment pourtant l'utilité économique du droit du travail. Des chercheurs démontrent, dans une étude comparative portant sur six pays de l'OCDE (Allemagne, Etats-Unis, France, Japon, Royaume-Uni et Suède) entre 1970 et 2010, que « *la législation protectrice des travailleurs n'est pas associée de façon*

⁹²² J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyses économiques, La documentation française. 2010, p. 32 : « Protéger la fonction protectrice du droit du travail, inhérente au caractère déséquilibré de la relation contractuelle. Mais sans altérer cette fonction, on peut mieux concilier objectifs économiques et exigences sociales. Cela implique de modifier la nature des règles protectrices, en faisant en sorte qu'elles soient prioritairement d'essence contractuelle », pour éviter, entre autres selon ces auteurs, que les rigidités imposées par le droit du travail ne débouchent sur son ineffectivité totale.

⁹²³ A. Jeammaud, *Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, op. cit. Paul Durand constatait au début des années 1940 que le droit du travail « cesse d'avoir une finalité sociale pour devenir un moyen d'action économique », P. Durand, *Une nouvelle orientation du droit du travail. L'ordre économique et le droit du travail*, D. 1941, p. 31 ; Cette ambivalence [droit protecteur/droit avatar du capitalisme] est également l'un des paradoxes du droit du travail : « Le paradoxe ne réduit pas la distance qui sépare deux thèses ou deux forces ; il ne les réunit pas, il les fait vivre l'une et l'autre dans leur altérité », Ph. Waquet, *Le droit du travail : un droit paradoxal*, in. Ph. Waquet (dir.), *13 paradoxes en droit du travail*, Sem. soc. Lamy., supp. n° 1508, 2011, p. 8

⁹²⁴ Par ex. la contractualisation et la fondamentalisation du droit du travail. Sur cette question (J. Barthélémy, *Evolution du droit social. Une tendance à la contractualisation, mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur*, Lamy, coll. Axe Droit, 2010).

⁹²⁵ A. Supiot, *Pourquoi un droit du travail ?* op. cit.

⁹²⁶ V. sur ce couple d'arguments toujours présent dans les débats sur les réformes du droit du travail, P. Lokiec, *Suspendre les seuils sociaux, à quoi bon ?* Sem. soc. Lamy, n° 1643, 2014, p. 11 ; du même auteur, *Avis de tempête sur le droit du travail*, RDT 2014, p. 738.

⁹²⁷ D. Berra, préface de la thèse de Mme E. Courtois-Champenois, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise. Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain*, PUAM, 2002, p. 7.

*systématique avec le chômage, mais est corrélée positivement avec la part du travail dans le revenu national. Les dispositions relatives au temps de travail et la représentation des salariés ont des effets bénéfiques tant sur l'efficacité que sur la répartition*⁹²⁸ ».

272. - Les crises économiques récurrentes et les crispations « identitaires » du droit du travail sont aujourd'hui associées à la montée en force d'un prétexte tout aussi subversif : la complexité du droit du travail génératrice d'insécurité juridique et, partant de la faible compétitivité des entreprises françaises par rapport à leurs homologues étrangères. Ce prétexte est l'un des éléments essentiels du discours comparatiste dominant sur le droit du travail.

§ 2 : Le prétexte : la complexité du droit du travail

273. - Raffinement du discours. Au delà des préoccupations de la hiérarchie des intérêts en présence concernant la régulation des relations de travail, l'argument fondé sur la complexité croissante du droit marque un « *raffinement*⁹²⁹ » du discours sur l'inadaptation des règles actuelles du droit du travail au bon fonctionnement du marché du travail. La littérature foisonne de rapports dressant des diagnostics convergents : « *le droit du travail est doublement inefficace, en ce qu'il n'assume ni sa fonction de protection, ni sa fonction proprement économique*⁹³⁰ ». Pour cette raison, il faudrait le réformer. La critique porte sur les anomalies ou imperfections qui seraient inhérentes au droit du travail, même si au fond ces présumées lacunes vont de pair avec le fait d'utiliser ce dernier comme instrument pour redresser les difficultés du système économique au nom d'un programme de « *réformes courageuses* »⁹³¹. Un vœu est formulé : le droit du travail doit se réformer pour qu'il puisse porter dans « *sa structure même une capacité d'adaptation et d'anticipation*⁹³² ». Le recours à

⁹²⁸ S. Deakin, J. Malmberg, P. Sarkar, *Droit du travail, chômage et part salariale: l'expérience de six pays de l'OCDE, 1970-2010*, Revue internationale du Travail (OIT), vol. 153, 2014 n° 1, p. 1.

⁹²⁹ A. Lyon-Caen, Intervention EU Labour Lawopening session, op. cit.

⁹³⁰ E. Peskine, J. Porta, T. Sachs, C. Wolmark, *Protection et efficacité économique : un couple dans la crise*, in. P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Les réactions du droit du travail à la crise*, Dr. Ouvr. 2012, p. 75.

⁹³¹ « [...] la déconstruction du droit du travail, objet d'interventions législatives incessantes et source première de l'obésité (réelle) du code du travail », A. Suptiot, Pour un droit du travail digne de ce nom, Le Monde 16 octobre 2015.

⁹³² J. Barthélémy, G. Cette, Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité

la technique contractuelle⁹³³ dans la production des normes travaillistes et une éviction des juges⁹³⁴ participeraient, notamment, à garantir une prévisibilité, donc une sécurisation juridique des relations du travail et une efficacité économique⁹³⁵.

274. - Critiques. La production normative en France est souvent critiquée. La dénonciation de ses lacunes – son productivisme⁹³⁶ et son instabilité – est devenue un élément structurant des discours, toutes appartenances politiques confondues, sur la règle de droit. Le droit du travail n'échappe pas à ce phénomène. Le diagnostic est accablant : la législation travailliste souffre de plusieurs maux et excès. Le droit du travail présente des anomalies génératrices d'insécurité juridique et de charges pesant lourdement sur la compétitivité des entreprises. De surcroît, le droit du travail devient un simple outil des politiques publiques, où la succession effrénée des réformes livre l'impression que les « lois sont des pots-pourris ou plutôt des lois touche-à-tout⁹³⁷ ». Ici, encore une fois, les raccourcis – droit du travail complexe, donc inefficace – sont de plus en plus fréquents. Le discours comparatiste use de cette rhétorique pour réclamer une sécurisation du droit du travail, ou plus précisément une sécurisation des décisions patronales⁹³⁸. Il convient, tout d'abord, d'analyser les reproches adressés à l'encontre de la complexité du droit du travail (A), avant de s'intéresser, ensuite, au débat sur la simplification et la sécurisation de ce dernier, gage de son efficacité économique (B).

économique, op. cit., p. 8.

⁹³³ « Un droit moderne doit veiller à ne pas figer des situations par définition transitoires, compte tenu de l'évolution des sciences, des techniques, et des situations sociales. Les normes juridiques contraignantes doivent donc se limiter à fixer les objectifs à atteindre (obligatoires) et renvoyer les moyens à des normes techniques et aux outils du droit contractuel » A. Lambert, J.-C. Boulard, Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative, La documentation française 2013, p. 85. Rapport téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000199/0000.pdf>

⁹³⁴ P. Cahuc, S. Carcillo, *Les juges et l'économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne, Téléchargeable à l'adresse suivante :

http://www.institutmontaigne.org/res/files/publications/etude_juges_et_economie.pdf

⁹³⁵ J. Barthélémy, G. Cette, *Refondation du droit social*, op. cit.

⁹³⁶ L'utilisation du terme production n'est pas sans incidence sur la manière d'apprécier « les sources des règles de droit », et marque un glissement qui reflète l'état actuel de la législation : « *Les auteurs classiques évoquaient poétiquement les sources du droit ; avec les modernes, nous parlerons plus objectivement de ses modes de production. L'expression est intéressante en ce qu'elle suggère l'exagération qui guette : un productivisme qui mènera à l'inflation du droit* », J. Carbonnier, *Droit et passion sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 20.

⁹³⁷ G. Lyon-Caen, *Un droit sans papier d'identité*, Arch. Phil. Droit, n° 41, 1997, p. 189.

⁹³⁸ M. Poirier, A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ? Dr. ouvr. 2013, p. 240.

A. La complexité de la norme travailliste

275. - L’omniprésence de l’argument comparatiste. La complexité croissante du droit français donne, selon le Conseil d’Etat français, « *une image détériorée dans la compétition mondiale*⁹³⁹ » et nuit par conséquent à l’économie française. Archétype du modèle du droit codifié⁹⁴⁰, le droit français du travail est souvent comparé, sous le prisme de l’analyse concurrentielle des droits, au droit allemand, aux systèmes juridiques de *Common Law* – systèmes juridiques qui utilisent massivement l’outil contractuel dans la régulation des relations sociales⁹⁴¹ – pour pointer ses défauts : « *Un droit écrit trop complexe finit par perdre l’avantage comparatif dont on pourrait a priori le créditer par rapport aux systèmes de “Common Law”, dans lesquels le recours permanent aux contrats amène à s’entourer d’une assistance juridique adaptée..., nombre d’entreprises candidates à une implantation en France sont parfois découragées par la lourdeur des procédures administratives et surtout par l’instabilité du droit*⁹⁴² ».

Entretien un « *comparatisme hâtif*⁹⁴³ » favorable à la refondation du droit du travail⁹⁴⁴, la critique de la complexité du droit du travail est souvent étudiée au prisme de l’exigence de

⁹³⁹ Conseil d’État Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006 p. 277.

⁹⁴⁰ M. A. Martínez, *Le nouveau Code du travail français vu de l’étranger – Approche comparative de la codification du droit du travail. Première partie: analyse comparée des Codes du travail*, Sem. soc. Lamy, Supplément, 20 décembre 2010, n°1472, p. 127 et s.

⁹⁴¹ « Le mécanisme clé de l’adaptabilité du « modèle allemand » peut dès lors se résumer à un grand principe organisateur : la confiance. Et son corollaire : cette logique du contrat sur laquelle repose son mode de fonctionnement institutionnel », I. Bourgeois, *De la capacité de l’Allemagne à se réformer, Regards sur l’économie allemande – bulletin économique du CIRAC*, 116-117 (2015), p. 28 ; R. Lasserre, *La réforme du dialogue social en France : les enseignements de l’expérience allemande, Regards sur l’économie allemande – bulletin économique du CIRAC*, 116-117 (2015), p. 29.

⁹⁴² Conseil d’État Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006 p. 277.

⁹⁴³ S. Miara, *Méthode du législateur et prévisibilité. Peut-on espérer dans les lois de simplification ?*, in. F. Favennec-Héry (dir), *La sécurité juridique en droit du travail*, LexisNexis, coll. Actualité, 2014, p. 101

⁹⁴⁴ Un autre point commun entre le rapport sur la « refondation du droit social » [J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d’analyses économiques, La documentation française. 2010] et [les rapports : *Moderniser le code du travail. Les 44 propositions du MEDEF, 2004. – Institut de l’entreprise, Réflexions sur la simplification du droit du travail, 2004*, la commission de Virville : *Pour un Code du travail plus efficace, 2004* ; O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l’emploi et procédures de licenciement, 2003* ; P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, 2004*, auxquels on peut ajouter P. Cahuc, S. Carcillo, *Les juges et l’économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne] « *tient dans la volonté de stigmatiser la situation française au regard de celle existant dans d’autres pays* », Y. Leroy, *Un rapport de plus critiquant l’inefficacité économique du droit du travail...*, JCP S n° 12, 23 Mars 2010, act. 150.

sécurité juridique. L'instabilité et l'incertitude croissantes du droit en général, et du droit du travail en particulier, justifient cette critique. Le droit du travail serait une cause majeure de l'insécurité juridique, et par conséquent de son inefficacité économique et sociale. Les réformes incessantes de la législation travailliste et l'imprévision de l'action des juges participent au renforcement de ce sentiment d'incertitude, comme il a été justement rappelé par le Professeur Antoine Jeammaud : « *Une incertitude imputée à l'instabilité des règles juridiques, mais aussi à la teneur de nombre d'entre elles [...], génératrice d'imprévisibilité des évaluations juridiques auxquelles pourra donner lieu un procès dont le risque est censé avoir grandement augmenté* ⁹⁴⁵ ».

276. - Manifestations de la complexité du droit du travail. Le débat sur la complexité du droit du travail ne date pas d'aujourd'hui. Le Professeur Javillier y faisait déjà référence dans une perspective comparative dans un article publié en 1990 : « *Les réformes qui se succèdent de façon si rapide en Droit du travail, rendent ce dernier plus complexe, touffu, incertain que jamais* ⁹⁴⁶ ». La succession effrénée des réformes ⁹⁴⁷ et le poids croissant des considérations économiques, politiques ⁹⁴⁸ voire idéologiques, donnent l'impression que la norme travailliste « *excelle dans la complexité* ⁹⁴⁹ ». Dénoncée par les organisations patronales ⁹⁵⁰, la complexité du droit du travail, faisant partie d'un discours ancien bien rodé

⁹⁴⁵ A. Jeammaud, Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement, in. A. Jeammaud (dir.), Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 29.

⁹⁴⁶ J.-C. Javillier, Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française, Dr. soc. 1990, p. 661.

⁹⁴⁷ Contrairement aux pays anglo-saxons, traditionnellement réticents vis-à-vis du productivisme législatif, en France, exemple type de la tradition juridique de droit civil ou de droit codifié, la loi jouit d'une « *force symbolique très prégnante* », et « *il en résulte une demande sociale importante tant est ancrée la croyance selon laquelle la loi vient à bout des difficultés, qu'elle est une solution, une garantie ou, en quelque sorte, une thérapeutique* », Conseil d'Etat Rapport public 2006, *La sécurité juridique et la complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 259.

⁹⁴⁸ Au-delà de « *l'inflation législative et de la médiocrité des lois* » les sources de l'insécurité juridique tiennent également « *à la complexité des rapports économiques et sociaux eux-mêmes* », A. Mazeaud, La sécurité juridique et les décisions du juge, Dr. Soc. 2006, p. 744.

⁹⁴⁹ J.-C. Javillier, Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française, Dr. soc. 1990, p. 661.

⁹⁵⁰ Le Medef, se qualifiant d'acteur de la simplification, plaide pour un « Moins et mieux » en vue de « redonner de l'agilité à une société étouffée par la complexité en prenant le parti de la simplification systématique (priorité économique) », avec des objectifs qualitatifs (ex. sécurité juridique) et quantitatifs (ex. 2 textes supprimés pour un texte nouveau, en s'inspirant d'une pratique anglaise « one in two out »). V., <http://www.medef.com/medef-tv/dossiers/agenda/article/le-medef-acteur-de-la-simplification.html>. M. Pierre Gattaz, président du MEDEF, estime que « la simplification, pour être couronnée de succès, doit être conduite selon une méthodologie rigoureuse, en proposant à l'administration et aux parlementaires français des objectifs concrets. Pour le stock, réduire de 5% par an le volume de la législation et de la réglementation particulièrement dans les quatre domaines suivants droit du travail, fiscalité, environnement, urbanisme, et constituer un groupe *ad hoc* de fonctionnaires chargés de cette suppression », Medef, Le choc de simplification : un enjeu majeur du

de ces organisations⁹⁵¹, serait un fléau dont l'éradication est une fin en soi. Nombreuses et mal rédigées, les règles de droit du travail « *peuvent constituer une charge et être source d'irritation pour les entreprises et les particuliers*⁹⁵² ».

277. - Les témoignages de la complexité de la norme travailliste sont nombreux⁹⁵³ ; on peut citer notamment et schématiquement, l'extrême stratification de la représentation collective des salariés (pluralité des institutions représentatives et diversification des procédures de consultation, d'information et de participation)⁹⁵⁴, l'articulation entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée, les règles applicables aux différentes catégories de licenciement, la complexité des effets de seuils qui serait préjudiciables à la croissance économique et à l'emploi⁹⁵⁵, le formalisme accru⁹⁵⁶, l'interventionnisme du juge « *lorsqu'il « découvre » quelques obligations nouvelles*⁹⁵⁷ ». Si la complexification des règles juridiques gouvernant les relations de travail est tant décriée et donne une mauvaise « image sociale » de la France pour les investisseurs étrangers, dans l'idéal d' « *un code simple et court [...] l'enjeu est autant idéologique que méthodologique*⁹⁵⁸ ». Avec des lois expérimentales⁹⁵⁹, impératives, supplétives et dispositives⁹⁶⁰ ou programmatiques⁹⁶¹, la figure

Pacte de responsabilité, 09 janvier 2014, (<http://www.medef.com/medef-tv/dossiers/agenda/article/le-choc-de-simplification-un-enjeu-majeur-du-pacte-de-responsabilite.html>). Souligné par nous.

⁹⁵¹ V. Forest, M. Julien, Analyse du discours patronal sur la flexibilité. Une lecture juridique et économique, op. cit.

⁹⁵² OCDE, *Mieux légiférer en Europe : France*, 2010, p. 123. Téléchargeable à l'adresse suivante <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/45249654.pdf>

⁹⁵³ Sur cette question les exemples foisonnent. V. par ex. les rapports : M. de Virville (dir), *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministère des affaires sociales et du Travail et de la Solidarité, La Documentation Française 2004 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyses économiques, éd. La documentation française. 2010

⁹⁵⁴ Ce que d'aucuns appellent le « mille feuille social ». V. sur ce débat, F. Favennec-Héry, *Une question qui fâche : le millefeuille des IRP*, Dr soc. 2013, p. 250.

⁹⁵⁵ Par ex. l'existence d'une obligation de reclassement selon la taille de l'entreprise, v. not., sur cette question les récents débats sur les seuils sociaux autour de la proposition du Medef de suspendre les seuils sociaux, v. P. Lokiec, *Suspendre les seuils sociaux, à quoi bon ?* Sem. soc. Lamy, n° 1643, 2014, p. 1.

⁹⁵⁶ « Le formalisme et le temps coûtent beaucoup, au détriment de la production et de la compétitivité des entreprises », J.-C. Javillier, Faut-il déréglementer les relations de travail ?, D. 1995, p. 344.

⁹⁵⁷ Par ex. la contrepartie financière en matière de la clause de non concurrence, B. Teyssié, *Préface*, in. F. Favennec-Héry (dir), *La sécurité juridique en droit du travail*, LexisNexis, coll. Actualité, 2014, p. XII.

⁹⁵⁸ A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat, 9^{ème} éd. 2014, p. 41, n° 59.

⁹⁵⁹ « Plus précisément, on parlera de législation expérimentale lorsque le législateur met en place un dispositif qu'il présente lui-même comme expérimental. L'expérimentation devient une composante de la normativité », P.-Y. Verkindt, La sécurité juridique et la confection de la loi, Dr. Soc. 2006, p. 720 ; Le développement de l'expérimentation normative en France porte l'influence de la culture juridique anglo-saxonne : « [...] l'expérimentation, particulièrement dans le champ social, s'est épanouie dans les pays anglo-saxons, ce qui renforce la méfiance de certains », J. Marchand-Arvier, *Expérimenter pour bien légiférer ? Plaidoyer pour l'expérimentation sociale*, RDT 2014, p. 305 (l'expérimentation pourrait être, selon cet auteur, ulule concernant

de la loi en droit du travail est un excellent laboratoire de la technique législative dont la compréhension ne pourrait se faire « *indépendamment de leur contenu idéologique* »⁹⁶².

278. - Inflation normative. La réglementation des relations du travail tombe, selon ses détracteurs, dans l'excès et nuit aux performances économiques ; elle « *étrangle la liberté de gestion des entreprises et rabaisse le salarié au rang de mineur social...* »⁹⁶³. Le « productivisme » normatif – inflation législative ou prolifération normative...etc⁹⁶⁴. – semble également être un élément essentiel d'un certain discours doctrinal⁹⁶⁵. Paradoxe du droit du travail, la multiplication des lois de simplification concourt, elles-mêmes, à une inflation normative génératrice d'instabilité. Mais, si le phénomène d'inflation normative a, notamment, pour effet une perte de sens du droit⁹⁶⁶, où le « déferlement » de textes législatifs provoque une « *perception saccadée* » de l'évolution du droit du travail tel un « *stroboscope* »⁹⁶⁷, d'aucuns y décèlent pourtant l'existence d'une certaine logique⁹⁶⁸.

certaines sujets des plus complexes et clivants en droit du travail (ex. le contrat de travail unique, les accords de maintien de l'emploi, la réforme des institutions représentatives du personnel) : « *C'est notre conviction, d'autant plus que le droit du travail comprend désormais une nette dimension « dérogatoire », avec la place très grande consacrée aux accords d'entreprise, qui emprunte plusieurs traits à la méthode expérimentale* » - p. 308) ; v. pour un regard plus mesuré sur l'efficacité des procédures formalisées de l'expérimentation législative, P. Deumier, *Expérimenter pour bien légiférer ? De l'expérimentation législative à l'expérience du droit*, RDT 2014, p. 309 : « (...) l'expérimentation n'est pas synonyme absolu d'efficacité : ainsi, elle pourrait se révéler finalement très coûteuse en moyens matériels et humains pour un résultat soit nul, soit connu ab initio, la généralisation étant souvent acquise dès le départ » (p. 309) ; « *l'expérimentation législative se voit ramenée aux contingences politiques de la loi elle-même* » (p. 311).

⁹⁶⁰ Selon le Professeur Alain Supiot la loi dispositive est une forme « d'association des partenaires sociaux à la mise en œuvre de la loi [...] qui ouvre une faculté, laquelle ne pourra être mise en œuvre que par la voie conventionnelle. À la différence de la loi supplétive, la loi dispositive ne fixe aucune règle subsidiaire applicable au cas où la norme conventionnelle ferait défaut. Un tel mécanisme fait de la loi une norme incitative et c'est la raison pour laquelle il a été largement utilisé en matière de politique de l'emploi. Il permet en effet à l'Etat de peser sur le marché du travail tout en respectant la liberté des opérateurs intervenant sur ce marché ». A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, coll. Points, 2005, p. 246.

⁹⁶¹ A. Mazeaud, *Droit du travail*, op. cit., p. 55, n° 74 : « Pour certains, la loi devrait être programmatique, puis les acteurs sociaux devraient fixer eux seuls les moyens et les modalités de sa réalisation ».

⁹⁶² A. Mazeaud, *Droit du travail*, op. cit., p. 52, n° 71.

⁹⁶³ M. Bonnechère, Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail, *Dr. soc.* 1990, p. 40. L'auteur est critique vis-à-vis de cette lecture du droit du travail.

⁹⁶⁴ « (...) inflation, profusion des lois, fragmentation, périodisation, désunification, déstructuration, explosion, déstabilisation du droit, dispersion, prolifération, désintégration du droit, mondialisation, globalisation, « dénationalisation », décentralisation, « jurisprudentialisation » du droit, multiplication des instances de production et de gestation du droit, régulations en tout genre, complexification, amplification, spécialisation, technicisation des normes, dépopularisation, professionnalisation du droit, désinformation des citoyens, décodification des grands codes », V. Lasserre-Kiesow, *La compréhensibilité des lois à l'aube du 21^e siècle*, D. 2002. p. 1157.

⁹⁶⁵ P. Mbongo, De « l'inflation législative » comme discours doctrinal, D. 2005 p. 1300.

⁹⁶⁶ G. Borenfreund, Le droit du travail en mal de transparence ?, *Dr. Soc.* 1996, p. 461.

⁹⁶⁷ E. Dockès, *Le stroboscope législatif*, *Dr. Soc.* 2005, p. 835.

Volatile, constamment réformé et tributaire des fluctuations politiques et économique, le droit du travail dépend, « *dans une certaine mesure, de la conjoncture [et] subit une instrumentalisation dans le cadre des politiques publiques, qui ne peut qu'accroître son instabilité*⁹⁶⁹ ». Parmi les causes de cette instabilité normative du droit du travail, son intégration dans un « *vaste droit public économique*⁹⁷⁰ » est sans doute déterminante ; elle donne naissance à un « *« nouveau » droit, issu de la déréglementation, à identité mal établie*⁹⁷¹ » ne méritant pas, selon Gérard Lyon-Caen, d'être reconnu ni promu. Les liens, réels ou supposés, entre la « surproduction normative » et la complexité⁹⁷² du droit nourrissent le discours sur l'insécurité juridique du droit du travail. L'une des demandes de ce discours, largement entretenu tant par les politiques et le milieu patronal que par certains universitaires⁹⁷³, est la simplification de ce droit. L'idée centrale est de promouvoir une double démarche (foncièrement complémentaire) : quantitative, par le nombre et le surcoût, et qualitative, par sa capacité attractive et compétitive, en oubliant que « *s'interroger sur sa qualité [la loi], comme on le ferait de n'importe quel produit marchand, c'est introduire le doute sur son fondement même*⁹⁷⁴ ».

⁹⁶⁸ « Ce déferlement de textes pourrait faire croire à un dérèglement de la machine législative, à un emballement, à une folie. Il n'en est rien. Ce qui de loin semble chaotique prend tout son sens observé de plus près. Il ne s'agit pas de tremblements convulsifs, mais de raison. C'est bien au développement d'un nouvel art législatif que l'observateur du droit du travail assiste, à l'apparition d'une méthode. Et cette méthode, que l'on peut qualifier de « stroboscopique », se révèle d'une efficacité telle qu'il apparaît bien utopique de penser qu'elle n'est qu'un épiphénomène passager. [...] La méthode stroboscopique ne concerne donc pas des réformes de détail. Elle n'est ni un bégalement ni un tremblement. Elle ne se résume pas non plus à une simple technique publicitaire. Utilisée avec constance et ténacité, elle a déjà permis la destruction de pans entiers du droit du travail. Et le rythme semble toujours plus rapide ». E. Dockès, *Le stroboscope législatif*, Dr. Soc. 2005, p. 835. Cette méthode trouve parfois dans l'argument économique, qui est indissociable dans une économie globalisée de l'argument tiré de la comparaison internationale, un puissant catalyseur pour un productivisme législatif exacerbé des normes travaillistes.

⁹⁶⁹ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 24^e éd. 2008, n° 38, p. 50.

⁹⁷⁰ Selon G. Lyon-Caen, le droit du travail « *aurait dû rester un droit privé collectif* », G. Lyon-Caen, *Un droit sans papier d'identité*, op. cit., p. 190.

⁹⁷¹ G. Lyon-Caen, *Un droit sans papier d'identité*, op. cit., p. 190.

⁹⁷² Certains soutiennent que l'application des dispositions législatives et réglementaires de droit du travail sont plus lourdes, coûteuses et complexes que celles des autres branches du droit français. Or, la complexité du Code du travail tient principalement à la multiplication des dispositions offrant une variété de contrats de travail et prévoyant maintes dérogations aux règles générales (A. Jeammaud, M. Véricel, *Echos d'un colloque « Réformer le Code du travail : pourquoi faire ? »*, Sem. soc. Lamy, n° 1729, 2016, p. 5).

⁹⁷³ « *Le droit du travail n'est-il point l'un des champs disciplinaires où l'insécurité règne en maître ? Fort répandu, ce sentiment ne l'est pas nécessairement sans raison* », B. Teyssié, *Sur la sécurité juridique en droit du travail*, Dr. soc. 2006, p. 703.

⁹⁷⁴ G. Hispalis, *Pourquoi tant de loi(s) ?*, Pouvoirs, 2005/3 n° p. 115.

279. - La prolifération normative est-elle synonyme de progrès social ? La multiplication de normes de droit du travail, même si elle participe à la complexification de l'ordonnement des rapports sociaux, peut être porteuse de certains aspects positifs. Les illustrations de réglementations pouvant être considérées comme progressistes sont nombreuses. Elles expriment la volonté des acteurs du droit du travail d'améliorer la condition sociale des salariés ; tel est notamment le cas des lois sur la discrimination et le harcèlement, au compte personnel de prévention de la pénibilité⁹⁷⁵, souvent critiqué pour la complexité de sa mise en œuvre. Ainsi, la question de la complexité des normes mérite une réflexion plus approfondie, dans la mesure où certaines normes concernent des problématiques essentielles de la condition humaine et tentent de répondre à la complexité croissante des rapports se nouant au sein de notre société. si le discours critique – doctrinal, politique ou représentant des intérêts catégoriels – sur l'inflation normative est l'élément principal des débats autour de la qualité de la loi⁹⁷⁶ le coût d'un abstentionnisme normatif étatique dans la régulation des relations de travail peut se révéler, lui-aussi, socialement inacceptable.

280. - Nuance. Relativiser l'appréhension simpliste de la production normative est une démarche indispensable pour comprendre le débat sur la complexité du droit du travail ; la distinction complexité-complication en est un élément essentiel. En effet, si « *le caractère compliqué du droit est beaucoup plus critiquable car il met en cause le fonctionnement démocratique lui-même*⁹⁷⁷ », la complexité répond, en revanche, au caractère complexe de nos sociétés⁹⁷⁸ ; elle « *n'est pas le contraire de la simplicité. Le complexe n'étant pas nécessairement compliqué. Elle serait plutôt le contraire de l'unidimensionnelle, de l'unilatérale, du monisme comme dénégation du foisonnement créateur de la réalité*⁹⁷⁹ ». La question qui se pose est de savoir, au-delà des attaques répétées fondées sur la complexité

⁹⁷⁵ Créé par la Loi n° 2014-40, JO 21 janv. 2014. 1050. Le compte personnel de prévention de la pénibilité est inscrit aux articles L. 4162-1 et s. du Code du travail ; il est automatiquement ouvert en permettant aux salariés d'acquérir des droits, dès lors qu'ils sont exposés à des facteurs de pénibilité énoncés à l'article L. 4161-1 C. trav. V. not., sur cette question F. Héas, *La pénibilité, un enjeu de santé au croisement du travail et de la retraite*, Dr. Soc. 2014, p. 598.

⁹⁷⁶ P. Deumier, *Les qualités de la loi*, RTD civ. 2005, p. 93.

⁹⁷⁷ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, coll. Manuel, 4^e éd. 2014, n° 14, p.24.

⁹⁷⁸ « (...) il n'est guère réaliste de prétendre revenir à la loi portalisienne pour régir une société complexe », P. Deumier, *Les qualités de la loi*, RTD civ. 2005, p. 93.

⁹⁷⁹ J. Le Goff, *Introduction*, in. M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir), *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'Univers des normes, 2007, p. 14.

inextricable du droit du travail souvent étayées par des arguments comparatistes, comment il serait possible de « *faire autrement que de composer avec une tension inhérente : au caractère complexe de nos sociétés, lequel implique nécessairement une décroissance du degré de généralité des règles juridiques ; à leur caractère démocratique, lequel contraint les gouvernants à répondre aux demandes émanant de tout ou partie d'un corps social de plus en plus autonome et atomisé ; et à leur caractère libéral, lequel contraint les gouvernants à formaliser leurs choix dans des textes de droit*⁹⁸⁰ ».

281. - Derrière l'argument de la complexité se cachent des enjeux cruciaux tenant aussi bien à la méthode d'élaboration qu'à la teneur du droit du travail. Le discours de la simplification tenu par certains acteurs du droit du travail, qui entretient une confusion entre simplification et déréglementation⁹⁸¹ et entre simplification technique⁹⁸² et simplification politique⁹⁸³ en témoigne largement ; puisqu'il « *sert aussi, et surtout, de support idéologique, ou d'habillage, pour promouvoir un modèle alternatif de régulation des rapports sociaux dont les contours sont aujourd'hui connus : le Code définit un cadre général, simplifié, le reste est renvoyé la négociation collective*⁹⁸⁴. *Un modèle qui n'est simple qu'en apparence et touche évidemment au fond du droit*⁹⁸⁵ ». A cette ambiguïté habilement entretenue par les partisans d'un Code du travail simplifié, avec le soutien des grands médias⁹⁸⁶, entre les différentes acceptions de la simplification sert aussi à la promotion d'une certaine vision de la stabilité et de la prévisibilité des effets de la norme travailliste.

⁹⁸⁰ P. Mbongo, De « l'inflation législative » comme discours doctrinal, D. 2005, p. 1300.

⁹⁸¹ « (...) l'idée d'une possible simplification cache souvent bien mal des souhaits, non pas d'adaptation mais de déréglementation, de mise en cause du droit du travail, des principes et des valeurs qu'il porte », Ph. Auvergnon, Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail, Dr. soc. 1996, p. 598.

⁹⁸² Fort utile pour la défense des intérêts légitimes des parties aux relations de travail employeurs comme salariés.

⁹⁸³ Fortement idéologisée, appelée également modernisation du marché du travail qui est révélatrice d'un retour vers les conceptions libérales du XIX^e siècle, M. Véricel, Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ? Dr. soc. 2015, p. 833.

⁹⁸⁴ Rappelons que « *la contractualisation n'est [...] pas synonyme de simplification mais plutôt de complexification, car il faut des textes pour l'encadrer* », J.-E. Ray, *La nécessaire métamorphose du droit du travail ?*, Commentaire, n° 153, 2016, p. 129, spéc. p. 132.

⁹⁸⁵ P. Lokiec, *Les idéologues de la simplification*, Sem. soc. Lamy. 18 mai 2015, n° 1677, p. 4.

⁹⁸⁶ M. Véricel, Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?, préc.

B. La « sécurisation » du droit du travail comme remède

282. - Incertitude du droit, croissance économique et emploi. Écueil majeur pour l'anticipation des mutations économiques et sociales, l'insécurité juridique qui serait inhérente à la norme sociale française briderait le « *dynamisme des dirigeants d'entreprise, donc leur propension à embaucher*⁹⁸⁷ ». La mobilisation des comparaisons internationales⁹⁸⁸, notamment dans les débats politiques⁹⁸⁹, aboutit presque toujours au même résultat : l'épaisseur, l'instabilité, l'incertitude et l'insécurité du Code du travail français seraient, en plus d'être une source d'inefficacité économique⁹⁹⁰, une spécificité de la culture juridique française⁹⁹¹. Représentant par excellence de la culture du droit codifié, le droit français en général, et le droit du travail en particulier, constitueraient un ensemble de règles complexes, contraignantes, déconnectées des réalités économiques et surtout dotées d'une grande incertitude⁹⁹², par opposition à certains régimes réglementaires étrangers. L'incertitude du droit, légal – instable – comme jurisprudentiel – caractérisé par l'interventionnisme et l'activisme excessifs des juges⁹⁹³ –, aurait, selon cette démarche d'évaluation comparative, un impact important sur la croissance économique et les décisions d'investissements⁹⁹⁴. En

⁹⁸⁷ J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique*. Conseil d'analyses économiques, éd. La documentation française. 2010, p. 186.

⁹⁸⁸ « Il faut renforcer la veille juridique, notamment vis-à-vis des États membres de l'Union Européenne avec lesquels nous nous trouvons en concurrence directe pour la localisation des activités économiques et des investissements étrangers. Cette veille permettrait également d'enrichir nos outils et méthodes pour réaliser les études d'impact et pour maîtriser la production normative », A. Lambert, J.-C. Boulard, Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative, op cit., p. 93.

⁹⁸⁹ On songe à ces hommes politiques qui brandissent le « volumineux » Code du travail sur les plateaux de télévision, en faisant des comparaisons avec les législations travaillistes étrangères. « Ils [les mots « sécurité juridique »] sont entrés aujourd'hui dans la catégorie des slogans que les politiques répètent à l'infini », B. Teyssié, Préface, in. F. Favennec-Héry (dir), *La sécurité juridique en droit du travail*, op. cit., p. XI.

⁹⁹⁰ Y. Leroy, Un rapport de plus critiquant l'inefficacité économique du droit du travail..., JCP S n° 12, 23 Mars 2010, act. 150.

⁹⁹¹ Or, « [...] il reste que chaque système juridique, comme de relations de travail et de relations professionnelles, participe à sa façon de la sécurité, et de l'insécurité juridique aussi. La question de la sécurité juridique, comme de l'évolution de la jurisprudence, est toujours façonnée par l'histoire du pays. Nul doute que la culture juridique participe de la culture tout court », J.-C. Javillier, *Mutation du monde du travail et sécurité juridique*, in. F. Favennec-Héry (dir), *La sécurité juridique en droit du travail*, op. cit., p. 93.

⁹⁹² « Ce n'est plus seulement en tant que source de coûts et de contraintes que le droit du travail est fustigé, mais aussi comme facteur d'incertitudes empêchant les employeurs de prendre des décisions économiquement et socialement efficaces. Cette critique à double détente place au cœur de l'analyse le respect des anticipations des acteurs, notamment celles des employeurs », T. Sachs, *La sécurité juridique en droit du travail*, in. B. Deffains, C. Kessedjan (dir), *Index de la sécurité juridique (ISJ)*. Rapport pour la Fondation pour le droit continental, op. cit., p. 19.

⁹⁹³ M. Grévy, P. Henriot, *Le juge, ce gêneur...*, RDT 2013, p. 173.

⁹⁹⁴ A. Raynourd, A.-J. Kerhuel, *L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente*, D. 2010, p.

d'autres termes, les institutions et règles juridiques joueraient un rôle direct sur le développement économique ; à leur complexité – incertitude ou insécurité –, qui nuirait à ce dernier, il faudrait que le cadre juridique régissant les relations de travail soit sécurisé⁹⁹⁵.

283. - La sécurisation juridique des relations de travail. La sécurisation du droit du travail passe par la simplification⁹⁹⁶ du droit du travail pour accéder au label d'un droit du travail économiquement efficace : « *La simplification étant source d'efficacité économique, il convient d'éviter les complexités qui ne s'imposent pas au regard des droits fondamentaux et des libertés individuelles et collectives* ⁹⁹⁷ ». Les complexités accumulées au fil des années et des réformes doivent être revisitées et simplifiées ; elles seraient attentatoires aux droits de ceux qu'elles sont censées protéger, en l'occurrence, les salariés – voire les chômeurs⁹⁹⁸ – et l'activité économique. Sur la base de ce diagnostic, la sécurisation juridique des relations de travail serait à même de préserver les dimensions sociale et économique des règles de droit du travail. L'argument central de la sécurisation du droit du travail est donc fondé sur la part de l'environnement juridique dans la sauvegarde et l'amélioration de la compétitivité des entreprises. Cette dernière serait une garantie pour la création des emplois : la sécurisation de l'emploi reposerait, selon l'idée répandue chez les économistes d'obédience orthodoxe et certains acteurs politiques, « *sur la sécurité juridique dont peuvent se prévaloir les employeurs* ⁹⁹⁹ », tout particulièrement, en matière de licenciement. Mais une question

2928.

⁹⁹⁵ V. sur la réception de l'exigence de sécurité juridique comme traduction de l'influence des considérations économiques en droit, T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, op. cit., p. 358. « *la sécurité juridique est un des éléments de l'attractivité économique. En effet, les besoins de stabilité et de prévisibilité des entreprises se sont intensifiés à l'heure de la mondialisation des échanges accompagnée d'une concurrence accrue. « Savoir et prévoir » sont devenus des impératifs majeurs, et l'évaluation du risque –notamment contentieux- fait partie des paramètres de toute décision économique* », J.-F. DUBOS (Président de la Fondation pour le droit continental), Avant propos, in. B. Deffains, C. Kessedjan (dir), *Index de la sécurité juridique (ISJ). Rapport pour la Fondation pour le droit continental*, op. cit.

⁹⁹⁶ Sur les limites de la contribution des lois de simplification à la compétitivité, v. S. Miara, *Méthode du législateur et prévisibilité. Peut-on espérer dans les lois de simplification ?*, in. F. Favennec-Héry (dir), *La sécurité juridique en droit du travail*, op. cit., p. 99.

⁹⁹⁷ J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, op. cit., p. 51.

⁹⁹⁸ « (...) toute disposition protectrice des salariés a [...] un effet néfaste pour les chômeurs. Des droits des uns procéderait le chômage des autres (v. not. O. Blanchard et J. Tirole, op. cit. ; P. Cahuc et F. Kramarz, op. cit. ; J. Barthélémy et G. Cette, op. cit.). Cette vulgate économique est tellement rebattue qu'elle en devient un leitmotiv politique et une évidence, y compris pour une partie de la doctrine juridique », J. Icard, *Une lecture économique du projet de loi Travail*, op. cit.

⁹⁹⁹ T. Sachs, *La sécurité juridique en droit du travail*, in. B. Deffains, C. Kessedjan (dir), *Index de la sécurité juridique (ISJ). Rapport pour la Fondation pour le droit continental*, op. cit., p. 23.

essentielle s'impose : comment concilier la sécurité des prévisions légitimes des destinataires de la norme, condition nécessaire à tout système de régulation des relations sociales, et la flexibilité de la norme, qualité qui serait essentielle pour répondre aux mutations des rapports sociaux ? Trouver un équilibre entre ces deux contraintes est la somme de choix et d'arbitrages fondamentaux, fonction des valeurs protégées par le système juridique ; c'est ce que Madame Mireille Delmas-Marty appelle « *la validité axiologique*¹⁰⁰⁰ » ; celle-ci serait en droit du travail la synthèse de la finalité sociale et économique de ce dernier. Le débat sur la refondation du Code du travail est aujourd'hui le théâtre d'une tension entre ces deux valeurs. La confrontation revient à penser la fonction sociale au prisme de l'efficacité économique ; la réalisation de la seconde impliquerait une atteinte des objectifs de la première (protection de l'emploi¹⁰⁰¹).

284. - Sécurisation du droit du travail : prévisibilité et efficacité de la norme. Pour répondre à la complexité du droit du travail¹⁰⁰², plusieurs études et rapports insistent sur le respect de l'exigence de sécurité juridique¹⁰⁰³ en matière de législation de protection de l'emploi. Parmi les diverses critiques adressées au droit du travail, tant légal que

¹⁰⁰⁰ M. Delmas-Marty, Préface. La tragédie des trois C, in. M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir), Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant, op. cit., p. 7.

¹⁰⁰¹ E. Peskine, J. Porta, T. Sachs, C. Wolmark, *Protection et efficacité économique : un couple dans la crise*, in. P. Lokiec, S. Robin-Olivier (dir), *Les réactions du droit du travail à la crise*, Dr. Ouvr. 2012, p. 69.

¹⁰⁰² J. Le Goff, Le droit du travail, terre d'élection de la complexité, op. cit.

¹⁰⁰³ D'une manière générale, le succès contemporain du débat sur la sécurité juridique interroge également sur la normativité de la règle de droit. Celle-ci est censée être dotée d'une grande prévisibilité, car le droit en général est un ensemble de normes ayant pour objectif premier la recherche de maîtrise de la réalité avec une stabilité des rapports qui se nouent entre les hommes. Les destinataires de la règle de droit ont besoin de garanties en termes de clarté, de précision et de stabilité temporelle, sinon le droit deviendrait tout simplement inefficace, voire dans certains cas, arbitraire. La sécurité juridique suppose, selon Madame Mireille Delmas-Marty, « *à travers l'accessibilité de la norme et la stabilité des situations juridiques, la prévisibilité des systèmes de droit* », M. Delmas-Marty, Préface. La tragédie des trois C, in. M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir), Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant, op. cit., p. 7. Si « *les facteurs* » d'inflation normative ou de complexification des normes « *ne sont pas tous maîtrisables* » selon le Conseil d'Etat, les réponses à l'insécurité juridique devraient revêtir une dimension plus globale, car « *Les exigences de sécurité juridique et d'efficacité économique rendent, en revanche, nécessaire l'élimination des dérives qui disqualifient la loi et le législateur, et menacent la cohésion sociale* », Conseil d'Etat Rapport public 2006, *La sécurité juridique et la complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 299. « *Produit d'importation issu pour l'essentiel du droit allemand, transitant par le droit communautaire [(CJCE, SNUPAT, 22 mars 1961 et CJCE, Bosch, 14 juillet 1972) et par le droit du Conseil de l'Europe (CEDH, Marcks c. Belgique, 13 juin 1979), le principe de sécurité juridique bénéficie aujourd'hui d'une large faveur en droit français [CE, KMPG, 24 mars 2006]* » (B. Mathieu, La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant « *made in France* » (à propos des décisions 99-421 DC et 99-422 DC du Conseil constitutionnel), D. 2000, n° 4, p. VII) ; il est actuellement l'un des piliers (« *Principe matriciel de sécurité juridique* », P. Sargos, *Les sept piliers de la sagesse du droit*, JCP G, 2015, n° 1-2, 12 Janvier 2015, doct. 34, n° 18 et s.) du « *droit de la norme ou d'un droit sur le droit* » (L'expression est empruntée au Professeur Pascale Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 191, dont l'intitulé de sa deuxième partie est : « *Le droit des normes* »).

jurisprudentiel, le manque de prévisibilité figure en bonne place. En effet, la stabilité et l'efficacité de la norme découlent nécessairement de sa prévisibilité. Celle-ci implique une accessibilité et une certaine stabilité de la norme, une sécurité juridique raisonnable¹⁰⁰⁴. Pour la doctrine juridique, le standard du raisonnable est « *le pivot de la sécurité juridique* » ; il « *rend justice aux évolutions modernes de la régulation juridique qui, au lieu de s'appuyer sur des règles substantielles, qui s'imposent au sujet de droit,* » privilégie les règles procédurales et l'organisation du dialogue entre les destinataires de la norme¹⁰⁰⁵. Le retrait de la place accordée aux règles substantielles au sein des normes étatiques au profit de la procéduralisation de ces dernières anime également l'influente littérature économique sur le droit du travail¹⁰⁰⁶ plaidant pour une sécurisation du droit du travail. La lutte contre l'incertitude en droit du travail emprunte aussi la voie de l'éviction du juge et l'affaiblissement de la législation protectrice de l'emploi¹⁰⁰⁷. La doctrine économique orthodoxe, et une partie de la doctrine travailliste, plaident ainsi à l'aide de l'argument comparatiste¹⁰⁰⁸ pour un abstentionnisme étatique en faveur du droit conventionnel¹⁰⁰⁹, pour

¹⁰⁰⁴ « La Fondation [pour le droit continental] est d'avis qu'une sécurité juridique raisonnée n'est ni synonyme d'immobilisme, ni équivalente à l'absence de toute contrainte législative ou réglementaire, voire d'une contrainte minimale », J.-F. DUBOS (Président de la Fondation pour le droit continental), Avant propos, in. B. Deffains, C. Kessedjan (dir), Index de la sécurité juridique (ISJ), op. cit.

¹⁰⁰⁵ V. sur ce consensus au sein de la doctrine juridique (doctrine universitaire et judiciaire, nationale et européenne), T. Sachs, *La sécurité juridique en droit du travail*, op. cit., p. 19, n° 29 et s. : « *Dans cette quête d'un équilibre entre fixité et flexibilité, certitude et indécision, la doctrine, comme les juges, se tourne vers le standard du raisonnable* ». V. d'une manière générale sur le raisonnable en droit du travail, P.-Y. Verkindt, *Le raisonnable en droit du travail*, in. B. Teyssié (dir), *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 43.

¹⁰⁰⁶ J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, op. cit., p. 352 et s.

¹⁰⁰⁷ V. not. P. Cahuc, Pour une meilleure protection de l'emploi, rapport au Centre d'organisation économique, CCIP, 2003 ; O. Blanchard, J. Tirole, Protection de l'emploi et procédures de licenciement, Protection de l'emploi et procédures de licenciement, op. cit.

¹⁰⁰⁸ Par ex. en matière de législation de protection de l'emploi, l'évaluation comparative des performances françaises avec celles des autres pays industrialisés permet, selon l'économiste Pierre Cahuc, de conclure qu'aucun « élément empirique n'indique que la réglementation de la protection de l'emploi soit favorable à l'emploi. Tous les éléments convergent au contraire pour indiquer que la protection de l'emploi est plutôt défavorable à l'emploi », P. Cahuc, Pour une meilleure protection de l'emploi, rapport au Centre d'organisation économique, CCIP, 2003, p. 22 ; V. égal., du même auteur, *Droit du travail et emploi : que faire ?* Dr. soc. 2016, p. 336.

¹⁰⁰⁹ Particulièrement en faveur des accords d'entreprise, v. not. J. Barthélémy et G. Cette, *Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel*, Dr. soc. 2006, p. 24. Plus généralement, la promotion de la technique contractuelle, à l'instar de ce qui se fait dans les pays anglo-saxons, dans l'élaboration de la norme constitue un exemple topique des préconisations du discours comparatiste pour faire évoluer la culture juridique française : « *Notre culture juridique française accorde une confiance supérieure à la norme obligatoire par comparaison avec les dispositifs de type contractuel, volontaire, incitatif, qui sont bien plus présents dans la culture juridique anglo-saxonne. Il s'agit donc de conduire une véritable révolution copernicienne, ce qui ne sera pas simple tant elle s'attaque à des réflexes solidement ancrés* », A. Lambert, J.-C. Boulard, Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative, op. cit., p. 85.

une déjudiciarisation¹⁰¹⁰ des litiges nés des rapports de travail¹⁰¹¹ et pour la sécurisation des procédures de licenciement pour cause économique et la « *prévisibilité de leurs coûts*¹⁰¹² ». L'imprévisibilité des décisions judiciaires et la rigidité du droit légal du travail priveraient selon cette thèse les entreprises de toute possibilité d'anticiper les fluctuations du marché. La simplification et la sécurisation du droit du travail devraient dans cette perspective répondre aux destinataires du droit du travail ; L'idée sous jacente est donc la promotion d'une « *logique d'utilisateurs*¹⁰¹³ ».

285. - Un mot d'ordre, la compétitivité. La prolifération et le coût de la réglementation¹⁰¹⁴, indicateurs largement utilisés dans les analyses concurrentielles de la comparaison des systèmes juridiques¹⁰¹⁵, sont souvent lus à l'aune de la question suivante : « *comment identifier le droit qui maximise la croissance ?*¹⁰¹⁶ ». Adopter une telle acception de la production normative appelle une vision instrumentale de l'entreprise de simplification du droit ; celle-ci est perçue comme un instrument indispensable pour construire un droit efficace et compétitif par rapport aux droits des autres pays¹⁰¹⁷. Les arguments concurrentiel et comparatiste¹⁰¹⁸ sont donc omniprésents dans le débat sur la qualité de la norme¹⁰¹⁹. Encore

¹⁰¹⁰ V. par ex. les réformes menées depuis 2008, concernant la rupture conventionnelle (l'institution de la rupture conventionnelle du contrat de travail, par la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, est considérée comme un dispositif juridique adéquat pour prévenir les aléas d'une intervention judiciaire et préserver, par conséquent, les anticipations faites par les entreprises), le raccourcissement des délais de prescription, l'évitement du contrôle judiciaire *a posteriori* des obligations de reclassement remplacé par un contrôle *a priori* par l'administration du travail, etc.

¹⁰¹¹ V. sur l'ensemble de ces questions, J. Icard, Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, Cah. soc. 2013, n° 254, p. 280 et s.

¹⁰¹² S. Miara, Méthode du législateur et prévisibilité. Peut-on espérer dans les lois de simplification ?, in. F. Favennec-Héry (dir), La sécurité juridique en droit du travail, op. cit., p. 107. On pense notamment au débat sur le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié (v. not. P. Cahuc, F. Kramarz, J. Tirole et alii., Pour un Jobs Act à la française, Les Échos 30 mars 2015 ; Ph. Aghion, J. Tirole, P. Cahuc et alii., Projet de loi El Khomri, une avancée pour les plus fragiles, Le Monde 4 mars 2016).

¹⁰¹³ T. Sachs, Simplifier le droit du travail. Simplification : les illusions dangereuses, RDT 2010, p. 491

¹⁰¹⁴ Une donnée qui devrait être de plus en plus intégrée dans le processus de décision, v., O. Sivieude, *Le coût de la réglementation*, in. Rapport Mandelkern, op. cit., p. 52 et s.

¹⁰¹⁵ A. Raynourd, A.-J. Kerhuel, L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente, D. 2010, p. 2928.

¹⁰¹⁶ B. du Marais, Entre la Jamaïque et le Kiribati, Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale, in. Rapport du Conseil d'Etat, La sécurité juridique et la complexité du droit, La documentation française, 2006, p. 386.

¹⁰¹⁷ « Cette démarche de simplification vise également à réduire le retard de notre pays en matière de compétitivité – nous avons connu un « décrochage » par rapport à l'Allemagne depuis le début des années 2000 », Rapport fait, par Mr. Etienne Blanc, au nom de la Commission des lois constitutionnelles d, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 3706) de Mr. Jean-Luc Warsmann, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, Tome 1, p. 55.

¹⁰¹⁸ V. par ex. « la comparaison avec les mesures prises à l'étranger et [la] prise en compte des recherches sur

une fois, le recours au comparatisme se combine avec un processus d'évaluation, en apparence neutre et objectif, mais dont les motivations sont, au fond, le fruit de certains choix d'ordre axiologique favorables à « l'immixtion d'une pensée de l'utilité, et partant d'une logique économique de la simplification¹⁰²⁰ » et de la sécurisation du droit du travail¹⁰²¹.

286. - « Un choc de compétitivité juridique¹⁰²² » par simplification et sécurisation du droit du travail serait-il une solution adéquate pour redresser l'économie et retrouver le plein emploi ? Certes, la simplification et la sécurisation du droit du travail (plus exactement les décisions de l'employeur¹⁰²³) est un élément de réponse à la complexité croissante de l'environnement juridique ; elle est à elle seule incapable à résoudre des problèmes purement économiques ; pis encore, elle peut être, lorsqu'elle est instrumentalisée, nocive à la cohérence et à la mission du droit du travail. En revanche, ce qui est regrettable dans cette démarche est l'utilisation massive d'une rhétorique de simplification-compétitivité-concurrence économique et normative – nourrie par l'invocation de modèles étrangers – à des besoins de refondation¹⁰²⁴ ou de « refonte¹⁰²⁵ » du droit du travail.

287. - **Qui dit qualité de la loi travailliste, dit qualité de ses sources.** Lors d'une intervention dans un colloque organisé par le Comité de Réflexion sur la Qualité de la Loi

le [même] thème », Mesure citée dans la deuxième proposition du rapport Mandelkern : « Mettre en œuvre un programme gouvernemental annuel de simplification des règles, des formalités et des procédures », D. Mandelkern (dir.), La qualité de la réglementation, Groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, La Documentation française, 2002, p. 17. Par ailleurs, la complexité réglementaire affecte même certains pays qui traditionnellement plébiscitent la déréglementation. En ce sens, par exemple, le cas du Royaume-Uni, J. S. Bell, La loi britannique et la sécurité juridique, in. Conseil d'Etat, La sécurité juridique et la complexité du droit, La documentation française, 2006, p. 341.

¹⁰¹⁹ D. Mandelkern (dir.), *La qualité de la réglementation*, Groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, La Documentation française, 2002, p. 139.

¹⁰²⁰ T. Sachs, Simplifier le droit du travail. Simplification : les illusions dangereuses, RDT 2010, p. 491.

¹⁰²¹ Y. Leroy, Un rapport de plus critiquant l'inefficacité économique du droit du travail..., art., préc.

¹⁰²² A. Lambert, J.-C. Boulard, Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative, op. cit., p. 7.

¹⁰²³ M. Poirier, A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ? Dr. ouvr. 2013, p. 242 ; « Mais la sécurisation poursuit également une autre finalité, que l'on imagine moins facile à inscrire dans l'intitulé d'une loi ou d'un accord collectif : placer le pouvoir à l'abri du droit », G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, *Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français*, Dr. ouvr. 2014, p. 810.

¹⁰²⁴ J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social*, op. cit.

¹⁰²⁵ S. Miara, Méthode du législateur et prévisibilité. Peut-on espérer dans les lois de simplification ?, op. cit., p. 107 : « si l'objectif est de favoriser la compétitivité des entreprises, il est permis de douter de l'utilité des lois de simplification, car ce n'est plus de simplification dont il devrait alors être question, mais d'une véritable refonte » en vue de développer la négociation collective, de regrouper les instances représentatives du personnel, de simplifier le droit du temps de travail et de rendre calculable le coût des licenciements pour motif économique.

(CRQL) tenu le 27 mai 2013 à l'Assemblée nationale, intitulé « *Agir pour la qualité de la loi en France*¹⁰²⁶ », le Professeur Jean-Emmanuel Ray a souligné, à juste titre, que la qualité de la loi travailliste dépend également de la qualité de ses sources¹⁰²⁷. Facteur de complexité supplémentaire, le pluralisme juridique en droit du travail, mêlant grand Droit (Loi) et petit droit (contrat ou convention) selon l'heureuse description de Carbonnier ne va sans poser quelques interrogations sur la sécurité juridique des sources professionnelles du droit du travail¹⁰²⁸ : « *les négociations sociales ne sont-elle pas un facteur aggravant de l'insécurité juridique, singulièrement dans les pays où l'intervention étatique est une tentation permanente [...]* ?¹⁰²⁹ ». Comment donc assurer une sécurité juridique de la norme conventionnelle – ex. Accord national interprofessionnel (ANI) – après son passage par le Parlement ? Celui-ci devrait-il se contenter de transposer fidèlement les accords nationaux interprofessionnels signés par les acteurs sociaux ? Voilà une question qui met en évidence le caractère complexe de l'exigence de sécurité juridique, mais cette fois ci celle des prévisions des parties à l'ANI¹⁰³⁰. Le sujet est sensible ; il a un lien direct avec le débat sur la démocratie sociale et sur une éventuelle reconnaissance constitutionnelle de l'autonomie collective des partenaires sociaux¹⁰³¹.

¹⁰²⁶ Consultable sur le site du CRQL: <http://www.qualitedelaloi.fr/>

¹⁰²⁷ R. Vatinet, LE GRAND CHAOS (Sur l'évolution des sources du droit du travail), in. *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec 2009, p. 641.

¹⁰²⁸ F. Favennec-Héry, Sécurité juridique et actes des partenaires sociaux, *Dr. soc.* 2006, p. 766.

¹⁰²⁹ J.-C. Javillier, Mutation du monde du travail et sécurité juridique, in. F. Favennec-Héry (dir), *La sécurité juridique en droit du travail*, op. cit., p. 98.

¹⁰³⁰ A. Bugada, *Interpréter la loi par l'ANI qui précède*, in. *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p. 583.

¹⁰³¹ V. sur cette question J.-E. Ray, *La place de la négociation collective en droit constitutionnel*, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2014/4 (n°45), pp. 21-33 ; Ch. Radé, *Pour une réforme constitutionnelle ambitieuse du dialogue social*, in. *Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 155. Dans une perspective comparative, v. M. Le Friant, *Collective Autonomy: Hope or Danger?*, *Comparative Labor Law & policy Journal*, 2013, p. 627 ; A. Jeammaud, M. Le Friant, *Une réforme constitutionnelle, pour quelle « autonomie collective » ?*, in. *Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 133.

Conclusion du Chapitre 1

288. - Norme travailliste, normativité économique et comparatisme. Le droit du travail constitue un terrain d'étude fécond pour observer la complexité des rapports entre la normativité économique ou marchande et la norme juridique. A cette complexité originelle s'ajoute une autre difficulté, lorsque les discours sur la réglementation des relations de travail empruntent les voies du comparatisme. Celui-ci, sommaire, orienté et instrumentalisé dans les débats publics, véhicule un argument fort et redoutable, surtout, en temps de crises économiques et sociales à répétition. En effet, l'esprit général qui anime le recours à l'argument comparatiste correspond parfaitement à la description faite à ce propos, sur le plan européen, par le Professeur Jean-Claude Barbier : « *La tonalité générale des comparaisons entre pays est... orientée par la question implicite ou explicite : lequel est le plus performant, du point de vue économique ?¹⁰³² ». La réduction de la norme travailliste à sa seule dimension économique et les approximations et conclusions hâtives du discours comparatiste, faisant référence aux soi-disant modèles sociaux étrangers, sont aujourd'hui indissociables des débats sur la refondation du droit du travail. Ces arguments fournissent également une grille de lecture pour comprendre dans un cadre plus vaste les enjeux et les contradictions qui traversent les démarches d'évaluation du Droit en général. Celles-ci entretiennent la confusion entre le droit du travail comme contrainte, socialement utile, et technique de régulation du marché du travail, et le droit du travail comme « produit » législatif soumis à la rhétorique de la concurrence des systèmes juridiques et de la « *marketisation*¹⁰³³ » juridique. Cette dernière conception est illustrée par la théorie des origines légales « Legal Origins Theory », à l'origine de travaux théoriques ayant nourri les rapports de certaines organisations économiques et financières internationales (*Doing Business* et *Perspectives de l'emploi*).*

¹⁰³² J.-C. Barbier, *La longue marche vers l'Europe sociale*, PUF, coll. *Le lien social*. 2008, p. 139. Souligné par nous.

¹⁰³³ P. de Montalivet, La « marketisation » du droit. *Réflexions sur la concurrence des droits*, D. 2013, p. 2923.

Chapitre 2 : L'influence internationale de la théorie des « origines juridiques » (*Legal Origins Theory*)

289. - Plan. Méthode de recherche largement mise à contribution dans les sciences sociales¹⁰³⁴, la comparaison internationale est de plus en plus mobilisée en économie. Les analyses économiques comparées du droit ne cessent de verser de nouveaux éléments d'appréciation des effets économiques de la norme juridique au sein des débats sur les réformes du droit du travail. Elles partent systématiquement d'une démarche quantitative lorsqu'elles entreprennent, sous l'égide de certaines institutions économiques financières, l'évaluation des systèmes juridiques nationaux¹⁰³⁵. Ceux-ci sont passés dans une perspective comparative au crible des critères de la rationalité marchande et de l'efficacité économique, puis sont classés en vue de dégager les meilleurs modèles juridiques du globe. Cette analyse d'évaluation comparée des droits nationaux fait écho aux travaux des partisans de la théorie des origines juridiques (*Legal Origins Theory*)¹⁰³⁶. Cette dernière propose, principalement dans une perspective de macro-comparaison, une nouvelle lecture des relations entre le droit et l'économie, constituant une redoutable menace pour la rationalité sociale de la norme juridique. Son postulat de départ réside dans un choix plaidant pour la supériorité d'un « style » réglementaire particulier – en l'occurrence celui de la *common law* – sur les autres – représentés principalement par les pays appartenant à la culture du droit continental. De la combinaison de ce postulat et de la pratique de classement des systèmes juridiques, découle un certain nombre de propositions normatives qu'il serait économiquement efficace de mettre en application, en particulier par les pays dont la tradition juridique ne permet pas

¹⁰³⁴ C. Vigour, La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes, La Découverte, coll. Guide repères, 2005.

¹⁰³⁵ Par ex. les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale, les rapports *Perspectives de l'emploi* de l'OCDE, les recommandations de l'Union européenne.

¹⁰³⁶ Dans les développements qui suivent, les termes : origines juridiques, origines légales, sources du droit, sources juridiques, sources légales seront considérées comme autant de traductions possibles de l'expression anglaise « *Legal Origins* ». Elaborée initialement pour décrire les relations entretenues entre la nature des sources de droit (droit jurisprudentiel ou droit légal) et le droit des sociétés ou de la finance (R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, et R. Vishny, *Legal determinants of external finance*, *Journal of Finance*, 1997, pp. 1131-1150 ; R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R. Vishny, *Law and finance*, *Journal of Political Economy*, 1998, pp. 1113-1155 ; E. Glaeser et A. Shleifer, *Legal Origins*, *Quarterly Journal of Economics*, 2002, Volume 117, pp. 1193-1229 ; R. La Porta et alii, *The Economic Consequences of Legal Origins*, *Journal of Economic Literature*, (<http://ssrn.com/abstract=1028081>), la théorie des origines juridiques a été transposée par la suite dans le domaine de la réglementation des relations de travail (J. C. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Regulation of Labor*, *Quarterly Journal of Economics*, 2004, pp. 1339-1382).

l'engendrement de normes favorables à la croissance économique. Ce phénomène est une manifestation topique du déploiement du discours tenu par les adeptes du comparatisme d'intimidation. L'enjeu est de taille. A rebours, par exemple, de l'école fonctionnaliste¹⁰³⁷ en droit comparé, qui s'efforce d'analyser les fonctions des institutions juridiques appartenant à des systèmes de droit différents afin de faire jaillir les similitudes potentielles, abstraction faite de leurs formes et sources respectives, la théorie des origines juridiques soutient qu'il y aurait des traditions juridiques intrinsèquement prédisposées à produire des règles de droit économiquement plus efficaces que d'autres. Ainsi, au choix épistémologique de l'approche fonctionnaliste, plus respectueux des particularismes juridiques nationaux, se substitue une démarche privilégiant sinon une vision impérialiste¹⁰³⁸ d'un certain modèle juridique (*common law*), du moins une vision instrumentale du droit (*droit-outil*¹⁰³⁹). La prédominance d'une vision instrumentale du droit, illustrant davantage l'importance grandissante de la logique marchande et économique dans l'appréciation des normes juridiques voire des systèmes juridiques (**Section 1**), s'inscrit dans une rupture avec la tradition comparatiste, telle qu'elle a été construite par les juristes comparatistes, pour apprécier la diversité des droits (**Section 2**).

Section 1 : L'appréciation des droits du travail à l'aune de la théorie des origines juridiques

290. - Plan. La théorie des origines juridiques a un champ d'application étendu ; elle prend pour objet d'étude plusieurs branches du droit, part de postulats – largement similaires à ceux de la conception néolibérale du droit¹⁰⁴⁰ – et mobilise des méthodes qui lui sont

¹⁰³⁷ Selon cette école, le droit comparé consiste principalement à étudier les différents systèmes juridiques du globe en fonction de leurs similitudes et de leurs différences, K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to comparative Law*, Oxford University Press, 1998, pp. 2-4.

¹⁰³⁸ U. Mattéi, A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol 10 Issue 1, 2003, p. 383 :

(<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgls>)

¹⁰³⁹ H. Muir-Watt, Propos liminaires sur le prestige du modèle américain, in. *Américanisation du droit*, Arch. phil. Droit, 45 (2001), pp. 29-36, spéc. p. 34.

¹⁰⁴⁰ F.-A. Hayek, *Droit, législation et liberté - Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Puf, coll. Quadrige, Sous-collection : Grands textes, 2013, tome 1, Règles et ordre. La thèse de l'ouvrage est favorable à l'ordre spontané du marché, seul capable à faire naître des régulations

spécifiques en brassant une quantité d'informations portant sur les différents droits nationaux. Il conviendrait, avant de se pencher sur l'appréciation de la législation travailliste selon la théorie des origines juridiques (§ 2), de présenter les traits les plus saillants de celle-ci (§ 1).

§ 1 : Présentation de la théorie des origines juridiques

291. - Le courant « *Legal Origins*¹⁰⁴¹ ». La théorie des origines juridiques part de l'idée que les familles juridiques ont pu développer historiquement des « *styles*¹⁰⁴² » forts distincts qui se traduisent directement par des approches significativement différentes dans l'élaboration des règles juridiques. Elle les présente de façon schématique et simpliste. Les droits nationaux y sont classés en deux grandes familles juridiques majeures : d'un côté, les droits issus de la tradition de la *common law*, et de l'autre, les droits appartenant à la tradition romano-germanique ou civiliste¹⁰⁴³. La nature des sources de droit national – droit

efficaces ; l'interventionnisme étatique ne peut que perturber le bon fonctionnement de cet ordre.

¹⁰⁴¹ E. Glaeser et A. Shleifer, Andrei, *Legal Origins*, Quarterly Journal of Economics, 2002, Volume 117, pp. 1193-1229. C'est à partir de la publication de cet article que la doctrine commence à parler d'un courant doctrinal de *Legal Origins*.

¹⁰⁴² D'aucuns préfèrent parler à cet égard de « *mentalité* » ; celle-ci consiste à dire que l'on ne peut se contenter d'analyser les règles et institutions juridiques sans un examen en profondeur du contexte dans lequel elles sont nées. Ce concept de « *mentalité* » reflète les racines profondes de la rationalité des normes juridiques. Car, « *le droit représentant d'abord, par-delà les règles et textes en tous genres, une « mentalité », une constellation d'idées sous-jacentes à ces règles et textes mêmes, les harmonisant et leur donnant un sens, la comparaison des droits correspondrait à l'étude de la pluralité de ces structures de pensée, de ces mentalités, de ces idées sous-jacentes* » (C. Valcke, « *Droit* » : réflexions sur une définition aux fins de comparaison, in. P. Legrand (dir), *Comparer les droits, résolument*, PUF, coll. *Les voies du droit*, 2009, p. 100). v. sur question de mentalité des traditions juridiques, les travaux de Pierre Legrand, représentant de la doctrine comparatiste, dite du « droit comme formation culturelle ou (*Law as culture*) » (P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, coll. QJSJ, 2011, p. 36) qui soulignent que « *le comparatiste doit s'astreindre à un travail de re-matérialisation, de re-structuration de la notion de « droit » et, partant, à un redéploiement de l'immanence, soit à un dépassement de ce qui demeure le territoire étrié de la comparaison des droits, et ce, comme condition inéluctable d'un entendement approfondi du droit produit par une « communauté » juridique et de la manière dont un droit traduit une mentalité indissociable des conditions premières de socialisation du juriste dans une culture juridique qui fait que celui-ci ne peut jamais penser ce qu'il veut* » (P. Legrand, *Le droit comparé*, op. cit., p. 46. *Souligné par l'auteur*). En d'autres termes, le raisonnement du juriste est conditionné par son appartenance au monde de la *common law* ou celui du droit civil. v. également du même auteur, *European Legal Systems are not Converging*, International and Comparative Law Quarterly 1996, n° 45, p. 52.

¹⁰⁴³ Rappelons sommairement que la tradition de la *common law*, regroupant historiquement le Royaume-Uni, les Etats-Unis, l'Irlande et les autres pays de Commonwealth (Canada, Australie, Nouvelle Zélande et les anciennes colonies britanniques), est traditionnellement connue pour son caractère éminemment procédural, d'où le pouvoir créateur de règles de droit conféré aux juges et symbolisé par le recours aux précédents (ensemble des grands arrêts (*stars decisis*) rendus par les juridictions nationales) ; l'autre caractéristique principale de cette tradition réside dans l'idée largement admise que la *common law* forme un droit pragmatique, casuistique – peu accueillant des principes abstraits et formels – et par conséquent sensible aux évolutions des réalités socio-

jurisprudentiel ou droit légiféré et codifié – et le degré d'intervention de l'Etat expliqueraient d'une meilleure façon les spécificités des rapports qui se nouent entre les institutions juridiques et l'économie. La conception de la théorie des sources du droit, telle qu'elle est retenue par cette doctrine de l'analyse économique comparée du droit, diffère sensiblement de celle adoptée par les juristes civilistes. Si la théorie du « *Legal Origins* » est porteuse d'une certaine idée de hiérarchisation entre les systèmes de droit selon les critères d'efficacité économique – sa finalité étant primordialement normative –, pour les juristes civilistes la construction de la théorie des sources du droit procède d'une logique visant la rationalisation de l'ordonnement des normes juridiques. Elle consiste, selon le Professeur Rafael Encinas de Munagorri, « à rendre explicite les processus d'élaboration des règles juridiques et à en proposer l'agencement sur un mode plus ou moins hiérarchisé. Elle vise à identifier les règles de droit et à les ordonner au sein d'un système cohérent [...] Les enjeux de la théorie des sources du droit sont liés au pouvoir de tracer les frontières externes du domaine juridique et d'en assurer la mise en ordre interne ¹⁰⁴⁴ ».

292. - Ambition. La théorie des origines juridiques a un projet ambitieux. Elle propose, à l'aide de modèles théoriques et empiriques de présenter une nouvelle grille de lecture de certaines normes juridiques (voire de pans entiers du droit national : droit des contrats, droit financier, droit du travail, publicité foncière, droit des faillites...) et des traditions juridiques

économiques (Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 28 et s.). En ce qui concerne la tradition juridique civiliste, qui ne se limite d'ailleurs pas à la culture civiliste française, elle englobe tous les pays de l'Europe continentale, la majorité des pays africains et les pays d'Amérique latine et centrale. Elle est davantage respectueuse de certaines valeurs morales – largement déclinées en règles juridiques d'inspiration solidariste : principe de bonne foi ou de loyauté, de proportionnalité, de cohérence, ... –, où l'économie est, en principe, subordonnée aux choix opérés par le droit. La tradition continentale incarne l'idée d'un droit rationnel et abstrait, produisant des règles générales dans un esprit de système grâce à l'opération de codification des règles juridiques, offrant d'ailleurs des gains considérables du point de vue de l'intelligibilité, de l'accessibilité et de la sécurité juridique. « *La culture de droit civil croit en la possibilité d'un ensemble de lois complet, rationalisé et cohérent, apte à fournir la solution à toutes les questions juridiques* » (P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 180). Pour les deux comparatistes Pierre Legrand et Samuel Geoffrey, « *si un juriste venu d'ailleurs entendait identifier certaines caractéristiques du droit français, il retiendrait sans doute ces spécificités primordiales : la prééminence de la définition, l'importance accordée aux axiomes nets et concis, la valorisation de développements fondés sur la clarté et l'ordre, la prépondérance de la démarche déductive et la prédominance de schémas dichotomiques procédant par division des parties selon des degrés de généralité descendante (ainsi, le célèbre plan en deux parties et quatre sous-parties). Il constaterait également la primauté de la loi, la catégorisation de la pensée (par exemple, en « droit » et « fait », en « droit objectif » et « droit subjectif », en « droit privé » et « droit public » et ainsi de suite), la conceptualisation de l'information, la systématisation du propos...* » (P. Legrand Pierre, S. Geoffrey, *Introduction au common law*, La Découverte, coll. Repères, 2008, p. 3).

¹⁰⁴⁴ R. Encinas de Munagorri, *Théorie des sources du droit*, Encyclopædia Universalis. <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/theorie-des-sources-du-droit/>

dans leur ensemble. Se fondant sur des postulats arbitraires, elle prétend que le droit étatique – par rapport au droit d’origine privée –, exerçant un contrôle social plus poussé, nuirait au progrès économique et à l’initiative privée¹⁰⁴⁵, ou que la transposition du système juridique de *common law* dans tous les pays rimerait avec prospérité économique¹⁰⁴⁶. Ces prétentions partent de présupposés fortement discriminants. L’idée principale que les partisans de la théorie des origines juridiques tentent de relever au rang d’une vérité scientifique, est cette corrélation positive entre une moindre réglementation et performance économique. Par exemple, dans une étude sur la qualité des gouvernements, des auteurs relèvent qu’en « *cours des dernières années, les économistes ont souligné que les bonnes institutions économiques, en particulier celles du secteur public, influent sur la croissance économique. De telles institutions incluent des autorités étatiques limitées [Etat minimal], une bureaucratie relativement bienveillante et sans corruption, un système juridique protecteur des droits de propriété et assurant le respect des contrats, une fiscalité et une réglementation modestes*¹⁰⁴⁷ ». Sur la base d’indices chiffrés portant sur des critères juridiques et extra-juridiques ou culturels, ces auteurs concluent que « *les pays riches ont de meilleurs gouvernements que les pays pauvres ; les nations ethniquement homogènes devancent, économiquement, celles qui sont hétérogènes ; les pays ayant une tradition juridique de common law ont des performances économiques supérieures à ceux dotés d’un régime juridique de culture civiliste française ou socialiste ; les Etats dont la religion dominante est le catholicisme ou l’islam ont un taux de croissance moins de celui obtenu par les pays dont la religion est à prédominance protestante*¹⁰⁴⁸ ». Certes ces corrélations reposent sur des

¹⁰⁴⁵ Pour une présentation générale de cette idée par le courant *Legal Origins*, v. R. La Porta et alii, *The Economic Consequences of Legal Origins*, *Journal of Economic Literature* 2008, 46: 2, pp. 285-332 (http://faculty.tuck.dartmouth.edu/images/uploads/faculty/rafaellaporta/Economic_Consequences_JEL_final.pdf) : « [...] we adopt a broad conception of legal origin as a style of social control of economic life (and maybe of other aspects of life as well). In strong form (...), we argue that common law stands for the strategy of social control that seeks to support private market outcomes, whereas civil law seeks to replace such outcomes with state-desired allocations », p. 286.

¹⁰⁴⁶ « *Changer de système juridique, cela a un nom : c’est une révolution !* », commentaire du Professeur Arnaud Raynouard sur les solutions juridiques « absurdes » prônées par la Banque mondiale dans ses rapports *Doing Business*, A. Raynouard, *Le rapport Doing business 2010 ravive la concurrence des systèmes juridiques*, LPA, 02 octobre 2009 n° 197, p. 3. Souligné par nous.

¹⁰⁴⁷ R. La Porta et alii, *The Quality of Government*, *Journal of Law, Economics, & Organization*, 1999, p. 222 : « *In recent years economists have stressed the idea that good economic institutions, particularly those in the public sector, are instrumental to economic growth. Some of such institutions include limited government, a relatively benign and uncorrupt bureaucracy, a legal system that protects property rights and enforces contracts, and modest taxation and regulation* ».

¹⁰⁴⁸ « The data show clearly that, using these measures of performances, the quality of government varies systematically across countries. Rich nations have better governments than poor ones. Ethnolinguistically

éléments tirés de la réalité juridique et sociologique de chaque système juridique, mais, si l'on cherche à comprendre le vrai sens et l'objectif poursuivi, on y perçoit un jugement de valeur, une dimension dogmatique et des préconisations normatives. Ces dernières rejoignent les orientations des indicateurs développés sous l'égide de la doctrine « *New public management* ». Celle-ci est d'ailleurs inséparable des réformes faites au nom de la bonne gouvernance ces dernières années. A l'instar des règles régissant le fonctionnement des entreprises opérant sur des marchés concurrentiels nationaux ou internationaux, la théorie du « *New public management* » considère que les Etats « *doivent réagir à des signaux chiffrés qui, à la manière des prix des marchés, seraient une image vraie du monde où ils opèrent... [ainsi] les indicateurs développés pour les besoins de la gouvernance ne visent pas seulement à éclairer, mais surtout à programmer l'action des Etats et des agents publics, en leur assignant l'amélioration d'un score relativement aux performances de leurs compétiteurs* ¹⁰⁴⁹ ». Ce schéma est parfaitement à l'œuvre dans la méthode utilisée par la théorie des origines juridiques.

293. - Méthode économétrique. En utilisant des méthodes économétriques, les travaux des partisans de la théorie du *Legal Origins* tentent de démontrer que la tradition juridique d'origine détermine la qualité et les effets économiques des systèmes juridiques. Des corrélations sont ainsi établies entre les origines légales et les niveaux de développement financier et économique, qui se muent souvent, d'une manière erronée, en relations de causalité. La causalité est par définition à sens unique, du droit vers l'économie. Le passage de simples corrélations – construites sur la base de scores obtenus en application de plusieurs indicateurs composites chiffrés relatifs aux différents aspects de la législation applicable aux activités économiques – à l'établissement de liens de causalité emportent des conséquences non négligeables. A cet égard, une distinction fondamentale devrait être rappelée : « *l'analyse de données permet d'établir l'existence ou l'absence de corrélation entre un phénomène X et un phénomène Y. Cependant, il convient de bien comprendre que la notion de corrélation demeure nettement distincte de la notion de causalité. La corrélation montre que deux*

homogeneous countries have better governments than heterogeneous ones. Common law countries have better governments than French civil law or socialist law countries. Predominantly Protestant countries have better governments than either predominantly Catholic or predominantly Muslim countries », R. La Porta, F. López De Silanes et alii, *The Quality of Government, Journal of Law, Economics, & Organization*, 1999, p. 265.

¹⁰⁴⁹ A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché Total*, Seuil, 2010, p. 83.

phénomènes sont liés. La causalité explique que l'un provoque l'autre. La corrélation est une observation induite d'un nombre fini de cas particuliers. Elle n'est jamais à l'abri d'un contre exemple c'est-à-dire d'un cas particulier pour lequel elle ne se vérifie pas. Elle n'est qu'une estimation. La causalité est une loi. Elle est vérifiée quels que soient les exemples pris. La distinction entre corrélation et causalité explique la prudence avec laquelle il faut utiliser la « preuve économétrique »¹⁰⁵⁰ »

294. - Si traditionnellement le droit comparé est par excellence l'outil préféré pour mener des comparaisons internationales portant sur des questions juridiques, la méthodologie du courant *Legal Origins* délaisse, comme l'avait bien souligné l'Association Henri Capitant en réaction aux rapports *Doing Business*, « les outils traditionnels du droit comparé, considérés comme trop peu opérationnels, [et] se fonde exclusivement sur l'utilisation de l'économétrie¹⁰⁵¹ ». Cette dernière couvre un champ d'étude qui s'efforce de « développer les moyens par lesquels il serait possible de tester scientifiquement une théorie sur le comportement des individus sans avoir recours à une expérimentation *in vivo*. Pour cela, elle s'appuie sur l'application de techniques mathématiques et statistiques afin d'établir et d'interpréter l'interdépendance de plusieurs phénomènes économiques, ce que dans la langue savante on appelle une corrélation¹⁰⁵² ». Chercheurs – le désormais célèbre groupe d'économistes dit LLSV (R. La Porta, F. López-de-Silanes, A. Shleifer et R. Vishny) – et institutions financières internationales, adoptant cette approche, comparent l'efficacité économique des politiques publiques, évaluent la qualité des institutions et proposent des modèles de référence, de bonnes pratiques et de bons modes de régulation. La culture de *benchmarking* et la logique calculatrice sont à l'œuvre : une appréciation fondée sur des indicateurs chiffrés tirés de l'observation des performances des pays dont les institutions juridiques réussissent le mieux à offrir un environnement propice pour le monde des affaires¹⁰⁵³. Il faut noter que l'intégration des résultats des travaux de la théorie des origines

¹⁰⁵⁰ M. Grimaldi (dir.), *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, op. cit., volume 1, 2006, p. 22.

¹⁰⁵¹ M. Grimaldi (dir.), *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, Société de législation comparée*, volume 1, 2006, p. 17.

¹⁰⁵² M. Grimaldi (dir.), *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, op. cit., p. 18.

¹⁰⁵³ Cette idée de gouvernance par les nombres, traversant d'ailleurs la plupart des prises de position des organisations économiques et financières internationales, vise, selon le Professeur Alain Supiot, « à l'autorégulation des sociétés humaines. Elle repose sur la faculté de calcul, c'est-à-dire sur des opérations de

juridiques dans la construction des rapports *Doing Business* a pu procurer au courant doctrinal du groupe LLSV des ressources importantes en termes de collecte de données et de publicité. On notera, à cet égard, que pour préparer les rapports *Doing Business*, la Banque mondiale consulte un nombre important de personnes parmi des spécialistes des domaines qui y sont traités : juges, fonctionnaires avocats, conseils, experts comptables, représentants de banques.

295. - Procédant à des analyses semblables à celles appliquées par ces auteurs pour expliquer les rapports entre les « *styles* » réglementaires et le degré de protection des intérêts des actionnaires et des créanciers¹⁰⁵⁴ dans le domaine du droit financier et du droit des faillites, la théorie du *Legal Origins* contribue, au-delà de son rôle central dans la compréhension de la dynamique des différentes variétés du capitalisme¹⁰⁵⁵, à renouveler la séculaire opposition entre *civil law* et *common law* au sein de la tradition juridique occidentale en la transposant dans le champ du droit social.

§ 2 : La théorie des origines juridiques appliquée au droit du travail

296. - **Transposition du schéma théorique de la doctrine du legal Origins en droit du travail.** Le phénomène de l'analyse comparée des différents systèmes de régulation des relations de travail à la lumière de la théorie du « *Legal Origins* » est relativement récent.

quantification (ramener des êtres et des situations différentes à une même unité de compte) et de *programmation des comportements* (par des techniques d'étalonnage des performances : benchmarking, ranking, etc.) », A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché Total*, Seuil 2010, p. 78. Souligné par l'auteur.

¹⁰⁵⁴ R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R. Vishny, *Law and finance*, *Journal of Political Economy*, 1998, pp. 1113-1155; S. Djankov et alii, *The Regulation of Entry*, *Quarterly Journal of Economics*, 2002; S. Djankov et alii, *The new comparative economics*, *Journal of Comparative Economics*, 2003, 31: 595-619; S. Djankov et alii, *The law and economics of self-dealing*, NBER Working Paper No 11883, 2005. Il est souligné dans ces études que le degré et l'origine de la réglementation de certaines activités économiques conditionnent largement la nature des effets économiques des marchés. Ces analyses soulignent que les pays de *common law* (ex. Angleterre, Etats-Unis ...etc) procurent une protection accrue des actionnaires et des créanciers, par rapport aux législations de droit civil (ex. France, Allemagne, pays scandinaves). Dans le même ordre d'idées, les systèmes de *common law*, selon ces auteurs, sont, contrairement à leurs homologues appartenant à la famille de droit civil, dotés de mécanismes légaux moins restrictifs, allégés et moins formalistes concernant la possibilité d'accéder aux différents marchés, et réservent une place importante à l'utilisation des techniques conventionnelles dans les procédures de règlement des litiges.

¹⁰⁵⁵ « In our conception, legal origins are central to understanding the varieties of capitalism » R. La Porta et alii, *The Economic Consequences of Legal Origins*, op. cit, p. 4.

Depuis le début des années 2000, des travaux¹⁰⁵⁶ se sont efforcés d'expliquer les dissemblances entre les différents modes ou « *styles* » de régulation du marché du travail à travers le recours à la théorie des sources du droit et à la notion, largement débattue en droit comparé, de familles de systèmes juridiques¹⁰⁵⁷. Selon l'acceptation des sources du droit retenue par des auteurs « *les pays de traditions juridiques différentes utilisent des technologies institutionnelles différentes pour exercer un contrôle social sur les entreprises [...] les pays de Common Law ont tendance à se fonder sur le marché et le contrat comme techniques de régulation*¹⁰⁵⁸, tandis que les pays de droit civil (et les pays socialistes) penchent pour la réglementation (et la propriété publique)¹⁰⁵⁹ ». En effet, la théorie des sources juridiques (*Legal Origins*), telle qu'elle est développée par ce courant de la doctrine économique, constituerait un facteur explicatif de la performance des institutions de régulation du marché du travail ou plus généralement de tout le système productif. Il y aurait un lien direct, voire une dépendance des modes de régulation du marché du travail – contrat ou règlement/statut renvoyant à la distinction autorégulation-réglementation ou régulation autonome-régulation hétéronome – du « *style réglementaire* » qui anime chaque tradition juridique. L'origine des sources du droit édicterait au sein des différents systèmes de droit la

¹⁰⁵⁶ J. C. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Regulation of Labor*, Quarterly Journal of Economics, 2004, pp. 1339-1382.

¹⁰⁵⁷ A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Traité de droit comparé, Le droit d'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011, spéc. pp. 10-29.

¹⁰⁵⁸ Notons ici que le terme anglais « *regulation* » renvoie à la notion de réglementation telle qu'elle est conçue en droit français, c'est-à-dire à une règle hétéronome : « *réglementer, c'est dicter des règles de l'extérieur* » (A. Supiot, Critique du droit du travail, PUF, coll. Quadrige. 2^e éd. 2007, Préface de l'édition « Quadrige », p. X). En revanche, la régulation désigne dans la littérature juridique française un système de production normative marqué par le recul de l'hétéronomie au profit d'une autonomisation dans la gestion du fonctionnement d'une organisation quelconque : « réguler, c'est faire observer les règles nécessaires au fonctionnement homéostatique d'une organisation » (A. Supiot, Critique du droit du travail, op. cit., p. X) ; elle incarne également les signes du droit postmoderne (J. Chevallier, vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique. RDP. 1998, p. 659 ; *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2014). Par exemple, le mouvement de contractualisation des règles de droit du travail – orientation commune d'ailleurs à plusieurs législations travaillistes nationales – est considéré comme un « *avatar de la régulation contre la réglementation* » (Ph. Auvergnon, *L'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques*, in. Ph. Auvergnon, *Contractualisation du droit social*, Actes du séminaire international de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Bordeaux, COMPTRASEC, 2003, p. 9). Cette opposition entre régulation et réglementation en rejoint une autre, celle entre gouvernance et gouvernement (A. Supiot, *La contractualisation des relations de travail en droit français*, in. Ph. Auvergnon, *Contractualisation du droit social*, Actes du séminaire international de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Bordeaux, COMPTRASEC, 2003, p. 23 et s.).

¹⁰⁵⁹ « The legal theory holds that countries in different legal traditions utilize different institutional technologies for social control of business [...]. Common law countries tend to rely more on markets and contracts, and civil law (and socialist) countries on regulation (and state ownership) », J. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes and A. Shleifer, *The Regulation of Labor*, Quarterly Journal of Economics, 2004, p. 1345.

production de formes particulières de contrôle social de la vie économique ; celles-ci auraient des conséquences mesurables sur les performances économiques. Pour étayer leur démonstration, les partisans de cette théorie expliquent que « *la théorie du Legal Origins prévoit que les modèles de régulation des marchés du travail devraient suivre les styles ou les formes de contrôle social utilisés par chaque système juridique. Ceci implique que les pays de droit civil et de droit socialiste tendraient à une réglementation plus stricte des marchés du travail de ce que font les pays de Common Law qui privilégient la liberté contractuelle comme mode de régulation. La théorie du Legal Origins prévoit aussi que les pays de Common Law devraient avoir une sécurité sociale moins généreuse parce qu'ils font plus confiance aux mécanismes du marché pour fournir plus de garanties en matière d'emploi*¹⁰⁶⁰ ».

297. - Postulats. Certains travaux envisagent l'analyse des législations travaillistes nationales en tenant compte de trois dimensions : la législation protectrice de l'emploi, le cadre réglementaire de la représentation des salariés et de l'exercice des actions collectives et le droit de la sécurité sociale. Leurs analyses¹⁰⁶¹ présentent, en fonction d'indices chiffrés, les pays appartenant à la famille de droit civil comme ayant des réglementations plus interventionnistes et rigides que celles en vigueur dans les pays de *common law*. Les conclusions tirées de ces indices permettent, par la suite, de faire des corrélations entre l'existence de réglementations travaillistes impératives et les performances en matière de taux d'emploi et de croissance économique. Ces auteurs y établissent un lien entre l'inefficacité du marché du travail et l'application stricte des règles de droit du travail d'origine légiférée. Les

¹⁰⁶⁰ « The legal theory predicts that patterns of regulation of labor markets should follow the general styles of social control utilized by each legal system more generally. It implies that civil and socialist law countries would regulate labor markets more extensively than do common law countries, which preserve the freedom of contract to a greater extent. The legal theory also predicts that common law countries should have a less generous social security system, because they are more likely to rely on markets to provide insurance », J. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes and A. Shleifer, *The Regulation of Labour*, Quarterly Journal of Economics, 2004, p. 1346.

¹⁰⁶¹ Fondées sur l'affectation de notes aux règles de droit du travail allant de 1 à 0 avec plus de 100 variables (J. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes and A. Shleifer, *The Regulation of Labour*, article reproduit en annexe des rapports Doing Business de 2004 présentant leur aspect méthodologique : <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Methodology/SupportingPapers/DB-Methodology-Regulation-of-Labor.pdf>), par exemple l'indice portant sur le droit individuel du travail se subdivise en quatre sous-indices : contrats alternatifs au contrat à durée indéterminée ; le coût des heures supplémentaires ; le coût du licenciement ; procédures de licenciement (« Employment laws index : Measures the protection of labor and employment laws as the average of: (1) Alternative employment contracts; (2) Cost of increasing hours worked; (3) Cost of firing workers; and (4) Dismissal procedures », J. Botero et alii, *The regulation of labour*, op. cit., p. 12).

résultats obtenus grâce à cette méthode de comparaison quantitative des droits nationaux du travail sont, selon ces économistes, en concordance avec la grille de lecture proposée par la théorie des origines juridiques. Aussi les sources de droit façonnent-elles, dans cette perspective, les styles réglementaires ; cette dépendance aurait plus ou moins des conséquences sur l'efficacité du fonctionnement du marché du travail¹⁰⁶². Autrement et brièvement dit, la culture et le style réglementaires de chaque droit national ont, d'après la théorie du *Legal Origins*, des liens directs avec les formes et l'efficacité des régulations du marché du travail¹⁰⁶³.

298. - Deux séries de raisons majeures¹⁰⁶⁴ sont avancées pour expliquer les résultats et les scores positifs obtenus – par exemple dans le cadre des rapports *Doing Business*¹⁰⁶⁵ – par les pays de *common law* par rapport aux pays de droit civil. D'une part, l'origine jurisprudentielle des droits de tradition anglo-saxonne leur offrirait une capacité supérieure à s'adapter rapidement aux fluctuations de la réalité socio-économique. Le juge serait le mieux à même de répondre efficacement aux mutations incessantes du système productif et aux évolutions des relations de travail ; tandis que dans les pays de droit civil, marqués historiquement par la forte présence d'un droit légiféré comme source principale des normes juridiques, les réformes législatives seraient plus difficiles à entreprendre en raison de la lenteur et de la rigidité des procédures trop formelles de révision des lois. N'ayant pas officiellement le pouvoir de produire des normes juridiques, les juges civilistes – qui seraient au demeurant moins indépendants que leurs homologues anglo-saxons¹⁰⁶⁶ – participeraient à créer un

¹⁰⁶² « The results are consistent with the view that legal origins shape regulatory styles, and that such dependence has adverse consequences for at least some measures of efficiency », J Botero et alii, *The Regulation of Labor*, op. cit., p. 25.

¹⁰⁶³ Cette vision est transposable aux autres marchés opérant dans les économies capitalistes. V. J. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes and A. Shleifer, *The Regulation of Labor*, op. cit., p. 3: « *Under this theory, the historical origin of a country's laws shapes its regulation of labor and other markets* ».

¹⁰⁶⁴ S. Deakin, P. Lele et M. Siems, *L'évolution du droit du travail: évaluation et comparaison des régimes réglementaires*, *Revue internationale du Travail*, 2007, vol. 146, n° 3-4, p. 143, *spéc.*, p. 146 et s.

¹⁰⁶⁵ Le schéma théorique proposé par Botero et alii, reposant essentiellement sur une corrélation entre le style réglementaire et la performance économique, a eu droit de cité au sein de l'analyse économique comparée des droits du travail. On songe, tout particulièrement, aux rapports *Doing business* de la Banque mondiale, qui ont adopté la méthodologie Botero et alii. (<http://français.doingbusiness.org/>).

¹⁰⁶⁶ « Civil law is characterized by less independent judiciaries, the relative unimportance of juries, and a greater role of both substantive and procedural codes as opposed to judicial discretion », Botero et alii, *The Regulation of Labor*, <http://ssrn.com/abstract=408480> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.408480> , p. 8. Souligné par nous.

environnement juridique sinon hostile¹⁰⁶⁷, du moins peu propice à l'épanouissement du monde des affaires, et constitueraient un facteur d'inefficacité de la régulation du marché du travail. D'autre part, les « politiques publiques » adoptées, généralement, dans les pays de droit civil favoriseraient la création et le maintien de situations de rente ruineuses qui compromettraient sérieusement l'initiative privée et la liberté d'entreprendre¹⁰⁶⁸.

Ces deux éléments d'appréciation critique de l'efficacité économique des droits du travail de culture civiliste, à savoir la forte présence d'une forte réglementation hétéronome et le rôle plus ou moins perturbateur des juges, sont également développés dans plusieurs travaux de recherche et de rapports d'information institutionnels ou émanant de certains cercles de réflexion de la société civile (*think tanks*), principalement sous influence des représentants français de l'analyse économique du droit¹⁰⁶⁹. Certes, ces travaux n'affichent pas une filiation intellectuelle avec la théorie du *Legal Origins*, mais plaident au moins, argument de droit comparé à l'appui, pour une évolution de la culture juridique française en faveur de la primauté de la norme conventionnelle sur le droit réglementaire ; ceci rapprocherait indéniablement la régulation des relations de travail du paradigme néolibéral¹⁰⁷⁰ du marché du travail. A cet égard, les propositions de réforme du droit du travail suggérées par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, respectivement juriste et économiste, rejoignent sur certains points les analyses de la théorie des origines juridiques¹⁰⁷¹ : « *les transformations préconisées*

¹⁰⁶⁷ V. pour la réception, en France, de cette méfiance vis-à-vis du rôle des juges, P. Cahuc, S. Carcillo, *Les juges et l'économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne (Téléchargeable à l'adresse suivante : http://www.institutmontaigne.org/res/files/publications/etude_juges_et_economie.pdf) : « Une enquête originale, réalisée en France en septembre 2011 auprès de magistrats professionnels et du grand public, révèle que les magistrats sont plus opposés à l'économie de marché que l'ensemble des Français. [...] les pays où la confiance dans l'économie de marché est moindre ont aussi une réglementation du travail plus rigoureuse, marquée par une plus forte intervention de l'État, qui laisse moins de champ à la négociation entre employeurs et employés » (p. 6).

¹⁰⁶⁸ S. Deakin, P. Lele et M. Siems, *L'évolution du droit du travail : évaluation et comparaison des régimes réglementaires*, op. cit., p. 146. Ces auteurs n'approuvent pas les analyses de Botero et alii, et proposent en revanche une approche fondée sur des index longitudinaux des réglementations du travail, prenant en compte le facteur temps dans l'évolution historique des régimes réglementaires nationaux, en constatant, notamment, la place croissante des juges civilistes dans la création des règles de droit et le développement d'un droit écrit dans les pays de *common law*.

¹⁰⁶⁹ V. not. les travaux de J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013 ; P. Cahuc, S. Carcillo, *Les juges et l'économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne, Téléchargeable à l'adresse suivante : http://www.institutmontaigne.org/res/files/publications/etude_juges_et_economie.pdf ; P. Cahuc, F. Kramarz, *Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 55 et s.

¹⁰⁷⁰ A. Perulli, *Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme*, op. cit.

¹⁰⁷¹ J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité*

dans cet ouvrage [Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique], n'amèneraient pas la France à quitter une tradition de civil law : c'est essentiellement par le développement du droit conventionnel que serait réduit le champ d'application du droit réglementaire [...] En ce sens, la logique de réforme ici proposée n'est pas en contradiction avec la Legal Origins Theory¹⁰⁷² »

299. - Selon la théorie des origines juridiques, il y aurait des régimes réglementaires économiquement attractifs et d'autres moins attractifs pour les entrepreneurs et les bailleurs de fonds ; telle est la répartition des différents systèmes juridiques. Cependant, malgré une large médiatisation de cette cartographie des cultures juridiques, la théorie du « *Legal Origins* » ne résiste pas à un examen approfondi et critique de ses thèses.

300. - La construction théorique et les préconisations¹⁰⁷³ de la théorie des origines juridiques, établissant des corrélations entre style réglementaire (jurisprudentiel ou légal) et performance économique, véhiculent une idée simpliste de la classification des traditions

économique, La documentation française, 2013, p. 16. Ces auteurs citent des passages de deux articles fondateurs de la théorie du *Legal Origins*, le premier applique cette dernière au domaine du droit du travail (J. C. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Regulation of Labor*, Quarterly Journal of Economics, 2004, pp. 1339-1382), le second donne une vision globale des travaux du courant des origines juridiques et répond aux critiques qui ont pu leur être adressées (R. La Porta et alii, *The Economic Consequences of Legal Origins*, *Journal of Economic Literature* 2008, 46: 2, pp. 285-332).

¹⁰⁷² J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013, p. 14. Ces auteurs mentionnent un extrait de l'article de R. La Porta et alii (*The Economic Consequences of Legal Origins*, *Journal of Economic Literature* 2008, 46 : 2, p. 325 « *The use of our indicators of laws and regulations, with their clear correlations with legal origins, for policy analysis has stimulated two objections. Some accuse us of claiming that legal origin is destiny, so any reform of investor protection or of other regulations short of wholesale replacement of the legal system is futile. This is not what Legal Origin Theory says. The theory indeed holds that some aspects of the legal tradition are so hard-wired that changing them would be extremely costly and that reforms must be sensitive to legal tradition* »), qui nuance et explicite davantage les propos tenus précédemment par le courant du *Legal Origins* ; propos qui auraient été mal compris, car la modification de certains aspects des traditions juridiques est extrêmement difficile, voire contreproductive et coûteuse. Notons que ces préoccupations relatives à la réception de modèles juridiques venant d'ailleurs en droit national sont au cœur de la littérature juridique comparative, et soulève de maintes objections, v. l'article fondateur de O. Kahn-Freund, *On Uses and misuses of comparative law*, *The Modern Law Review*, V. 37, January 1974, n° 1, pp. 1-27 ; égal. X. Blanc-Jouvan, *L'influence du Code civil sur les codifications étrangères récentes*, in. *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec. 2004, p. 480 (préférant parler de source d'inspiration et non de transplantation), du même auteur, *Du bon usage de la méthode comparative en droit du travail*, in. *Mélanges offerts à André Colomer*, Lexisnexis 1993, p. 73 et s.

¹⁰⁷³ La fonction normative du comparatisme – prédominante dans les travaux du courant *Legal Origins* –, tendant à peser sur les orientations des réformes législatives potentielles, est traditionnellement marquée du sceau de la suspicion au sein de la littérature juridique comparatiste : « Le rôle premier de la comparaison des droits n'est pas d'être positive, c'est-à-dire de remédier à quelque chose [...] La comparaison, en tant qu'opération d'imputation de sens, est toujours un processus de dégradation de la lettre du droit au profit du sens. Il y a dans la comparaison une nécessité de destruction », P. Legrand, *Sur l'analyse différentielle des jurisprudences*, RIDC 1999, p. 1061.

juridiques. Ainsi convient-il de discuter, à l'aune de l'analyse juridique, la démarche méthodologique, les arguments tirés de la comparaison et les conclusions auxquelles parviennent les partisans de la théorie du *Legal Origins*.

Section 2 : L'appréciation de la théorie des origines juridiques à l'aune de l'analyse juridique

301. - Faut-il prendre au sérieux la théorie des origines légales ? Cette interrogation appelle, ne serait-ce que pour les réformes législatives qu'ont provoquées les rapports Doing Business – véritable « *caisse de résonance*¹⁰⁷⁴ » des thèses de cette théorie – dans certains pays, une réponse affirmative, à conditions de faire abstraction de tout questionnement portant sur la validité scientifique de la théorie du « *Legal Origins* ». Celle-ci, maîtrisant l'usage des chiffres agrégés et des indicateurs, se voulant en apparence neutres axiologiquement pour mener des comparaisons internationales, permet de reconsidérer le poids des « *forces créatrices*¹⁰⁷⁵ » du droit, spécialement celles représentant les intérêts des acteurs économiques. En cela l'apport de telles analyses économiques comparées du droit est précieux. Cependant, la théorie des origines juridiques semble également être une « *force corruptrice* » des droits nationaux, dès lors qu'elle suggère que le développement économique des Nations devrait suivre une voie unique, à savoir l'adoption de règles juridiques conformes aux canons de la *common law*, tradition juridique qui aurait des effets bénéfiques sur le plan économique. Les instruments de mesure comme le mode d'interprétation des comparaisons internationales adoptés par cette théorie afin d'expliquer les rapports, fort complexes, du droit et de la croissance économique, ne manquent pas de soulever de sérieuses interrogations sur leur validité.

¹⁰⁷⁴ R. Vatinet, Présentation des travaux de l'Association Henri Capitant, Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale. Société de législation comparée, volume 1, 2006, RTD Civ. 2006, p. 845.

¹⁰⁷⁵ Pour reprendre le titre de l'ouvrage d'un juriste français, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

302. - Qu'elle pratique une macro-comparaison, évaluant les systèmes juridiques dans leur ensemble (théorie du *Legal Origins*) ou une micro-comparaison, étudiant des institutions spécifiques des droits nationaux, l'analyse économique comparée du droit est doublement critiquable. Les travaux inspirés par la théorie des origines juridiques invoquent l'histoire du droit et le droit comparé, les étudient, les intègrent dans leur démonstration, mais ils ne procèdent pas à l'examen de la manière dont les acteurs économiques, sociaux et les autres protagonistes institutionnels – juges et administrations – s'emparent des lois et les appliquent. Cela est tout particulièrement vrai pour le droit du travail, dont l'élaboration et l'application ne sont pas seulement l'œuvre du législateur, mais sont aussi façonnées par la créativité des juges et la participation des interlocuteurs sociaux. Ces éléments de contextes font gravement défaut si l'on examine les travaux précités de la théorie des origines juridiques à la lueur de la théorie du droit comparé, surtout en ce qui concerne la sensibilité de cette dernière à l'égard de la diversité et du particularisme des déterminants de l'action normative au sein de chaque système juridique (§ 1). Le discours comparatiste, confinant au comparatisme d'intimidation, procède, de surcroît, à une appréciation partielle et fortement discutable de la norme travailliste (§ 2).

§ 1 : Les insuffisances de la théorie des origines juridiques vues à la lumière du droit comparé

303. - Afin d'analyser les limites de la théorie des origines juridiques à l'aune du droit comparé, il convient de montrer, dans un premier temps, combien les postulats sur lesquels repose cette dernière théorie sont contestables (A), et de s'efforcer, dans un second temps, de relever son inadéquation avec l'un des concepts fondamentaux de la lecture de la diversité des systèmes juridiques en droit comparé : le concept de « formants juridiques » (B).

A. Les limites des postulats de la théorie des origines juridiques

304. - Division. Par-delà l'intérêt que l'on peut porter à ce type d'analyses économiques comparées du droit, on ne peut s'empêcher, à l'heure de la sophistication croissante des

modes de régulation des relations sociales et l'accélération des dialogues, échanges et interactions entre les droits nationaux¹⁰⁷⁶, de s'interroger sur la validité d'une appréciation figée des traditions juridiques (1) qui ne tient pas compte de l'impact de ces derniers phénomènes. De même, l'image esquissée du rôle et de la place des juges au sein des différents régimes réglementaires, tout particulièrement dans le système juridique français, ne correspond pas à la réalité de ce dernier (2).

1. Une appréciation figée des traditions juridiques

305. - Lacunes. La description schématique, figée et parfois lacunaire des caractéristiques des différents systèmes juridiques a conduit les tenants de la théorie du *Legal Origins* à donner une importance exagérée à certaines explications. Celles fondées sur la capacité d'adaptabilité des régimes juridiques et sur le degré d'intervention politique ou étatique. Ces explications ne tiennent pas compte du dynamisme de l'évolution des arrangements institutionnels au sein de chaque système de droit¹⁰⁷⁷.

306. - Au-delà de toutes les interrogations théoriques pouvant être soulevées, la grille de lecture que propose la théorie du *Legal Origins* pour évaluer les relations entre le droit du travail et la croissance économique alimente, par exemple, régulièrement le débat sur la flexibilisation des relations de travail et l'opposition séculaire entre les droits de *civil law* et ceux de *common law* en la matière. Si l'argumentaire de la théorie du *Legal Origins* tient inlassablement un discours sur le fort potentiel d'adaptabilité des droits de culture de *common law* aux fluctuations de l'économie grâce notamment à la flexibilité accrue de l'organisation juridique de leur marché du travail, un survol des législations travaillistes de la plupart des pays de l'Europe continentale désavouera aisément cette thèse. Constatée sans peine, la

¹⁰⁷⁶ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op. cit.

¹⁰⁷⁷ V. par ex. P. Glenn, *La civilisation de la common law*, RIDC 1993, p. 559, « La « civilisation » est un rapprochement de la tradition civiliste, bien que le rapprochement laisse persister des différences quand même importantes [...] La common law a été, à travers la plupart de son histoire, un droit de caractère processuel. C'est dire qu'il existait une emprise institutionnelle sur la tradition tout entière de la common law, qui cependant s'est affaiblie remarquablement au XIXe siècle. En même temps, au XIXe siècle, on a vu surgir l'idée de droit dans le sens civiliste (substantiel et même subjectif), et cette montée de la notion de droit commence, de façon variable selon le pays de common law concerné, à avoir même un effet sur les institutions contemporaines de la common law », p. 560.

flexibilité, désormais pièce maîtresse des politiques de flexicurité, est l'une des principales caractéristiques communes à tous les Etats membres de l'Union européenne¹⁰⁷⁸. En effet, l'harmonisation législative à l'œuvre en Europe, la concurrence normative amplifiée sous l'effet de l'accélération de la mobilité des activités productives des entreprises et la fixité territoriale des législations nationales, incitent davantage à relativiser la répartition des droits nationaux du travail en familles juridiques distinctes. Ces phénomènes brouillent certainement les pistes ; les législateurs nationaux inscrivent leurs actions dans des cadres réglementaires différents et utilisent des notions formellement distinctes pour réglementer les relations de travail, mais dont les conséquences sur le plan socio-économique sont sensiblement proches. Le rapprochement des droits du travail à l'ère de la mondialisation devient une réalité¹⁰⁷⁹, du moins au sein des pays appartenant à la culture juridique occidentale. C'est en cela que l'on peut reprocher à la théorie des origines juridiques de construire des analyses sur une image statique et datée des traditions juridiques. Des auteurs relèvent à ce propos l'indifférence de la théorie du *Legal Origins* vis-à-vis du facteur temps, en soulignant que « *lorsqu'on examine les fondements empiriques de la théorie de la source juridique, sa plus importante lacune vient du fait qu'elle ne peut donner aucune indication sur l'évolution des régimes juridiques dans le temps. Toutes les conclusions qui prétendent confirmer cette théorie sont basées sur des données transversales, alors que l'argument historique expliquant la filiation des systèmes en constitue l'un des aspects fondamentaux*¹⁰⁸⁰ ».

307. - Des comparaisons faussées. Les résultats des analyses comparatives fondées sur la théorie des origines juridiques ne reflètent pas la réalité de la réglementation des relations de travail. L'exemple du droit du licenciement en est une illustration topique. Il permet de pointer le décalage entre une description superficielle, appréhendant d'une façon statique les différentes traditions juridiques, et la réalité des solutions juridiques adoptées. Le droit anglais du travail, représentant par excellence de la tradition de *common law*, a développé progressivement un corpus de règles jurisprudentielles applicable aux ruptures injustes

¹⁰⁷⁸ V. not. A. Perulli, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, RDT 2015, p. 170 et s. I. Schömann, *Réformes du droit du licenciement en Europe : genèse et impact d'une flexibilisation programmée et exacerbée par la crise (première partie)* RDT 2015, p. 64, (seconde partie) RDT 2015, p. 134.

¹⁰⁷⁹ X. Blanc-Jouvan, *Le droit du travail face au défi de la mondialisation*, in. *Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, coll. Mélanges, 2008, p. 95 ; T. Lahalle, *Mondialisation et convergence des droits sociaux*, JCP S, n° 15, 12 Avril 2011, 1180.

¹⁰⁸⁰ S. Deakin, P. Lele et M. Siems, *L'évolution du droit du travail : évaluation et comparaison des régimes réglementaires*, op. cit., p. 166.

« *unfair dismissal* » des contrats de travail¹⁰⁸¹, dispositif qui n'a pas été pris en considération dans les calculs chiffrés de la législation protectrice de l'emploi visant le classement des droits nationaux du travail à la lueur de l'étalon d'attractivité économique. Cette lacune méthodologique fausse les comparaisons internationales au détriment des pays de droit civil qui, eux, ont historiquement et progressivement bâti leurs droits du travail grâce à des lois sociales, en principe, codifiées¹⁰⁸². La différenciation des styles ou des régimes réglementaires s'appuyant sur une conception immuable des traditions juridiques, telle qu'elle a été retenue par certains auteurs, n'éclaire que très partiellement les dissemblances et les similitudes entre les législations nationales. L'emblématique capacité des juges des pays de *common law* à faire évoluer les règles juridiques au gré des mutations des circonstances économiques, alors que les juges dans les pays de droit codifié doivent seulement être la « bouche de la loi » et respecter l'utilisation du syllogisme révèle sur plusieurs points une lecture simpliste de la complexité irréductible des enjeux et des intérêts à protéger au sein des différents systèmes juridiques.

308. - Diversité formelle des réglementations nationales et convergence matérielle des solutions. Quand bien même les marqueurs historiques, fondant les spécificités des régimes réglementaires nationaux, semblent mis à l'épreuve par l'existence de pressions harmonisatrices communes – globalisation, régionalisation du droit et compétition normative¹⁰⁸³...etc. –, le droit, en tant que « *technologie du changement*¹⁰⁸⁴ », reste soumis aux contraintes et ressorts de son contexte national. Certes, les avancées du XX^{ème} siècle en faveur de la protection des droits des travailleurs, menées, par exemple, sous les auspices de

¹⁰⁸¹ A. Fiorentino, *La rupture du contrat de travail en droit anglais, Droit comparé anglais et français*, PUAM 2008 ; pour un état des lieux récent des réformes du droit anglais des licenciements marquées par une méfiance eu égard de l'intervention des juges (soumission obligatoire du litige à l'ACAS « *Advisory, Conciliation and Arbitration Service* » avant de saisir le juge « *employment tribunal* ») et de la justiciabilité de certains droits des salariés (création de frais de procédure) pour répondre aux besoins des entreprises en termes de flexibilité et d'allègement des coûts. v. A. Fiorentino, *La réforme du droit du travail britannique : la « révolution silencieuse » continue*, JCP S n° 15, 9 Avril 2013, 1156

¹⁰⁸² Notons que plusieurs pays de droit civil n'ont pas de Code du travail, mais utilisent d'autres instruments législatifs ou normatifs : Code civil, Code de procédure civile, lois éparses, décret-royal, conventions collectives (ex. Allemagne, Espagne, Italie, Suisse). V., sur les expériences de codification, l'étude de María Areta Martínez, *Le nouveau Code du travail français vu de l'étranger – Approche comparative de la codification du droit du travail. Première partie: analyse comparée des Codes du travail*, Sem. soc. Lamy, suppl., 20 décembre 2010, n°1472, p. 127 et s.

¹⁰⁸³ V. *Supra*. Titre 1, Première Partie

¹⁰⁸⁴ J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, p. 417.

l'Organisation Internationale du Travail, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne¹⁰⁸⁵, ont propulsé les systèmes juridiques occidentaux dans un mouvement de convergence grâce au respect de certains standards sociaux internationaux. Ce constat, allant au-delà du droit du travail, a été souligné par les analyses de comparatistes. Selon les Professeurs Gambaro, Sacco et Vogel « *L'ensemble de ces observations [valeurs communes (démocratie, liberté, égalité...) renforcées par la constitutionnalisation croissante des ordres juridiques] met en évidence des correspondances réciproques entre les valeurs de civilisation et les principes juridiques. En présence de similitude entre les premières il ne peut y avoir de grandes dissemblances entre les seconds. En effet, l'évolution des expériences juridiques aussi bien de common law que de civil law au cours du siècle dernier montre au fond des similarités mais aussi une certaine synchronie dans leur développement¹⁰⁸⁶ ». La profondeur culturelle du droit national¹⁰⁸⁷ n'est pas un obstacle à l'émergence de solutions juridiques dont le contenu et les effets sont sensiblement proches, quelles que soient les voies choisies par les législateurs nationaux. A titre d'illustration de ce rapprochement des législations nationales, des spécialistes anglo-saxons du droit comparé du travail ont pu relever que « *depuis le début des années 2000, une baisse relative de ses niveaux de réglementation [droits du travail individuel et collectif] a ramené la France vers une meilleure convergence avec les autres pays. Le Royaume-Uni possède le système avec lequel, collectivement, les autres pays convergent le plus: cela peut s'expliquer par la combinaison de son héritage de common law et de sa perméabilité à l'influence de l'UE¹⁰⁸⁸, ce dernier facteur le rapprochant de l'Allemagne et de la France¹⁰⁸⁹ ».**

¹⁰⁸⁵ S. Hennion. M. Le barbier-Le Bris. M. Del Sol, *Droit social européen et international*, PUF, coll. Thémis 2013.

¹⁰⁸⁶ A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Traité de droit comparé, Le droit d'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011, p. 52. Souligné par nous.

¹⁰⁸⁷ Cette conception fait florès au sein de la doctrine comparatiste dite « Law as Culture », développée par les travaux de Pierre Legrand ; v. not. P. Legrand, *Sens et non-sens d'un Code Civil Européen*, RIDC, 1996, p. 779.

¹⁰⁸⁸ L'étude du cas anglais est éclairante. Pays traditionnellement connu pour être l'archétype du droit d'origine jurisprudentielle, l'Angleterre s'est dotée de nombreux textes de lois, tout particulièrement sous l'influence des droits européens - droit de l'Union européenne (On songe, notamment, à la transposition des directives sociales de l'Union européenne qui ont considérablement nourri le droit du travail anglais, v. par exemple en droit collectif du travail, S. Laulom, *Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie et France)*, in. M.-A. Moreau (dir), *La représentation collective des travailleurs, Ses transformations à la lumière du droit comparé*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires 2012, p. 113) et droit du Conseil de l'Europe (Par ex. le Human Rights Act de 1998 portant sur l'adaptation du droit britannique au droit de la Convention européenne des droits de l'homme, v. J.-F. Flauss, *Human Rights Act . 1998 : kaléidoscope*, *Revue française de droit constitutionnel* 4/2001 (n° 48),

309. - La théorie des origines juridiques demeure une construction doctrinale élaborée par des économistes dont les postulats et la méthodologie méconnaissent certaines règles élémentaires de la science comparative. L'étude des liens entre la règle de droit et les performances économiques et sociales sont complexes¹⁰⁹⁰. Instituer des relations de type cause à effet entre le taux de chômage et l'existence de normes travaillistes contraignantes – ce qu'aucune étude empirique n'a jamais véritablement démontré¹⁰⁹¹ – relève plutôt d'un parti pris : la croissance économique et l'amélioration du taux d'emploi seraient la résultante du démantèlement des protections de l'emploi et des salariés garanties par le droit du travail.

Les travaux des juristes comparatistes adoptent une approche critique vis-à-vis des postulats de la théorie des origines légales¹⁰⁹². Ils abordent la taxinomie des droits en familles avec beaucoup de précaution, puisque, depuis les travaux pionniers de René David datant des années 1960, plusieurs classifications des droits nationaux aussi diverses que variées ont vu le jour¹⁰⁹³. La perspective juridique de classer les droits en familles suit une logique

pp. 695-703).

¹⁰⁸⁹ S. Deakin, P. Lele et M. Siems, L'évolution du droit du travail: évaluation et comparaison des régimes réglementaires, op. cit., p. 165.

¹⁰⁹⁰ Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, in. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir), *L'efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes juridiques 2010, p. 49 et s. V. égal., Ch. Jamin, *Economie et Droit*, in. D. Alland, S. Rials (dir), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-Puf, 2003, pp. 578-581.

¹⁰⁹¹ V. sur ce débat le numéro d'avril 2016 de la revue *Droit social*.

¹⁰⁹² A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Traité de droit comparé, Le droit d'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011, spéc. pp. 45-59.

¹⁰⁹³ V. not., sur ces classifications, R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. Précis 11^{ème} éd. 2002 ; G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ coll. Manuel, 3^e éd. 2015, p. 22 et s. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., spéc. p. 28 et s. R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains. Approches comparative*, Litec, coll. Manuel, 2^e éd. 2008, p. 7 et s. Aux côtés des traditions juridiques occidentales, de droit civil et de *common law*, les familles de droit socialiste, celles d'inspiration religieuse ou philosophique, complètent la cartographie juridique du monde. Cependant, le plus intéressant dans une opération de classification des droits en grandes familles ce sont les critères qui la sous-tendent. Ces derniers reflètent la richesse et la profondeur des réflexions des comparatistes. Par exemple, René David utilisait un double fondement : le premier était consacré à l'appréciation de la technique juridique (ex. sources de droit, hiérarchie des normes), le second partait des conceptions d'organisation sociale (dimensions politique, religieuse ou morale et économique) ; les deux comparatistes allemands K. Zweigert et H. Kötz (*An introduction to Comparative Law*, 3^{ème} édition, Oxford, 1998) explorent la diversité des systèmes juridiques en fonction de plusieurs critères (la construction historique du droit, l'idéologie, les sources de droit, le type de pensée juridique dominant et les institutions juridiques originales) pour dresser une typologie des systèmes juridiques (droit romaniste, germanique, common law, socialiste, scandinave, islamique, hindoue, ou encore d'extrême orient) ; quant au comparatiste italien Ugo Mattei (U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press 1997), il propose une répartition des droits en trois modèles fondée sur la nature du contrôle social - cette hypothèse épistémologique ne prend pas seulement en considération la loi dans le sens occidental du terme, mais aussi la politique et la tradition en tant que modèles de loi ou sources créatrices de règles de conduite (« *Legal systems may be classified in a tripartite scheme according to the source of social behavior that plays the leading role in them. A basic epistemological assumption of this paper is that not only*

différente, en s'éloignant nettement des spéculations normatives de la théorie du *Legal Origins* ; elle tend à rendre intelligible la diversité des systèmes juridiques nationaux pour des raisons pédagogiques, dans la mesure où « *le classement en familles rendrait concevable un exposé complet du phénomène juridique, quand une présentation de tous les systèmes de droit du globe est naturellement impossible*¹⁰⁹⁴ ». Certains comparatistes voient dans la dichotomie *common law/droit civil* une vision réductionniste de la diversité et de l'interconnexion des droits nationaux. Car, au-delà de la présentation classique des familles de droit il faut intégrer les systèmes de droit mixte ou hybride, qui combinent des caractéristiques apparentant à la fois à la *common law* et au droit civil, et les pays en voie de développement ou en transition démocratique. Ces derniers éléments reflètent parfaitement la dynamique des échanges et l'évolution permanente des systèmes juridiques ; ils mettent en exergue les limites de toute approche statique et simplificatrice de la réalité des droits nationaux¹⁰⁹⁵. Il est aujourd'hui convenu de dire que la culture juridique civiliste a reçu l'influence des droits de *common law*, et réciproquement¹⁰⁹⁶, et que l'état de ces deux cultures juridiques occidentales serait difficilement saisissable sans la compréhension de la dynamique d'échange¹⁰⁹⁷. Outil d'analyse à valeur relative, la classification des droits en familles a, certainement, une « *valeur d'un point de vue historique : mais on peut se demander quelle est encore leur actualité à une époque où « la mixité est partout »*¹⁰⁹⁸ ». En fait, « *aujourd'hui, tous les*

law in the western sense, but also politics and tradition are patterns of law. Using anthropological terminology, any pattern of social control is law », v. U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 *American Journal of Comparative Law* 5, 1997) – : droit professionnel (reposant sur une production professionnelle des normes par le législateur et le juge – ex. droit occidental), droit traditionnel (religieux, philosophique ou fondé sur la tradition), droit politique (caractérisé par une porosité entre les frontières du juridique et du politique ; ce dernier est capable de fausser le jeu des institutions pour satisfaire ses intérêts – c'est le cas des pays en voie de développement), v. U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 *American Journal of Comparative Law* 5, 1997 ; v. égal., sur ces classifications, G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ coll. Manuel, 3^e éd. 2015, p. 25).

¹⁰⁹⁴ G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ coll. Manuel, 3^e éd. 2015, p. 22.

¹⁰⁹⁵ A. Wald, *Doit-on repenser les « familles juridiques » ?*, in. *De tous horizons*, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, SLC. 2005, pp.187-197.

¹⁰⁹⁶ Pour l'exemple américain, v. J.-C. Roda, *L'influence des droits européens sur le droit américain*, D. 2014, p. 157. Concernant cet exemple, on peut citer la récente réforme américaine imposant un salaire minimum fédéral (7,25 dollars par heure pour 2015, sachant que c'est un minimum - un plancher -, que les États fédérés peuvent augmenter), portant les marques de l'influence du modèle français de droit du travail. Celui-ci est réciproquement redevable à la culture de *collective bargaining* à l'américaine ; on songe à cet égard à la promotion des accords collectifs d'entreprise et aux obligations de négocier de bonne foi à l'œuvre depuis les grandes réformes de l'année 1982 (Loi Auroux du 13 novembre 1982), Fr. Gaudu, *L'exigence de motivation en droit du travail*, RDC, 01 avril 2004 n° 2, p. 566, spéc., n° 9.

¹⁰⁹⁷ S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant. 2009.

¹⁰⁹⁸ « En réalité, c'est ce concept même de « famille juridique » qui nous paraît appeler une nouvelle réflexion :

*systèmes sont mixtes : ce sont des cocktails, des mosaïques d'influences diverses*¹⁰⁹⁹ ». L'opposition¹¹⁰⁰ entre ces deux familles de droit dans un monde aux frontières juridiques poreuses est floue¹¹⁰¹ et excessive¹¹⁰².

310. - En définitive, la théorie des origines juridiques ne met pas sur le même pied d'égalité les différents styles réglementaires, et procède *in fine* à une hiérarchisation des normes régissant les relations sociales, donc des valeurs qui les sous-tendent. La philosophie de ces analyses est fondée sur la primauté de l'économique sur le juridique ou le social. Partant d'une appréciation datée, statique et sujette à discussion des traditions juridiques, la théorie du *Legal Origins* a également une vision erronée du statut et du rôle des juges dans les systèmes juridiques de droit civil.

2. Une présentation erronée du rôle du juge

311. - Le rôle contestable des juges. C'est un truisme que d'affirmer que la littérature économique orthodoxe se méfie du rôle des juges des pays de tradition civiliste en général, et de leur *activisme* concernant le droit du travail en particulier. Pour le premier cas, le juge est considéré comme le bras armé de l'ordre juridique qui veille au respect du droit légiféré ou

car on est fatalement amené à s'interroger sur le sens qu'il peut encore avoir aujourd'hui, à un moment où les interactions se multiplient entre les différents systèmes et où la « circulation des modèles » devient telle qu'il n'est plus guère de droit (et l'on pense surtout à ceux qui sont « en transition » ou en voie de « construction » ou de « reconstruction ») qui se rattache à une – et une seule – « famille » », X. Blanc-Jouvan, note bibliographique du livre de V. Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide - The Third Legal Family*, in. RIDC, 2002, p. 893.

¹⁰⁹⁹ G. Cavalier, *Réflexions à partir de l'analyse économique de la culture (fiscale) civiliste*, D. 2010, p. 2018

¹¹⁰⁰ D'aucuns considèrent que cette opposition entre ces composantes de la culture juridique occidentale mérite d'être dépassée : « *En définitive, par aucun de ses aspects [droit codifié ; droit coutumier ; jurisprudence,...] la théorie des sources n'établit une véritable ligne de démarcation entre les systèmes de common law et de civil law* » car « *La toile que constitue tout système juridique, de common law comme de civil law, est tissée d'une multitude de fils de même couleur* », A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Traité de droit comparé, Le droit d'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011, p. 48 et s.

¹¹⁰¹ « *The distinction between systems based on judge-made law and those based on statutory codes is becoming blurred* », R. Mitchell, A. O'Donnell, I. Ramsay et M. Welsh, *Labour law and institutional configuration in different varieties of capitalism: what does the Australian case tell us about the utility of cross-national typologies?* (http://www.upf.edu/gredtiss/_pdf/2013-LLRNConf_MitchellEtAl.pdf), p. 9.

¹¹⁰² Les « [...] innovations qui se succèdent depuis près de deux siècles et qui s'accroissent et s'intensifient dans la période contemporaine semblent traduire une rationalité nouvelle en même temps que connue, celle d'un système dans lequel le droit n'est plus abstrait ni contraignant, mais factuel et rhétorique, voire négociable. Tel est peut-être l'avenir du droit d'Europe continentale, un avenir qui le rapprocherait assurément de la common law, sans pour autant lui faire perdre sa spécificité », F. Zénati-Castaing, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, D. 2002, p. 15.

réglementaire auquel la théorie du *Legal Origins* est fortement opposée. S'agissant du droit du travail, le juge est doublement accusé depuis plusieurs années : il fausserait le jeu des prévisions de la partie forte au rapport salarial et il détournerait esprit et lettre des lois en créant de nouvelles obligations pesant sur les employeurs en faveur des salariés¹¹⁰³. Le juge social français s'attire les foudres des critiques¹¹⁰⁴, d'où les réformes successives développant des stratégies d'éviction progressive des juges¹¹⁰⁵ ; l'action de ces derniers est considérée comme économiquement néfaste, comparativement à d'autres législations étrangères¹¹⁰⁶. De même, le fait que le juge veille au respect des normes peut être considéré, en ce qu'il participe à une application effective et stricte de la législation travailliste, comme un facteur d'inefficacité économique¹¹⁰⁷.

312. - L'appréciation négative des rapports Doing Business du rôle du juge travailliste. S'inspirant largement des travaux des tenants de la théorie des origines juridiques, le rapport *Doing Business* 2005, par exemple, exprimait cette crainte vis-à-vis du

¹¹⁰³ Une telle action des juges suscite de sérieuses réserves auprès de certains juristes travaillistes ; par exemple le juge, en donnant à l'obligation de l'employeur de veiller à la protection de la santé et de la sécurité des salariés la nature d'obligation de résultat, risquerait « *de mettre l'entreprise en situation d'être inéluctablement condamnée, quelles que soient les mesures qu'elle a prises, lorsque survient un incident ou un accident* », B. Teysié, *Un nouveau droit du travail ?*, JCP S. n° 26, 30 juin 2015, n° 23. V. l'exemple des arrêts dits « amiante » : Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-10.051 : JurisData n° 2002-013259. – Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-18.389 : JurisData n° 2002-013258. – Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-11.793 et n° 99-18.390 : JurisData n° 2002-013263 ; v. égal. les réticences exprimées (B. Teysié, *Sur la sécurité juridique en droit du travail*, Dr. soc. 2006, p. 703, n° 3) sur l'addition de l'exigence d'une contrepartie pécuniaire aux conditions de validité des clauses de non-concurrence (Cass. soc., 10 juill. 2002 (trois arrêts), V. not. R. Vatinet, *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio*, Dr. soc. 2002, p. 949). Parmi les créations jurisprudentielles, on peut citer, notamment, l'obligation générale d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi (« *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi* », Cass. soc., 25 févr. 1992 (arrêt *Expovit*) Bull. civ. 1992, n° 122), et l'obligation de reclassement du salarié en matière de licenciement pour motif économique (« *le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi, que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible* », Cass. soc., 1er avr. 1992 : Bull. civ. 1992, n° 228). En ce qui concerne le droit des relations collectives de travail, l'exemple du « mandatement du salarié » (« *dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux, les accords d'entreprise peuvent être valablement négociés et signés par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif* », Cass. soc., 28 févr. 2002 : Bull. civ. 2002, n° 81). V., sur cette question, les travaux du président de la chambre sociale de la Cour de cassation Monsieur Jean-Yves Frouin, not. *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, JCP S n° 45, 3 novembre 2009, 1501 et *Protection de l'emploi du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail*, JCP S n° 9-10, 2 Mars 2010, 1088.

¹¹⁰⁴ M. Grévy, P. Henriot, *Le juge, ce gêneur...*, RDT 2013, p. 173.

¹¹⁰⁵ V. not., J. Icard, *Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?*, Cah. soc., 2013 n° 254, p. 280 et s. ; du même auteur, *La réforme de la rupture du contrat de travail*, Cah. soc. 2015, p. 544.

¹¹⁰⁶ V. infra., n° 562 et s.

¹¹⁰⁷ J. C. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Regulation of Labor*, Quarterly Journal of Economics, 2004, 119 (4), p. 1378.

rôle des juges travaillistes. Ceux-ci, s'agissant plus précisément des juges élus prud'homaux, transporterait conflits et antagonismes des rapports sociaux à l'intérieur de l'espace judiciaire. Ces représentants de salariés et d'employeurs, dont les intérêts sont substantiellement divergents, entraveraient les chances d'aboutir à une conciliation, et allongeraient les procédures en cas de licenciement¹¹⁰⁸.

Cette vision de la place et du rôle de l'institution judiciaire au sein de la tradition civiliste, ne résiste pas à l'analyse de l'évolution et de l'influence réelles des instances juridictionnelles aussi bien dans les droits de *common law* que dans les droits romano-germaniques.

313. - Quelques repères sur le rôle des juges en droit continental. Le raisonnement syllogistique est la méthode qu'emprunte habituellement le juge pour trancher les litiges. Il joue un rôle essentiel au sein de l'ordre juridique français, il garantit la légitimité formelle des décisions des juges. Le juge « *n'a pas à se mettre en quête de ce qui est juste : sa décision se ramène à un syllogisme juridique dont la prémisse majeure résulte directement*¹¹⁰⁹ » des prévisions de la loi ou des conventions. Derrière cette attitude intellectuelle se niche un principe, commun à toutes les sociétés humaines dotées de systèmes de contrôle social, celui de la référence à des valeurs, transcendant la variabilité des situations, dont le juge veille au respect¹¹¹⁰ ; puisqu'il en va de l'intérêt et de la cohésion de la société tout entière. Il est de coutume de citer quelques extraits du discours préliminaire du Code civil pour rappeler la conception française du rôle du juge. Le cadre de l'action des juges y est clairement posé : « *le juge est au service de la loi ; il doit en respecter la lettre et l'esprit ; si des vides sont constatés il lui appartient de les combler mais il ne doit le faire que dans le respect de l'esprit du texte auquel il apporte complément ; s'il doit en faire évoluer l'application, ce ne doit être qu'en raison d'importantes évolutions de l'environnement social, économique, financier ou technologique dans lequel il se déploie [...] Tout exercice de réécriture d'un texte dont l'encre est à peine sèche doit être exclu... Toute tentative de neutralisation d'un dispositif légal [...]*

¹¹⁰⁸ M. Grimaldi (dir), Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, op. cit., p. 50.

¹¹⁰⁹ A. Supiot, Critique du droit du travail, PUF, coll. Quadrige. 2^e éd. 2007, Préface de l'édition « Quadrige », p. 49.

¹¹¹⁰ Ibid, p. 266 : « [...] dans la culture legaliste, cette idée de référence évoque d'abord la référence à la loi, et la tournure syllogistique de nos jugements et de nos manières de raisonner en droit ».

doit être bannie...¹¹¹¹». La tradition juridique française, chantre de la loi, du légalisme et du « *légicentrisme*¹¹¹² », se prête donc parfaitement à de tel « *style réglementaire*¹¹¹³ ». Celui-ci aurait, par ailleurs, selon les promoteurs de la théorie des origines juridiques, des conséquences économiques importantes¹¹¹⁴.

314. - Des repères revisités. La lecture du rôle du juge, telle qu'elle a été construite au moment des codifications napoléoniennes, ne peut être pleinement valable aujourd'hui¹¹¹⁵. La doctrine contemporaine est parfaitement consciente des mutations du rôle des juges, et partant de l'architecture institutionnelle du système de production des normes juridiques. Les analyses du Professeur Frédéric Zénati-Castaing décrivent parfaitement ces évolutions. Elles mesurent les racines et l'ampleur de telles évolutions en partant de certains éléments clés du système juridique des pays appartenant à la famille de droit civil. Parmi ces éléments, le déclin de la loi, précisément de ses qualités. Expression – très ancrée dans l'imaginaire normatif collectif – de l'intérêt général transcendant les intérêts particuliers des membres de la communauté nationale, la norme légiférée ne nourrit plus comme avant « *la croyance dans l'idée que la solution se dégage de la norme*¹¹¹⁶ ». Cela implique, dans une société en évolution au sein de laquelle se nouent des relations sociales complexes et judiciairisées et où la loi manque de précision, un accroissement du rôle normatif des juges¹¹¹⁷. Cette « *réhabilitation du juge discrédité*¹¹¹⁸ » par conséquent « *le syllogisme judiciaire, source de domination législative et conduit à concevoir de manière plus feutrée l'action de la loi sur les*

¹¹¹¹ B. Teyssié, Un nouveau droit du travail ? JCP S. n° 26. 30 juin 2015, n° 28.

¹¹¹² « Dans un système de droit écrit, mieux dans un système légicentrique, où il revient à la loi de fixer, et avant tout, notamment, les principes fondamentaux de droit du travail, où, formellement, les règlements, et, fonctionnellement, les conventions et accords collectifs complètent la loi, il n'est pas de place concevable pour une création [...] de règles nouvelles par des juges », A. Lyon-Caen, Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française, in. Ph. Auvergnon (dir), Les juges et le droit social, Contributions à une approche comparative, COMPTRASEC, Presses Universitaires de Bordeaux, 2002, p. 22.

¹¹¹³ Terminologie utilisée par la théorie du *Legal Origins*, v. E. Glaeser et A. Shleifer, *Legal Origins*, Quarterly Journal of Economics, 2002, Volume 117, pp. 1193-1229.

¹¹¹⁴ R. La Porta et alii, *The Economic Consequences of Legal Origins*, *Journal of Economic Literature* 2008, 46: 2, p. 286: « In this paper, we show how these styles of different legal systems have developed, survived over the years, and continued to have substantial economic consequences ».

¹¹¹⁵ P. Deumier, L'état réel de la jurisprudence dans les systèmes de droit civil. L'exemple de la France, in, Revue ERSUMA, n° spécial, mars 2014, p. 47.

¹¹¹⁶ F. Zénati-Castaing, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, D. 2002, p. 15.

¹¹¹⁷ « *Faites nous de bonnes lois, et il y aura moins de procès : telle est la seule directive qui devrait s'imposer aux adversaires décidés du Droit créé par les juges* », G. Lyon-Caen, *L'état des sources du droit du travail. Agitations et menaces*, Dr. soc. 2001, p. 1033.

¹¹¹⁸ F. Zénati-Castaing, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, op. cit.

*jugements*¹¹¹⁹ ». Les juges sont appelés à combler les lacunes d'une loi hésitante, changeante au gré des alternances politiques¹¹²⁰ et perméable aux intérêts des groupes de pression¹¹²¹. Ils sont sensibles aux faits et à l'évolution des valeurs sociétales. En définitive, « *la reconnaissance au juge du pouvoir de mettre au jour et de construire les solutions dictées par la réalité heurte la vision théorico-abstraite du droit qui est à la base du système juridique*¹¹²² ».

315. - Le juge et les sources de droit du travail. Dans un système juridique légicentrique, « *les juges ne sont bien sûr pas absents : ils y sont confinés dans le rôle d'organes d'application du droit étatique (et du droit conventionnel). Et s'ils ont un rôle d'interprète, c'est avec le souci et sous la contrainte de révéler une règle qui préexiste à leur activité d'interprète, sous réserve toutefois de l'espace que ménagent à leur intention l'insuffisance, le mutisme et l'obscurité de la loi*¹¹²³ ». Or, comme il a été souligné par le président de la Chambre sociale de la Cour de cassation « *il ne paraît pas excessif d'avancer que la jurisprudence sociale a produit et produit de manière habituelle du droit positif (nouveau) comme si elle était une source autonome de droit et qu'elle se comporte en outre comme si elle avait naturellement ce pouvoir normatif ; et cela alors même qu'il existe un droit écrit du travail, très nourri et d'origine récente, ce qui dans la tradition française selon laquelle le juge ne fait que dire le droit devrait le cantonner dans un rôle très étroit puisque la loi est censée avoir tout dit et, qu'étant récente, elle est (du moins peut-on le supposer) en harmonie avec l'état de la société*¹¹²⁴ ». L'apport du juge est capital, non seulement dans l'application de la loi, mais dans la construction de la norme, puisqu'un « *texte clair et précis*

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ Une constante de l'histoire contemporaine du droit du travail. v. en ce sens, A. Lyon-Caen, Changements politiques et changements du droit du travail, in. Les Transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 1 et s.

¹¹²¹ Surtout des clubs, instituts, et cercles de réflexion, proches des organisations syndicales patronales (par ex. Entreprise et Progrès, Entreprises de taille humaine, indépendantes et de croissance (ETHIC), Entrepreneurs et Dirigeants chrétiens (EDC), le Centre des jeunes dirigeants d'entreprise (CJD), et autres think tanks : Institut de l'entreprise, Institut Montaigne,...) ; « *Ces réseaux denses sont aussi des « viviers de recrutement » pour le MEDEF, et jouent un rôle de producteurs d'expertise très important* » (M. Rabier, Organisations patronales en France et en Europe, Dares, coll. Document d'études, n° 130 décembre 2007, p. 46) pouvant influencer l'activité législative.

¹¹²² F. Zénati-Castaing, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, op. cit.

¹¹²³ A. Lyon-Caen, *Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française*, op. cit. p. 22.

¹¹²⁴ J.-Y. Frouin, Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail, JCP S n° 45, 3 novembre 2009, 1501, n° 2.

*n'existe pas [et] le sens d'une loi dépend toujours du problème qu'il convient de résoudre, et que le travail du juge consiste moins à appliquer la loi qu'à procéder à une balance des intérêts en présence*¹¹²⁵ ».

316. - Appréciation erronée du rôle des juges civilistes. De ces analyses, ressortent de nombreux éléments pour relever le caractère lacunaire de la présentation des juges civilistes dans les travaux du courant du *Legal Origins*. Ces derniers, à rebours de la conception classique du rôle du juge¹¹²⁶, mettent en cause, non pas le manque de compétences techniques et économiques des juges et leur rôle perturbateur comme c'est le cas dans le cadre de l'analyse micro-économique comparée de la norme travailliste¹¹²⁷, mais insistent, paradoxalement, sur l'incapacité institutionnelle des juges civilistes à se libérer de la logique déductive et syllogistique rigide ; l'intervention des juges des pays de *common law* est plus flexible et s'adapte à l'évolution constante du contexte socio-économique. La fausseté de cette démonstration¹¹²⁸, au demeurant « *superficielle et archaïque* ¹¹²⁹ », peut être vérifiée sur un double plan : la sensibilité des juges civilistes aux considérations économiques, et le rôle normateur du juge¹¹³⁰ en droit du travail.

¹¹²⁵ J.-P. Chazal, *Simplifier le droit du travail : entre naïveté herméneutique et démantèlement politique*, D. 2015, p. 1593.

¹¹²⁶ Où « le législateur pose une règle qu'il appartient au juge d'interpréter et d'appliquer aux faits qui entrent dans son domaine d'application. Les choix économiques sont opérés par le législateur. Le choix étant fait, le juge n'a plus qu'à s'y plier. L'argumentaire économique intéresse l'élaboration et l'édition de la règle ; l'application de celle-ci obéira à un argumentaire juridique », P. Rodière, *Le juge et les appréciations économiques : opposition de deux approches*, in. A. Jeammaud (dir), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires* 2005, p. 127.

¹¹²⁷ Fr. Eymard-Duvernay, *Le droit est-il soluble dans les incitations ? A propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciement*, Dr. soc. 2004, p. 812 et s. Les règles travaillistes créées par la jurisprudence sont souvent critiquées par la doctrine économique d'appartenance orthodoxe, en ce qu'elles perturbent le fonctionnement du marché du travail. En effet, « l'économiste considère le plus souvent que le juge n'est pas qualifié pour évaluer les décisions économiques [...] un litige né au sein de l'entreprise peut difficilement être transporté dans l'enceinte du tribunal, d'où la nécessité, pour l'économiste, de trouver des mécanismes d'incitation qui remplacent le contrôle judiciaire » (Fr. Eymard-Duvernay, *Le droit est-il soluble dans les incitations ?*, op. cit. ;).

¹¹²⁸ Rappelons que « la théorie comparative voit dans la jurisprudence un moyen privilégié de comprendre les ressorts d'une culture juridique donnée, et la traite à ce titre avec beaucoup d'égards », H. Muir-Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, RIDC, 2000, p. 504.

¹¹²⁹ Cette présentation est, selon le Professeur Ugo Mattei, « *singulièrement trompeuse, [...], elle est fondée sur une perception superficielle et archaïque des différences entre la common law et le droit civil* », U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, Michigan, Ann Arbor, 1997, p. 79, cité par S. Deakin, P. Lele et M. Siems, *L'évolution du droit du travail: évaluation et comparaison des régimes réglementaires*, *Revue Internationale du Travail*, 2007, vol. 146, p. 147.

¹¹³⁰ D'une manière générale, v. P. Deumier, *L'état réel de la jurisprudence dans les systèmes de droit civil*.

317. - Formalisme ou pragmatisme ? Comment un phénomène jurisprudentiel peut-il exister et prospérer dans des systèmes encore fortement « légicentriques »¹¹³¹? Pour saisir la complexité des considérations économiques¹¹³², voire des choix économiques – du législateur et des acteurs économiques – le juge combine le « confort » de la rationalité formaliste et déductive, auquel il est habitué, et la logique réaliste, conséquentialiste¹¹³³ et pragmatique mobilisant par définition des savoirs extra-juridiques qui dépassent, par définition, les compétences techniques des juges. De cette combinaison jaillissent de multiples interactions entre la lettre des textes et leur esprit pour arriver, « *d'espèce en espèce et au contact des faits*¹¹³⁴ », à des solutions concrètes, donc pragmatiques ; le pragmatisme est entendu ici comme les solutions dégagées par le juge à partir de l'observation de plusieurs réalités : économique, juridique¹¹³⁵ et sociale...etc. Loin d'être un facteur de perturbation, le raisonnement pragmatique, sensible aux intérêts en jeu, tend à la réalisation du droit du travail. Ainsi, dans un contexte économique et législatif instable, veiller au respect du droit du travail passe-t-il inéluctablement par une confrontation d'une multitude d'arguments dont se saisissent les débats publics¹¹³⁶. Ce « *déploiement du réalisme*¹¹³⁷ » prend devant les juges souvent la forme d'un bilan avantages/coûts ou d'une balance des intérêts¹¹³⁸ ; il tend à

L'exemple de la France, in, Revue ERSUMA, n° spécial, mars 2014, p. 47. En droit du travail, v., R. Vatinet, Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail, in. B. Teyssié (dir), Standards, Principes et Méthodes en droit du travail, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 207, spéc., p. 221 et s.

¹¹³¹ Ph. Auvergnon, Les juges et le droit social. Interrogations nationales et approche comparative, in. Ph. Auvergnon (dir), Les juges et le droit social, Contributions à une approche comparative, COMPTRASEC, Presses Universitaire de Bordeaux, 2002, p. 9.

¹¹³² Selon Thierry Kirat, fin observateur du courant économie du droit (Th. Kirat, Economie du droit, La Découverte, coll. Repères. Economie, 2012), les considérations économiques peuvent être associées à trois acceptions qui sont, selon une présentation par degré croissant de généralité : « - la matérialité de l'affaire ; - le poids des considérations légales et extra-légales dans la décision ; - les conséquences économiques de la décision », Th. Kirat, *La décision judiciaire entre pragmatisme et formalisme. Regards croisés, entre common law et civil law, sur l'espace légitime des considérations économiques dans la motivation des décisions juridictionnelles*, Droits – 54, 2011, p. 113.

¹¹³³ « Le raisonnement causaliste ou conséquentialiste permet au juge de choisir la solution à donner à un litige, non en application d'une norme préétablie ou en application d'un raisonnement induit des mailles de l'ordonnancement juridique, mais en considération de ses causes ou des conséquences qu'elle pourrait avoir, sociales, économiques, psychologiques. Le juge est alors souverain et considéré comme omniscient, dans des domaines pourtant particulièrement complexes et difficiles à appréhender », R. Vatinet, Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail, op. cit., p. 221.

¹¹³⁴ A. Lyon-Caen, *L'état des sources du droit du travail. Agitations et menaces*, Dr. soc. 2001, p. 1031.

¹¹³⁵ Les comparatistes préfèrent parler de « la complexité du réel juridique (ne pas s'en tenir à la seule structure du droit et donc intégrer sa dimension dynamique, -la vie du droit) », M-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique*, RIDC 2005, p. 27.

¹¹³⁶ Ceux-ci s'articulent, au risque de trop simplifier, autour de l'idée consistant à dire que le droit du travail serait un frein à l'emploi et, partant, nuisible à la prospérité économique de la Nation.

¹¹³⁷ R. Vatinet, Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail, op. cit., spéc., p. 218 et s.

¹¹³⁸ « *La justice judiciaire en général, la justice du travail en particulier, ne se réduisent pas au formalisme ;*

trouver des points d'équilibre qui concilient la protection de l'emploi des salariés et l'intérêt des entreprises¹¹³⁹. Monsieur Thierry Kirat explique en ce sens que, dès lors que la réalité économique peut être considérée comme un fait, elle est sujette au pouvoir d'appréciation souveraine des juges. Prenant en compte, par exemple, les impératifs économiques et les prérogatives de l'employeur en termes de choix économiques et de gestion de l'entreprise – garantie par la liberté fondamentale d'entreprendre¹¹⁴⁰ – « *le juge de cassation ne peut au mieux que tenter d'établir une balance des intérêts, bien sûr sans avancer à découvert sur ce terrain*¹¹⁴¹ ». Cette technique n'est certainement pas étrangère ni récente en droit du travail français. Déjà, en 1926, trois juristes comparatistes français, Edouard Lambert, Paul Pic et Pierre Garraud, avaient souligné que « *dans le domaine du droit du travail ... les tribunaux, à côté du législateur, accomplissent le même travail créateur et de construction en France et en Angleterre, avec la même intensité, bien qu'avec cette différence que en Angleterre leur mandat leur est officiellement conféré par la loi, alors qu'en France ils agissent en dépit de la prohibition imposée par la loi correspondante*¹¹⁴² ». La jurisprudence, n'est pas seulement

les solutions juridiques et la jurisprudence ont une portée régulatoire qui, sans que les juges le disent explicitement, reposent sur une balance des intérêts en présence », Th. Kirat, La décision judiciaire, entre formalisme et pragmatisme. Variations sur le juge et les considérations économiques, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), L'emploi en ruptures, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 140.

¹¹³⁹ « *le juge social a [...] parfaitement admis – et intégré – que l'intérêt de l'entreprise pouvait être de nature à justifier des remises en cause d'emplois existants même là où la loi pouvait paraître l'empêcher, soit qu'il s'agit de préserver la compétitivité de l'entreprise, soit qu'il s'agit d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise* », J.-Y. Frouin, Protection de l'emploi du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail, JCP S n° 9-10, 2 Mars 2010, 1088, l'auteur cite le cas de la validité des licenciements économiques consécutifs à une réorganisation indispensable à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise. Il souligne que « l'admission par la jurisprudence de la réorganisation de l'entreprise comme cause économique de licenciement est une concession essentielle faite à l'intérêt de l'entreprise » qui est contrebalancée par la reconnaissance de l'obligation de reclassement imposée à l'employeur en cas de licenciement pour motif économique. Deux créations jurisprudentielles datant du même jour : cass. soc., 1er avr. 1992 : Bull. civ. 1992, V, n° 223 et n° 228. L'ancien président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Monsieur Philippe Waquet, considère, à cet égard, que grâce à la jurisprudence sociale, l'obligation de reclassement est devenue « la contrepartie du droit reconnue à l'employeur de résilier un contrat à durée indéterminée pour motif étranger à la personne du salarié », Ph. Waquet, Le droit du travail et l'économie à la Cour de cassation. L'exemple du licenciement pour motif économique, in. A. Jeammaud (dir), Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2005, p. 124.

¹¹⁴⁰ V. pour une approche libérale de la constitutionnalisation de cette liberté d'entreprendre, T. Sachs, S. Vernac, La fondamentalisation d'un ordre libéral – À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014, loi n° 2014-384, 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, RDT 2014, p. 528. V. égal., sur la même décision du Conseil constitutionnel, J.-P. Chazal, Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie, D. 2014, p. 1101.

¹¹⁴¹ Th. Kirat, La décision judiciaire entre pragmatisme et formalisme. Regards croisés, entre common law et civil law, sur l'espace légitime des considérations économiques dans la motivation des décisions juridictionnelles, op. cit., p. 114.

¹¹⁴² E. Lambert, P. Pic, P. Garraud, *The sources and the interpretation of labour law in France*, Revue Internationale du Travail, vol. XIV, n° 1, 1926, p. 14 (pp. 1-36), cité par Th. Kirat, *La décision judiciaire entre*

une autorité chargée de veiller au respect de la règle édictée par le législateur, mais elle se comporte comme un pouvoir, un « *quasi-législateur*¹¹⁴³ » ou un « *législateur-bis*¹¹⁴⁴ », qui trace une ligne de conduite et fait preuve « d'acte de *policy*¹¹⁴⁵ » (ou de décideur politique) : « *elle définit, sous couvert d'interprétation, une règle qui n'est pas sans effet sur les stratégies et les choix de gestion des entreprises et, plus généralement, des acteurs du monde économique et social, donc sur les intérêts qui y coexistent*¹¹⁴⁶ ».

Le réalisme du juge social français contredit la présentation de l'analyse macro-comparatiste de la théorie du *Legal Origins*. Cette appréhension réaliste du rôle du juge des relations de travail et de leur environnement économique se concrétise, souvent, grâce à l'interprétation novatrice de certaines notions juridiques classiques (tel est le cas par exemple de la notion de bonne foi).

318. - L'exemple de la notion de bonne foi. Dotée d'une double fonction en droit du travail¹¹⁴⁷, à savoir la protection des intérêts des salariés et des entreprises, la notion de bonne foi¹¹⁴⁸ apporte un démenti à la thèse défendue par la théorie des origines juridiques. La

pragmatisme et formalisme. Regards croisés, entre common law et civil law, sur l'espace légitime des considérations économiques dans la motivation des décisions juridictionnelles, op. cit., p. , p. 117.

¹¹⁴³ Th. Kirat, La décision judiciaire, entre formalisme et pragmatisme, op. cit. p. 149.

¹¹⁴⁴ Le patronat souligne, depuis plusieurs décennies, que la Cour de cassation « outrepassa son pouvoir d'interprétation en édictant des règles qui ont "la structure et l'autorité de la règle de droit", ce qui pose la question de sa légitimité démocratique à se comporter en *législateur-bis* », Rapport de la Commission « droit du travail » de l'Institut de l'entreprise et d'Entreprise et progrès : Liaisons soc. 2001, quotidien 13411, cité par J.-Y. Frouin, Protection de l'emploi du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail, JCP S n° 9-10, 2 Mars 2010, 1088.

¹¹⁴⁵ Th. Kirat, La décision judiciaire, entre formalisme et pragmatisme. Variations sur le juge et les considérations économiques, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), L'emploi en ruptures, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 149.

¹¹⁴⁶ Ibid.

¹¹⁴⁷ « Le contrat de travail n'est-il pas une terre d'élection pour la bonne foi ? », B. Bossu, La confiance en droit du travail, in. B. Teyssié (dir), La cause en droit du travail, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2013, p. 224.

¹¹⁴⁸ V. pour une perspective comparative de la notion de bonne foi, S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Préf. M. Fabre-Magnan, PUAM 2012. Les déclinaisons de la notion de bonne foi, en matière d'obligation de fidélité ou de loyauté – volet procédural de l'obligation de bonne foi (France), de l'obbligo di fedelta (Italie), de duty of fidelity (droits anglo-saxons) - démontrent, malgré les spécificités nationales, l'importance de l'assise contractuelle du droit du travail. Le contrat de travail peut parfois participer d'une manière effective, malgré son apparente dimension protectrice des salariés, à la préservation des intérêts défendus par les entreprises, notamment, par le recours à la notion de bonne foi – par le biais de la bilatéralisation du devoir de loyauté – et de certaines clauses contractuelles (ex., clause de confidentialité, clause de non concurrence, etc.). Sur le rejet de la transplantation du concept de bonne foi en droit anglais, par le biais de la transposition de la Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L 95, 21 avril 1993, v. S. Vigneron, *Le*

prétendue rigidité des réglementations civilistes et l'incapacité des juges à faire évoluer le droit sont battues en brèches par les obligations que ces derniers ont pu déduire de la notion de bonne foi¹¹⁴⁹. L'interprétation créatrice de certaines notions juridiques civilistes – bonne foi, cause¹¹⁵⁰, abus de droit... – permet de saisir des situations concrètes inédites, sans passer par la plume du législateur. Dans le même ordre d'idées, des auteurs expliquent, afin de pointer les limites de la théorie du *Legal Origins* et le décalage de ses présupposées avec la réalité de l'évolution des droits nationaux, que « lorsqu'on dépasse l'approche schématique utilisée par les tenants de la théorie de la source juridique [Legal Origins], il apparaît immédiatement que la très grande majorité des règles du droit commercial et du droit du travail sont d'origine législative, tant en common law qu'en droit civil ». Ce rapprochement de ces deux cultures juridiques, concernant spécialement la place de la norme légiférée, modifie substantiellement l'intensité de l'interventionnisme judiciaire. Le développement constant du droit des sociétés en droit anglais, depuis la deuxième moitié du XXe siècle, qui s'est accéléré avec l'adoption « d'un texte monumental¹¹⁵¹ » comme le *Companies Act* de 2006, permet d'affirmer, depuis plusieurs années, « que les juges de common law ont maintenant moins de marge discrétionnaire que leurs confrères civilistes dans l'interprétation de la loi¹¹⁵² ». Ainsi, « les juges de common law n'ont qu'une marge restreinte dans

rejet de la bonne foi en droit anglais, in. S. Robin-Olivier, D. Fasquelle (dir), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, op. cit. G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law of How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, (1998) 61 *Modern Law Review*, p. 11.

¹¹⁴⁹ On peut citer l'obligation générale d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi (Cass. soc., 25 févr. 1992 (arrêt Expovit) Bull. civ. 1992, n° 122), l'obligation de reclassement du salarié en matière de licenciement pour motif économique (Cass. soc., 1er avr. 1992 : Bull. civ. 1992, n° 228), v. sur cette question J.-Y. Frouin, *Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail*, JCP S n° 45, 3 novembre 2009, 1501.

¹¹⁵⁰ Notion récemment abandonnée et remplacée par la notion de contenu du contrat en vertu de l'Ordonnance du 10 février 2010 portant réforme du droit des contrats ; cette réforme codifie les fonctions essentielles que remplissait la cause en droit des contrats (L. Leveneur, *Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JCP Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016, dossier 2).

¹¹⁵¹ S. Deakin, P. Lele et M. Siems, *L'évolution du droit du travail: évaluation et comparaison des régimes réglementaires*, op. cit., p. 147.

¹¹⁵² P. Davies, *Gower's principles of modern company law*, 6^e éd. (Londres, Sweet & Maxwell) 1997, p. 8, cité par S. Deakin, P. Lele et M. Siems, *L'évolution du droit du travail: évaluation et comparaison des régimes réglementaires*, op. cit., p. 147. En droit anglais, « la loi se sait et se veut exceptionnelle [...] Elle n'a pas de prétention à la complétude. Il en résulte que la loi anglaise est d'une précision extrême. À grand renfort de définitions et de règles particulières et détaillées, la loi définit très exactement la matière qu'elle entend régir. Ce qui ne relèvera pas de son champ d'application sera laissé au droit préexistant, la jurisprudence », G. Cuniberti, *Les caractéristiques prêtées classiquement à la tradition juridique continentale*, Revue ERSUMA, n° spécial, mars 2014, p. 12, numéro téléchargeable à l'adresse suivante : <http://revue.ersuma.org/no-special-idef-mars-2014/>

*l'interprétation des lois, les juges civils possèdent des pouvoirs inhérents leur permettant de développer le droit en utilisant les « clauses générales », telle la règle de bonne foi, qui remédient à la rigidité apparente des codes*¹¹⁵³ ».

319. - La consolidation de la jurisprudence créatrice du droit. Si la jurisprudence a pu être considérée comme une « *source flexible de droit du travail* »¹¹⁵⁴ en inscrivant le modèle ou le style judiciaire français en matière sociale dans une position médiane « *entre les modèles « formalistes » d'un côté, « pragmatistes-conséquentialiste » de l'autre* »¹¹⁵⁵, une question s'impose : quelle est la légitimité du juge lorsqu'il endosse la fonction de créateur de normes ? Quels sont les aspects techniques à faire évoluer pour garantir une transparence des choix de compromis opérés ? Il est légitime de s'interroger sur la légitimité de la norme jurisprudentielle¹¹⁵⁶ et sur les jugements de valeurs dont elle serait porteuse¹¹⁵⁷, dans un environnement social présenté de plus en plus d'une manière clivée et opposant la défense des protections des salariés aux intérêts des employeurs. Peut-on raisonnablement croire à une décision de justice, portant sur des questions évolutives régies par des textes plus ou moins imprécis, sans référence aux valeurs de la société et à une prise de position ? La réponse à cette question ne va pas sans rappeler le pragmatisme du juge français¹¹⁵⁸ ; ce dernier est d'autant plus nécessaire dans un contexte où « *le contrôle de proportionnalité résultant du contrôle de conventionalité ne permet plus en effet de déduire une solution d'une norme prédéterminée* »¹¹⁵⁹, mais est appelé à plus de transparence sur ses prémisses normatives et axiologiques¹¹⁶⁰. Sur le plan formel, concernant la rédaction des arrêts, « *la création*

¹¹⁵³ S. Deakin, P. Lele et M. Siems, L'évolution du droit du travail: évaluation et comparaison des régimes réglementaires, op. cit., p. 147.

¹¹⁵⁴ G. Lyon-Caen, *L'état des sources du droit du travail. Agitations et menaces*, Dr. soc. 2001, p. 1032

¹¹⁵⁵ Th. Kirat, La décision judiciaire, entre formalisme et pragmatisme. Variations sur le juge et les considérations économiques, op. cit, p. 140.

¹¹⁵⁶ « La véritable légitimité de la création jurisprudentielle se trouve dans la raison qui peut sous-tendre les décisions du juge. Cependant, une fois éloigné de la volonté du législateur, de quels instruments dispose le juge pour sérieusement trancher les questions de société ? La création d'une règle est un exercice d'une difficulté redoutable : les notions économiques, les implications sociales des règles sont pratiquement incalculables et sont-elles d'ailleurs calculées ? », J.-F. Cesaro, La jurisprudence doit-elle créer de la norme sociale ? JCP S. n° 31-35. 4 août 2015, 1288, n° 19.

¹¹⁵⁷ Ibid, n° 21.

¹¹⁵⁸ E. Lambert, P. Pic, P. Garraud, *The sources and the interpretation of labour law in France*, Revue Internationale du Travail, vol. XIV, n° 1, 1926, pp. 1-36.

¹¹⁵⁹ Ch. Jamin, Motivation des arrêts : une alternative, D. 2015, p. 2001.

¹¹⁶⁰ La prémisses axiologique est certainement difficile à détecter ; son expression est incompatible avec la tradition judiciaire française, car « *les différences les plus profondes sont celles qui ne disparaissent qu'à long terme, parce qu'elles concernent les mentalités et les procédés logiques. Ainsi, les différences affectant la*

jurisprudentielle, si elle venait à perdurer et à s'amplifier, ne saurait continuer à se satisfaire du mode actuel de rédaction des décisions de justice. Elle imposera des développements bien plus substantiels et un accès complet à l'ensemble des discussions préparatoires pour connaître le sens et la portée de la règle posée ¹¹⁶¹ ».

En définitive, la jurisprudence française n'a rien à envier, en tant que source de la règle juridique, à son homologue anglo-saxonne. Cependant, sur le registre de la rédaction des décisions, il serait souhaitable que la méthode du juge français évolue, en s'inspirant de la pratique du juge de *common law*¹¹⁶² ; notamment sur l'explicitation de la motivation et du raisonnement¹¹⁶³ des arrêts de la Cour de cassation. Pourquoi donc priver le droit du travail de la capacité de l'instance judiciaire à faire évoluer l'encadrement juridique des relations du travail, sans passer par une modification de la loi, surtout dans un contexte d'inflation législative ? Le risque d'une telle évolution est souligné : « *Je crois qu'il faut redouter le jour où l'institution judiciaire estimera qu'elle peut légitimement créer des normes. Ce jour coïncidera avec un retour du procès fait à la justice et aux juristes que la France a connu sous l'Ancien régime. Je crois à la valeur d'une certaine modestie de la rationalité des juristes* ¹¹⁶⁴ ». Au-delà de la double question de la légitimité démocratique et de la responsabilité des juges, militant en défaveur d'un rôle accru du juge au sein de la production des normes sociales, c'est le spectre du gouvernement des juges¹¹⁶⁵ que l'on craindrait peut être¹¹⁶⁶.

méthode de rédaction des jugements sont plus profondes que celles concernant le mode de sélection du chef de l'État », A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Traité de droit comparé, Le droit d'occident et d'ailleurs*, LGDJ, coll. Traités, 2011, n° 11.

¹¹⁶¹ J.-F. Cesaro, *La jurisprudence doit-elle créer de la norme sociale ?* JCP S. n° 31-35. 4 août 2015, 1288, n° 23. V. sur cette question en droit du travail, R. Vatinet, *Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail*, op. cit., spéc., p. 226 et s. ; v., plus généralement, P. Deumier, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?*, D. 2015, p. 2022.

¹¹⁶² « Le juge de la famille romano-civiliste aura un style de rédaction particulièrement succinct, rigide et formaliste, rédigé dans une langue du XVII^e siècle. Quelques pages suffiront tout au plus. Bien au contraire, le juge de common law, ancien praticien rompu à la confrontation, saura d'une façon particulièrement indépendante développer des arguments et un raisonnement qu'il couchera sur le papier en un style inimitable utilisant un vocabulaire et un jargon plus compréhensibles cependant au non-spécialiste que le français juridique d'ancien régime », A. J. Bullier, *La common law*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2012, p. 125.

¹¹⁶³ P. Deumier, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?*, D. 2015, p. 2022 ; du même auteur, Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents, RTD civ. 2016, p. 65.

¹¹⁶⁴ J.-F. Cesaro, *La jurisprudence doit-elle créer de la norme sociale ?*, op. cit., n° 25.

¹¹⁶⁵ Obstacle majeur à la promotion de lois sociales aux Etats-Unis au début du XX^e siècle. Rappelons que le gouvernement des juges est le titre d'un livre écrit par le comparatiste Édouard Lambert (*Le gouvernement des*

320. - Les lacunes de la théorie des origines juridiques apparaissent également à la lumière de certains concepts phares du droit comparé ; tel est le cas du concept de formants juridiques (« *legal formants* »).

B. L'exemple du concept de « formants juridiques » (*Legal formants*)

321. - Conceptualisé grâce aux travaux d'un comparatiste italien, le Professeur Rodolfo Sacco¹¹⁶⁷, le concept de « *formants juridiques* » (*Legal formants*) peut être mobilisé pour vérifier la validité des présupposés de la théorie du *Legal Origins*, voire de tous les schémas explicatifs – construits sur la base de choix méthodologiques plus ou moins arbitraires – des relations qu'entretiennent les institutions juridiques avec l'économie. Les *formants juridiques* constituent l'un des plus grands obstacles infranchissables qui se dressent devant le discours comparatiste dominant. Avant de tenter de dégager quelques enseignements de la rencontre du droit du travail avec la pratique instrumentale de la comparaison à la lueur du concept de

juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, éd. Marcel Giard, 1921), retraçant, au début du XX^{ème} siècle, le rôle joué par les juges de la Cour suprême fédérale des Etats-Unis pour entraver l'émergence d'une législation sociale progressiste au niveau fédéral et au niveau des Etats fédérés, par le biais du contrôle de constitutionnalité des lois (en vigueur depuis la décision *Marbury v. Madison* de 1803, E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2010, p. 1) et en s'appuyant notamment sur le droit de propriété ou la liberté contractuelle (ex. l'arrêt *Lochner v. New York*, 198 US 45 (17 avril 1905, E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, op. cit., p. 140) prohibant la limitation de la durée du temps de travail des salariés, et l'arrêt *Hammer v. Dagenhart*, 247 US 251 (1918), infirmant l'interdiction de la circulation entre les Etats fédérés de produits fabriqués par des enfants).

¹¹⁶⁶ Or, « au fond, il faudrait qu'en France il soit possible qu'un juge ou un membre du Conseil constitutionnel puisse écrire, dans une opinion dissidente, à l'instar du juge Holmes dans l'affaire *Lochner v. New York*, 198 US 45 (17 avril 1905) : « cette affaire a été jugée sur le fondement d'une théorie économique qu'une large partie du pays ne partage pas ». Soumis au risque de critiques dans le débat public, non seulement les juges expliqueraient mieux leurs décisions, ce qui les rendrait plus prévisibles et réduirait l'aléa judiciaire, mais ils seraient également enclins à plus de prudence, notamment lorsqu'il s'agit de censurer une loi votée par la représentation nationale. La neutralité et l'intangibilité des concepts juridiques sont une fable que, dans une démocratie, les juges ne peuvent pas se permettre de conter », J.-P. Chazal, *Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie*, D. 2014, p. 1101 : À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014 censurant plusieurs dispositions de la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, tout particulièrement celles destinées à sanctionner un chef d'entreprise qui refuse de céder à un repreneur un établissement au sujet duquel une décision de fermeture est prise par l'entreprise mère.

¹¹⁶⁷ V. not. Rodolfo Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991 ; *Legal Formants : a dynamic approach to comparative law*, in *American Journal of Comparative Law*, n° 343, 1991 ; *Le droit muet*, RTD civ. 1995, p. 783 v. égal. A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Traité de droit comparé*, Le droit d'occident et d'ailleurs, LGDJ 2011.

« *formants juridiques* » (2), une brève présentation de ce dernier (1) permettra de mesurer la grande complexité de l'expérience comparative.

1. Les « *formants juridiques* », un outil conceptuel indispensable en droit comparé

322. - Le concept de « *formants juridiques* ». Selon le Professeur Rodolfo Sacco, tout système juridique est constitué d'un ensemble fragmenté en plusieurs éléments. Dépassant une simple lecture textuelle des règles juridiques, la compréhension d'un système juridique exigerait de se référer également aux différentes données pouvant l'influencer¹¹⁶⁸. Il faudrait ainsi se référer à l'idéologie dominante, aux méthodes de raisonnement des juges, au rôle de la doctrine¹¹⁶⁹, aux habitudes des praticiens, aux autres facteurs sociologiques¹¹⁷⁰...etc. pour tenter de cerner les contours d'un système juridique national. Tous ces éléments précités, constituant ce que Rodolfo Sacco appelle *Formants juridiques*, sont présents dans tout système juridique ; ce sont des « *facteurs qui modèlent le droit* »¹¹⁷¹. Certaines composantes des formants juridiques peuvent faire partie des « *données muettes* »¹¹⁷² ou du droit muet¹¹⁷³ ou implicite. Le concept de « *formants juridiques* » est un préalable de l'application de la méthode comparative. La diversité des cultures juridiques ou des droits nationaux même appartenant à la même famille juridique, ne s'explique pas uniquement par l'existence de différences entre leurs sources formelles ou officielles des normes juridiques. Aux fondements formels de ces derniers s'ajoutent d'autres composantes qui façonnent l'élaboration et l'application du droit dans un ordre juridique donné. Ces différents formants ou composantes constituent des « *données implicites* » devant être pris en compte dans toute

¹¹⁶⁸ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1991, spéc., pp. 33-39.

¹¹⁶⁹ Ibid., pp. 55-59. L'auteur considère la doctrine comme une source de droit grâce à sa fonction critique (v. par ex., en droit du travail, le numéro de juin 2016 de la revue *Droit social : Réforme du code du travail - Propositions des juristes*) ou de systématisation du droit. Aujourd'hui la doctrine endosse parfois le rôle de codificateur non officiel ; on songe notamment aux codifications doctrinales privées en matière de droit des contrats.

¹¹⁷⁰ D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015.

¹¹⁷¹ P. Legrand, À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique, RIDC 1993, p. 883.

¹¹⁷² « Le juriste est enclin à voir la norme juridique comme une règle verbalisée au moment de sa création (loi, droit révélé) ou de son application (décision judiciaire). Pour ma part, je parle au juriste de l'importance de la donnée muette (implicite, inférentielle) présente dans le système », R. Sacco, *Actualités du comparatisme*, D. 2008 p. 2920.

¹¹⁷³ V. R. Sacco, *Le droit muet*, RTD civ. 1995, p. 783, spéc., n° 11.

recherche comparative crédible. Les sources formelles du droit dévoilent seulement la partie visible de l'ordonnement juridique ; elles constituent un sous-ensemble des formants des systèmes juridiques. Notons que le Professeur Rodolfo Sacco adopte ici une conception extensive des sources de droit qui dépasse les sources positives (contraignantes) de la règle de droit ; il admet qu'au bloc des sources traditionnelles de droit soient ajoutées tous les autres facteurs sociaux à l'origine des différents formants¹¹⁷⁴.

323. - Argument du contexte. Les formants juridiques en droit comparé peuvent avoir un rôle similaire à celui que joue l'argument du contexte au sein de l'argumentation juridique : « *L'argument du contexte consiste à éclairer l'interprétation d'un texte par ce qui l'entoure, et les contours de ce qu'on appelle le contexte ne sont pas précis. Les linguistes distinguent le contexte discursif (l'ensemble des textes en arrière-plan) et le contexte situationnel (les circonstances historiques)*¹¹⁷⁵ ». La marginalisation des particularismes du contexte local, voire des relations se nouant entre le contexte local et son environnement extérieur (globalisation et régionalisation du droit national), est donc incompatible avec la rigueur de la science comparative.

324. - Les formants explicites (officiels) et implicites (« *muets* ») sont tous des éléments permettant de se rendre compte de la complexité de la comparaison. Le comparatisme d'intimidation largement entretenu par la littérature des organisations internationales à dominante économique et libérale n'offre que des cartographies ou grilles de lecture incomplètes des systèmes juridiques. La leçon à retenir du concept de formants juridiques est la suivante : « *il faut accepter, avec M. Sacco, que la comparaison en Droit est d'abord affaire de mise en valeur des différences entre systèmes juridiques, que l'entreprise de connaissance des systèmes juridiques passe avant tout par la notion de « mentalité juridique » et que toute étude comparative doit témoigner d'une reconnaissance de la polyvalence de la règle juridique, ce qu'autorisent les notions de « formant » et de « source de droit » bien entendues*¹¹⁷⁶ ».

¹¹⁷⁴ R. Sacco, La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, op. cit., 52.

¹¹⁷⁵ S. Goltzberg, L'argumentation juridique, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2015 p. 109.

¹¹⁷⁶ P. Legrand, À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique, RIDC 1993, p. 887.

325. - Toutes ces considérations épistémologiques et méthodologiques mises en relief par le concept de formants juridiques ont notamment pour conséquences d'approfondir dans une perspective comparatiste la compréhension des systèmes juridiques et de rejeter toute approche réductionniste en la matière.

2. Les enseignements du concept de « *formants juridiques* » : l'hétérogénéité profonde des modèles juridiques

326. - Bien que les exigences tirées de l'application du concept de formants juridiques en droit comparé puissent paraître incompatibles avec l'idée d'une analyse concurrentielle des modèles juridiques nationaux, il est opportun de relever que le prisme concurrentiel a au moins un mérite : celui d'offrir à l'observateur une clé de compréhension supplémentaire de la complexité des processus de production des normes travaillistes. L'argument concurrentiel, une constante dans les débats sur le droit du travail qui remonte au début du XX^e siècle¹¹⁷⁷, permet de mettre en évidence la vulnérabilité des politiques législatives contemporaines et par conséquent la variabilité des arbitrages et choix des législateurs nationaux. La critique de la montée en force de la rhétorique de concurrence, économique comme normative¹¹⁷⁸, permet en dernière lecture de souligner l'importance de l'analyse contextualiste des droits du travail.

327. - **Les formants juridiques et la notion de « Code » chez les anglais.** La conception de code retenue par les anglais peut parfaitement être rattachée au concept de « *formants* ». Expliquant sa méthode d'introduire et d'expliquer les subtilités de la comparaison à ses étudiants, le Professeur Pierre Legrand cite les confusions que pourrait engendrer les différentes acceptions de la codification civile, et tout spécialement son absence en droit anglais, si l'on se contente d'analyser les phénomènes d'une manière superficielle et avec des *préjugés*. Est-ce que l'absence de Code civil en droit anglais est synonyme d'un manque

¹¹⁷⁷ N. Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, 1983, p. 103.

¹¹⁷⁸ V. not. J. du Bois de Gaudusson et F. Ferrand (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM, 2008 ; A. Raynouard, *La concurrence normative, facteur d'échange entre les droits ? La concurrence normative dans l'union européenne*, op. cit., p. 87.

d'effort de systématisation chez les juristes anglais et du caractère « primitif¹¹⁷⁹ » du droit anglais ? La réponse de Pierre Legrand est catégorique « *Non et non* » ; « *les Anglais connaissent bien les droits où prévalent des codes civils. Ils savent que dans ces pays, comme en France, d'éminents juristes se déclarent satisfaits de leur code et qu'il ne serait pas question pour eux de s'en départir. Et les Anglais ont, il va sans dire, les capacités intellectuelles nécessaires pour systématiser leur droit sous forme de code¹¹⁸⁰* ». La raison profonde de cette indifférence par rapport à la codification est donc à « *chercher ailleurs* ». Elle se niche dans ce que l'auteur appelle la « *mentalité* » d'une tradition juridique. En fait, « [...] *il se trouve que les Anglais estiment qu'un code civil n'est pas compatible avec la justice. Voici une idée étrange pour un juriste français, qui pense, pour sa part, qu'un code civil contribue précisément à favoriser la justice* ». Ce raisonnement peut remettre en cause les qualités essentielles du droit codifié, en termes d'accessibilité, d'intelligibilité, de sécurité et de flexibilité, d'ouverture, de cohérence....etc¹¹⁸¹, qui contribuent à l'amélioration de la justice. Pourquoi donc l'idée d'un code est si tellement mal perçue Outre-manche ? La raison de cette méfiance « *tient principalement au fait qu'un code met l'accent sur des valeurs comme la logique et la symétrie, qu'il se présente (et qu'il présente le droit) comme un système objectivement rationnel. On craint, en Angleterre, que ces idées de cohérence, de logique, de systémique, empêchent le juge d'exercer sa discrétion là où les faits appellent des solutions pragmatiques¹¹⁸²* ». L'on voit donc dans cette vision de la justice la prévalence de la logique casuistique qui diffère sensiblement de l'approche objective et de l'esprit de systématisation dominant dans la tradition civiliste. En effet, « *les Anglais sont très attachés à l'idée selon laquelle la justice ne relève pas tant de l'application d'une logique « objective » à tous les litiges que de l'adaptation de la décision du juge aux faits de chaque espèce. Et il en va également ainsi en présence de textes législatifs, qu'on retrouve bien sûr en Angleterre comme dans d'autres droits¹¹⁸³* ».

¹¹⁷⁹ P. Legrand, La comparaison des droits expliquée à mes étudiants, in. P. Legrand (dir), Comparer les droits, résolument, PUF, coll. Les voies du droit, 2009, p. 209.

¹¹⁸⁰ Ibid.

¹¹⁸¹ V. sur les qualités de la tradition civiliste ou de droit codifié, M. Grimaldi (dir), Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, op. cit., p. 79 et s.

¹¹⁸² P. Legrand, La comparaison des droits expliquée à mes étudiants, op. cit., p. 209.

¹¹⁸³ Ibid.

328. - L'incomplétude intrinsèque de l'approche purement juridique. Focaliser la recherche comparative sur la partie technique et textuelle – codes et lois¹¹⁸⁴ – du droit ne pourra restituer une image exacte du système juridique étudié ; de surcroît, cette démarche ne rendra presque aucun service à la réflexion comparative elle-même¹¹⁸⁵. Pour contribuer à une réflexion comparative à la fois critique et constructive sur ce qui se passe ailleurs, le respect de plusieurs préalables est indispensable. Le Professeur Spiros Simitis en identifie trois blocs essentiels dont les mots d'ordre sont : relativisme et contextualisme. Il considère qu'« *Il faut, en premier lieu, être disposé à admettre que les réactions du droit national comme celles d'un autre droit ne sont que des réponses possibles, et non les seules qui méritent d'être considérées. Il faut, en deuxième lieu, reformuler le problème en le réduisant à ses composantes sociales, économiques et politiques : ce sont précisément, ces éléments qui permettent d'identifier les droits confrontés aux mêmes problèmes et qui peuvent donc faire l'objet d'une comparaison. Enfin, le choix des droits comparés doit être complété par une analyse des conditions juridiques déterminant la réaction de chacun d'eux. Il va de soi que cette analyse ne peut se limiter au droit du travail*¹¹⁸⁶ ».

329. - L'évaluation et le classement des performances économiques des systèmes juridiques constituent pour le comparatiste une manière contestable d'appréhender la diversité des droits. Isoler à l'aide de données quantifiées le droit en vigueur de son substrat culturel ou de ses sources non positives (non obligatoires) rend les résultats de la comparaison hasardeux. En effet, le succès d'une institution juridique dans un système juridique donné n'est pas sans lien avec les différentes composantes ayant influencé son élaboration et sa mise en œuvre. C'est en cela que l'on peut observer que l'analyse « pseudo-comparatiste » des systèmes

¹¹⁸⁴ « *La comparaison entre les systèmes confrontés ne doit pas se borner aux codes et aux lois, mais doit embrasser toutes les sources de droit. Les termes de la comparaison n'ont de valeur que s'ils sont replacés dans l'ensemble juridique dont ils dépendent et dans leur contexte historique, sociologique, politique, économique et culturel. Enfin, l'opposition de détail d'originalités techniques, isolée des principes dont elle procède, est sans signification et sans utilité* », J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 163.

¹¹⁸⁵ « [...] *comprendre le droit des autres cultures exige des immersions culturelles longues et intégrales et un infini respect des différences. Seule la prise en considération attentive et profonde de celles-ci permet de trouver les voies des possibles et nécessaires ressemblances, car il s'agit toujours de droit – mais cela implique de le concevoir d'une manière telle qu'il puisse tous les englober comme faisant partie du droit. Ainsi, la discipline du droit comparé requiert une réflexion fondamentale sur le droit, et des enseignements qui s'y rapportent* », E. Picard, in. Entretien avec le Professeur Etienne Picard, *Lettre du Centre français de droit comparé*, Lettre 67, octobre 2012, p. 5. Téléchargeable à l'adresse suivante http://www.centrefdc.org/publications/Lettre_67.pdf

¹¹⁸⁶ S. Simitis, *Un débat International*, in. A. Jeammaud (dir), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2005, p. 150.

juridiques adoptée par les rapports Doing business¹¹⁸⁷ s'éloigne des exigences du concept de formants juridiques. La philosophie qui sous-tend ces rapports de la Banque mondiale survalorise l'aspect économique ou concurrentiel de la norme juridique, en véhiculant un vocabulaire économique dense – attractivité, compétitivité, coûts des transactions... –, en vue de créer un effet d'émulation¹¹⁸⁸, et partant la circulation des solutions juridiques jugées économiquement efficaces. Cette appréciation, partielle et méthodologiquement contestable, est de surcroît fermée aux autres valeurs portées par le droit du travail et indifférente à la fonction sociale et instituante du droit en général.

§ 2 : Les insuffisances méthodologiques de l'évaluation du droit du travail

330. - La théorie économique standard ou dominante considère que le droit du travail impacte négativement le fonctionnement des relations de travail, l'emploi et le système productif en général¹¹⁸⁹. Plusieurs études et rapports d'institutions économiques internationales vont dans ce sens, en expliquant qu'au-delà de la légitimité politique et sociale des normes travaillistes, l'impact réel de ces dernières devrait être mesuré et évalué à l'aune des critères d'efficacité économique. Le jugement véhiculé par de tels discours sur la norme travailliste ou sur certains aspects les plus litigieux de celle-ci, puise ses racines dans un argumentaire de facture économique méthodologiquement très discutable. De même, cette grille de lecture traduit une approche instrumentale du droit du travail – selon laquelle le cadre réglementaire devrait satisfaire principalement des besoins économiques – et fermée à la

¹¹⁸⁷ R. Vatinet, Présentation des travaux de l'Association Henri Capitant, Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale. Société de législation comparée, volume 1, 2006, RTD Civ. 2006, p. 845.

¹¹⁸⁸ « Plus gênante est la dynamique induite par le classement des pays en fonction de leur degré de (dé)réglementation. Les auteurs des rapports Doing Business affirment que le classement des pays incite fortement à engager des réformes, car chaque Etat envisagera sa position surtout par comparaison aux autres pays (en particulier à ceux de sa région). En d'autres termes, lorsqu'ils choisissent de réformer, les décideurs politiques s'intéresseront avant tout à l'évolution de la position relative du pays, quel que soit son niveau de départ », J. Berg, S. Cazes, Comparer et classer les droits du travail nationaux : les limites des indicateurs Doing Business, RDT 2008, p. 264.

¹¹⁸⁹ « Standard economic theory sees labour law as an exogenous interference with market relations and predicts mostly negative impacts on employment and productivity ». S. Deakin et P. Sarkar, Assessing the Long-run Economic Impact of Labour Law Systems: A Theoretical Reappraisal and Analysis of New Time Series Data, CBR Working Paper Series WP367, Centre for Business Research, University of Cambridge, Cambridge, juin 2008, p. 1. Disponible sur la page du Professeur Simon Deakin sur le site du centre de Business Research de l'Université de Cambridge.

diversité des valeurs promues par la norme travailliste ou par le droit d'une manière globale. L'idée de renforcer « *l'attractivité économique du droit*¹¹⁹⁰ », consistant à faire passer toutes les règles juridiques sous « les fourches caudines » de l'analyse économique comparée du droit, ébranle frontalement la rationalité juridique ou « *l'intelligence singulière* » de chaque droit national.

331. - Après avoir mis en exergue l'appréciation discutable, à l'œuvre aussi bien dans la doctrine de la théorie des origines juridiques que dans les travaux de l'analyse économique dominante (orthodoxe), de la norme travailliste (A), nous évoquerons le déficit de l'utilisation du comparatisme comme outil d'évaluation vis-à-vis de la pluralité des valeurs portées par le droit (B).

A. Une appréciation méthodologiquement discutable

332. - Une corrélation erronée. La corrélation établie par les analyses économiques orthodoxes entre l'existence de règles de droit du travail et la faible performance économique est discutable, voire erronée. Des auteurs ont constaté à ce sujet que « *les législations travaillistes protectrices des salariés n'ont en général aucune relation cohérente au chômage mais, elles sont positivement corrélées avec la réalisation de plus d'égalité. Les lois touchant au temps de travail et la représentation des salariés ont des impacts avantageux tant sur l'efficacité économique que sur la politique de redistribution des revenus*¹¹⁹¹ ». Les critiques et recommandations avancées par l'analyse économique s'appuie sur un argumentaire peu convaincant. Des études empiriques, fondées sur des statistiques provenant de plusieurs pays, démontrent la faiblesse de la corrélation entre démantèlement des protections légales ou

¹¹⁹⁰ Pour reprendre les termes du Professeur Bertrand du Marais, Programme de Recherches « Attractivité Economique du Droit » Document de travail AED-2006-1. Document téléchargeable à l'adresse suivante : http://www.gip-recherche-justice.fr/aed/publications/limites_doing_business_du_marais.pdf

¹¹⁹¹ S. Deakin, J. Malmberg, P. Sarkar, *Do Labour Laws Increase Equality at the Expense of Higher Unemployment? The Experience of Six OECD Countries, 1970-2010*, CBR Working Paper Series WP442, Centre for Business Research, Cambridge, juin 2013, p. 1. Disponible sur la page du Professeur Simon Deakin sur le site du centre de Business Research de l'Université de Cambridge : « *We find that worker-protective labour laws in general have no consistent relationship to unemployment but are positively correlated with equality. Laws relating to working time and employee representation are found to have beneficial impacts on both efficiency and distribution* ».

jurisprudentielles des salariés et l'amélioration des résultats économiques. Rien n'explique qu'une forte réglementation des relations de travail soit la seule responsable de l'inefficacité économique ; au contraire, les Professeurs Deakin et Wilkinson relèvent, en analysant des données relatives à cinq pays (Royaume-Uni, la France, l'Allemagne, l'Inde et aux Etats-Unis), qu'« *une partie des données nous montre qu'une réglementation plus importante du temps de travail et une protection plus forte de l'emploi ont des effets bénéfiques quand elles interviennent dans un environnement favorable dans le domaine des marchés du travail et des capitaux*¹¹⁹² ». Cette analyse prudente des liens entre droit du travail et efficacité économique n'est pas partout partagée.

333. - La fragilité de l'appréciation économique des règles de droit du travail se manifeste également sur le plan méthodologique. En effet, l'analyse économique se livre à un exercice d'évaluation et de hiérarchisation des valeurs et des intérêts selon sa propre rationalité – rationalité marchande – afin d'asseoir la primauté de l'économique sur les autres finalités poursuivies par le droit du travail ; il faudrait donc refonder et non pas seulement « *réfléchir sur les fonctions des institutions juridiques*¹¹⁹³ ». Deux rapports publiés annuellement par deux institutions économiques internationales, la Banque mondiale et l'OCDE, illustrent cette situation ; ils se fondent sur des indicateurs chiffrés pour justifier l'inefficacité économique de la législation protectrice de l'emploi. Ces deux rapports, *Doing business* et *Perspectives de l'emploi*, réalisés respectivement par la Banque mondiale et l'OCDE, souffrent de certaines faiblesses méthodologiques communes : tous les deux présentent une vision discutable de la réalité de l'application de la norme travailliste¹¹⁹⁴. Si la comparaison des droits nationaux est une opération intellectuelle enrichissante et complexe, le fait de l'utiliser pour évaluer et classer ces derniers soulève d'innombrables interrogations.

334. - Rapport *Perspectives de l'emploi* de l'OCDE. Pour évaluer les droits du travail de ses Etats membres, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques

¹¹⁹² S. Deakin et F. Wilkinson, Marchés du travail, crise financière et réforme: projet d'agenda pour une politique du travail, in. C. Didry et A. Koukiadaki (dir), *Droit et conflits du travail dans l'Angleterre du New Labour, L'homme et la société*. Revue internationale de recherches et de synthèses en sciences sociales, L'Harmattan n° 182(4) 2011, p. 46.

¹¹⁹³ B. Deffains, DROIT - Économie du droit, *Encyclopædia Universalis*.

¹¹⁹⁴ V. not. M. Grimaldi (dir), Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale, op. cit. ; R. Dalmasso, Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique, *Revue de l'IRES*, n° 82 - 2014/3, p. 37.

(OCDE) se fonde sur un indice de protection de l'emploi¹¹⁹⁵, appelé indicateur de « *législation protectrice de l'emploi* » (LPE), qui porte sur les protections accordées aux salariés durant le processus de recrutement et de rupture du contrat de travail. Cet indice de protection de l'emploi sert d'instrument de comparaison, de notation et de classement des performances des marchés nationaux du travail afin de dégager les bonnes pratiques qui serviront par la suite de support pour les différentes recommandations adressées annuellement aux Etats membres. Les rapports *Perspectives de l'emploi* étudient les difficultés et les coûts des embauches et des licenciements en fonction de critères quantitatifs pour évaluer les effets des règles de droit du travail sur les performances du marché du travail. Les éléments quantifiés (au nombre de 21 selon le rapport *Perspectives de l'emploi* de 2013, où chaque Etat se voit attribuer un score entre 0 et 6 sur chaque paramètre, un score élevé renvoyant au caractère stricte et rigide de la législation) sont répartis dans trois catégories correspondant aux différents aspects de la réglementation sur la protection de l'emploi : « *la réglementation relative au licenciement individuel des travailleurs titulaires de contrats réguliers* » ; « *les surcoûts en cas de licenciement collectif* » ; « *la réglementation visant les contrats de travail temporaire* ». Ainsi, les obligations de notification et de consultation, la durée du préavis, le montant de l'indemnité de licenciement, l'obligation de réintégration, le nombre maximum de contrats à durée déterminée successifs autorisés, la durée des contrats temporaires, les conditions applicables aux licenciements individuels et collectifs... etc¹¹⁹⁶, constituent-ils tant d'indicateurs chiffrés pour mesurer la rigueur de la réglementation relative à la protection de l'emploi. Contrairement à son rapport « *Perspectives de l'emploi* » de 2004 qui avait reconnu l'existence de certaines insuffisances méthodologiques¹¹⁹⁷ dans la construction des indicateurs de protection de l'emploi, l'OCDE dans son rapport de 2013 affirme que ses

¹¹⁹⁵ T. Kirat, *Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ?*, Texte disponible sur le site de l'Association Française de droit du travail et de la sécurité sociale. www.afdt-ass.fr

¹¹⁹⁶ OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2013*, Chapitre, Protéger l'emploi, renforcer la flexibilité : un nouveau regard sur la législation sur la protection de l'emploi, p. 67 et s.

¹¹⁹⁷ « *Limites de l'indicateur : le rôle des dispositions contractuelles et de la jurisprudence* », OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2004, p. 70. Ces limites méthodologiques faussent sérieusement la crédibilité des mesures du taux de rigueur de la législation protectrice de l'emploi, car les sources conventionnelles et l'application jurisprudentielle sont consubstantielles à l'existence même de la règle travailliste. Se limiter aux seules sources textuelles de la législation protectrice de l'emploi, sans prendre en considération la jurisprudence, donne, par exemple dans le cas où « *les indemnités accordées par les tribunaux en cas de licenciement abusif peuvent dépasser largement les minima fixés par la législation, les juges pouvant décider le versement de dommages et intérêts correspondant à la perte financière encourue ainsi qu'au préjudice moral subi par les intéressés* » (OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2004, p. 71), une image déformée de la réalité des effets économiques de la règle de travail.

estimations et comparaisons concernant le degré de rigueur de la législation protectrice de l'emploi « sont le fruit d'un travail complet d'actualisation des indicateurs de la LPE définis par l'OCDE, réalisé à l'aide d'une méthode de recueil des données plus fiable et en tenant compte de la législation, des conventions collectives et de la jurisprudence¹¹⁹⁸ ». Cependant, le calcul d'indicateurs « synthétiques » du degré de rigueur de la protection de l'emploi – c'est-à-dire la notation des « ordonnancements juridiques nationaux¹¹⁹⁹ » –, en dépit de l'élargissement des critères et des sources documentaires sur lesquels s'appuient les rapports de l'OCDE, reste une opération d'évaluation réductionniste des systèmes juridiques en raison, notamment, de la difficulté à capturer certains aspects qualitatifs de la mise en œuvre du droit par le juge¹²⁰⁰ et du caractère ambivalent des règles de droit du travail¹²⁰¹.

335. - Comparabilité et notation des réglementations nationales de protection de l'emploi¹²⁰². Au regard de ce déficit méthodologique, les classements opérés par les rapports de l'OCDE confinent à une utilisation instrumentale de la comparaison internationale ; ils ne peuvent renvoyer qu'à des cartographies très réductrices de la complexité¹²⁰³ des règles des droits nationaux du travail. L'instrumentalisation se fait à l'aide de données statistiques se réclamant d'une posture argumentative « scientifique », et débouche sur un constat, quasi-identique repris dans tous les rapports annuels successif de l'OCDE, qui consiste à dire que les modèles juridiques nationaux à forte tradition protectrice des salariés engendrent des effets

¹¹⁹⁸ OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2013, p. 67. L'OCDE évalue la législation de chaque pays en fonction de 21 critères (répartis en trois grands domaines) basés sur des informations qui « concernent la protection de l'emploi assurée par l'intermédiaire de la législation et par le biais des procédures d'application de la loi. Lorsque la négociation collective se situe au niveau de la branche, au niveau régional ou au niveau national, et que les conventions collectives intègrent des dispositions sensiblement plus généreuses pour les salariés que celles inscrites dans la législation, il en est tenu compte dans les indicateurs ». Pour plus de détail, v., *Calcul d'indicateurs synthétiques du degré de rigueur de la protection de l'emploi*, consultable sur le site de l'OCDE <http://www.oecd.org/fr/els/emp/42768754.pdf>

¹¹⁹⁹ R. Dalmaso, Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique, *Revue de l'IRES*, n° 82 - 2014/3, p. 37.

¹²⁰⁰ R. Dalmaso, Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique, *Revue de l'IRES*, n° 82 - 2014/3, p. 37 et s. ; E. 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. 29 : « La perspective contentieuse est un outil de la critique des indicateurs de protection de l'emploi, qui ne capturent pas les effets de mise en œuvre des droits ; la comparaison internationale des schémas procéduraux de licenciement est un autre aspect sur lequel les indicateurs n'offrent qu'une vue partielle ».

¹²⁰¹ R. Dalmaso, Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique, op. cit.,

¹²⁰² E. 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. 55.

¹²⁰³ « Le droit n'est jamais réductible à des cas statistiques standardisés ou à des hypothèses fortes », C. Jamin, Les pièges de l'évaluation économique de la réglementation, in. G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dir), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, p. 108.

économiques indésirables et renforcent la rigidité et le dualisme du marché du travail. Les comparaisons des performances des systèmes juridiques s'appuient « *sur un outillage méthodologique supposé garantir leur neutralité [et] elles sont peu explicites quant à leurs hypothèses concernant la place qu'elles assignent au droit dans les modélisations*¹²⁰⁴ » en minimisant les problèmes conceptuels et méthodologiques qu'elles soulèvent. « *Faute de construction d'une méthode comparative capable de construire des équivalents fonctionnels*¹²⁰⁵ » – c'est-à-dire ceux qui identifient des normes juridiques remplissant des fonctions identiques dans chaque ordre juridique sans tenir compte du corpus juridique auquel elles appartiennent (droit du travail ou droit commun : droit des obligations ou droits fondamentaux) ou de leurs sources : légiférées, conventionnelles ou jurisprudentielles – la notation et le classement des législations nationales sont à interpréter avec une grande prudence, puisqu'ils ne sauraient « *refléter la réalité des systèmes juridiques*¹²⁰⁶ ».

336. - Objectifs des rapports *Perspectives de l'emploi*. Les rapports « *Perspectives de l'emploi* » de l'OCDE entendent encourager l'adoption de règles adaptées au bon fonctionnement du marché du travail par les législateurs nationaux ; ils ambitionnent de promouvoir « *un nouveau regard sur la législation sur la protection de l'emploi* », selon un objectif répandu en Europe, irriguant aujourd'hui tous les programmes nationaux de réformes du droit du travail : « *Protéger l'emploi, renforcer la flexibilité*¹²⁰⁷ ». L'utilisation des termes « flexibilité » et « protection ou sécurité » par les rapports de l'OCDE affiche, à l'instar de l'approche « *flexicuritaire* » adoptée par les instances de l'Union européenne et à certains législateurs nationaux¹²⁰⁸, une volonté de ménager les intérêts des entreprises comme des

¹²⁰⁴ 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.

¹²⁰⁵ E. Serverin, J. Valentin, T. Kirat, D. Sauze, R. Dalmaso, Évaluer le droit du licenciement, comparaison des droits et des procédures, mesure des actions, op. cit., p. 54.

¹²⁰⁶ R. Dalmaso, Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique, op. cit., p. 37 et s.

¹²⁰⁷ OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2013, p. 67.

¹²⁰⁸ On pense aux réformes récentes de droit du travail français qui portent, selon certains auteurs, le sceau d'une politique de « *flexicurité à la française* ». V. par ex. P.-H. Antonmattei, *Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : acte II de la flexisécurité à la française*, D. 2013, p. 577. V., égal, le Rapport d'information de l'Assemblée Nationale n° 2462 sur « la flexicurité à la française », présenté par le député Pierre Morange le 28 avril 2010, mais aussi l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 transposé par la loi du 25 juin 2008 de modernisation du marché du travail et l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, *pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés*, transposé par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

salariés « *afin de promouvoir des emplois plus nombreux et de meilleure qualité*¹²⁰⁹ ». Deux aspects essentiels se dégagent de l'objectif poursuivi par l'OCDE. Le premier est quantitatif, en l'occurrence, la création et le maintien de l'emploi ; le second est qualitatif visant à l'amélioration de la qualité¹²¹⁰ des emplois. Cette nouvelle orientation des rapports *Perspectives de l'emploi*, axée sur l'aspect qualitatif de l'emploi, reflète, par ailleurs, une prise de conscience de la complexité et des risques inhérents aux politiques de « *l'emploi à tout prix* ». La nouvelle approche qualitative de l'OCDE retient « *trois grandes dimensions de la qualité de l'emploi, jugées essentielles pour le bien-être des travailleurs : la qualité du revenu d'activité, la sécurité sur le marché du travail et la qualité de l'environnement de travail*¹²¹¹ », et plaide pour une stratégie globale ou multidimensionnelle¹²¹² d'évaluation et de comparaison des performances des 32 pays membres de l'OCDE en termes de bien-être des travailleurs (risque de chômage et assurance chômage, qualité des salaires, santé physique et mentale, législation protectrice de l'emploi, réglementation relative à la durée du travail...). Notons par ailleurs que l'approche qualitative reste malgré tout une lecture économique de la relation de travail qui l'analyse à partir des principes marchands ; en témoigne l'utilisation massive de l'expression « marché du travail ». Le Chapitre 3 du rapport *Perspectives de l'emploi* 2014 reconnaît que « *si certains pays obtiennent de bons (ou mauvais) résultats en termes de quantité et de qualité, d'autres affichent une situation plus contrastée, un nombre élevé d'emplois ne s'accompagnant pas nécessairement d'une bonne qualité de ces emplois (et vice versa)*¹²¹³ ». Les exemples anglais – avec les contrats zéro heure – et allemand – avec le phénomène des mini jobs – en témoignent. Ces analyses de l'OCDE sur la qualité de l'emploi sont entreprises, notamment, pour contrebalancer l'abaissement des protections des salariés dont le rapport « *Perspectives de l'emploi* » de 2013 de l'OCDE s'en était préoccupé ; celui-ci avait relevé à cet égard que « *ces cinq dernières années ont été marquées par une*

¹²⁰⁹ OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2013, p. 3.

¹²¹⁰ La recherche d'une meilleure qualité des emplois par l'OCDE se rapproche des objectifs affichés par l'Organisation Internationale du Travail - dont le slogan est « *Promouvoir l'emploi, protéger les personnes* » - en instituant depuis 1999 l'indicateur de travail décent (v. M. Bonnechère, *L'optique du travail décent*, Dr. ouvr. février 2007. p. 57). Le rapport *Perspective de l'emploi* de 2014 de l'OCDE consacre, par exemple, un Chapitre entier pour traiter la question de la qualité de l'emploi ; chapitre intitulé « *Des emplois de qualité ? Définition et mesure du concept de qualité de l'emploi* », Chapitre 3, *Perspective de l'emploi* 2014, p. 89 et s., consultable à l'adresse suivante : http://www.oecd-ilibrary.org/employment/perspectives-de-l-emploi-de-l-ocde-2014_empl_outlook-2014fr;jsessionid=220vuboo88lfw.x-oecd-live-03

¹²¹¹ OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2014, p. 89.

¹²¹² Ibid, p. 137.

¹²¹³ Ibid, p. 89.

tendance évidente à un assouplissement de la LPE [Législation Protectrice de l'Emploi], notamment de la réglementation relative aux licenciements individuels et collectifs¹²¹⁴ ».

337. - Si les indicateurs chiffrés de protection de l'emploi retenus par les rapports « *Perspectives de l'emploi* » de l'OCDE reposent sur une méthodologie critiquable, le système d'évaluation, méthode et finalités, adopté par la Banque mondiale dans ses rapports *Doing Business* semble être plus discutable que celui adopté par l'OCDE.

338. - Les rapports *Doing Business*¹²¹⁵ de la Banque mondiale. Issue des Accords de Bretton Woods, signés en 1944 et portant sur l'organisation du système financier et monétaire international, la Banque mondiale s'est intéressée, depuis son premier rapport *Doing Business* publié en octobre 2003, aux régimes réglementaires nationaux en vue de mesurer, d'évaluer et de comparer leur capacité à fournir un climat propice à « *faire des affaires* ». Ces rapports prétendent analyser *objectivement* les droits nationaux du travail en profondeur, selon des indicateurs chiffrés, sans opérer aucune différenciation entre leurs sources législatives et jurisprudentielles. Les lacunes méthodologiques des rapports *Doing business* ne se limitent pas seulement à l'ignorance de cette articulation entre textes légaux et jurisprudence, mais concernent également la construction d'une grille de lecture comparative des scores nationaux en retenant certaines hypothèses abstraites et normalisées pour qualifier le salarié (*standardized male worker*) et ou l'entreprise-employeur (*standardized employer*). En effet, le salarié serait un employé à plein temps, de sexe masculin, ne faisant pas partie des cadres, il perçoit pendant toute la durée de son contrat de travail, un salaire, auquel s'ajoutent des avantages, égal au salaire moyen de l'économie nationale ;... ; il est un citoyen jouissant de tous ses droits qui appartient à la race et à la religion de la majorité de la population et résidant dans la plus grande métropole d'affaires du pays ; il n'est pas syndiqué, sauf si l'affiliation à un syndicat est obligatoire. S'agissant des hypothèses relatives à l'entreprise, celle-ci serait une « société à responsabilité limitée exerçant ses activités dans la plus grande métropole d'affaires du pays ; elle est détenue à 100 % par des nationaux et exerçant son activité dans le secteur de l'industrie manufacturière en employant 60 salariés ; elle exerce son activité dans une économie où les conventions collectives couvrent plus de la moitié du

¹²¹⁴ OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2013, p. 67.

¹²¹⁵ Pour une étude critique et globale de ces rapports, v. M. Grimaldi (dir.), *Les droits de tradition civiliste en question*. A propos des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale, op. cit.

secteur industriel et s'appliquent même aux entreprises qui n'y font pas partie ; elle se conforme à toutes les lois et réglementations mais n'accorde pas à ses salariés d'autres avantages que ceux qui sont obligatoires en vertu de la loi ou, le cas échéant, des conventions collectives. Ce cadre théorique d'évaluation des législations travaillistes nationales des rapports *Doing Business* s'est fortement inspiré de l'application de la théorie des origines juridiques (Legal Origins Theory) à la régulation des relations de travail conceptualisée par certains économistes¹²¹⁶.

339. - Simplisme. En établissant des profils standards considérés suffisamment représentatifs, le choix fait par les rapports *Doing business* suit une logique simpliste de la complexité et de la diversité des situations nationales. L'utilisation de ces standards (« *standardized male worker* » et « *standardized employer* »¹²¹⁷) ignore tous les écueils méthodologiques¹²¹⁸ pour permettre à la Banque mondiale de comparer, de noter et de classer les différents droits nationaux afin de susciter des réformes structurelles de ces derniers. Toute la dimension relative à « l'intelligence » et de la complexité interne ou sociétale des législations travaillistes nationales¹²¹⁹ est marginalisée : effet de seuils, « *small business act* » visant à adapter les règles de droit du travail aux petites et moyennes entreprises, allégement des procédures, diverses dérogations, lien entre licenciement et compensation financière ...etc., sont autant d'éléments méconnus par ces analyses. En outre, les rapports *Doing business* aboutissent à des résultats inexacts. Par exemple, les Etats-Unis d'Amérique sont toujours classés parmi les dix meilleurs pays au monde qui offrent une législation économiquement attractive et propice au monde des affaires. Or, le critère « *Embauche des*

¹²¹⁶ Les standards théoriques adoptés par les rapports *Doing business* reprennent largement les modèles théoriques construits par J. C. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, in *The Regulation of Labor*, Quarterly Journal of Economics, 2004, 119 (4), pp. 1339-1382, spéc., p. 1353.

¹²¹⁷ Pour une critique de cette méthodologie, v. J. Berg, S. Cazes, *Comparer et classer les droits du travail nationaux : les limites des indicateurs Doing Business*, RDT 2008, p. 264 et s.

¹²¹⁸ Le Professeur Bertrand du Marais propose, par exemple, afin de surmonter ces obstacles méthodologiques et d'éviter des comparaisons biaisées et irréalistes, l'institution « *au niveau international des standards statistiques communs, qui diffèrent donc des indicateurs en ce qu'ils sont fondés sur la comptabilisation de phénomènes observés et non sur des réponses à des questionnaires. Seules de telles statistiques permettront une observation homogène de certains phénomènes liés au fonctionnement de la sphère juridique* », B. du Marais, *Les limites méthodologiques des rapports « Doing Business »*, Programme de Recherches « Attractivité Economique du Droit » Document de travail AED-2006-1, p. 57, téléchargeable à l'adresse http://www.gip-recherche-justice.fr/aed/publications/limites_doing_business_du_marais.pdf

¹²¹⁹ « Les recommandations concernant la flexibilité doivent donc être formulées avec une extrême prudence, puisqu'aucun des indicateurs existants ne rend compte de la complexité croissante des dispositions juridiques et de leurs interactions », J. Berg, S. Cazes, *Comparer et classer les droits du travail nationaux : les limites des indicateurs Doing Business*, RDT 2008, p. 264.

*travailleurs*¹²²⁰», ignorait l'apport de la jurisprudence, complexe et mouvante en vigueur aux Etats-Unis, qui compense l'existence très faible de règles légiférées en droit du travail. L'exemple américain offre aussi une illustration topique des comparaisons hasardeuses menées par les rapports *Doing Business*. Dans ce pays le droit anti-discrimination est massivement utilisé par les salariés licenciés pour contester un licenciement brutal devant les juridictions américaines. Établir donc une comparaison et un classement des droits des nationaux en prenant comme critère les « facilités » de recrutement et de licenciement (*Hiring and firing workers*) sans prendre en considération la législation anti-discrimination¹²²¹ altère largement la crédibilité de la comparaison. Selon le Professeur Bertrand du Marais « *la délicate précision* » concernant la race et la religion conduit mécaniquement à évacuer toutes les législations protégeant d'une éventuelle discrimination et donc tous les litiges y afférents. Si les Etats-Unis sont classés par *Doing Business* en sixième position pour cet indicateur, une des plus grandes craintes pour un employeur américain reste un procès en responsabilité pour discrimination. Peut-on alors dire qu'il est si facile de licencier aux Etats-Unis ?¹²²² ». « *Devenues cruellement cyniques au regard de la crise financière*¹²²³ », les recommandations fondées sur l'indicateur « *Embauche des travailleurs* » ont cessé d'être adressées aux pays membres de la Banque mondiale grâce à l'intervention du Congrès américain qui a adopté en 2009 une motion appelant les représentants américains au sein de cette organisation internationale à exercer une pression politique sur les auteurs des rapports *Doing business* en vue de supprimer l'indice « *employing workers* ». Malgré son influence grandissante sur les réformes et les politiques du marché du travail de certains Etats – surtout les pays en voie de développement –, l'indice « *Embauche des travailleurs* » ne constituait pas un instrument

¹²²⁰ En vigueur jusqu'à la fin de 2008. Depuis 2011 les rapports *Doing Business* ont adopté de nouveaux indices consacrés à la réglementation du marché de l'emploi (composé de 35 points de donnée, consultable à l'adresse suivante : <http://français.doingbusiness.org/data/exploretopics/labor-market-regulation>) et ne classent plus les législations sociales nationales.

¹²²¹ Trois grandes lois fédérales réglementent l'interdiction des discriminations : le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 (discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale), l'*American with Disabilities Act* (ADA - discrimination en raison d'un handicap physique ou mental) et l'*Age Discrimination in Employment Act* (ADEA - discrimination liée à l'âge du salarié). V., pour plus d'informations sur ce sujet, le site de l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC ; <http://www.eeoc.gov/>).

¹²²² B. du Marais, *Les limites méthodologiques des rapports « Doing Business »*, op. cit. p. 38. V., sur cette question les travaux de droit comparé de la non-discrimination de Marie Mercat-Bruns, notamment : *Discriminations en droit du travail: dialogue avec la doctrine américaine*, Dalloz, Collection « A droit ouvert » 2013.

¹²²³ A. Raynouard, *La contestation des indicateurs Doing Business : un positionnement politique*, 2009, téléchargeable, sur le site de la Fondation pour le droit continental, à l'adresse suivante www.fondationdroitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/201008/petites_affiches_raynouard_sept_2009.pdf

satisfaisant pour la formulation de directives ou recommandations réellement convaincantes. En effet, « ces indicateurs renferment plusieurs problèmes conceptuels, notamment l'idée simpliste selon laquelle « la réglementation est un coût », qui ignore les externalités positives associées au droit du travail et qui en sont véritablement la raison d'être¹²²⁴ ». Les nombreuses critiques¹²²⁵ faites à l'encontre de l'indice « *Embauche des travailleurs* » ont contraint les rédacteurs des rapports *Doing Business* de le retirer en 2009 en vue de le remplacer par divers critères, inspirés notamment des normes de l'Organisation Internationale du travail.

340. - Comparaisons biaisées. Les comparaisons internationales, fondées sur un langage codifié et quantifié, considèrent que les pays dotés de réglementations sociales protectrices – généralement des pays appartenant à la tradition juridique civiliste – souffrent de niveaux élevés de rigidités du marché du travail qui impacteraient négativement, entre autres, l'utilisation efficiente des ressources par les entreprises, le taux d'emploi et favoriseraient la segmentation du marché du travail. La législation protectrice de l'emploi serait génératrice de coûts perturbant l'équilibre du marché du travail, et plus généralement le système productif^{Ce constat est} d'ailleurs loin d'être isolé¹²²⁶. Ce discours fournit aux tenants de l'inefficacité économique du droit du travail français un argument comparatiste facilement mobilisable ; sa teneur réside en une association des législations des pays anglo-saxons avec flexibilité et performance

¹²²⁴ J. Berg et S. Cazes, *Les Indicateurs Doing Business : Limites méthodologiques et conséquences politiques*, Cahiers de l'économie et du marché du travail 2007/9, Bureau international du Travail, Unité de recherches et analyses sur l'emploi, Département de l'analyse économique et des marchés du travail. - Genève: BIT, 2007, p. 19 ; J. Berg, S. Cazes, *Comparer et classer les droits du travail nationaux : les limites des indicateurs Doing Business*, RDT 2008, p. 264 et s.

¹²²⁵ Par exemple, l'ancien secrétaire général de la Confédération syndicale internationale (CSI) - novembre 2006 /juin 2010 - et actuellement directeur général de l'OIT Guy Ryder avait tenu, dans un communiqué de presse (CSI, 28 avril 2009), des propos critiques à l'égard de ces rapports : « *En proclamant que les pays dotés du plus faible taux de protection des travailleurs ont les meilleures réglementations du travail, la Banque mondiale enlève toute crédibilité à son engagement pour le respect des droits des travailleurs et l'amélioration du niveau de vie des travailleurs dans les pays en développement* ». Guy Ryder avait également précisé que « *la méthodologie de Doing Business est défaillante lorsqu'elle identifie les normes du travail et les contributions aux programmes sociaux comme n'étant rien de plus que des obstacles à l'investissement* ». Souligné par nous. V. égal. T. Kirat, *Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ?*, op. cit., B. du Marais, *Des indicateurs pour mesurer le droit. Les limites méthodologiques des rapports « Doing Business »*, 2006, rapport disponible sur le site de la Fondation pour le droit continental. V. aussi, du même auteur, *Mesurer le droit ? Ou plutôt l'évaluer ? Quelques réflexions sur les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, Revue de droit des affaires internationales, 2006, p. 675 et A. Raynouard, *La contestation des indicateurs Doing Business : un positionnement politique*, op. cit.

¹²²⁶ J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013, p. 20.

économique et celles des pays de *culture civiliste* avec droit réglementaire et excessivement procédural¹²²⁷ nuisible à l'économie. Le résultat de cette association des arguments économique et comparatiste est à rapprocher des thèses en faveur de la déréglementation. L'usage de l'argument statistique, traduisant les dispositifs juridiques en langage chiffré et permettant par conséquent le classement des droits nationaux, « *incite donc très clairement à la réforme continue, dans une course à la déréglementation du marché du travail*¹²²⁸ ».

341. - Souvent médiatisée et largement reprise dans les débats économiques et politiques, l'évaluation de la relation entre le droit et ses effets économiques, à la lumière d'indicateurs quantifiés, ignore les valeurs qui sous-tendent la norme juridique. Les résultats auxquels parvient l'évaluation comparative ne sont pas seulement à l'origine de la concurrence des systèmes juridiques, mais constituent aussi des données facilement manipulables. Les objets de comparaison sont débarrassés de l'influence des interactions des textes de lois et leurs interprétations judiciaires¹²²⁹ et de leur substrat socioculturel et historique. L'analyse juridique de la comparaison des droits – et en particulier des droits du travail – a pleinement conscience aussi bien de la prégnance de la réalité économique – et en général des facteurs contextuels – que de l'impossibilité de mener des recherches parfaitement neutre axiologiquement¹²³⁰. Qu'en est-il du comparatisme pratiqué par l'analyse économique du droit du travail à l'aide d'instruments statistiques, grand pourvoyeur d'arguments au discours comparatiste ? Est-il imperméable aux préoccupations et aux prises de position idéologiques, et par conséquent au monde des valeurs ? Ces questions sont au cœur de tout processus de légitimation ; laquelle est indissociable d'un certain nombre de jugements de valeur.

¹²²⁷ E. Serverin, J. Valentin, T. Kirat, D. Sauze, R. Dalmasso, *Évaluer le droit du licenciement, comparaison des droits et des procédures, mesure des actions*, Revue de l'OFCE, n° 107, octobre 2008, p. 55.

¹²²⁸ J. Berg, S. Cazes, Comparer et classer les droits du travail nationaux : les limites des indicateurs *Doing Business*, RDT 2008, p. 264 et s.

¹²²⁹ E. Serverin, J. Valentin, T. Kirat, D. Sauze, R. Dalmasso, *Évaluer le droit du licenciement, comparaison des droits et des procédures, mesure des actions*, Revue de l'OFCE, n° 107, octobre 2008, p. 29 et s.

¹²³⁰ La question de la neutralité de la comparaison et du comparatiste suscite des réflexions riches en droit comparé. La doctrine comparatiste est presque unanime sur l'impossibilité d'une neutralité axiologique parfaite du comparatiste. Il est classique de relever que « *la comparaison n'est pas neutre et que le rôle de son « metteur en scène » est capital, quoiqu'on le confonde le plus souvent avec celui d'un observateur. C'est le comparatiste, en effet, qui sélectionne les objets à comparer en fonction de son savoir antérieur et des objectifs qu'il poursuit* », M.-L. Mathieu-Izorche, *Approches épistémologiques de la comparaison des droits*, in P. Legrand (dir), *Comparer les droits, résolument*, PUF, coll. *Les voies du droit*, 2009, p. 133.

B. Une appréciation insensible au monde des valeurs

342. - « [...] *il faut se prémunir contre les prétentions scientistes que la comparaison peut encourager*¹²³¹ ». Le droit du travail soutient par essence la promotion de certaines valeurs. C'est un droit qui exprime des choix axiologiques – du moins d'après ce que lui prête un certain discours économique – en faveur de la partie faible dans les rapports de travail ; il veille au respect de la personne humaine¹²³², à la promotion du collectif et des valeurs de solidarité et de la citoyenneté¹²³³ ...¹²³⁴. Toute évaluation du droit du travail est erronée si elle ne prend pas en compte la part des valeurs que ce dernier véhicule ; toute règle juridique comporte une forte dimension morale et éthique, puisque « *le droit est trop humain pour être appréhendé sous la seule forme d'équations abstraites et pour être élaboré par le biais d'une modélisation économique désincarnée, vecteur de pensée unique*¹²³⁵ ». Se déclarant formellement fermée au monde des valeurs et neutre d'un point de vue axiologique, les analyses économiques comparées ne peuvent pas en réalité nier l'existence de présupposés tirés de leur sensibilité vis-à-vis de certaines valeurs, en l'occurrence celles promues par le néolibéralisme. A l'image de tout exercice comparatif, leurs « *résultats dépendent largement de la position de l'observateur. Celui-ci structure son champ en fonction de théories et de systèmes de valeurs qui lui sont propres et des moyens qui sont mis à sa disposition pour mener ses enquêtes*¹²³⁶ ». Les discours économiques et comparatistes qui prêtent au droit du travail une fonction purement économique, comme n'importe quel instrument de régulation du marché, ont ainsi un point commun, celui d'une neutralité économique impossible.

¹²³¹ B. Jobert, *Politique de comparaison*, in. M. Lallement, J. Spurk (dir), *Stratégie de la comparaison internationale*, éd. CNRS, 2003, p. 325.

¹²³² La construction progressive des normes de droit du travail a été animée, d'un point de vue historique, par la réalisation d'un objectif tout à fait singulier, comme l'a bien relevé au début du XX siècle Hugo Sinzheimer : « *sauvegarder la dignité humaine et construire ainsi le fondement d'une « humanité réelle »* » (remarques introductives prononcées par l'auteur lors d'une conférence sur les questions fondamentales du droit du travail organisée, à Dusseldorf, par la Volkshochschule Leipzig en 1926, cité par S. Simitis, *Le droit du travail a-t-il encore un avenir ?* Dr soc. 1997, p. 655).

¹²³³ G. Davidov, *L'idée changeante de droit du travail*, op. cit.

¹²³⁴ Toutefois, « *les règles juridiques ne sont dans cette province du Droit [droit du travail] jamais univoques. Elles seront utilisées par les entreprises, ou par les syndicats - par l'employeur ou par le salarié - selon leur intérêt du moment [...]. Le droit du travail est donc constitué de règles et d'institutions à double sens et toutes réversibles* », G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, coll. Connaissance du droit 1995, p. 6.

¹²³⁵ M. Grimaldi (dir.), *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, op. cit., p. 114.

¹²³⁶ B. Jobert, *Politique de comparaison*, in. M. Lallement, J. Spurk (dir), *Stratégie de la comparaison internationale*, op. cit., p. 325.

343. - Un droit porteur de valeurs. Adoptant une logique conséquentialiste de la norme juridique, le critère d'efficacité économique est indifférent aux autres valeurs inspirant les acteurs du droit du travail (législateur, juge et partenaires sociaux). Si l'appréciation des effets d'ordre économique des règles juridiques n'est pas en elle-même critiquable, car elle peut être prise en compte par législateur ou le juge, il n'en reste pas moins que son apport ne lui permet pas d'être en position hégémonique¹²³⁷ par rapport aux autres considérations juridiques ou extra-juridiques ; à défaut la norme travailliste devrait se plier uniquement au respect de l'impératif d'efficacité économique, tant dans son édicition que son application. La démarche fondée sur la soumission des règles de droit en général, et de droit du travail en particulier, à une exigence de résultats ou de performances, témoigne du peu d'attention portée à la nature complexe, multidimensionnelle et dogmatique de ces dernières ; ce qui importe ce sont les faits¹²³⁸... économiques. Le Professeur Mazzotta résume parfaitement la démarche adoptée par des adeptes de l'évaluation économique du droit du travail : « *l'idée selon laquelle le droit du travail peut être librement et impunément évalué selon les principes de la science économique suppose une contraposition entre une science économique aseptique, qui (s'impose ou) pose des limites à un droit du travail plein de valeurs*¹²³⁹ ».

344. - Un droit contingent, ambivalent et vulnérable. Le Professeur Mattei (juriste comparatiste ayant vulgarisé l'analyse économique du droit dans une perspective comparative) explique que le droit doit être évalué au prisme de l'efficacité économique en utilisant la comparaison comme instrument¹²⁴⁰. Il promeut une double analyse temporelle et spatiale du droit¹²⁴¹ : la règle de droit en vigueur se doit d'être mesurée en comparaison avec

¹²³⁷ « Si l'analyse économique du droit peut et doit être une source d'inspiration et de réflexion pour le juriste, au même titre que la sociologie, la philosophie ou la démographie, elle ne saurait prétendre à l'hégémonie, ni s'ériger en nouveau veau d'or. On ne cèdera donc pas ici aux sirènes du « tout économique » et de la « caution scientifique » offerte par les calculs économétriques...», M. Grimaldi (dir.), Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, op. cit., p. 10.

¹²³⁸ « Sous l'empire de la gouvernance, la normativité perd sa dimension verticale : il ne s'agit plus de se référer à une loi qui transcende les faits, mais d'inférer la norme de la mesure des faits », A. Supiot, L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché Total, Seuil, 2010, p. 78.

¹²³⁹ O. Mazzotta, Evaluer le droit du travail: les paradoxes d'une idée, in. G. Casale, A. Perulli (dir), Compliance with labour legislation : its efficacy and efficiency, Respect de la législation du travail: effectivité et impact, Working paper, OIT, 2010, p. 136.

¹²⁴⁰ V., pour une appréciation critique de l'apport de cet auteur, Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, in. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir), *L'efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes juridiques 2010, p. 49 et s. Cette contribution du Professeur Yves-Marie Laithier est également consultable sur le site de l'association Henri Capitant (<http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=228>)

¹²⁴¹ V. sur cette question d'une manière générale, D. Tallon, Histoire du droit et droit comparé, une alliance

le droit antérieur et avec celui d'un autre Etat selon le critère de performance économique, comme si « *la connaissance critique du droit par le droit comparé [...] lieu privilégié de la réflexion juridique*¹²⁴² » était dans l'obligation de se situer dans « *la vassalité* »¹²⁴³ d'un certain discours économique. Soumis depuis longtemps aux vicissitudes du politique et de l'économique¹²⁴⁴, et récemment aux « *illusions scientistes* »¹²⁴⁵ de l'analyse économique, le droit du travail remplit toutes les conditions¹²⁴⁶ pour que le « charme » du comparatisme d'intimidation opère pleinement.

345. - Analyse historique de l'utilité économique du droit du travail. L'élaboration et l'interprétation des règles de droit du travail devraient, selon le Professeur Bernard Teyssié, obéir à l'impératif de compétitivité. Celui-ci constituerait une exigence fondamentale synonyme de création de richesse et d'emplois¹²⁴⁷. Le droit du travail est appelé, dans cette optique, à réagir en adaptant ses structures en fonction de l'évolution de la réalité économique. Cette opinion, largement partagée dans le discours comparatiste, porte atteinte à la dimension pluraliste des finalités poursuivies par le droit du travail appartenant à divers registres : économique, humaniste, moral, social et politique. Si le retour à des bases libérales de l'organisation du marché du travail et la montée en puissance de l'individualisme¹²⁴⁸

féconde, in. Mélanges Jean Gaudemet, PUF, 1999, p. 629.

¹²⁴² H. Muir-Watt, La fonction subversive du droit comparé, RIDC, 2000, p. 526.

¹²⁴³ A. Supiot, Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, Dr. Soc. 1989, p. 197.

¹²⁴⁴ « Le contenu de ces règles [droit du travail] apparaît sans cesse en mouvement, pourvu d'une instabilité foncière (contredisant, à la limite, l'idée même de Droit). On a souvent dit que le Droit du travail était un Droit instrument, un outil au service d'une politique économique et sociale ; bref une pure réglementation changeante selon la conjoncture », G. Lyon-Caen, Le droit du travail, une technique réversible, op. cit., p. 4.

¹²⁴⁵ F. Gaudu, Des illusions des juristes aux illusions scientistes, in. A. Jeammaud (dir.), Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 101.

¹²⁴⁶ Selon le Rapport De Virville, le droit du travail, qui « est né et s'est développé au croisement de l'efficacité économique et des droits des salariés » (M. de Virville, Pour un Code du travail plus efficace, Rapport au ministère des affaires sociales et du Travail et de la Solidarité, La Documentation Française 2004, p. 1), ne parvient au total pas à remplir parfaitement « ses deux missions essentielles, protéger les salariés et favoriser le développement de l'emploi et de l'activité économique » (Rapport de Virville, op. cit., p. 3). Ce constat est aussi partagé par J. Barthélémy et G. Cette, Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, La documentation française, 2013.

¹²⁴⁷ B. Teyssié, Droit du travail et droit des affaires, D. 2004, p. 2698 : « Il [droit du travail] tend à s'affirmer comme un outil d'organisation, de régulation et d'épanouissement des activités économiques dont la lecture doit être opérée à la lumière du principe de compétitivité. Les montages contractuels réalisés, les accords collectifs conclus sont de plus en plus fréquemment dominés par des considérations économiques » ; v. aussi du même auteur, *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail*, D. 2004, p. 1682.

¹²⁴⁸ En faisant une brève comparaison historique de la place occupée par l'économie au sein du droit, le Professeur Olivier Descamps relève que l'utilisation de l'argument économique participe de l'importance contemporaine de l'idéologie individualiste : « [...] en tous points, les sociétés traditionnelles fonctionnent sur

participent de l'évolution contemporaine des grands thèmes du droit du travail¹²⁴⁹, un bref détour historique démontre que les finalités économiques ne lui étaient pas étrangères. Les plus grandes lois de la législation travailliste adoptées au 19^{ème} siècle en offrent une illustration topique. La réglementation de la durée journalière du travail des enfants et des femmes, l'amélioration des conditions d'hygiène et de sécurité au travail et la prise en compte de l'état de santé des travailleurs ne répondaient pas seulement à des objectifs sociaux, mais elles œuvraient également à satisfaire des besoins économiques, en termes de productivité et d'élévation des niveaux de qualification des travailleurs nécessaire au développement des entreprises.

un mode qui était celui d'une vision organiciste et totale du corps social alors que les thèses développées depuis les années 1950 s'inscrivent dans une conception individualiste des sociétés contemporaines. », O. Descamps, *Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit*, in. S. Bollée, Y-M. Laithier, C. Pérès (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica 2010, p. 39.

¹²⁴⁹ Qui sont, notamment, la liberté du travail et de son marché, l'hygiène et la sécurité des travailleurs, la liberté syndicale et la convention collective, v. N. Olszak, *Histoire du droit du travail*, Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2011, p. 16.

Conclusion du Chapitre 2

346. - Les travaux comparatifs de la Banque mondiale (rapports *Doing Business*) et de l'OCDE (rapports *Perspectives de l'emploi*) constituent une arme rhétorique aux mains du discours comparatiste dominant militant pour des réformes libérales du droit du travail. Leurs méthodologies respectives sont loin de faire l'unanimité ; des améliorations ont pu être apportées à la formulation, par exemple, des indicateurs des rapports *Doing Business* relatifs à la « *Réglementation du marché de l'emploi* » à la suite de l'adoption d'une approche qui se veut participative et ouverte¹²⁵⁰. Pour autant, le débat sur la capacité des différents systèmes et familles juridiques à répondre d'une façon optimale aux attentes du monde des affaires ne se tarit pas. Des questions récurrentes comme celles concernant les liens, réels ou supposés, de certains modèles d'organisation juridique du marché du travail nationales et les performances économiques, continuent d'irriguer le discours comparatiste voulant mettre l'argument comparatiste au service de l'évaluation des législations nationales. Ces questions ne sont pas et ne seront jamais clairement et justement résolues si l'on se contente d'observer les systèmes juridiques uniquement à travers le « *paradigme compétitif*¹²⁵¹ » ; l'impact réel du droit sur l'efficacité économique du système productif est difficile à mesurer. Le cas des règles de droit du travail illustre parfaitement cette difficulté¹²⁵² ; quand bien même le lien de cause à effet entre le taux de chômage et le niveau de protection des règles travaillistes ne peut pas être démontré scientifiquement, le droit du travail demeure, depuis plusieurs décennies, la cible privilégiée des critiques¹²⁵³. Celles-ci, citant les performances des pays ayant flexibilisé la régulation de leur marché du travail, font de l'argument comparatiste – en

¹²⁵⁰ « Depuis 2009 le Groupe de la Banque mondiale a entrepris avec un groupe consultatif - comprenant des avocats en droit du travail, des représentants du patronat et des salariés, et des experts de l'OIT, de l'OCDE, de la société civile et du secteur privé - une refonte de la méthodologie de calcul des indicateurs de mesure de la Réglementation du marché de l'emploi, et exploré de nouveaux domaines de recherche », <http://français.doingbusiness.org/data/exploretopics/labor-market-regulation>

¹²⁵¹ L. Usunier, Introduction, La concurrence normative, un mode de représentation des rapports entre les systèmes juridiques en vogue, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, La concurrence normative. Mythes et réalités, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de paris, volume 33, 2013, p. 15.

¹²⁵² S. Deakin, J. Malmberg, P. Sarkar, *Droit du travail, chômage et part salariale: l'expérience de six pays de l'OCDE, 1970-2010*, Revue internationale du Travail (OIT), vol. 153, 2014 n° 1, p. 1 et s.

¹²⁵³ « Cela fait longtemps que son champ d'application fait l'objet d'attaques de la part des économistes néoclassiques et des politiques qui les suivent. Ces attaques se sont intensifiées avec l'exacerbation de la concurrence mondiale, qui fait pression en faveur de la déréglementation au motif d'attirer les investissements et d'empêcher ce qu'il est convenu d'appeler la « fuite des cerveaux » », G. Davidov, L'idée changeante de droit du travail, Revue internationale du Travail, vol. 146 (2007), n°3-4, p. 335.

méconnaissant les prérequis méthodologiques de la science comparative – un outil de communication, ou plus précisément un « *instrument de propagande*¹²⁵⁴ » et de « *marketisation*¹²⁵⁵ » juridique au service de certains projets politiques préconçus. Dans cette optique, les Etats « *sont incités à développer une analyse gestionnaire du droit (Law and Marketing), à faire « gagner leur droit » ou faire rayonner leur pays*¹²⁵⁶ ». Les travaux de la théorie des origines juridiques (*Legal Origins Theory*) s'inscrivent parfaitement dans cette démarche ; celle-ci renforce la méfiance traditionnelle à l'égard de l'instrumentalisation de la comparaison des droits¹²⁵⁷, et surtout de ses « *fonctions contingentes*¹²⁵⁸ » : perfectionnement du droit national et unification des droits.

¹²⁵⁴ J. Carbonnier, A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger, in. Essais sur les lois, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 121 ; v. égal. B. Fauvarque-Cosson, *Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique*, in. *De tous horizons*, Mélanges en l'honneur Xavier Blanc-Jouvan, SLC. 2005, p. 69.

¹²⁵⁵ Pour reprendre les termes de P. de Montalivet, La « marketisation » du droit. Réflexions sur la concurrence des droits, D. 2013, p. 2923.

¹²⁵⁶ B. Fauvarque-Cosson, *Argument de droit comparé et sociologie juridique*, in. D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p.78.

¹²⁵⁷ Une méfiance « essentiellement liée aux risques de déviations de la pratique de la comparaison [classement des droits nationaux] », B. Fauvarque-Cosson, *Argument de droit comparé et sociologie juridique*, op. cit., p.76.

¹²⁵⁸ Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 17 et s.

Conclusion du Titre 2

347. - Pratiques déviantes de la comparaison des droits. Traditionnellement, dans la littérature du droit comparé du travail¹²⁵⁹, le développement des analyses comparatistes coïncide avec la volonté de créer les conditions optimales d'une connaissance des spécificités du droit de celui qui compare, servant le cas échéant à inspirer une éventuelle réforme législative ou un rapprochement des systèmes juridiques en vue de créer une communauté juridique régionale (Conseil de l'Europe, Union européenne). Ce dernier usage est devenu un phénomène indissociable du triomphe du modèle de l'économie de marché et de son corollaire, l'exacerbation de la concurrence. Les Etats s'engagent, surtout sous la pression des injonctions des acteurs économiques nationaux et internationaux (patronat, OCDE, FMI, Banque Mondiale et Union européenne), dans des processus de réforme, aboutissant souvent à des résultats quasi-similaires malgré la divergence des démarches nationales choisies. Le climat de tension économique et sociale fournit des arguments puissants pour le déploiement du comparatisme d'intimidation véhiculé par le discours comparatiste dominant auprès du législateur social, et plus globalement dans la société tout entière. Or, une différence capitale sépare la science comparative et ce dernier discours ; celle qui réside, au-delà des imperfections méthodologiques nombreuses de l'instrumentalisation de l'argument comparatiste, dans le caractère imposé de la convergence des droits nationaux. Les récentes réformes menées dans plusieurs pays européens confirment ce constat ; on y découvre « l'écrasante » influence de l'argumentaire de l'analyse économique comparée : la flexibilisation des régimes réglementaires d'utilisation de la main d'œuvre et l'extension de la part du droit conventionnel au sein de l'ordonnement des relations de travail seraient des conditions indispensables pour une régulation efficace du marché du travail¹²⁶⁰.

348. - Le discours comparatiste dominant ne peut s'appréhender que dans sa dimension instrumentale ; l'étudier au prisme des méthodes du droit comparé ne peut que démontrer ses lacunes intrinsèques et l'activisme de certains fossoyeurs de la finalité originelle du droit du travail (la protection des droits des salariés et la régulation de la concurrence). Le

¹²⁵⁹ J.-P. Laborde, *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?* Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994, p. 13.

¹²⁶⁰ A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, RDT 2015, p. 170 et s.

développement du comparatisme d'intimidation qu'il charrie ne procède pas d'une vision progressiste du droit du travail, ni d'une démarche respectueuse de la science comparative ; il est simplement le produit d'un positionnement idéologique se réclamant axiologiquement neutre par rapports aux intérêts et valeurs en jeu. La simplification du droit du travail, l'exigence de sécurité juridique et l'impératif d'efficacité économique, sont des objectifs louables auxquels tend tout système juridique ; en réalité, derrière la beauté des discours, se nichent de redoutables confrontations entre options politiques et idéologiques. Promouvoir la sécurisation juridique du droit du travail, par exemple, nous enseigne très peu sur les raisons qui justifient une certaine hiérarchisation entre la sécurisation des décisions de l'employeur (licenciement) et la sécurité des salariés. La balance penche aujourd'hui du côté de la sécurité des employeurs, celle qui serait porteuse de prospérité économique, de création d'emplois et conforme aux exigences de l'intérêt général¹²⁶¹. Par ailleurs, la compréhension du discours comparatiste dominant dépasse l'approche strictement juridique et suscite plus largement des interrogations sur l'utilisation de l'argument non disciplinaire en droit du travail (économique, sociologique, politique, ...), ou dans toute autre discipline. C'est dire l'importance d'une approche pluraliste de l'analyse de la diversité des droits nationaux, et de la diversité des valeurs que chaque branche du droit est susceptible de promouvoir ; cette exigence manque à l'analyse économique comparée des droits, surtout celle qui classe, selon le critère d'attractivité économique, les systèmes juridiques en fonction de la source de droit prédominante (droit jurisprudentiel, droit légiféré).

¹²⁶¹ V. en ce sens la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, du 6 août 2015 (C. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC), censurant la forfaitisation des dommages et intérêts en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse seulement en raison des critères sur lesquels elle s'appuie (taille de l'entreprise). Cette décision semble adopter les préconisations d'une analyse économique du droit du travail, considérant que le coût aléatoire de l'acte unilatéral de licencier constitue un frein à l'embauche ; cette grille de lecture est adoptée par le législateur et validée par le Conseil constitutionnel, qui estime qu'en vue « d'assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche » (considérant 151), le législateur peut aménager les conséquences financières de la responsabilité de l'employeur en cas de licenciement injustifié, D. Baugard, *Le plafonnement de l'indemnité des licenciements injustifiés ne peut pas varier selon les effectifs des entreprises*, Dr. soc. 2015, p. 803. V. infra., n° 561 et s.

Conclusion de la Première Partie

349. - La toxicité intrinsèque du comparatisme d'intimidation. La norme travailliste est menacée. Les pressions internes et externes – la libéralisation des échanges, la concurrence globalisée des systèmes juridiques nationaux pour drainer les investisseurs étrangers, la sacralisation de l'intérêt de l'entreprise qui serait un gage de sécurisation de l'emploi, les mutations de la norme juridique et le triomphe de l'économicisme – n'ont eu de cesse de saper les fondations du droit du travail. Tous ces phénomènes sont autant de registres où le discours comparatiste puise ses arguments. Pervertissant les fonctions traditionnelles de la comparaison des droits, l'argument comparatiste devient un procédé habituel au sein du débat public ; il sert à convaincre de l'utilité d'une réforme et à exercer une pression afin d'orienter les choix du législateur social. S'il n'est pas choquant d'utiliser les résultats des analyses économiques comparées du droit par des groupes de pressions, représentant par définition des intérêts privés, le fait que les représentants de l'intérêt général s'en imprègnent et s'y plient de plus en plus soulève quelques réserves. Dans le premier cas, le comparatisme d'intimidation est un instrument efficace de *lobbying*. Dans le second, l'instrumentalisation de la comparaison fait partie de ces « *données légitimantes*¹²⁶² » de l'action normative des pouvoirs publics participant à l'édification d'un « *nouvel ordre juridique*¹²⁶³ », faisant place « *à un droit qui s'élabore de manière rhétorico-dialectique, sans certitude de la norme préconstituée*¹²⁶⁴ ». Céder à de telles pressions, en multipliant les réformes, dont les effets sont difficilement digérés par le corps social, risque de pervertir les valeurs et la cohérence du droit du travail français et de précipiter le déclin du modèle français.

350. - Emergence. L'analyse comparatiste et l'analyse concurrentielle ou économique du droit du travail se croisent et se soutiennent mutuellement ; elles opèrent dans le même domaine, celui de l'évaluation des effets du droit du travail ; elles ont en commun une portée normative. Elles participent à l'émergence d'un « *paradigme comparatiste*¹²⁶⁵ » ; elles paraissent parfaitement complémentaires et se justifient mutuellement. Si la soumission de

¹²⁶² L'expression est empruntée à Valérie Lasserre, in *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, LexisNexis 2015.

¹²⁶³ Ibid.

¹²⁶⁴ F. Zénati-Castaing, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, D. 2002, p. 15.

¹²⁶⁵ v. infra., n° 584 et s.

l'argument de droit comparé au « paradigme compétitif » dénature les fonctions de l'analyse comparatiste, une autre lecture, se substituant à cette logique de subordination, est possible. D'une articulation hiérarchique et instrumentale entre ces deux grilles de lecture du droit du travail (au profit de l'analyse économique), l'on pourrait passer à une logique de synergie multidimensionnelle, incluant savoirs juridiques et extra-juridiques sur les relations de travail, au service de certaines valeurs humaines, indispensables à « *un régime de travail réellement humain* ¹²⁶⁶ ». La position hégémonique de l'argument économique est difficilement conciliable avec un tel projet, ce qui rend aléatoire la construction d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste.

351. - Pluralisme. Pour une analyse comparatiste pluraliste, il faudrait opter pour une nouvelle articulation de tous les arguments juridiques et extra-juridiques – économique, concurrentiel, politique, moral... etc – influençant le droit du travail. Cette articulation devrait placer l'aspect économique au même rang que les autres arguments sociologiques ¹²⁶⁷ pour tenter de saisir l'intelligence et la complexité de la norme travailliste. Pour ce faire, l'argument concurrentiel ou économique devrait être l'une des composantes de l'analyse comparatiste et non pas l'inverse. C'est en cela que la contribution de l'argument comparatiste en droit du travail pourrait être valorisée. Procéder à des comparaisons biaisées, instrumentalisées et déformantes de la réalité des droits nationaux à des fins préconçues ne facilite pas l'amélioration de la qualité des analyses comparatistes et du débat sur le droit du travail.

¹²⁶⁶ A. Supiot, *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?* Conférence du cycle pluridisciplinaire d'études supérieures (CPES) - 25 septembre 2014 (http://www.iea-nantes.fr/fr/actus/nouvelles/actualite_600).

¹²⁶⁷ « L'argument sociologique prend la forme, dans le raisonnement juridique, de références aux faits sociaux scientifiquement établis : faits sociétaux, historiques, économiques, moraux, religieux, politiques, statistiques, comparatistes... », M. Mekki, *L'argument sociologique en droit : forces et faiblesses ?*, in. D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 86.

SECONDE PARTIE : LE JEU DE L'ARGUMENT COMPARATISTE

352. - Plan. Comment réformer le droit du travail pour qu'il soit économiquement plus efficace ? L'interrogation n'appelle pas seulement une réponse technique qui s'appuierait sur une amélioration des indicateurs économiques liés au marché du travail ; elle impose également de se pencher sur le choix de la méthode et des outils à employer pour réguler efficacement les relations de travail. A ce dernier débat la mobilisation de l'argument comparatiste participe pleinement, tout particulièrement lorsqu'elle opère dans une optique d'évaluation économique comparée des différents droits nationaux du travail. Deux thèmes majeurs offrent un terrain propice d'observation du déploiement de l'argument comparatiste : la flexibilisation de la législation de protection de l'emploi, qui serait génératrice de plus d'emplois, et le renforcement de la capacité d'autoréglementation des interlocuteurs sociaux, qui rapprocherait le modèle français de la réalisation de l'idéal de démocratie sociale ou industrielle. De plus, les transformations en cours dans ces deux domaines du droit du travail fournissent l'occasion d'observer le phénomène de la circulation des modèles juridiques. La quête d'une régulation efficace des relations de travail, qui passerait par « l'importation » de certains institutions juridiques étrangères, ne va pas sans susciter quelques interrogations vis-à-vis de cette dernière entreprise. Les implications concrètes de celle-ci – on songe notamment au projet de la flexicurité – pourraient ébranler l'équilibre traditionnel du système français d'ordonnement des relations de travail.

353. - Avant d'essayer d'appréhender la logique du « *paradigme comparatiste* » en droit du travail (**Titre 2**), il conviendrait préalablement d'analyser le déploiement de l'argument comparatiste (**Titre1**).

Titre 1: Le déploiement de l'argument comparatiste

354. - Division. Le déploiement de l'argument comparatiste est intimement lié aux tendances traversant le droit du travail français. Deux exemples en témoignent. Le premier concerne la refondation des sources du droit du travail ; celle-ci est caractérisée par la montée en puissance de l'accord¹²⁶⁸, comme technique de justification de la production normative, au détriment des procédés traditionnels de la norme publique¹²⁶⁹ (**Chapitre 1**). Le second est relatif à la flexibilisation de l'organisation juridique du marché du travail¹²⁷⁰ visant à l'amélioration de la législation de protection de l'emploi (**Chapitre 2**). Ces deux orientations majeures¹²⁷¹, certes à l'œuvre depuis des décennies, s'accroissent et emportent des conséquences qui modifient foncièrement les traits caractéristiques de l'« identité¹²⁷² » du droit du travail français.

¹²⁶⁸ B. Teyssié, De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail, JCP S n° 18-19, 6 Mai 2014, 1180.

¹²⁶⁹ B. Teyssié, *Droit du travail : de la norme légale à la norme conventionnelle*, in. Changement du droit, Revue de droit d'Assas, numéro spécial, février 2015, p. 163.

¹²⁷⁰ Fr. Gaudu, L'organisation juridique du marché du travail, Dr. soc. 1992, p. 941.

¹²⁷¹ Une troisième tendance – transversale dans la mesure où elle concerne à la fois le renouvellement des sources du droit du travail et le droit des relations individuelles du travail – est également à l'œuvre (J. Barthélémy, *Evolution du droit social. Une tendance à la contractualisation, mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur*, Lamy, coll. Axe Droit, 2010 ; J. Mouly, *La fondamentalisation du droit du travail*, Revue de droit d'Assas, n° 11 octobre 2015, p. 93).

¹²⁷² G. Lyon-Caen, *Un droit sans papiers d'identité*, Arch. phil. droit 41 (1997), p. 181.

Chapitre 1: La refondation des sources du droit du travail

355. - Instrumentalisation de l'argument comparatiste et sources du droit du travail.

L'invocation des modèles étrangers glisse vers une conception instrumentale du droit comparé. Le discours comparatiste dominant constitue une force de proposition indéniable dans le débat public ; ses préconisations se donnent comme objectif de lutter contre l'inefficacité économique et sociale¹²⁷³. Son ambition est bien connue : il faudrait que le droit du travail français s'inspire voire s'aligne sur les législations de pays étrangers économiquement performants. Or, la cohérence d'un système juridique est conditionnée par des paramètres relevant du contexte national. Cette démarche, inspirée du prisme de la concurrence par la comparaison, offre une ressource argumentative importante au discours dominant sur la réforme du Code du travail. Pour ce faire, son projet de refondation des sources du droit du travail, portée par le triomphe de la logique contractuelle et l'ambition de rénover la démocratie sociale française, emprunte les voies de la procéduralisation et de la contractualisation du droit (**Section 1**). Ce projet, indissociable des tendances de fond traversant le droit du travail depuis plusieurs années, n'est pas resté lettre morte ; sa traduction répond à un double objectif législatif clairement affiché¹²⁷⁴ : développer le droit conventionnel du travail, surtout celui issu de la négociation collective d'entreprise, au détriment de la norme publique. Autrement dit, il faudrait « *transférer la production des normes du national étatique vers le local négocié*¹²⁷⁵ » (**Section 2**).

¹²⁷³ J. Barthélémy, G. Cette, *Droit social : pourquoi et comment le refonder*, Dr. soc. 2012, p. 763. V. pour un panorama de l'évolution historique des discours pointant l'inefficacité économique et sociale du droit du travail, E. Peskine, J. Porta, T. Sachs, C. Wolmark, *Protection et efficacité économique : un couple dans la crise*, in. P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Les réactions du droit du travail à la crise*, Dr. ouvr. 2012, p. 69 et s.

¹²⁷⁴ Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : « *Donner le plus large espace possible à la négociation collective* » et accorder « *plus de marge de manœuvre à la négociation d'entreprise, pour adapter les règles au plus proche du terrain et permettre une meilleure conciliation des performances économique et sociale* ».

¹²⁷⁵ Ch. Radé, *Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : vers la "refondation" du Code du travail ?*, Lexbase Hebdo édition sociale n°650 du 7 avril 2016, spéc., p. 4.

Section 1 : La conceptualisation de la refondation

356. - Pluralité de fondements. L'un des objectifs essentiels du discours comparatiste est de rendre le droit du travail français attractif – à la fois pour les investisseurs étrangers et pour les entreprises locales (spectre des délocalisations) – et économiquement et socialement efficace. Pour la réalisation de cet objectif, il conviendrait d'accueillir dans notre droit des notions issues des « modèles¹²⁷⁶ » étrangers. Ces dernières années, le législateur français a placé la refondation des sources du droit du travail sous le signe de la rénovation de la démocratie sociale (§ 1). L'adhésion à cette ambition est parfaitement compréhensible et légitime. Une association plus large des représentants des forces vives du monde du travail – organisations syndicales salariales et patronales – au projet de refondation du droit du travail y participe. Cependant, derrière l'intention affichée de renforcer le rôle du dialogue social dans la construction de la norme sociale, certains fondements sous-jacents, et plus ou moins discutables, provoquent une mutation profonde de l'ordonnancement des relations de travail ; tel est le cas de la suprématie de la régulation contractuelle des relations sociales en faveur de laquelle le discours comparatiste s'est particulièrement engagé (§ 2).

§ 1 : Les fondements

357. - Plan. Dans le discours comparatiste dominant sur le droit du travail, la rénovation de la démocratie sociale (A) et l'efficacité du rôle normateur du contrat (B) sont les deux fondements essentiels du projet de refondation des sources du droit du travail¹²⁷⁷. Ces fondements sont indissociables et se soutiennent mutuellement. La démocratie sociale, dans ses applications pratiques aux réalités sociales et économiques, s'exprime par le recours à des accords collectifs ; ces derniers concourent à leur tour à renforcer une idée de l'idéal démocratique dans l'ordonnancement des relations de travail : « *la démocratie sociale*

¹²⁷⁶ On songe aux propos élogieux tenus au sein du débat français, et européen, sur le *modèle scandinave*, le *modèle allemand*, *autrichien*, etc. Sur l'usage du concept de modèle, v. F. Rey, *Les usages du concept de modèle dans la construction sociale du « modèle danois »*, Revue Française de Socio-Économie 2011/1 (n° 7), p. 169-189.

¹²⁷⁷ Les modèles allemand et scandinave sont souvent cités comme des exemples en la matière.

consiste à étendre l'application des principes démocratiques¹²⁷⁸ aux divers degrés de l'ordre juridique... ce qu'on appelle démocratie politique est l'application à la loi des principes démocratiques – cependant que la démocratie sociale est l'application des mêmes principes au contrat¹²⁷⁹ ». La rénovation de la démocratie sociale, initiée¹²⁸⁰ par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, s'est fondée sur ces principes démocratiques. Cette dernière loi renforce, en réformant en profondeur les critères à la fois de la représentativité des syndicats et de la validité des accords collectifs, les liens d'interdépendance entre une préférence affichée par les pouvoirs publics pour la rénovation de la démocratie sociale passant par une politique contractuelle de l'élaboration de la norme sociale.

A. La rénovation de la démocratie sociale

358. - La démocratie sociale comme leitmotiv. Profondément « imprégnée de l'histoire sociale et de l'histoire syndicale¹²⁸¹ », vecteur essentiel de certaines « valeurs¹²⁸² » nécessaires à la réalisation de l'Etat de droit ou de l'Etat social et expression d'un « mode d'agencement des pouvoirs¹²⁸³ », la démocratie sociale¹²⁸⁴ est devenue un élément essentiel du

¹²⁷⁸ Par ex. la représentativité, la délibération, le respect des droits fondamentaux, etc.

¹²⁷⁹ R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, Éditions du CNRS, 1982, p. 172, cité par M. Le Friant, *La démocratie sociale entre formule et concept*, Revue Regards, n° 19-2001, p. 53. Souligné par nous.

¹²⁸⁰ « Avant que l'expression [démocratie sociale] n'apparaisse, la chose était déjà là, au cœur des débats qui, traversant la seconde moitié du XIX^e siècle et les premières années du XX^e, ont tenté de reconfigurer la vie politique en laissant une place plus importante aux corps intermédiaires », P.-Y. Verkindt, *L'association des syndicats à l'élaboration de la loi*, Dr. soc. 2015, p. 954.

¹²⁸¹ P.-Y. Verkindt, *Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale*, JCP S, n° 22, 29 mai 2012, 1233.

¹²⁸² Ibid.

¹²⁸³ P.-Y. Verkindt, L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale, Dr. Soc. 2010, p. 519 : « Sur un plan plus technique, la démocratie sociale « correspond à l'extension des procédés démocratiques du domaine politique au plan économique et social » [G. Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1973, t. VII, n° 171, p. 462.] et permet un renforcement de la légitimité des autorités (à quelque niveau et dans quelque domaine qu'elles se situent) dont se dote une collectivité humaine ».

¹²⁸⁴ « La démocratie sociale peut se définir par la mise en place et le fonctionnement d'une sphère de régulation du social entre le marché et l'Etat, confiée aux partenaires sociaux. La démocratie sociale comprend deux aspects : le paritarisme et la négociation collective », J. Le Garrec, *La démocratie sociale, rapport au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales, et sociales de l'Assemblée nationale*, 4 avril 2000 ; « [...] l'association des corps intermédiaires à la confection de la loi et l'avènement d'un droit du travail négocié sont deux expressions majeures de la démocratie sociale à la française (auxquelles il faudrait sans doute ajouter pour être complet le paritarisme). Initialement pensée comme remède aux défaillances de la démocratie représentative et à l'abstraction inhérente à la réduction de l'homme de chair et de sang au seul citoyen « votant » », P.-Y. Verkindt, *L'association des syndicats à l'élaboration de la loi*, op. cit.

discours de justification tenu par les promoteurs de la refondation des sources du droit du travail. En effet, « *l'extension continue de l'emploi de l'expression « démocratie sociale », au surplus confondue avec celle de « dialogue social », est de nature à engendrer des difficultés (...) Certaines d'entre elles (...) sont directement liées à la médiatisation, et par voie de conséquence à l'instrumentalisation de la notion*¹²⁸⁵ ». Pour le Professeur Antoine Jeammaud, évoquer l'idée de « démocratie sociale » « *signe (...) la dégradation de l'ambition réformatrice et réformatrice*¹²⁸⁶ », exprimée par le projet du Rapport Auroux sur « Les droits des travailleurs¹²⁸⁷ » qui visait la promotion d'une démocratie économique¹²⁸⁸ « *fondée sur de nouvelles relations de travail, sur la restauration et l'élargissement des droits des travailleurs* ». Plusieurs raisons expliquent cette situation selon le Professeur Jeammaud : « *d'abord parce qu'elle [démocratie sociale] suggère que, dans les relations du travail, les confrontations doivent être centrées sur la condition juridique et la vie au travail des salariés tandis que les débats sur les choix de direction économique de l'entreprise sont décidément secondaires, les travailleurs et leurs représentants n'ayant pas de réelle légitimité pour intervenir sur ce plan. Ensuite parce que les acteurs de ce dialogue désormais valorisé, exalté même, sont des « corps intermédiaires » – organisations patronales, organisations syndicales, institutions représentatives du personnel – plutôt que les salariés eux-mêmes*¹²⁸⁹ ».

359. - L'expression de « *démocratie sociale* » fait aujourd'hui florès¹²⁹⁰, plusieurs intitulés de lois en témoignent¹²⁹¹. La promotion du dialogue social et « *l'encouragement au développement du droit conventionnel*¹²⁹² » sont considérés comme outils nécessaires à sa

¹²⁸⁵ P.-Y. Verkindt, L'association des syndicats à l'élaboration de la loi, op. cit.

¹²⁸⁶ A. Jeammaud, Un débat difficile et nécessaire, op. cit., p. 13.

¹²⁸⁷ Rapport Auroux, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, septembre 1981.

¹²⁸⁸ Développer la démocratie économique au sein des entreprises n'épuise pas les domaines de cette dernière : « *la démocratie économique* vise à instaurer la décision démocratique en matière économique. Un premier champ d'action est celui de la politique économique, où il s'agit de créer des mécanismes transparents permettant aux acteurs de l'économie de participer à la décision. Un deuxième champ d'action est celui de l'entreprise, où il s'agit de permettre aux travailleurs eux-mêmes d'avoir part à la décision. Un troisième champ d'action vise le contenu des décisions économiques, qu'il faut réorienter des intérêts particuliers vers l'intérêt général », E. Arcq, Concertation et démocratie économique (1944-1978), *Courrier hebdomadaire du CRISP* 32/2014 (n° 2237), p. 5.

¹²⁸⁹ A. Jeammaud, Un débat difficile et nécessaire, in. E. Mazuyer (dir), *Les flexibilités en droit du travail*, op. cit., p. 13.

¹²⁹⁰ A. Jeammaud, Un débat difficile et nécessaire, op. cit., p. 13.

¹²⁹¹ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale témoigne ; loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹²⁹² J. Barthélémy, G. Cette, *Droit social : pourquoi et comment le refonder*, Dr. soc. 2012, p. 763.

réalisation. Dans cette perspective, l'accord collectif doit être la norme privilégiée supplantant progressivement les autres sources de la législation sociale¹²⁹³. La réglementation étatique est considérée comme coûteuse et inefficace sur le plan économique en raison de ses nombreuses contraintes réduisant la place octroyée aux accords individuels ou collectifs ; ces derniers accords, expression des choix des destinataires de la norme¹²⁹⁴, participeraient de la démocratie sociale. C'est une auto-régulation généralisée qui devrait écarter l'hétéro-réglementation des rapports du travail.

360. - Trouvant une « *nouvelle jeunesse*¹²⁹⁵ » avec le projet du patronat français – le Medef – lancé dans les années 2000 visant une « *refondation sociale*¹²⁹⁶ », la notion et la réalisation de la démocratie sociale cultivent les réflexions sur la participation des citoyens¹²⁹⁷ – par le biais de leurs représentants – aux décisions qui leur seront applicables. Cependant, les missions assignées à la promotion de la démocratie sociale participent à la défense d'un nouvel ordonnancement des normes de droit du travail. Depuis les années 2000 la démocratie sociale a « *une tonalité plus technique traduisant l'idée de participation des intéressés ou de leurs représentants à la gestion des institutions qui les concernent. Elle exprime surtout l'idée d'une autonomie collective des partenaires sociaux, c'est-à-dire une capacité des acteurs professionnels de produire des normes juridiques qui les engagent, eux et ceux qu'ils représentent*¹²⁹⁸ ». De la sorte, la démocratie sociale, telle qu'elle est promue de nos jours, contribue au déclin de la norme étatique substantielle – le droit légiféré se procéduralise¹²⁹⁹ – et à l'émergence d'un droit du travail conventionnel. Les arguments – économique,

¹²⁹³ S. Néron, La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives, RDT 2009, p. 426.

¹²⁹⁴ « Renforcer les exigences de conclusion de l'accord collectif ne saurait suffire. Ce n'est pas en généralisant l'exigence majoritaire que l'on garantira que le produit de l'accord collectif est conforme au bien commun ! Qu'elle soit individuelle ou collective, la volonté ne saurait, a fortiori dans des rapports asymétriques, suffire », P. Lokiec, « Qui dit conventionnel dit juste ! » - L'avènement d'un nouveau dogme, JCP G 2015, act. 282, Aperçu rapide.

¹²⁹⁵ P.-Y. Verkindt, *Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale*, JCP S, n° 22, 29 mai 2012, 1233.

¹²⁹⁶ V. sur cette question M. Le Friant, *La démocratie sociale entre formule et concept*, Revue Regards, n° 19-2001, p. 48.

¹²⁹⁷ L'idéal démocratique a été un élément essentiel de la promotion d'une « *citoyenneté dans l'entreprise* » initiée par les lois Auroux de 1982 (loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, loi du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, loi du 23 décembre 1982 relative au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail). Ces lois ont envisagé les institutions de représentation des salariés comme participant des droits des travailleurs (Rapport J. Auroux, Les droits des travailleurs - Rapport au Président de la République et au Premier ministre, La documentation française, 1981) et tendu faire des travailleurs des citoyens dans l'entreprise et des acteurs du changement de cette dernière.

¹²⁹⁸ P.-Y. Verkindt, *Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale*, JCP S, n° 22, 29 mai 2012, 1233.

¹²⁹⁹ V. infra., n° 397

sociologique¹³⁰⁰ et de droit comparé¹³⁰¹ – invoquant les principes démocratiques pour justifier cette évolution ne manquent pas.

361. - La démocratie sociale, un mot d'ordre¹³⁰². Indispensable de la démocratie politique représentative¹³⁰³ dans un Etat de droit, la démocratie sociale constitue un argument de poids pour le projet de refondation des sources du droit du travail. Elle viserait à l'association des acteurs sociaux aux instances étatiques dans le processus de définition de l'intérêt général. Placée au centre du débat sur la rénovation de la démocratie sociale, la négociation collective devrait s'émanciper de la tutelle de l'Etat. De manière générale, la production normative en droit du travail serait plus efficace et légitime si elle puisait sa source dans la volonté des représentants des intérêts des destinataires de la norme. Le noyau dur de cette élaboration conventionnelle résiderait dans des formules d'échange et d'extension du périmètre du négociable. En effet, la réforme de la représentativité syndicale par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale a posé les fondations d'une évolution importante de la négociation collective ; « *celle-ci en tant qu'instrument de progrès social, se transforme petit à petit en une négociation donnant-donnant* ¹³⁰⁴ ». Si en matière de régulation

¹³⁰⁰ P.-Y. Verkindt, *L'argument sociologique dans la doctrine travailliste*, in. D. Fenouillet (dir.), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 313, spéc. p. 319 et s. L'auteur explique, par exemple en décrivant « *le renforcement de l'argument sociologique dans le droit du travail contemporain* » que « *l'argument sociologique y [concernant la représentativité des organisations syndicales] est d'autant plus présent que cette représentativité syndicale est désormais conditionnée par les résultats des syndicats [depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale] aux élections professionnelles et donc par une sociologie du corps électoral* » (p. 319). La réalité sociologique devrait servir pour construire la légitimité des syndicats en se fondant sur une représentativité élective, et c'est en ce sens que « *si [...] l'argument sociologique est bien, au moins pour partie, le produit d'un regard sur le réel, le législateur en liant l'action syndicale à son assise électorale participe de cette démarche* » (p. 321).

¹³⁰¹ Par ex., le Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles familiales et sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi (n° 969) portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, par Jean-Frédéric Poisson, 25 juin 2008, cite le modèle allemand : « *Enfin, le développement dans certains pays de la faculté de passer certains types d'accords dans le cadre des comités d'entreprise ou d'établissement, par exemple en Allemagne des « pactes d'entreprise pour l'emploi et pour l'amélioration de la compétitivité », peut être rattaché à une affirmation du principe majoritaire, puisque la négociation est menée avec une instance élue. L'expérience allemande des accords d'entreprise visant à réorganiser globalement le travail et/ou comportant des sacrifices salariaux afin de préserver l'emploi peut en outre être rapprochée de l'expérience française des accords majoritaires, qui a d'abord concerné le temps de travail dans l'entreprise* », p. 132. Souligné par nous.

¹³⁰² M. Le Friant, *La démocratie sociale entre formule et concept*, op. cit., p. 50, spéc., pp. 57-63.

¹³⁰³ « *La démocratie politique ne sera pas viable si elle ne s'épanouit pas en démocratie sociale ; la démocratie sociale ne serait ni réelle ni stable, si elle ne se fondait pas sur une démocratie politique* », L. Blum, in. *L'œuvre de Léon Blum, Mémoires, La prison et le procès, À l'échelle humaine*, Albin Michel, 1955, p. 472, cité par P.-Y. Verkindt, *Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale*, JCP S, n° 22, 29 mai 2012, 1233.

¹³⁰⁴ S. Néron, *La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives*, RDT 2009, p. 426, spéc., p. 31 et s.

conventionnelle des relations de travail l'exemple souvent cité est le droit allemand¹³⁰⁵, il en va différemment avec le principe de codécision qui octroie un droit de participation des salariés à la gestion des entreprises, pierre angulaire de la démocratie sociale d'Outre-Rhin¹³⁰⁶. Les conclusions critiques de Mme Martine Le Friant, datant du début des années 2000, demeurent transposables au contexte actuel, malgré les quelques progrès enregistrés ces dernières années¹³⁰⁷ : « *on constate aujourd'hui une modification du sens de cette démocratie sociale qui devrait, aux yeux du patronat, servir à soumettre la gestion du conflit social aux exigences de la logique capitaliste désormais mondialisée. Où en sont les objectifs d'une démocratie sociale qui devrait permettre aux représentants de dominés de faire valoir des intérêts, voire des points de vue, sur le sort d'activités productives auxquelles leur existence se trouve liée, et d'exercer un certain contrôle des décisions les concernant ?*¹³⁰⁸ ».

362. - Démocratie industrielle. La régulation conventionnelle des rapports sociaux, telle qu'elle est promue par le discours de rénovation de la démocratie sociale, renvoie à la notion d'origine anglo-saxonne de démocratie industrielle. Introduite en Angleterre à la fin du XIX^{ème} siècle par Béatrice et Sydney Webb – créateurs de « *la notion de négociation collective (collective bargaining) qu'ils considèrent comme un des moyens essentiels pour parvenir à l'instauration d'une « démocratie industrielle »* »¹³⁰⁹ –, la notion de démocratie industrielle « *serait sans doute la forme d'organisation de façon la plus absolue à réformer l'organisation du travail par la libre volonté des intéressés et en dehors de toute intervention de l'Etat*¹³¹⁰ ». Pour certains sociologues des relations professionnelles, les façons de

¹³⁰⁵ Par ex. J. Barthélemy, G. Cette, *Relativiser L'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel*, Revue française d'économie, n° 2/XXV, 2010, p. 137.

¹³⁰⁶ M. Le Friant, La démocratie sociale entre formule et concept, op. cit., p. 58.

¹³⁰⁷ v. par exemple, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, qui régleme timidement une association des salariés aux stratégies des conseils d'administration des grandes entreprises (au moins 5000 salariés). Cette loi instaure le droit, pour les salariés des grandes entreprises, d'être représentés avec voix délibérative dans les conseils d'administration ou de surveillance, en créant deux nouveaux articles dans le Code de commerce : l'article L. 225-27-1 concernant le Conseil d'Administration, et l'article L.225-79-2 pour le Conseil de surveillance. V. sur cette question G. Auzero, *La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance*, Dr. soc. 2013, p. 740.

¹³⁰⁸ M. Le Friant, La démocratie sociale entre formule et concept, op. cit., p. 63.

¹³⁰⁹ Considérés comme les fondateurs d'un champ disciplinaire consacré à l'étude des relations professionnelles, les travaux précurseurs des époux Webb portaient essentiellement sur la notion de « démocratie industrielle » à laquelle ils avaient consacré un ouvrage (*Industrial Democracy*) en 1887 (A. Bevort, A. Jobert, *Sociologie du travail. Les relations professionnelles*, Armand Colin, coll. U. 2011, p. 6).

¹³¹⁰ L. Maire, *Au-delà du salariat. L'organisation sociale du travail*, Payot, 1945, p. 304, cité par M. Le Friant, *La démocratie sociale entre formule et concept*, op. cit., p. 53. Souligné par nous. V. égal. sur cette question A. Bevort, A. Jobert, *Sociologie du travail. Les relations professionnelles*, op. cit., spéc., p. 266 et s.

concevoir la démocratie industrielle se distinguent d'un pays à l'autre, notamment, en fonction de la capacité d'influence des organisations représentatives¹³¹¹. La réalisation de la démocratie industrielle, « *c'est-à-dire les formes d'implication et de participation des salariés et de leurs représentants dans le fonctionnement de l'entreprise*¹³¹² », demeure, selon ces derniers auteurs, largement imparfaite en France en raison, notamment, de la persistance « *du patronat... à considérer que dans l'entreprise, la décision économique relève du pouvoir exclusif des actionnaires ou de leurs représentants et n'admet qu'avec réticence la légitimité des institutions représentatives des salariés dans l'entreprise*¹³¹³ ». Un auteur français définit la démocratie industrielle comme l'ensemble des dispositifs permettant « *d'intéresser l'ouvrier au travail de l'entreprise, en lui faisant prendre des responsabilités directes dans un certain nombre de fonctions, soit individuellement soit collectivement par l'intermédiaire des groupes autonomes ou des comités d'entreprise*¹³¹⁴ ». Cette dernière acception de la démocratie industrielle renvoie à deux volets : le premier concerne les institutions représentatives du personnel, le second porte sur les dispositifs relatifs à l'actionnariat salarial et à la participation financière des salariés aux résultats de l'entreprise. Si le second volet s'éloigne de la notion de démocratie sociale, le premier s'en rapproche¹³¹⁵, dans la mesure où il se rattache, selon l'article 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, à la possibilité pour « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». L'importance donnée dans le système français de relations professionnelles à l'audience électorale, depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹³¹⁶, dans la détermination de la représentativité et de la validité des accords collectifs permet, selon le Professeur Pierre-Yves Verkindt, « *de parachever le rapprochement de*

¹³¹¹ A. Bevort, A. Jobert, *Sociologie du travail. Les relations professionnelles*, op. cit., p. 266.

¹³¹² Ibid.

¹³¹³ Ibidem.

¹³¹⁴ A. Philip, *La démocratie industrielle*, PUF, Paris, 1955, cité par P.-Y. Verkindt, L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale, *Dr. Soc.* 2010, p. 519.

¹³¹⁵ P.-Y. Verkindt, L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale, op. cit.

¹³¹⁶ La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale témoigne, elle aussi, de la volonté du législateur français de consacrer l'idéal de démocratie sociale. Cette loi relative à la représentativité patronale est, à l'instar de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, le résultat de la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article L. 1 du Code du travail.

*la démocratie sociale et de la démocratie industrielle [...] La démocratie sociale paraît bien englober aujourd'hui la démocratie industrielle qui la nourrit en retour*¹³¹⁷ ».

363. - La promotion de la démocratie sociale emprunte, surtout en temps de crise¹³¹⁸, la voie du dialogue social¹³¹⁹ ; celui-ci peut être considéré comme le soubassement d'une certaine vision postmoderne de la régulation sociale dont le contrat serait « *la technique principale*¹³²⁰ ».

364. - Convergence des modèles nationaux de régulation des relations de travail.
Selon le Professeur Jean-Emanuel Ray, « *avec l'article L.1 de la loi du 31 janvier 2007, le droit conventionnel français prend son essor en s'inscrivant dans le sillage communautaire. S'inspirant de sa subsidiarité sociale officiellement initiée par le Traité de Maastricht repris par le traité de Lisbonne aujourd'hui en vigueur, il nous rapproche de pratiques courantes à l'étranger et s'inscrit dans un mouvement qualifié en France de « rénovation de la démocratie sociale »*¹³²¹ ». Cette grille de lecture de l'évolution des sources du droit du travail à l'aune de l'influence du droit de l'Union européenne et de droit comparé devrait néanmoins être nuancée. Le Professeur Alain Supiot a relevé à cet égard qu'« *on aurait tort cependant de voir dans le Droit communautaire une sorte de cheval de Troie, étranger à la culture juridique française. Car les accords légiférants consacrés par le Traité de Maastricht sont de facture typiquement française. Aucun autre grand pays européen n'offrait en effet le modèle d'une négociation nationale interprofessionnelle associée à l'œuvre législative. C'est*

¹³¹⁷ P.-Y. Verkindt, *Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale*, JCP S, n° 22, 29 mai 2012, 1233, spéc., n° 12.

¹³¹⁸ V. pour une mise en perspective comparatiste des évolutions - parfois communes (ex. baisse de syndicalisation et décentralisation de la négociation collective) - de la pratique de la démocratie sociale en période de crise économique, Fr. Lerais, J.-M Pernot, U. Rehfeldt, C. Vincent avec le concours de J. Faniel, M. Capronet, B. Conter, N. Prokovas, B. Nacsas et L. Neumann, *La démocratie sociale à l'épreuve de la crise. Un essai de comparaison internationale*, Rapport IRES, n°04/2013.

¹³¹⁹ « [...] l'expression « dialogue social » [...] se réfère dans son acception minimale à l'idée que deux ou plusieurs personnes, à titre personnel ou en qualité de représentants d'une collectivité plus large, parlent ensemble. Le résultat de l'interlocution n'entre pas dans la définition, sauf à considérer que le seul fait de se parler est déjà un résultat », P.-Y. Verkindt, L'association des syndicats à l'élaboration de la loi, Dr. soc. 2015, p. 954.

¹³²⁰ M. Mekki, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 1115, p. 673.

¹³²¹ J.-E. Ray, Les sources de la loi du 31 janvier 2007, Dr. Soc. 2010, p. 496. Souligné par nous. « (...) la naissance de l'article L. 1 du Code du travail suit le phénomène de contractualisation de la loi sociale que connaissent, sous des formes diverses, nombre de démocraties : Suisse, Italie, Portugal, Angleterre... », Y. Pagnerre, E. Jeansen, La contractualisation de la norme sociale, RDA, février 2016, p. 127.

donc d'une certaine manière notre propre image que le Droit communautaire nous renvoie...
1322 ».

365. - Dialogue social. Du point de vue de droit comparé, le concept de dialogue social a fait l'objet d'un véritable processus de migration juridique initié sous les auspices de l'Union européenne, tout particulièrement pour les Etats de l'Europe de l'Est¹³²³. En revanche, dans le discours comparatiste, la promotion du dialogue social – comme mode d'expression de la démocratie sociale – constituerait une réponse à l'inadaptabilité de la norme légiférée et de la démocratie représentative (politique) aux spécificités des relations de travail. Le contrat et la négociation collective en sont les instruments indispensables¹³²⁴; car en « [...] évoquant le dialogue et la discussion, même lorsqu'ils sont illusoire, le contrat véhicule l'image d'une société plus démocratique¹³²⁵ »; ils seraient également la clé de voûte de l'efficacité de certains systèmes juridiques étrangers¹³²⁶.

366. - Démocratie sociale et création de la norme sociale. Le droit négocié façonne désormais la construction de la norme sociale. Manifestation de la démocratie sociale¹³²⁷, l'article L. 1 du Code du travail, issu de la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007¹³²⁸, investit officiellement les acteurs sociaux d'une mission dans le processus de « définition de l'intérêt général puisque l'élaboration de la loi en matière sociale doit faire

¹³²² A. Supiot, *Homo juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Seuil 2005, p. 249.

¹³²³ V. par ex. Y. Guenova, L'impact du droit social de l'Union européenne sur le développement récent du droit du travail bulgare, in. A. Dufresne, N. Maggi-Germain (dir), *Les relations professionnelles en Europe et en Amérique latine*, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 103.

¹³²⁴ « Il est clair que cette technique [accord légiférant de l'article L. 1 du Code du travail] ne peut que favoriser, en valorisant la démocratie sociale, la transformation profonde du droit social pour le rendre plus contractuel. D'autant que si la loi est un acte unilatéral du peuple souverain, l'accord national interprofessionnel est nécessairement un compromis du fait de sa qualification de contrat », J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, op. cit., p. 49.

¹³²⁵ M. Mekki, Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat, in. S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 343.

¹³²⁶ V. not. R. Lasserre, *La réforme du dialogue social en France : les enseignements de l'expérience allemande*, op. cit. ; I. Bourgeois, De la capacité de l'Allemagne à se réformer.

¹³²⁷ « La « concertation » que l'article L. 1 du Code du travail impose préalablement à tout projet de réforme portant sur « les relations individuelles et collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle », vient s'insérer entre les deux piliers de la démocratie sociale que sont le paritarisme et la négociation collective. Le lien est tout particulièrement fort avec la négociation collective comme en témoignent les contenus des articles L. 1, L. 2 et L. 3 du Code du travail », P.-Y. Verkindt, *L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, op. cit.

¹³²⁸ J.-F. Cesaro, *Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social*, JCP S n° 8, 20 Février 2007, 1117.

*l'objet d'une concertation*¹³²⁹ – par forcément une négociation – préalable avec les partenaires sociaux¹³³⁰ ». La concertation préalable inscrite dans l'article L. 1 du Code du travail¹³³¹ a pour fonction première de permettre aux interlocuteurs sociaux d'engager des négociations au niveau national et interprofessionnel. La procédure prévue à l'article L. 1 constitue une traduction, lorsque ces dernières négociations débouchent sur des accords collectifs, de la contractualisation comme mode de création de loi sociale¹³³².

367. - Si la démocratie sociale, comme idéal, valeur et pratique institutionnelle, admet par essence un certain respect des principes contractuels¹³³³ (consentement, représentativité, délibération, participation ou association des corps intermédiaires...), son association, dans le discours comparatiste dominant, avec le postulat de l'efficacité économique et sociale du droit conventionnel renvoie davantage à la volonté de renforcer la régulation contractuelle des relations de travail.

B. L'incitation à la régulation contractuelle

368. - **Quelques éléments sur l'attractivité de la régulation contractuelle.** La définition de l'intérêt général n'est plus seulement l'apanage de l'Etat. Les acteurs de la société civile y concourent également. A la réglementation, caractérisée par une position « quasi-monopolistique » dans le processus de la détermination de la norme par les instances

¹³²⁹ « La « concertation » que l'article L. 1 du Code du travail impose préalablement à tout projet de réforme portant sur « les relations individuelles et collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle », vient s'insérer entre les deux piliers de la démocratie sociale que sont le paritarisme et la négociation collective. Le lien est tout particulièrement fort avec la négociation collective, comme en témoignent les contenus des articles L. 1, L. 2 et L. 3 du Code du travail », P.-Y. Verkindt, L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale, op. cit.

¹³³⁰ P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, Tome 1. PUF, coll. Thémis 2011, n° 43, p. 45.

¹³³¹ L'article L. 1 du Code du travail dispose que « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ».

¹³³² Y. Pagnerre, E. Jeansen, *La contractualisation de la norme sociale*, RDA, février 2016, p. 127.

¹³³³ « Elle [démocratie] est une généralisation de l'autonomie individuelle. L'autonomie contractuelle est donc un des aspects de la démocratie. C'est celui qui correspond à la démocratie sociale », R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, Éditions du CNRS, 1982, p. 166, cité par M. Le Friant, *La démocratie sociale entre formule et concept*, op. cit., p. 60.

étatiques, devrait se substituer la régulation des rapports sociaux dominée par la prépondérance de la place des acteurs privés. L'utilisation du terme de régulation n'est pas neutre ; elle reflète un choix politique qui n'est pas seulement un simple glissement sémantique mais une réelle mutation de l'action normative. D'une manière générale, la régulation « désigne... une participation accrue des destinataires de la règle de droit, manifestant le passage d'un droit imposé à un droit négocié¹³³⁴ ». La promotion de cette « politique » normative, expression d'une vague de déréglementation¹³³⁵, s'accompagne d'un « renouveau du contrat¹³³⁶ » ou de « l'essor du concept contractuel¹³³⁷ ». Le contrat est appelé à devenir un instrument central de l'ordonnancement des relations sociales. Son utilisation massive témoigne de la crise des formes traditionnelles de construction et de mise en œuvre du Droit. Impliquant une redéfinition des instruments de l'intervention étatique, la régulation contractuelle n'est pas synonyme d'un déclin de la loi. Elle reflète plutôt une évolution des rôles respectifs du droit légiféré et du contrat dans la production normative. L'apport essentiel de cette évolution concerne l'abandon progressif du schéma vertical de l'analyse des relations se nouant entre ces deux vecteurs de création des normes.

369. - Gouvernance et régulation : une préférence pour l'outil contractuel.

L'ordonnancement des rapports sociaux par contrat renvoie à la montée en force de la gouvernance comme mode d'intervention de la puissance publique. Manifestation du droit postmoderne, la gouvernance tend, en mêlant normes juridiques et normes gestionnaires, « à substituer au principe hiérarchique une logique combinatoire au sein de laquelle le droit est réduit à une fonction purement instrumentale. La multiplication, dans le processus d'édiction de la norme, d'intervenants aux statuts variés contribue à une certaine opacité. De même que la notion « d'acteurs », de « régulation », de « pilotage », la gouvernance appartient à ce vocabulaire de « l'entre-deux », dénué de fondement conceptuel solide et dont le contenu n'est pas ou peu discuté bien que largement relayé par les discours ou même les travaux de

¹³³⁴ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., n° 146, p. 109. Pour une présentation de l'autorégulation des rapports de travail : droit négocié, droit imposé et droit spontané, v. P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, op. cit. spéc., pp. 44-48.

¹³³⁵ A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Dr. Soc. 1989, p. 195.

¹³³⁶ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., n° 147, p. 109.

¹³³⁷ Ibid

*certaines chercheurs, ce qui n'est pas sans générer une certaine ambiguïté*¹³³⁸ ». La gouvernance privilégie aussi la logique de réseaux dans l'organisation de la société¹³³⁹. Se profile derrière cette question une opposition fondamentale où la gouvernance serait conçue contre le gouvernement¹³⁴⁰ des relations sociales. La loi ne perd pas son magistère, dans la mesure où c'est toujours elle qui institue et valorise ces modes d'intervention des pouvoirs publics.

370. - Contractualisation. D'un point de vue de droit comparé la corrélation entre contractualisation et recul de l'hétéro-réglementation, assumée traditionnellement par la loi, est un phénomène que partagent plusieurs Etats. Le développement de ce phénomène porte la marque de l'influence de la tradition juridique anglo-saxonne ; influence à la diffusion de laquelle l'Union européenne a amplement participé¹³⁴¹. L'idée de contractualisation, selon Philippe Auvergnon, « *semble renvoyer pour tous [différents droits nationaux du travail] à celle d'un recul de l'hétéronomie, à plus d'autonomie. Avatar de la régulation contre la réglementation, la « contractualisation » correspond si ce n'est à un projet, du moins à une dynamique ; il s'agit de dépasser l'opposition entre dirigisme et « laisser-faire »...*¹³⁴² ».

371. - La valorisation des utilités du contrat. Le contrat, accord de volontés destiné à créer des effets de droit¹³⁴³, est l'une des figures essentielles de l'ordre libéral¹³⁴⁴ et « *le véritable pilier des économies de marché*¹³⁴⁵ » dont l'utilisation prospère à l'heure de la

¹³³⁸ N. Maggi-Germain, Sur le dialogue social, Dr. Soc. 2007, p. 807.

¹³³⁹ Ibid.

¹³⁴⁰ A. Supiot, *La contractualisation des relations de travail en droit français*, in. Ph. Auvergnon, *Contractualisation du droit social*, Actes du séminaire international de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Bordeaux, COMPTRASEC, 2003, p. 23.

¹³⁴¹ L'Union européenne a joué un rôle important dans la circulation des notions de gouvernance et de régulation - conçues par le droit anglo-saxon - au sein des États membres, v., not. en sens, Parlement européen, Conseil et Commission (2003), *Mieux légiférer*, accord interinstitutionnel, 2003/C 321/01 ; Commission européenne (2001), *Gouvernance européenne*, Livre blanc du 25.7.2001, COM (2001) 428 final.

¹³⁴² Ph. Auvergnon, *L'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques*, in. Ph. Auvergnon, *Contractualisation du droit social*, Actes du séminaire international de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Bordeaux, COMPTRASEC, 2003, p. 8.

¹³⁴³ C. Atias, *Qu'est-ce qu'un contrat ?*, in. Ch. Jamin (dir), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2008, p. 3.

¹³⁴⁴ À côté de la liberté d'entreprendre (M.-A. Frison-Roche, *Droit et marché : évolution*, in. S. Dormont et T. Perroud (dir), *Droit et marché*, LGDJ coll. Droit et Economie, 2015, p. 265, spéc., p. 268 et s.).

¹³⁴⁵ L. Boy, Les « utilités » du contrat, LPA 1997, n° 109, p. 3. « *Le droit a construit l'institution du marché par le mécanisme du contrat [...] Sans contrat il ne peut y avoir de marché* », M.-A. Frison-Roche, *Droit et marché : évolution*, in. S. Dormont et T. Perroud (dir), *Droit et marché*, op. cit.

mondialisation¹³⁴⁶. Si le contrat constitue un concept cardinal de notre système juridique, il est également présenté, par certains tenants du discours comparatiste, comme un instrument efficace d'organisation des rapports sociaux et vecteur de l'autorégulation. Il est aussi considéré comme un outil performant d'organisation et de responsabilisation des acteurs sociaux¹³⁴⁷ doté d'une force incitative et normative considérable ; sa normativité dépasse la sphère des seules parties contractantes lorsqu'il opère en droit collectif du travail. Le déploiement du procédé contractuel ouvre la régulation des relations de travail au « *meilleur de la pensée libéral libéral : pour régir une relation entre plusieurs parties, la moins mauvaise loi est celle qu'elles se forgent elles-mêmes*¹³⁴⁸ ».

372. - Contrat collectif d'entreprise. Le législateur est le principal promoteur de l'utilisation du contrat en droit des relations collectives de travail. Ce changement de paradigme, amorcé depuis le début des années 1980, fait du législateur, dans un pays dont la tradition juridique considérait la production normative comme faisant partie du monopole étatique, le premier vecteur de flexibilisation de l'ordonnancement des relations de travail. La voie choisie est celle d'une habilitation des acteurs sociaux à l'élaboration et à la mise en œuvre de la norme sociale. Certains, découvrant dans le contrat les plus hautes vertus, plaident pour l'instauration d'un « contrat collectif du travail ». Celui-ci, en tant qu'« *instrument juridique neutre*¹³⁴⁹ », mais dérogoire au droit des conventions collectives, « *se présente comme un instrument de nature à favoriser, au niveau de l'entreprise, une négociation de substitution, dérogoire aux sources de droit situées en amont et de forme authentiquement contractuelle*¹³⁵⁰ ». L'authenticité contractuelle renvoie aux postulats traditionnels d'égalité et de liberté – formelles – des parties au contrat tels qu'ils ont été envisagés par le Code civil de 1804. Paré de toutes les vertus, « *il [contrat collectif*

¹³⁴⁶ « *Dire que le contrat est universel ou que le marché est universel, c'est en effet dire la même chose... Dès lors, la mondialisation de l'économie de marché aurait pour corollaire nécessaire un recul des lois positives au profit des contrats... tel est au moins le credo de la « mondialisation », qui célèbre d'un même mouvement les vertus du libre échange et celles du contrat, réputé flexible et émancipateur, par opposition aux pesanteurs des Etats et aux tares de la loi, réputée rigide, unilatérale, asservissante* », A. Supiot, Critique du droit du travail, op. cit. p. XXV. Souligné par nous.

¹³⁴⁷ G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français, Dr. ouvr. 2014, p. 784.

¹³⁴⁸ A. Supiot, Les syndicats et la négociation collective, Dr. Soc. 1983, p. 63.

¹³⁴⁹ J.-C. Guibal, Point de vue : plaidoyer pour un « contrat collectif d'entreprise », Dr. Soc. 1986, p. 604.

¹³⁵⁰ Ibid. p. 602.

d'entreprise] *rend aux salariés l'exercice d'une véritable capacité contractuelle et aux dirigeants d'entreprise la plénitude de leur responsabilité sociale*¹³⁵¹ ».

373. - C'est en ce sens que l'association patronale Entreprise et Progrès¹³⁵² avait proposé en 1985 l'instauration d'un « contrat collectif d'entreprise ». Cette dernière figure contractuelle, dérogoire au droit commun des conventions et accords collectifs du travail, devrait être conclue avec des représentants élus du personnel, brisant ainsi le monopole syndical en matière de négociation et de conclusion d'accords collectifs. Le « contrat collectif d'entreprise », tel qu'il a été proposé par l'association Entreprise et progrès, prétend répondre à un double objectif : la prise en compte des particularités croissantes des entreprises en vue de résoudre les problèmes d'emplois spécifiques à chaque structure. La voie à suivre pour atteindre de tels objectifs serait l'utilisation d'un droit contractuel « alternatif » au droit commun du travail résultant d'une négociation d'entreprise dérogoire. Analysé sous le prisme d'un droit à la négociation collective¹³⁵³, l'idée de contrat collectif d'entreprise « *fait... disparaître l'individu au profit de la collectivité des salariés de l'entreprise, collectivité appelée à la vie juridique indépendamment de toute représentation syndicale*¹³⁵⁴ ». Grâce à la reconnaissance d'un droit à la négociation aux représentants élus du personnel, les rapports contractuels synallagmatiques¹³⁵⁵ – non imposés par la loi ou la branche professionnelle et dérogoires à celles-ci¹³⁵⁶ – se nouant au sein de l'entreprise en matière d'organisation et de conditions de travail, seraient « *plus près des réalités, des contraintes économiques et des aspirations sociales des salariés*¹³⁵⁷ », et *in fine* économiquement efficaces. Cet engouement pour la contractualisation de l'accord collectif d'entreprise vise également à ce que ce dernier

¹³⁵¹ Ibid. p. 604.

¹³⁵² *Le contrat collectif d'entreprise*, proposition présentée par l'association Entreprise et Progrès, Liaisons sociales 6 mars 1985 ; de la même association, *Inventer de nouvelles relations dans l'entreprise : le contrat collectif d'entreprise*, janvier 1995, Liaisons Sociales, n° 9/95 du 16 janvier 1995.

¹³⁵³ En vertu de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution française - garantissant le droit de tout travailleur de participer à la détermination collective de l'ensemble de ses conditions de travail -, le droit à la négociation collective est « *reconnu à tout salarié, qu'il travaille ou pas dans une entreprise. C'est l'une des raisons (ce n'est pas la seule) pour lesquelles il est permis d'y voir un droit individuel s'exerçant collectivement, à l'instar du droit de grève ou de la liberté syndicale* », A. Supiot, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 146.

¹³⁵⁴ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 146.

¹³⁵⁵ « (...) *le droit français de la négociation collective et des accords qui en résultent ne constitue pas un droit des contrats collectifs, dont les effets seraient limités aux membres des groupements signataires et qui comporteraient de véritables engagements réciproques* », A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, *L'ordonnement des relations du travail*, D. 1998, p. 359.

¹³⁵⁶ J.-C. Guibal, op. cit., p. 603.

¹³⁵⁷ Ibid.

se substitue au contrat individuel de travail. Cela constitue une profonde mutation remettant en cause la conception classique du « *découpage entre relations individuelles et collectives du travail*¹³⁵⁸ ». La promotion du contrat collectif d'entreprise, « *vieux projet [...] qui emprunte à l'agenda néolibéral des années 1970*¹³⁵⁹ », inscrit le droit français du travail dans le sillage du *Labor law* américain¹³⁶⁰ (droit des relations collectives)¹³⁶¹.

374. - Si « *la possibilité de négocier au niveau de l'entreprise est un principe fondamental du droit du travail*¹³⁶² », l'exemple des obligations de négocier – indissociables d'un véritable droit à la négociation collective – illustre cette politique législative de promotion, mais sous surveillance¹³⁶³, de l'outil contractuel comme instrument de régulation des relations de travail.

375. - **L'obligation de négocier, facteur de développement de la régulation contractuelle des rapports de travail.** Depuis les lois Auroux de 1982¹³⁶⁴ le nombre des obligations de négociation n'a eu de cesse de se multiplier. Ce mouvement soutenu par les réformes successives du droit du travail a renforcé à tous les niveaux de négociation – branche, entreprise... – le rôle de l'accord collectif de travail en tant qu'instrument privilégié de la construction de la norme travailliste. A la pluralité de niveaux de négociation répond une diversification accrue des thèmes de la négociation obligatoire¹³⁶⁵. En imposant des

¹³⁵⁸ S. Néron, La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives, op. cit., p. 435.

¹³⁵⁹ A. Supiot, préf. A la nouvelle édition du Rapport Au-delà de l'emploi, Flammarion, 2016, p. XXI.

¹³⁶⁰ S. Néron, La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives, op. cit., p. 435.

¹³⁶¹ V. infra., n° 467 et s.

¹³⁶² G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, op. cit., 28^e éd. n° 1307, p. 1396.

¹³⁶³ Pour une critique du contrôle étatique de la négociation collective, v. G. Loiseau, A. Martinon, *La négociation paradoxale*, Cah. soc., 01 avril 2014, n° 262, p. 213 : « À force d'encadrer le choix, les thèmes et le contenu de la négociation, il faudrait prendre garde à ne pas transformer la négociation collective en chambre d'enregistrement de la loi. La rencontre des volontés formalise certainement un accord... mais la convention sans liberté est-elle encore un accord ? ». D'aucuns utilisent l'expression de « *négociation administrée* » (P.-Y. Verkindt, *Quelques remarques conclusives sur la physionomie de l'accord après la loi du 14 juin 2013*, JCP S n° 18-19, 6 Mai 2014, 1193) ou « *sous contrainte*¹³⁶³ » (F. Canut, P.-Y. Verkindt, *Négocier sous contrainte. Un nouveau visage de la négociation collective en France ?*, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 241).

¹³⁶⁴ Plus précisément, c'est la troisième des lois Auroux, la loi du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, qui a instauré une obligation annuelle de négocier dans l'entreprise, sur les salaires effectifs, la durée et l'organisation du travail, « *dans l'espoir de provoquer un sursaut et de vaincre l'atonie chronique de la négociation collective en France* » (J. Le Goff, *Petit traité de droit du travail : droit du travail et société. Les relations collectives de travail*, Tome 2, P.U.R. 2002, p. 416) et de « *créer une nouvelle citoyenneté dans l'entreprise* ».

¹³⁶⁵ Par exemple : les salaires, l'égalité professionnelle et salariale entre femmes et hommes, la formation professionnelle, la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC), les classifications professionnelles, etc.

obligations de négocier¹³⁶⁶, diverses et variées, le législateur cultive un double mouvement de contractualisation et de procéduralisation en droit du travail. Les deux mouvements sont d'ailleurs indissociables dans la mesure où « *le contrat est une procédure*¹³⁶⁷ ». Ce double mouvement, rapporté à la question des obligations de négocier, marque par ailleurs un glissement – qui ne date pas d'aujourd'hui – d'un droit de la convention collective à un droit de la négociation collective marqué par la figure du droit négocié. Raymond Soubie avait, dans son commentaire portant sur la loi Auroux du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, constaté cette évolution : « ... *alors que le législateur s'était jusqu'à présent plus intéressé aux procédures d'extension des conventions collectives qu'au mode de conclusion de celles-ci, il inversait l'ordre des priorités et, en établissant une obligation de négocier, tentait de faire de la négociation collective le moyen le plus habituel pour aboutir à des décisions sur des sujets aussi importants pour les salariés et les entreprises*¹³⁶⁸ ».

376. - La montée en puissance de l'accord¹³⁶⁹ et de la justification consensuelle¹³⁷⁰. Le contrat en tant qu' « *idéologie* » d'action « *parée de vertus éminentes*¹³⁷¹ » est appelé à progresser au sein du processus de construction de la norme travailliste du droit du travail. Il exalte l'accord, qui serait fondateur de toute obligation. Or, traditionnellement en droit du travail, le consentement est frappé du seau de la suspicion, en raison du déséquilibre structurel des parties à la relation de travail. La valorisation de l'accord, comme condition d'acceptation et de légitimité de la norme, participe d'un modèle contractualiste et volontariste qui

¹³⁶⁶ Qui ne sont pas porteuses, selon leur intensité juridique, d'une obligation de résultat. Elles constituent seulement « *une obligation de moyen mais rehaussée d'une contrainte comportementale : la bonne foi* », J. Le Goff, *Petit traité de droit du travail : droit du travail et société. Les relations collectives de travail*, op. cit., p. 416.

¹³⁶⁷ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., n° 148, p. 110.

¹³⁶⁸ R. Soubie, L'obligation de négocier et sa sanction, *Dr. Soc.* 1983, p. 55.

¹³⁶⁹ B. Teyssié, De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail, *JCP S* n° 18-19, 6 Mai 2014, 1180.

¹³⁷⁰ Qui peut être considérée comme une illustration de la « *sacralisation de la volonté collective* », P. Lokiec, *Variations autour de la volonté du salarié*, *Dr. ouvr.* 2013, p. 466.

¹³⁷¹ G. Rouhette, *Contrat*, Encyclopædia Universalis : « [...] *toute conception du contrat, dans ses racines profondes et jusque dans les détails de sa formulation technique, est l'expression de convictions métajuridiques, d'un système philosophique (plus ou moins conscient et ferme), d'une Weltanschauung. Le temps n'est pas encore entièrement révolu où l'on célébrait la sainteté du contrat ; et, à tout le moins, dans la civilisation contemporaine, on pare le contrat de vertus éminentes* ». Souligné par nous.

sanctuarise l'accord des parties au contrat¹³⁷². Transposée au plan du droit collectif du travail, cette analyse fait de l'accord des sujets de droit « *une condition nécessaire à la légitimité des règles qui les obligent*¹³⁷³ ».

377. - L'attrait de la régulation contractuelle des relations de travail et la rénovation de la démocratie sociale sont deux thèmes souvent mobilisés par le discours comparatiste ; celui-ci est particulièrement favorable à la consécration d'une autonomie contractuelle des acteurs sociaux, condition principale à l'avènement du droit du travail conventionnel et de l'autorégulation de l'entreprise. A la réalisation de cette mutation fondamentale deux méthodes, contractualisation et procéduralisation du droit, sont appelées à régenter la construction des normes de droit du travail.

§ 2 : Les méthodes

378. - Plan. Le pouvoir étatique cesse de tout régler directement. Il règle les relations sociales autrement¹³⁷⁴. Au lieu d'imposer des règles matérielles, il se contente de fixer des règles procédurales, à charge pour les destinataires de la norme – ou plus précisément leurs représentants – de les respecter afin d'aboutir à des accords consensuels et légitimes. Cette tendance exprime une rationalité procédurale du droit¹³⁷⁵. Le dialogue et la négociation, instruments de la contractualisation des relations de travail, sont encouragés ; ils sont les piliers de la « *négociation légiférante* » et de l'autoréglementation de l'entreprise. Ce mouvement de contractualisation est considéré par l'analyse économique comparée du droit comme un instrument économiquement efficace de construction de la norme juridique¹³⁷⁶. Les études menées par certains économistes prônent l'élargissement des domaines du contrat et la

¹³⁷² Cette idée exprime une vision essentialiste du contrat : « *le contrat, réduit à son essence, est un accord de volontés, et tout accord de volontés constitue un contrat, juridiquement sanctionné* », G. Rouhette, *Contrat*, Encyclopædia Universalis.

¹³⁷³ A. Supiot, *La loi dévorée par la convention ?*, in. Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir), *Droit négocié, droit imposé*, Publications des Facultés Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 633.

¹³⁷⁴ A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, *Dr. Soc.* 1989, p. 195 ; v., d'une manière générale, le rapport du Conseil d'Etat de 2008 intitulé *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, 2008.

¹³⁷⁵ P. Lokiec, *Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale*, in. S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 2008, p. 95 et s.

¹³⁷⁶ J. Barthélémy, G. Cette, *Droit social : pourquoi et comment le refonder*, *Dr. soc.* 2012, p. 763.

réduction des sphères de l'intervention du droit étatique. Ce dernier doit se contenter d'assumer un rôle de garant de l'exécution des contrats¹³⁷⁷ passés entre les acteurs sociaux. La détermination d'une part importante de l'intérêt général serait, dans le cadre de la « *loi négociée*¹³⁷⁸ », l'affaire des négociateurs et des parties contractantes. Cette préférence pour le développement du tissu conventionnel¹³⁷⁹ au détriment de la loi en droit du travail n'est pas seulement une spécificité française. Presque tous les Etats membres de l'Union européenne semblent être traversés par ce mouvement de fond. L'exaltation des vertus du dialogue social et de la négociation collective, surtout celle d'entreprise¹³⁸⁰, constitue, malgré de grandes disparités tenant aux différents contextes de ces pays, l'une des caractéristiques fondamentales de la réalisation du projet de flexicurité à l'heure des réformes structurelles des droits nationaux du travail.

379. - Pour mieux comprendre le discours de justification de la soumission de la création de la norme travailliste aux arguments de l'analyse économique comparée, il convient d'étudier le double mouvement de contractualisation (**A**) et de procéduralisation (**B**) du droit du travail contemporain. Ces deux mouvements, intimement liés, expriment une méfiance à l'égard de la réglementation hétéronome au profit de la libération du potentiel du droit conventionnel. La norme publique devrait être davantage procédurale et habiliter les acteurs sociaux, supposés être plus légitimes et plus proches des réalités économiques et sociales, à déterminer le contenu substantiel de la norme sociale.

¹³⁷⁷ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige. 2^e éd. 2007, p. XXV et s.

¹³⁷⁸ C. Radé, *La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale*, Dr. ouvr. 2010, p. 319.

¹³⁷⁹ J. Barthélemy, G. Certe, *Relativiser L'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel*, Revue française d'économie, n° 2/XXV, 2010, p. 521.

¹³⁸⁰ S. Laulom, E. Mazuyer, C. Tessier, C.-E. Triomphe, P. Vielle, *Crise : quelles évolutions du droit social en Europe ?* ETUI Policy Brief, Politiques économiques, sociales et de l'emploi en Europe, n° 2/2012 ; *Quel droit social en Europe après la crise ?*, Rapport final du projet « Droit social en Europe après la crise » - « what labour law and social protection in Europe in crisis », 2010 : « *la crise a pu générer, dans quelques pays, l'adoption de nouvelles articulations des normes en droit du travail dans le sens d'une décentralisation de la négociation collective vers le niveau le plus bas. La négociation collective d'entreprise est privilégiée et la fonction normative de la convention collective de branche décroît* », p.19, publié sur le site de ASTREES : http://www.astrees.org/fic_bdd/article_pdf_fichier/1335340526_RAPPORT_TRANSVERSAL_REUNIFIE.pdf

A. La contractualisation

380. - Si elle fait l'objet d'une critique systématique de la part de l'analyse économique comparée du droit, « *la forte présence du droit réglementaire en France*¹³⁸¹ » est souvent associée au dysfonctionnement du système économique et du marché du travail¹³⁸². L'efficacité de ce dernier serait négativement impactée par le rôle perturbateur des contraintes imposées par le droit légal¹³⁸³. Contre cette perturbation, certains discours économique et comparatiste préconisent des remèdes. Ils plaident à la fois pour une « *relativisation*¹³⁸⁴ » du rôle de l'Etat et pour la contractualisation de la régulation des relations de travail ; leur démarche consiste à dresser un diagnostic pointant la nocivité économique et sociale du droit légiféré (1) avant de préconiser l'efficacité de l'élaboration négociée de la norme travailliste, en citant comme argument d'autorité l'exemple des pays étrangers dotés de systèmes de régulation conventionnelle des rapports sociaux (Allemagne, pays nordiques) (2).

1. L'inefficacité du droit du travail légiféré

381. - **Le droit légiféré, ennemi de l'emploi**¹³⁸⁵. L'appréciation critique de l'impact des règles matérielles de droit du travail n'implique par un rejet radical de toute réglementation

¹³⁸¹ J. Barthélémy, G. Cette, *Droit social : pourquoi et comment le refonder*, Dr. soc. 2012, p. 763.

¹³⁸² Le discours comparatiste dominant considère, en général, le droit français du travail comme l'une des causes des crises économiques et sociales, v., sur l'appréciation critique de cet argument, T. Sachs, *Vers un droit du marché du travail*, Dossier spécial « L'ANI à l'ombre du droit », Sem. soc. Lamy, n° 1569, 2013, p. 9 : La défaillance du droit du travail français serait, selon les partisans de l'argument économique, double : « *une défaillance sociale et une défaillance économique, celle-ci expliquant celle-là. Plus précisément, l'inefficacité économique du droit du travail annihile sa fonction sociale de protection de l'emploi* ».

¹³⁸³ « *Plusieurs illustrations ciblées peuvent être données de cette forte intervention réglementaire en France. La France apparaît ainsi comme l'un des pays (sinon le pays) dans lequel la réglementation de la durée du travail est la plus complexe, le salaire minimum est le plus homogène et ses règles de revalorisation les plus contraignantes, le nombre de seuil sociaux le plus élevé* », J. Barthélémy, G. Cette, *Droit social : pourquoi et comment le refonder*, op. cit.

¹³⁸⁴ « *« La « contractualisation » c'est avant tout une relativisation de la place du législateur. Celui-ci, par la loi, exprime directement la volonté souveraine du peuple. Dans le cadre et du fait de la contractualisation, la volonté législative n'est plus souveraine. La loi est relative d'une part parce que le pouvoir du législateur est partagé, d'autre part parce que le pouvoir du législateur est affaibli* », Ph. Auvergnon, L'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques, in. Ph. Auvergnon, *Contractualisation du droit social*, Actes du séminaire international de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Bordeaux, COMPTRESEC, 2003, p. 9.

¹³⁸⁵ Pour paraphraser T. Sachs, *Vers un droit du marché du travail*, Dossier spécial « L'ANI à l'ombre du droit », Sem. soc. Lamy, n° 1569, 2013, p. 9 : « *Le droit hétéronome, ennemi de l'emploi* ».

étatique des relations de travail. Les critiques se concentrent plutôt sur les effets négatifs de la norme substantielle d'origine étatique, qualifiée de stérilisante¹³⁸⁶ et d'obstacle devant la réalisation de compromis¹³⁸⁷ entre acteurs sociaux. En revanche, la réglementation de type procédural accueille l'approbation des partisans de la « refondation » des sources du droit du travail. La littérature approuvant ce postulat est abondante. Sont souvent cités comme argument les rigidités insurmontables et les effets délétères d'un droit réglementaire déconnecté des réalités et des besoins changeants et singuliers des entreprises. Cette critique rejoint celle soutenue par les instances de l'Union européenne dans le cadre de son programme « *Mieux légiférer* ». Cet objectif de la Commission européenne repose principalement sur « *une conception instrumentale de la loi*¹³⁸⁸ ». L'amélioration de la qualité de la législation devrait, selon cette dernière, passer à la fois par le renforcement du dialogue social comme alternative aux instruments réglementaires classiques, et par un allègement du nombre et du contenu substantiel des normes sociales¹³⁸⁹. Une loi sociale plus légère, plus proche des réalités économiques et qui délègue le pouvoir de créer des normes aux acteurs sociaux, répondrait aux exigences de la « *réglementation intelligente* » fixées par la Commission européenne¹³⁹⁰. Cette approche, inspirée par les schémas d'évaluation économique de type rapport coût/efficacité de la législation, ignore « *la pluralité des objectifs des normes sociales*¹³⁹¹ ».

382. - Les rapports rédigés par des patriciens¹³⁹², des économistes¹³⁹³ ou des politiques – pour informer des politiques ou des parlementaires¹³⁹⁴ – portant sur le droit du travail

¹³⁸⁶ « *L'interventionnisme étatique stérilise la négociation* » collective, B. Teyssié, À propos de la négociation collective d'entreprise, Dr. Soc. 1990, p. 577.

¹³⁸⁷ J. Barthélémy et G. Cette, Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, La documentation française, 2013, p. 20 : « [...] *Un droit social réglementaire important, donc en conséquence uniforme et relativement inerte, limite le champ des compromis possibles que les partenaires sociaux peuvent localement déterminer, notamment en cas de choc économique adverse* ».

¹³⁸⁸ S. Robin-Olivier, Mieux légiférer en matière sociale : la réglementation intelligente confrontée à l'objectif d'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail, in. F. Péraldi-Leneuf et S. de la Rosa (dir.), L'Union européenne et l'idéal de la « meilleure législation », éd. Pédone, 2013, p. 97.

¹³⁸⁹ Notamment par le biais des outils non contraignants et volontaristes de la responsabilité sociale des entreprises, S. Robin-Olivier, op. cit.

¹³⁹⁰ V. par ex. l'Accord interinstitutionnel « mieux légiférer » (2003), *Engagements et objectifs communs des trois principales institutions européennes (Parlement, conseil et commission) dans le domaine de l'amélioration de la législation* ; COM(2010)543 (8 octobre 2010), *réglementation intelligente au sein de l'Union européenne* ; *Pour une réglementation de l'UE bien affûtée*, 12 décembre 2012, COM(2012) 746 final.

¹³⁹¹ S. Robin-Olivier, Mieux légiférer en matière sociale : la réglementation intelligente confrontée à l'objectif d'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail, op. cit., p. 99.

¹³⁹² Par ex. M. de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministère des affaires sociales et

parviennent, généralement, au même constat : plus de règles étatiques défavorisent le dialogue social et la compétitivité des entreprises et, par conséquent, impactent négativement le taux de croissance et d'emploi. L'invocation des législations étrangères contribue à la diffusion de ce postulat. Sont souvent cités en exemples les modèles allemand et nordiques, connus pour leur histoire de dialogue social, de politique volontariste, d'autonomie collective et de pactes sociaux. L'objectif visé est que les règles de droit du travail soient davantage négociées, aussi bien au niveau de la production de normes conventionnelles par le biais de la négociation collective, surtout celle se déroulant au niveau de l'entreprise, qu'au niveau de la création de normes non conventionnelles¹³⁹⁵, c'est-à-dire la loi¹³⁹⁶.

383. - Comment justifier le recul du droit légal substantiel au profit du droit conventionnel ? Le discours de justification de telle orientation, largement consacrée par le droit français du travail¹³⁹⁷, réside globalement dans l'idée selon laquelle la négociation collective et le recours à l'instrument contractuel remplissent les critères d'efficacité économique¹³⁹⁸ et rapprochent le modèle français de celui de certains de ses voisins européens

du Travail et de la Solidarité, La Documentation Française 2004.

¹³⁹³ Pour une étude rédigée par un juriste et un économiste, v. J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013 ; J.-P. Fitoussi, O. Passet, *Réformes structurelles et politiques macroéconomiques : les enseignements de « modèles » de pays étrangers*, in. Fitoussi, O. Passet, J. Freyssinet, *Réduction du chômage, les réussites en Europe*, Rapport du Conseil d'Analyse économique, n° 23, 2000, La Documentation française, p. 11.

¹³⁹⁴ Par ex. le rapport au Sénat, fait par Mme Catherine Procaccia au nom de la commission des Affaires sociales, sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, de modernisation du dialogue social, le 11 janvier 2007 ; rapport fait par Dominique-Jean Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social* – Rapport au Premier ministre, Documentation française, 2006 ; enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 juin 2008.

¹³⁹⁵ Cette distinction, entre normes conventionnelles et non conventionnelles auxquelles participent les partenaires sociaux, est empruntée au Professeur Pierre-Yves Verkindt, *L'association des syndicats à l'élaboration de la loi*, Dr. soc. 2015, p. 954.

¹³⁹⁶ La promesse, non tenue, du président François Hollande de constitutionnaliser le dialogue social exprime cet engouement en faveur d'une place grandissante de la participation, des destinataires de la norme, au processus de production de normes non conventionnelles.

¹³⁹⁷ Y. Pagnerre, E. Jeansen, *La contractualisation de la norme sociale*, Revue de droit d'Assas, février 2016, p. 125 ; B. Gauriau, *La contractualisation du dialogue social*, Revue de droit d'Assas, février 2016, p. 116.

¹³⁹⁸ Le choix de réserver un domaine propre d'intervention aux interlocuteurs sociaux et de leur confier la tâche de la mise en œuvre des principes fondamentaux du droit du travail – fixés par le législateur conformément à l'article 34 de la Constitution – serait économiquement pertinent et efficace (B. Teyslié, *À propos de la pertinence économique de la règles de droit du travail*, in. G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2005, p. 67), v. égal. le Petit livre jaune du Medef, *1 Million d'emploi... c'est possible. Les propositions du Medef, Comment relancer la dynamique de création d'emplois en France ? Quels activateurs possibles de croissance ?*, Septembre 2014, p. 31, qui propose de « revenir à un droit du travail qui fixe les grands principes généraux mais s'interdit d'entrer dans les détails. Limiter la loi aux grands principes fondamentaux, comme le prévoit la constitution - les accords de branche ou d'entreprise précisant les autres aspects. Envisager une évolution constitutionnelle pour renforcer ces

économiquement performants. L'omniprésence dans les débats de la référence à l'attractivité et à l'efficacité économique des modèles allemand et scandinave illustre, parfaitement, la prégnance de ce discours juxtaposant l'argument de performance économique et celui tiré de la comparaison pour étayer l'efficacité économique et sociale des sources négociées du droit du travail.

2. L'efficacité du droit du travail conventionnel

384. - Le renforcement soutenu du dialogue social et de la négociation collective dans la construction de la norme sociale serait un facteur essentiel pour renouer avec un taux de croissance économique susceptible de générer des créations d'emplois. Selon le Professeur Jean-Emmanuel Ray, « *de créatifs économistes ont même chiffré à 0,5 pour cent le gain de croissance attendu du dialogue social moins rugueux*¹³⁹⁹ ». Le Mouvement des entreprises de France (Medef), exige, quant à lui, pour atteindre l'objectif de créer un million d'emplois que « *la loi se [concentre] sur la fixation d'un cadre général, se [simplifie] drastiquement, et [laisse] les détails se définir au niveau des entreprises ou des branches pour les plus petites d'entre elles*¹⁴⁰⁰ ». Des innovations sociales devraient être explorées pour rendre le droit du travail français économiquement attractif – pour les investisseurs étrangers et nationaux – et efficace. Le parti pris pour l'accroissement de la part des règles négociées dans l'ordonnement des rapports de travail ne peut être appréhendé sans que son arrière-plan théorique ne soit précisé – c'est-à-dire la promotion de l'idée d'efficacité comme mode d'évaluation des effets de l'action normative.

385. - Efficacité. Le mot efficacité est utilisé comme traduction du terme anglais « *efficiency*¹⁴⁰¹ ». Ce vocable est fréquemment assorti de l'adjectif économique : on parle d'efficience économique ou d'efficacité économique¹⁴⁰². Il désigne dans le discours

principes ».

¹³⁹⁹ J.-E. Ray, Une mue salutaire, pour que la France épouse son temps, Dr. Soc. 2013, p. 664.

¹⁴⁰⁰ Petit livre jaune du Medef, 1 Million d'emploi... c'est possible. Les propositions du Medef, Comment relancer la dynamique de création d'emplois en France ? Quels activateurs possibles de croissance ? op. cit., p. 28. Souligné par nous.

¹⁴⁰¹ Les termes effectivité, efficacité et efficience sont souvent traduits en anglais par « *efficiency* »

¹⁴⁰² S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes

économique, selon le Professeur Ejan Mackaay¹⁴⁰³, « *un état de l'économie où aucun réarrangement des ressources ne permettrait d'améliorer le bien-être collectif, tous les gains possibles d'échange ayant été réalisés*¹⁴⁰⁴ ». Devenu une valeur incontournable¹⁴⁰⁵, l'impératif d'efficacité inspire l'action normative du législateur. Porteuse d'une empreinte axiologique, « *l'efficacité – la « performance » - tend à prédominer parmi les critères de légitimité des « œuvres de civilisation » et des actions publiques. Au point de rivaliser avec la conformité aux valeurs ou avec la régularité formelle pour assurer la légitimité des règles de droit*¹⁴⁰⁶ ». Sous le prisme de l'évaluation économique comparée des droits nationaux, l'exigence d'efficacité anime l'action des pouvoirs publics.

386. - Précisions terminologiques. Sur le plan terminologique, la notion d'efficacité est à distinguer de certaines notions voisines. Dans le langage courant, l'efficacité renvoie aux effets attendus d'une action ou d'une norme. Elle vise également toute action engendrant les résultats escomptés avec des coûts moindres. Selon le discours savant, les auteurs distinguent généralement trois registres d'évaluation de la norme juridique : l'efficacité, l'effectivité et l'efficience. Tout d'abord, l'efficacité est la capacité d'une norme à atteindre les objectifs voulus par le législateur. Quant à l'effectivité, elle suppose l'application et le respect des prescriptions de la loi par le comportement effectif des individus, c'est-à-dire la conformité de l'action effective de ces derniers au droit. La vérification de l'effectivité d'une norme, comparée à son efficacité, constitue « *un effet recherché intermédiaire*¹⁴⁰⁷ », une étape transitoire, une « *condition nécessaire mais non suffisante de l'efficacité*¹⁴⁰⁸ » ou un instrument pour parvenir à une fin désirée. Car « *la conformité au droit n'est plus jugée comme une fin en soi mais davantage comme un moyen pour atteindre un objectif fixé. Dès lors, si la norme juridique n'est pas effective, elle ne permet pas d'obtenir les effets qui étaient recherchés et ne peut donc pas être considérée comme efficace, l'effectivité étant bien*

juridiques, 2010.

¹⁴⁰³ Eminent spécialiste canadien de l'analyse économique du droit (E. Maakaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. *Méthode du droit*, 2008).

¹⁴⁰⁴ E. Mackaay, *L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit*, in. G. Lardeux, *L'efficacité du contrat*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2011, p. 31.

¹⁴⁰⁵ J. Chevallier, *La juridicisation des préceptes managériaux*, *Politiques et management public*, n° 4, 1993, p. 132 (http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/pomap_0758-1726_1993_num_11_4_3134).

¹⁴⁰⁶ A. Jeammaud, E. Serverin, *Evaluer le droit*, D. 1992, p. 263.

¹⁴⁰⁷ Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, préf. C. Marraud, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit social*, 2011, n° 304, p. 325.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

*un préalable indispensable à l'efficacité*¹⁴⁰⁹ ». Enfin, la notion d'efficience procède d'une comparaison coût-avantage entre « *les ressources investies dans une loi et les résultats obtenus (« outcomes »)*¹⁴¹⁰ ». Une réglementation est dite efficiente si les résultats atteints – et considérés conformes aux buts socio-économiques préalablement déterminés – mobilisent des ressources peu coûteuses. Force est de constater que les liens tissés entre ces trois notions ou trois niveaux d'évaluation de la norme juridique sont étroits, comme le souligne Alexandre Flückiger : « *l'efficience ne peut être mesurée qu'à partir du moment où l'efficacité, au sens étroit, a été constatée; d'autre part, l'effectivité d'une mesure constitue une condition nécessaire de son efficacité*¹⁴¹¹ ».

387. - Effectivité. En matière d'évaluation des normes juridiques, le critère d'efficacité n'épuise pas tous les objectifs que ces dernières cherchent à atteindre. En revanche, la notion d'effectivité semble être plus sensible à la complexité et à la pluralité des finalités pouvant être poursuivies par la norme juridique. L'effectivité est, selon Yann Leroy, une notion qui dépasse et englobe le prisme évaluatif fondé sur l'efficacité : « *... alors que l'effectivité est, en général, présentée comme une notion plus étroite que l'efficacité – la première étant une condition nécessaire quoique non suffisante de la seconde – nous soutenons, à l'inverse, quant à nous, que l'effectivité recouvre un champ plus large que celui de l'efficacité. Pour le dire autrement, l'effectivité englobe des effets qui ne sont pas pris en compte par l'efficacité*¹⁴¹² ».

388. - L'évaluation comparée du droit fondée sur l'efficacité économique irrigue plusieurs travaux de comparaison internationale¹⁴¹³. Il s'agit, globalement, de comparer les performances des législations nationales – taux de croissance et d'emploi par exemple – avec des objectifs calculés, chiffrés et censés être atteints dans le cadre d'une régulation optimale du marché du travail. des relations de travail. Selon cette grille de lecture, l'appréciation de la règle de droit est principalement faite à la lueur des objectifs – extra-juridiques et souvent

¹⁴⁰⁹ Ibid.

¹⁴¹⁰ A. Flückiger, *L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois*, Revue européenne des sciences sociales, XLV-138 | 2007, p. 85. Téléchargeable à l'adresse suivant : <http://ress.revues.org/195#quotation>

¹⁴¹¹ A. Flückiger, *L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois*, op. cit., p. 85.

¹⁴¹² Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, op. cit., n° 313, p. 332.

¹⁴¹³ Par ex. Les rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale et les rapports *Perspectives de l'emploi* de l'OCDE.

économiques – qui ont été assignés à la norme juridique. Autrement dit, une règle de droit, compte tenu de ses sources et de la répartition des rôles, des pouvoirs et des intérêts qu'elle opère entre les acteurs sociaux, est dite efficace, ou plus exactement efficiente, si elle arrive à atteindre les objectifs économiques qui lui ont été assignés à moindre coût. La logique est ici purement conséquentialiste et épouse parfaitement les préceptes de l'analyse économique orthodoxe du droit.

389. - Si l'évaluation des législations nationales fondée sur le critère d'efficacité repose sur la mesure des conséquences économiques et sociales atteintes par celles-ci, la notion d'effectivité correspond à une vision globale¹⁴¹⁴, dans la mesure où l'accent est mis sur la conformité de l'action des destinataires aux prévisions de la règle de droit. Elle comporte également un volet symbolique, porteur d'une certaine vision du monde, en agissant sur les représentations des hommes.

390. - L'évaluation du droit du travail fondée sur le critère d'efficacité économique débouche sur une préférence pour le droit conventionnel ; à ce dernier devrait revenir la mission de déterminer les règles substantielles du travail.

391. - Substantialisation du droit négocié. Le droit négocié ou conventionnel du travail devrait se substituer au droit légiféré du travail dans la fixation du contenu matériel des dispositifs juridiques régissant les relations de travail ; il devrait se substantialiser¹⁴¹⁵. Dans cette optique, « *il revient alors aux partenaires sociaux d'élaborer, dans les branches et les entreprises, le droit contractuel se substituant au droit réglementaire*¹⁴¹⁶ ». Afin de remédier à l'inefficacité économique « consubstantielle » au droit réglementaire – imposé « d'en haut » qui nuirait à la fonction sociale du droit du travail, en l'occurrence la protection de l'emploi –,

¹⁴¹⁴ Pour une définition extensive de la notion d'effectivité, v. Y. Leroy, L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail, op. cit., n° 323, p. 339. « ... l'effectivité ne se résume pas, à notre sens, à une catégorie d'effets parmi d'autres, à un effet particulier. D'abord, rappelons-le, l'effectivité n'est pas en soi, un effet engendré par une règle de droit, mais la qualité d'une norme qui produit des effets. Ensuite, si l'effectivité n'embrasse pas l'ensemble des effets du droit, elle dépasse de beaucoup une catégorie d'effet en particulier [...], l'effectivité vise, tout à la fois, les effets concrets ou symboliques, les effets juridiques, économiques, sociaux ou de quelque autre nature, les effets désirés ou non voulus, prévus ou non intentionnels, à la seule condition qu'ils n'entrent pas en contradiction avec les finalités des règles de droit évaluées » (p. 339).

¹⁴¹⁵ V. sur ce mouvement, J. Icard, Analyse économique et droit du travail, p. cit., 375 et s.

¹⁴¹⁶ J. Barthélémy et G. Cette, Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, La documentation française, 2013, p. 190.

d'aucuns souhaitent la création d'un nouveau principe : celui qui instaurerait la « *primauté du contractuel sur le réglementaire dans tous les domaines qui ne ressortent pas de l'ordre public*¹⁴¹⁷ ».

392. - Revisiter les sources du droit du travail. L'analyse économique comparée du droit, principal vecteur du discours comparatiste, soutient en matière de droit de la négociation collective une conception renouvelée de la place du droit négocié dans le processus de création de la norme sociale. L'idée-force est celle d'une « ingérence » étatique minimale garante, gage d'un fonctionnement performant du marché du travail, au profit de l'accroissement du droit conventionnel. La seule source légitime d'obligations¹⁴¹⁸ jaillirait donc du recours à l'instrument contractuel. La problématique posée concerne l'agencement des sources du droit du travail. L'inévitable question des sources du droit du travail¹⁴¹⁹ devient, sous la pression de l'impératif d'efficacité économique, un enjeu majeur de la mobilisation de l'argument comparatiste.

393. - Ramenant l'inefficacité du droit du travail à une difficulté inhérente à la culture juridique française, certains estiment qu'il conviendrait de faire évoluer cette dernière « *pour tenter de résoudre le problème de l'efficacité du droit du travail*¹⁴²⁰ ». « *Animée et nourrie par la négociation collective*¹⁴²¹ », la production normative en droit du travail devrait davantage donner la priorité à la logique contractuelle et à l'autonomie collective des acteurs sociaux censés mieux représenter les besoins réels des entreprises et des salariés¹⁴²².

¹⁴¹⁷ J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013, p. 190.

¹⁴¹⁸ A. Supiot, *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale*, in. S.Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, p. 19.

¹⁴¹⁹ « Les controverses sérieuses du droit du travail – celles qui s'élèvent au-dessus de l'inévitable marchandage entre les intérêts en présence – portent presque toujours la question des sources du droit », F. Gaudu, *L'ordre public en droit du travail*, in. *Le contrat au début du XXI siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 363.

¹⁴²⁰ T. Tauran, *Efficacité juridique et droit du travail*, R.R.J. 2006-4 (II), p. 2372.

¹⁴²¹ Ibid.

¹⁴²² « *Les partenaires sociaux ont, sur le législateur, lorsque vient le temps de forger quelque norme, un avantage: une connaissance intime de la réalité sociale dans les entreprises. A priori adaptée à celle-ci, la norme qu'ils adoptent a une vertu supplémentaire: née d'un contrat, elle a toutes chances de connaître une application effective... et de ne point susciter de mouvements de protestation* ». B. Teyssié, *Loi et contrat collectif de travail I: variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in. *Loi et contrat*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 17, mars 2005, consultable à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/loi-et-contrat-collectif-de-travail-variations-a-la-lumiere-de-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel.51961.html>

Constituant depuis plus de trois décennies « *le lieu de grandes innovations juridiques en droit du travail*¹⁴²³ », la généralisation de la négociation collective montre la place prépondérante que les législateurs nationaux et européens attribuent à l'autonomie collective des partenaires sociaux. Cette évolution, commune à plusieurs pays européens¹⁴²⁴, reflète une appétence avérée pour l'utilisation du contrat. Celui-ci « *n'est sans doute pas dépourvu de mérites : techniques en ce qu'il permet la construction de dispositifs adaptés aux réalités qu'ils ont vocation à gouverner, politiques en ce qu'il laisse espérer une gestion apaisée de la Cité grâce à une intégration renforcée des partenaires sociaux au processus d'édiction de la norme*¹⁴²⁵ ». « *L'objectif recherché* » est, comme l'avait montré un spécialiste du droit du travail, « *de rendre l'ensemble du Code du travail supplétif*¹⁴²⁶ ».

394. - L'« ANI-Loi¹⁴²⁷ » et les contradictions du comparatisme comparatiste. La polarisation de la négociation collective – négociation nationale interprofessionnelle/négociation d'entreprise – est depuis quelques années une caractéristique principale du droit du travail français. Cette polarisation est déséquilibrée en faveur du niveau de l'entreprise. Au soutien des opinions des auteurs favorables à de telles situations, l'argument comparatiste de droit est souvent sollicité. D'aucuns n'hésitent pas à revenir sur certains acquis en matière de dialogue social, surtout ceux issus de la loi Larcher du 31 janvier 2007 inscrits à l'article L.1 du Code du travail. C'est en sens que l'Institut Montaigne s'est récemment prononcé pour une restriction de la capacité de négociation des partenaires sociaux au niveau interprofessionnel en invoquant l'expérience allemande relative à la réforme du marché du travail menée sous le gouvernement de l'ancien Chancelier Gerhard Schröder. Dans une note de l'Institut Montaigne publiée en juillet 2014 intitulée « *Emploi : le temps des « vraies » réformes ?* », Bertrand Martinot¹⁴²⁸ soutient, après avoir dénoncé les faiblesses des organisations syndicales patronales et de salariés¹⁴²⁹, l'idée d'une intervention

¹⁴²³ A. Supiot (dir), *Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport final, Commission européenne, Direction générale « emploi, relations industrielles et affaires sociales », 1999, p. 42.

¹⁴²⁴ A. Supiot (dir), *Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, op. cit., spéc., pp. 42-49.

¹⁴²⁵ B. Teyssié, *La loi en droit du travail*, in. C. Puigelier, *La loi. Bilan et perspectives*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2005, p. 185.

¹⁴²⁶ G. Lyon-Caen, *La bataille truquée de la flexibilité*, Dr. Soc. 1986, p. 810.

¹⁴²⁷ L'expression est au Professeur Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat, 9^{ème} éd. 2014, n° 56, p. 38 et s.

¹⁴²⁸ Economiste et ancien conseiller social de Monsieur Nicolas Sarkozy.

¹⁴²⁹ Selon l'auteur, les négociateurs syndicaux interprofessionnels sont souvent éloignés de leurs bases, « *ainsi le Medef négocie trop souvent en matière sociale en s'appuyant sur l'expertise de directeurs des ressources* ».

étatique accrue concernant les réformes urgentes du droit du travail qui doivent échapper à la négociation des acteurs sociaux. Ainsi, selon cet auteur « *il convient de rappeler que, contrairement à une idée reçue, les réformes mises en œuvre chez nos voisins [Allemagne] l'ont été sous l'impulsion de l'État et jamais dans le consensus et/ou l'accord des syndicats [...] Dès lors, si l'on veut redonner corps au dialogue social et procéder à une véritable désinflation normative de la part de l'État, il faut paradoxalement en passer par une phase où l'État devra indiquer fermement la direction. C'est pourquoi il est proposé de mettre pour quelque temps (2-3 ans) entre parenthèses le passage obligatoire par la négociation entre partenaires sociaux sur tous sujets concernant l'emploi et la formation, dans la mesure où celle-ci ne peut à court terme qu'aboutir à des compromis en décalage avec l'urgence de la situation*¹⁴³⁰ ». Pour parvenir à des réformes efficaces du marché du travail, l'auteur de la note cite l'exemple de la constitution de commissions d'experts du « *type Hartz* », « *associant des praticiens d'entreprise (DRH, experts-comptables...), des juristes, des économistes et d'anciens syndicalistes qui voudraient participer à titre d'experts*¹⁴³¹ », qui avaient accompagné l'élaboration des Lois Hartz¹⁴³² réformant – voire « *hyper flexibilisant* » – le marché du travail allemand¹⁴³³. L'auteur mentionne, à titre d'exemple, des thèmes essentiels du droit du travail français, pouvant faire l'objet de telle procédure ; ceux qui cristallisent, depuis longtemps, les critiques économiques du droit du travail : les seuils sociaux, la simplification du Code du travail, les institutions représentatives du personnel, la dépenalisation du droit du travail, les règles de constitution et les compétences des branches professionnelles, les règles du dialogue social¹⁴³⁴.

humaines de grands groupes qui maîtrisent les arcanes des relations sociales et du droit du travail, mais qui n'intègrent pas les contraintes de PME qui n'ont parfois même pas de service de ressources humaines » et « les syndicats de salariés sont également largement déconnectés de leur base au niveau interprofessionnel », B. Martinot, Emploi : le temps des (vraies) réformes ? Propositions pour la conférence sociale de juillet 2014, Institut Montaigne, juillet 2014, p. 8. Téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.institutmontaigne.org/fr/publications/emploi-le-temps-des-vraies-reformes-propositions-pour-la-conference-sociale-de-juillet-2014>

¹⁴³⁰ Ibid. p. 9.

¹⁴³¹ Ibid.

¹⁴³² I. Bourgeois, *Les réformes Hartz, remise en cause de l'Etat social ?, Regards sur l'économie allemande* 1/2013 (n° 108), p. 15-35.

¹⁴³³ P. Rémy, *Regard : Organiser le futur de l'Allemagne. Quelques points emblématiques du programme du gouvernement de « grande coalition » en droit du travail*, RDT, 2014, 283 et s.

¹⁴³⁴ Sur cette question l'auteur de la note souligne qu'il « peut d'ailleurs paraître anormal que les acteurs fixent eux-mêmes les règles du jeu », B. Martinot, *Emploi : le temps des (vraies) réformes ?*, op. cit., p. 9.

395. - Comportant des propositions paradoxales, la note de l'institut Montaigne permet de mettre en relief les limites de la mobilisation de l'argument comparatiste. Si l'une des thématiques principales portées par ceux qui critiquent le droit du travail français concerne sa nature « excessivement » légale et réglementaire¹⁴³⁵, les préconisations de Monsieur Bertrand Martinot prennent le contrepied des récentes réformes du droit français allant dans le sens d'un renforcement du dialogue social¹⁴³⁶. Les avancées de la négociation nationale interprofessionnelle, obtenues notamment grâce aux lois de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007 et de rénovation de la démocratie sociale du 20 août 2008, seraient dans cette perspective mises en cause.

396. - Si la promotion du dialogue¹⁴³⁷ social – manifestation de la contractualisation du droit du travail – est considérée comme une exigence *sine qua non* pour répondre aux critères de l'analyse économique comparée du droit du travail, elle marque aussi la « *montée en puissance générale d'une rationalité de type procédurale*¹⁴³⁸ ».

B. La procéduralisation

397. - Critique économique de l'interventionnisme étatique et référence aux modèles étrangers. La littérature économique orthodoxe prône la prévalence du droit conventionnel sur le droit légal du travail. Même si le droit du travail est considéré comme le « *paradigme historique* » de la régulation négociée¹⁴³⁹, il serait plus efficace économiquement que l'action étatique se retire de l'édiction des règles matérielles ; les acteurs sociaux devraient être libres dans la détermination du contenu de leurs droits. A l'Etat il reviendrait la mission d'édicter un

¹⁴³⁵ J. Barthélémy et G. Cette, Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, op. cit.

¹⁴³⁶ Toutefois, les deux dernières lois *Macron* (Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques n° 2015-990, du 6 août 2015, JO 7 août) et *Rebsamen* (Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JO n°0189 du 18 août 2015 page 14346) ne sont pas des traductions d'accords nationaux interprofessionnels.

¹⁴³⁷ « *La désétatisation de la question sociale a fait du dialogue entre les acteurs publics et les acteurs privés une nécessité* », M. Mekki, *L'argument sociologique en droit : forces et faiblesses ?*, in. D. Fenouillet (dir.), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 90.

¹⁴³⁸ G. Borenfreund, Le vote et la représentation syndicale. Quelques interrogations à partir de la loi du 20 août 2008, in. O. Leclerc et A. Lyon-Caen (dir.), *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 24.

¹⁴³⁹ L. Boy, Normes, RID éco. 1998, n° 2, p. 128.

cadre procédural garantissant le déroulement de l'échange et de la négociation entre ces derniers. La norme travailliste devrait ainsi devenir une norme négociée : « *le droit légal deviendrait procédural et le droit conventionnel substantiel. L'analyse économique est au cœur de la procéduralisation du droit du travail*¹⁴⁴⁰ ». Les « modèles » étrangers sont souvent invoqués pour critiquer l'omnipotence et la lourdeur de la norme légiférée, substantielle comme procédurale¹⁴⁴¹. Selon un certain discours comparatiste inspiré du droit allemand, l'amélioration de la compétitivité de l'économie et du taux d'emploi passerait par la combinaison de normes étatiques procédurales et la reconnaissance de l'autonomie normative des acteurs sociaux. Ce sont là les ingrédients indispensables d'un système flexible et efficace de régulation des rapports sociaux. Archétype par excellence de la régulation conventionnelle des rapports de travail, le droit du travail allemand constitue le droit étranger le plus cité dans le débat social français. C'est, notamment, grâce à un encadrement législatif procédural, organisé et stable des relations collectives de travail au sein duquel « *s'exerce l'initiative normative des partenaires sociaux*¹⁴⁴² », que les performances économiques allemandes seraient meilleures que celles observées en France. Ce droit légal procédural serait également l'un des facteurs explicatifs de « *la capacité de l'Allemagne à se réformer*¹⁴⁴³ ».

398. - Vecteurs de la procéduralisation du droit. La promotion de la procéduralisation du droit légal porte aussi la marque de l'influence des droits anglo-saxons. Selon Muriel Fabre-Magnan « *sous l'influence de la common law, le droit français, comme tous les autres droits continentaux, subit des transformations et en particulier une certaine procéduralisation*¹⁴⁴⁴ ». Cette influence a été amplifiée par le rôle joué par le droit de l'Union européenne. La prédiction d'une doctrine travailliste et comparatiste n'a pas été démentie : «

¹⁴⁴⁰ J. Icard, Une lecture économique du projet de loi Travail, op. cit.

¹⁴⁴¹ En Allemagne « *le droit de négociation est encadré par la loi sur les conventions collectives (Tarifvertragsgesetz, 1949), laquelle se limite à définir pour l'essentiel (en 4 pages !) les parties soumises à négociation, la portée d'application et l'effet des conventions, ainsi que les modalités de leur extension [...] Il est à noter que tous les autres aspects de la négociation, notamment son volet procédural, c'est-à-dire le contenu et la durée de validité des conventions, les modalités de leur conclusion et de leur dénonciation, ainsi que les procédures de conciliation, relèvent de l'autonomie pleine et entière de négociation* », R. Lasserre, La réforme du dialogue social en France : les enseignements de l'expérience allemande, Regards sur l'économie allemande – bulletin économique du CIRAC, 116-117 (2015), p. 32.

¹⁴⁴² R. Lasserre, La réforme du dialogue social en France : les enseignements de l'expérience allemande, Regards sur l'économie allemande – bulletin économique du CIRAC, 116-117 (2015), p. 32.

¹⁴⁴³ I. Bourgeois, De la capacité de l'Allemagne à se réformer, Regards sur l'économie allemande – bulletin économique du CIRAC, 116-117 (2015), p. 28.

¹⁴⁴⁴ M. Fabre-Magnan, Introduction au droit, Puf, coll. QSJ. 2014, p. 67.

*il est fort à parier que les développements du Droit communautaire, tout comme la présence de juristes étrangers, tout particulièrement de formation anglo-saxonne, remettront en cause un tel sous-développement du Droit procédural du travail. Le contrat pourrait bien devenir l'un des concepts centraux des relations entre individus, comme entre groupes, dans l'Europe de demain*¹⁴⁴⁵ ». En effet, le droit du travail de l'Union européenne favorise l'établissement de relations conventionnelles d'inspiration « *démocratico-procédurale*¹⁴⁴⁶ ».

399. - Flexicurité. Le modèle « *flexicuritaire* » – largement porté par les instances de l'Union européenne¹⁴⁴⁷ –, au sein duquel les partenaires sociaux sont invités à jouer un rôle « *crucial*¹⁴⁴⁸ » dans la régulation des rapports sociaux, concourt à la valorisation de la conception procédurale de l'action législative. Dans ce schéma, le législateur se contenterait de désigner les acteurs et les modalités de définition du contenu matériel des droits¹⁴⁴⁹.

400. - Droit comparé. Le droit des relations collectives de travail (*Labor Law*) des Etats-Unis d'Amérique constitue lui aussi un modèle pionnier de procéduralisation du droit étatique. Il a opté – depuis longtemps grâce au *Wagner Act* ou *National Labor Relations Act* de 1935¹⁴⁵⁰ – pour un « *droit que l'on dit « organisateur » [procédural] plutôt que « régulateur » [substantiel]*¹⁴⁵¹ » en matière de régulation des relations sociales ; « *l'approche du social y est formelle, procédurale, jamais substantielle*¹⁴⁵² », où l'ensemble des normes étatiques « *s'attachent exclusivement à la définition du code de bonne conduite des partenaires sociaux*¹⁴⁵³ ». Autrement dit, ces règles, au respect desquelles le *National Labor Relations*

¹⁴⁴⁵ J.-C. Javillier, Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française, op. cit.

¹⁴⁴⁶ E. Mazuyer, L'harmonisation sociale européenne. Processus et modèle, Préf. A. Jeammaud. Bruylant 2007, p. 168.

¹⁴⁴⁷ V. infra. p. 668 et s.

¹⁴⁴⁸ « *Le rôle crucial des partenaires sociaux dans l'établissement des parcours nationaux de flexicurité* », Rapport de la mission pour la flexicurité, établi sous l'autorité V. Spilda et G. Larcher, Conseil de l'Union européenne, 9 décembre 2008 (17047/08 SOC 776 ECOFIN 606).

¹⁴⁴⁹ Ph. Auvergnon, L'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques, in. Ph. Auvergnon, Contractualisation du droit social, op. cit., p. 16.

¹⁴⁵⁰ « *Le National Labor Relations Act (NLRA) a pour objectif de mettre en relation l'employeur et le représentant des salariés afin de négocier. Elle ne réglemente pas le fond de la négociation, les parties fixant librement leurs propositions* », S. Néron, La négociation collective aux Etats-Unis : instrument de gestion et de paix sociale, JCP S, n° 4, 25 janvier 2011, 1021, n° 10. Souligné par nous.

¹⁴⁵¹ X. Blanc-Jouvan, L'entreprise et le droit du travail: l'exemple du droit américain, Dr. Soc. 2005, p. 152.

¹⁴⁵² J. Le Goff, Petit traité de droit du travail : droit du travail et société. Les relations collectives de travail, Tome 2, P.U.R. 2002, p. 47.

¹⁴⁵³ Ibid.

Board (NLRB¹⁴⁵⁴) veille, concernent essentiellement le processus de négociation collective – par exemple l’obligation de négocier de bonne foi (*duty to bargain in good faith*)¹⁴⁵⁵. En Angleterre, ce sont les travaux de Kahn-Freund qui ont mis en exergue l’opposition entre « *auxiliary legislation* » (législation procédurale auxiliaire) et « *regulatory legislation* » (législation substantielle)¹⁴⁵⁶. La législation auxiliaire ou procédurale tend, à rebours de la législation réglementaire, à établir certaines normes de comportement entre les employeurs et les syndicats ou leurs représentants (par exemple délégués syndicaux) dans leurs relations mutuelles. Plusieurs lois anglaises en attestent ; ce fut le cas de la loi sur les relations industrielles de 1971 (*Industrial Relations Act*). Les dispositions légales anglaises portant sur les relations collectives de travail n’impliquent pas une réglementation des questions relatives aux salaires, heures ou d’autres conditions d’emploi – ces questions relèvent du ressort de la législation réglementaire ou substantielle –, mais imposent des règles pour leur règlement, principalement par les acteurs sociaux eux-mêmes. Ces dispositions procédurales établissent des « *règles du jeu* » (*rules of the game*)¹⁴⁵⁷ entre les acteurs sociaux.

¹⁴⁵⁴ La National Labour Relations Board est l’agence fédérale chargée de l’application du *National Labor Relations Act* ou *Wagner Act* de 1935.

¹⁴⁵⁵ S. Jauffret-Epstein, *Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain*, RIDC 1982, p. 1123. La section 8(d) du *National Labor Relations Act* définit l’obligation de négocier de bonne foi comme l’obligation mutuelle de l’employeur et du représentant syndical « *de se rencontrer à des moments raisonnables et de s’entretenir de bonne foi sur les taux de rémunération, les salaires, les horaires et les autres termes et conditions de travail ou sur la négociation d’un accord ou sur toute question soulevée à ce sujet, et sur l’exécution d’un contrat écrit incorporant un accord conclu à la demande d’une partie, cependant une telle obligation n’oblige aucune partie à accepter une proposition ou requiert de faire des concessions (...) l’obligation de négocier de bonne foi signifie également qu’aucune partie au contrat ne peut mettre fin ou modifier ce contrat* [sans respecter une procédure particulière] », S. Néron, *La négociation collective aux Etats-Unis : instrument de gestion et de paix sociale*, op. cit., n° 14.

¹⁴⁵⁶ O. Kahn-Freund, (mise à jour par) P. Davies et M. Freedland, *Labour and the Law*, Londres, Stevens, 3^{ème} éd, 1983 (ouvrage téléchargeable à l’adresse suivante : https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/Labour_and_the_Law.pdf)

¹⁴⁵⁷ « *Above all, it seeks [législation auxiliaire ou droit procédural] to establish certain standards of behavior between employers and unions or their representatives (e.g. shop stewards) in their mutual dealings. This was what the Industrial Relations Act 1971 was about and what the Trade Union and Labour Relations Acts 1974-76, and, to some extent, the Employment Protection Act 1975, and the Employment Acts 1980 and 1982 are about. The legislation here involved does not settle wages, hours or other conditions of employment [régulation législative ou droit substantiel contraignant], but it makes rules for their settlement, chiefly by the collective parties themselves, and for the enforcement of the terms they have settled. It establishes Rules of the game”,.... We call such legislation “auxiliary” in contrast to “regulatory” legislation.* », O. Kahn-Freund, (mise à jour par) P. Davies et M. Freedland, *Labour and the Law*, op. cit., p. 60 et s.

401. - Tendance générale. L'extension du domaine du droit procédural n'est pas une tendance nouvelle¹⁴⁵⁸ et ne concerne pas seulement la législation travailliste française. Le Professeur Jean-Claude Javillier constatait il y a presque trois décennies que : « *au fil des ans, l'impression est que le Droit procédural l'emporte peu à peu, en importance sociale et juridique, sur le Droit substantiel du travail. Et, ce constatant, c'est un peu apporter quelque preuve d'une influence non négligeable des pratiques et Droits étrangers en matière de négociation collective dans l'entreprise*¹⁴⁵⁹ ». Le Rapport « Au-delà de l'emploi » de 1999 rédigé sous la direction du Professeur Alain Supiot témoigne de la généralisation de cette tendance de procéduralisation du droit du travail au sein de plusieurs pays : « *la tendance générale est que la loi a tendance à se vider de dispositions substantielles et à s'emplier de règles procédurales destinées à garantir le droit à la négociation collective. Selon les cas les conventions collectives remplacent, prolongent, développent ou mettent en œuvre les dispositions législatives. Dans tous les systèmes de relations de travail on observe ce mouvement vers une plus grande autonomie des partenaires sociaux et des entreprises vis-à-vis de la puissance publique*¹⁴⁶⁰ ».

402. - Réponse à l'excès de l'interventionnisme étatique. En France la promotion de la procéduralisation de la norme est, depuis quelques décennies, un instrument pour critiquer l'inflation législative en droit du travail. Le développement d'une organisation procédurale de la construction de la norme travailliste répondrait aux attentes des acteurs économiques et sociaux ; il contribuerait à remédier à l'inégalité des parties aux rapports de travail en instaurant les bases d'une véritable « *justice procédurale*¹⁴⁶¹ ». La traduction de cette dernière serait réelle toutes les fois où les règles procédurales, d'origine étatique ou conventionnelle, imposeraient des négociations collectives et le recours à l'instrument contractuel.

¹⁴⁵⁸ Il faut rappeler que la dichotomie droit procédural (ou organisateur)/droit régulateur (ou substantiel) ne date, pas en France, du début des années 1980. Déjà dans l'œuvre de Georges Scelle au début du XX^e siècle, on en trouvait des illustrations (G. Scelle, *Le droit ouvrier*, Paris, Armand Colin, 2^{ème} éd., 1929, p. 212 et s., cité par X. Blanc-Jouvan, *L'entreprise et le droit du travail: l'exemple du droit américain*, op. cit.).

¹⁴⁵⁹ J.-C. Javillier, *Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française*, op. cit.

¹⁴⁶⁰ A. Supiot (dir), *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Rapport pour la Commission européenne, Flammarion 1999, p. 143.

¹⁴⁶¹ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat : le contrat, le consentement*, LGDJ, coll. *Traité*, 4^{ème} éd. 2013 : « *C'est essentiellement par le développement de la justice procédurale que le droit positif s'est efforcé de remédier dans la mesure du possible et du raisonnable à l'inégalité des parties [au contrat]* » p. 334 ; « *La bonne foi est indispensable au bon fonctionnement de la procédure contractuelle afin d'assurer une certaine équivalence des prestations [...] Elle est l'instrument essentiel du contrôle moral des parties, autrement dit de la mise en œuvre de la justice-loyauté* » p. 340.

403. - Manifestations de la mobilisation de l'argument comparatiste en matière de procéduralisation du droit du travail. Deux exemples méritent d'être cités : le droit de la durée du travail¹⁴⁶² et le droit du licenciement. Les économistes P. Artus, P. Cahuc et A. Zylberberg plaident pour une simplification drastique de la réglementation qui passerait par la norme négociée collectivement au niveau de l'entreprise¹⁴⁶³. Mobilisant l'argument comparatiste, ces auteurs relèvent que *« l'intérêt de définir une durée légale du travail, valable sur tout le territoire national, n'est pas établi sur le plan économique. Une telle définition est d'ailleurs absente dans plusieurs pays, comme l'Allemagne, le Danemark et le Royaume-Uni, où il n'existe que des durées conventionnelles*¹⁴⁶⁴ ». Si la raison d'être de la durée légale du travail peut échapper aux préceptes de l'évaluation de l'analyse économique, en étant l'expression d'un choix d'ordre politique, *« la multiplicité des taux de majoration des heures supplémentaires, le volume du contingent d'heures supplémentaires et le régime des repos compensateurs obligatoires n'ont aucune justification sérieuse à s'appliquer de façon homogène à toutes les branches et les entreprises. La loi devrait se borner à définir un unique taux de majoration des heures supplémentaires, qui pourrait être modifié par accord collectif au niveau de la branche, de l'entreprise et de l'établissement*¹⁴⁶⁵ ». Le postulat de l'efficacité du droit conventionnel par rapport au droit légiféré transparaît clairement ici. Au soutien de ce postulat des législations étrangères sont invoquées : *« dans les autres pays industrialisés, l'intervention réglementaire de l'Etat est plus limitée en ce domaine [heures supplémentaires, organisation des horaires et des durées maximales] et de nombreux aspects y sont du ressort de la seule négociation collective, de branche ou d'entreprise*¹⁴⁶⁶ ». L'objectif affiché est donc de souligner les lacunes du droit du travail français qui se *« singularise en ce domaine*

¹⁴⁶² Terrain par excellence « d'expérimentation pour un droit du travail plus contractuel », J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, op. cit., p. 82.

¹⁴⁶³ P. Artus, P. Cahuc et A. Zylberberg, *Temps de travail, revenu et emploi*, Rapport du Conseil D'Analyse Economique, 2007, p.73.

¹⁴⁶⁴ P. Artus, P. Cahuc et A. Zylberberg, *Temps de travail, revenu et emploi*, op. cit., p. 74. Toutefois, ces auteurs admettent que, *« du point de vue plus général des principes de vie en société, la définition d'une durée légale peut se justifier, car elle constitue un outil de coordination sur une durée de travail à temps plein jugée « normale ». La durée légale du travail peut faire office de norme ou de référence. Porter une appréciation sur ce point ne relève pas de la compétence des économistes »*. Souligné par nous.

¹⁴⁶⁵ P. Artus, P. Cahuc et A. Zylberberg, *Temps de travail, revenu et emploi*, op. cit., p. 74. Souligné par nous.

¹⁴⁶⁶ J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013, p. 32.

*par la forte intervention réglementaire de l'Etat qui aboutit à une grande complexité de l'arsenal juridique*¹⁴⁶⁷ ».

404. - Droit du licenciement économique. Laboratoire d'observation d'un glissement de la loi vers la négociation collective, le droit du licenciement économique s'est progressivement imprégné de la logique procédurale (ex. Accords de méthode, GPEC, plan de sauvegarde de l'emploi, accords de mobilité et de maintien de l'emploi). L'édiction de règles procédurales, étape nécessaire pour accéder à l'autorégulation de l'entreprise, constitue une justification essentielle de « *la (tentation de) la mise à l'écart, non seulement du juge judiciaire, mais aussi d'une partie du droit du licenciement économique*¹⁴⁶⁸ ». En effet, « *depuis son origine, le droit du licenciement pour motif économique a été essentiellement conçu comme un droit d'origine législative et présentant un caractère d'ordre public. Les dernières réformes ont incontestablement ouvert la voie à une ère nouvelle en faisant basculer le traitement des licenciements pour motif économique et, plus généralement des restructurations, du domaine de loi vers celui de la négociation collective*¹⁴⁶⁹ ».

405. - Au-delà des domaines classiques du licenciement économique et du droit du temps de travail, le législateur est aussi appelé à ouvrir l'encadrement du dialogue social au jeu de la négociation collective d'entreprise¹⁴⁷⁰.

406. - La « *légitimité procédurale*¹⁴⁷¹ » – assurée par le respect des procédures fixées par l'Etat voire par la négociation collective – et la justification consensuelle – fondatrice de la légitimité des normes conventionnelles – devraient dessiner les contours d'une nouvelle architecture du droit français des relations collectives de travail. Celui-ci devrait constituer une synthèse de la rencontre de règles étatiques hétéronomes, principalement procédurales, et

¹⁴⁶⁷ Ibid.

¹⁴⁶⁸ F. Géa, Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi, Dr. soc. 2013, p. 217.

¹⁴⁶⁹ A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, coll. Thèse de droit social, 2010, p. 209.

¹⁴⁷⁰ L'article 19 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (JO n°0189 du 18 août 2015) ouvre par exemple la faculté de réaménager conventionnellement – par accord majoritaire d'entreprise – l'application des obligations de négocier (périodicité et regroupement), v. A. Fabre, *Réforme des obligations de négocier dans l'entreprise : l'âge de raison ?*, Dr. soc. 2015, p. 882, v. d'une manière générale, Bernard Gauriau, *La contractualisation du dialogue social*, Revue de droit d'Assas, février 2016, p. 116.

¹⁴⁷¹ P. Lokiec, Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale, in. S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 95.

de règles conventionnelles négociées dont le contenu est la traduction de la volonté des partenaires sociaux. L'efficacité de la norme travailliste serait ainsi assurée. En effet, la procédure qu'offre l'outil contractuel¹⁴⁷², reposant par essence sur la négociation et sur l'échange de consentements, serait l'expression d'une norme sensible à la diversité des intérêts en présence. La norme étatique procédurale, devant se résoudre à baliser les contours du cadre au sein duquel les partenaires sociaux négocieront des accords et conventions collectifs, permettrait de réduire la « masse » du droit réglementaire considérée comme génératrice de contraintes nuisibles d'un point de vue économique. La procéduralisation du droit légal va de pair avec le retrait de l'Etat sur le terrain de l'édition des normes matérielles ; elle contribue, par conséquent, à « transporter dans la sphère contractuelle des questions concrètes et qualitatives qui étaient auparavant réglées par l'État¹⁴⁷³ ». À mesure que le recours à la négociation collective se détache de la logique acquisitive ou améliorative des droits des salariés et revêt une dimension gestionnaire et organisationnelle de l'entreprise¹⁴⁷⁴, la régulation négociée des relations de travail transforme en profondeur aussi bien le rôle de l'Etat que la mission traditionnelle de la négociation collective¹⁴⁷⁵.

407. - Procéduralisation du droit du travail légal. N'échappant pas aux traits les plus caractéristiques de l'évolution actuelle du droit en général¹⁴⁷⁶, le droit du travail est d'autant plus perméable au discours de la procéduralisation qu'il est le terrain de rencontre d'une diversité d'intérêts à défendre¹⁴⁷⁷. La protection de l'emploi stable et des droits des salariés s'opposent aux programmes de flexibilisation du marché du travail. Pour tenter de concilier

¹⁴⁷² Le contrat est une notion protéiforme, il est à la fois « *procédure et résultat* », M. Mekki, La densification normative du contrat, in. C. Thibierge (dir), La densification normative. Découverte d'un processus, Mare et Martin, 2013, p. 720.

¹⁴⁷³ A. Supiot, Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit, op. cit., p. 167.

¹⁴⁷⁴ On songe ici aux accords de mobilité (C. trav., art. L. 2242-21) et de maintien de l'emploi (C. trav., art. L. 5125-1 et s.) instaurés par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, et plus récemment aux accords de préservation et de développement de l'emploi (C. trav., art. L. 2254-2) instaurés par la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁴⁷⁵ « *La négociation collective ne se définit pas par opposition à la législation, mais par opposition au pouvoir de décision unilatérale du chef d'entreprise* », G. Lyon-Caen, cité par D. Saadat, La mobilité du salarié entre négociation collective et contrat de travail, Dr. ouvr. 2015, p. 223.

¹⁴⁷⁶ À côté de la procéduralisation du droit, Muriel Fabre-Magnan identifie trois caractéristiques des transformations contemporaines du droit : internationalisation, contractualisation et fondamentalisation, M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, op. cit., p. 65 et s.

¹⁴⁷⁷ Plus nécessaire en droit du travail qu'ailleurs, la logique procédurale conviendrait à certaines caractéristiques du modèle français des relations professionnelles : « *Les négociations sont souvent le lieu d'oppositions, non seulement entre la partie patronale et la partie salariale mais aussi, en raison du pluralisme syndical qui caractérise les relations professionnelles en France, entre les syndicats de salariés eux-mêmes* », P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations collectives de travail*, Tome 2. PUF, coll. Thémis 2011, n° 313, p. 289.

cette multitude d'intérêts en jeu, qui n'est d'ailleurs que le reflet d'une lecture pluraliste de la raison d'être du droit du travail (protectrice, concurrentielle, économique et démocratique¹⁴⁷⁸), le législateur devrait opter pour la démarche procédurale. Il serait nécessaire que l'Etat se mette en retrait dans la fixation des règles substantielles régissant les relations du travail. Entre les acteurs sociaux, l'Etat devrait assumer une mission d'arbitre¹⁴⁷⁹. Le contenu matériel de la norme travailliste serait ainsi le fruit de la négociation collective, puisqu'« *il n'est pas de véritable négociation sans liberté. L'interventionnisme étatique stérilise la négociation*¹⁴⁸⁰ ». Cette méfiance à l'égard de la norme publique, correspondant à la conception d'un Etat « minimaliste », invite à la « *discrétion*¹⁴⁸¹ » des instances étatiques dans la réglementation des rapports du travail. Leur rôle principal est appelé à se cantonner à l'édiction de règles procédurales. Selon le Professeur Bernard Teyssié « *la discrétion de l'Etat assure son essor. Mais discrétion n'est pas absence. Si l'Etat doit s'abstenir de tout réglementer par addition de normes impératives qui n'autoriseraient qu'une négociation de supplément, il peut utilement fixer certains cadres, imposer certaines rencontres... tout en s'abstenant, une fois les discussions nouées, d'en régenter le cours*¹⁴⁸² ». A ces préconisations, portées également par un discours patronal classique¹⁴⁸³, le législateur français n'a pas été insensible ; les évolutions récentes du droit du travail en offrent des traductions multiples¹⁴⁸⁴.

408. - Re-régulation¹⁴⁸⁵. Cette analyse axée sur la flexibilité – revêtant ici la forme d'une procéduralisation – des modes d'élaboration de la norme juridique ne vise pas à la proscription totale de toute réglementation étatique des relations de travail ; elle entend mettre

¹⁴⁷⁸ Hugo Sinzheimer considérait que le droit du travail participe de la « *démocratisation des rapports de travail* », H. Sinzheimer, *Democratisierung des Arbeitsverhältnisses* (1928), in H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie : gesammelte Aufsätze und Reden*, Frankfurt, Cologne, 1976, p. 115 s., cité par A. Perulli, Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme.

¹⁴⁷⁹ « *Cette association des partenaires sociaux à l'élaboration des textes manifeste la volonté de l'Etat d'être parfois un arbitre plus qu'un acteur* », B. Bossu, *Les méthodes de production des normes en droit du travail*, in B. Teyssié (dir.), *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 168. Souligné par nous. V. contra., A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, op. cit., p. 235 : « *la définition de l'intérêt général n'est plus l'apanage de l'Etat, mais devient le produit des rapports de force entre intérêts particuliers. L'Etat n'est plus alors un Tiers, mais une partie prenante du « dialogue social* ».

¹⁴⁸⁰ B. Teyssié, A propos de la négociation collective d'entreprise, *Dr. Soc.* 1990, p. 577.

¹⁴⁸¹ Ibid.

¹⁴⁸² Ibid.

¹⁴⁸³ V. Forest, M. Julien, *Analyse du discours patronal sur la flexibilité. Une lecture juridique et économique*, op. cit., p. 19.

¹⁴⁸⁴ V. infra, n° 378 et s.

¹⁴⁸⁵ Ph. Auvergnon, L'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques, in Ph. Auvergnon, *Contractualisation du droit social*, op. cit., p. 14.

en place une nouvelle architecture dans l'édiction des règles juridiques¹⁴⁸⁶ qui s'affranchit d'un droit réglementaire accusé d'être une source de rigidités¹⁴⁸⁷. Ainsi, « la « *procéduralisation* » du droit comme la « *contractualisation* » ne signifie pas nécessairement un démantèlement de celui-ci ; il ne s'agirait pas véritablement de déréglementation mais d'une re-régulation ; [...] indiquant nettement une perte de légitimité de l'Etat comme organe unique de réglementation. Là où il avait un rôle important l'Etat ne disparaît pas, il se fait humble, change de rôle, propose un service d'accompagnement¹⁴⁸⁸ ».

409. - L'idée de procéduralisation du droit. « *Nouveau principe fondateur de légitimité* » face à la « *pulvérisation* » des sources du droit, la procéduralisation offre une alternative aux thèses de la dérégulation¹⁴⁸⁹. La « *philosophie* » procédurale¹⁴⁹⁰ est « *conçue [...] comme une alternative pertinente aux modes traditionnels de régulation*¹⁴⁹¹ » ; sa vertu principale serait son adaptabilité, puisque « *l'objectif est de tendre à un meilleur équilibre*

¹⁴⁸⁶ « *Déréglementer, ce n'est donc pas cesser de réglementer, mais c'est choisir de réglementer autrement* », A. Supiot, Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, Dr. Soc. 1989, p. 195. « *Avec le recul de l'hétéronomie au profit de l'autoréglementation professionnelle, une nouvelle distribution des rôles s'est faite jour entre la loi, qui fixe des principes et des objectifs à atteindre, et la négociation collective qui concourt à la définition de ces objectifs et en adapte la réalisation aux circonstances particulières de la branche, de l'entreprise, du groupe etc.* », A. Supiot, Travail, droit et technique, Dr. soc. 2002, p. 13. La déréglementation se manifeste également par un repli de l'ordre juridique étatique créant l'émergence de nouveaux acteurs de la régulation sociale dont les normes sont reconnues par l'Etat. V., J. Chevallier, Les enjeux de la déréglementation, RDP, 1987, p. 286.

¹⁴⁸⁷ Au-delà de la littérature de l'analyse économique dominante, qui exalte les vertus économiques du contrat, les acteurs de la régulation juridique en général tendent, aujourd'hui, à privilégier la contractualisation de la production normative (S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008). La régulation négociée est en ce sens l'une des manifestations d'un droit en réseau qui se substitue au traditionnel modèle juridique pyramidal. « *Cette célébration des vertus de la convention – flexible, égalitaire, émancipatrice – par opposition aux tares de la loi – rigide, unilatérale, asservissante- est aujourd'hui omniprésente* », A. Supiot, *La loi dévorée par la convention ?*, in. Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé*, Publications des Facultés Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 631. Dans cette perspective Les règles de conduite de la négociation collective se combineraient parfaitement avec un droit du travail de nature conventionnel et devraient par conséquent, selon Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, « *contribuer à l'équilibre des pouvoirs entre les parties, favoriser un comportement loyal des négociateurs et à faciliter l'exécution de bonne foi de la convention. Elles sont encore plus importantes si, dans la perspective de construire un droit plus contractuel et moins réglementaire, l'autonomie de la convention est la règle sous réserve du respect de l'ordre public, entendu selon sa conception orthodoxe, civiliste, donc absolu* », J. Barthélémy et G. Cette, Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, La documentation française, 2013, p. 107.

¹⁴⁸⁸ Ph. Auvergnon, L'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques, in. Ph. Auvergnon, *Contractualisation du droit social*, op. cit., p. 14.

¹⁴⁸⁹ L. Boy, *Normes*, RID éco. 1998, n° 2, p. 128.

¹⁴⁹⁰ Consistant en un « *processus de construction de dispositifs de construction de normes, du savoir et du pouvoir* », J. De Munck, M. Verhoeven, Les mutations du rapport à la norme, de Boeck, 1997, p. 14, cités par J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, op. cit., p. 120.

¹⁴⁹¹ P. Lokiec, La procéduralisation à l'épreuve du droit privé, in. Ch. Pigache (dir.), *Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'université de Rouen 2004 p. 177.

entre social et économique par mise à l'écart des normes substantielles jugées trop rigides en situation et recours aux techniques procédurales réputées mieux adaptées à la complexité¹⁴⁹² » de la régulation des relations de travail. Privilégiant un modèle processuel de la construction du droit, la procéduralisation propose, selon une « lecture habermassienne » du droit¹⁴⁹³, un glissement de la norme hétéronome, imposée et principalement étatique vers la norme négociée ou dialoguée. La norme matérielle sert de règle de jeu à ses destinataires plus à même de la négocier. La procéduralisation permet de donner une nouvelle légitimation à l'ordre juridique¹⁴⁹⁴. En posant un cadre de dialogue et de rencontre organisé, la procédure assure l'autonomie et la légitimité des acteurs ; elle entend accueillir leurs attentes et susciter des « opérations d'intercompréhension¹⁴⁹⁵ » fondées sur la raison communicationnelle réalisées par les sujets de droit. Le projet du philosophe allemand Jürgen Habermas repose sur l'idée que l'Etat de droit et les fondations de la démocratie, dans nos sociétés contemporaines très complexes, reposent sur une éthique du dialogue ou de la discussion¹⁴⁹⁶ et une théorie de l'Agir communicationnel¹⁴⁹⁷.

410. - Légitimité. Le droit procédural, à la différence d'un droit de type matériel, n'impose pas aux normes un contenu précis. Son rôle principal serait d'organiser « des

¹⁴⁹² L'auteur (J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, in. M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir), *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'Univers des normes, 2007, p. 119) cite ici l'exemple des accords de méthode (instaurés par loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, modifiée quant à elle par la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005). Ces accords conclus entre employeurs et organisations syndicales permettent, notamment, de fixer les modalités dérogatoires aux règles de consultation des institutions représentatives du personnel lors d'une procédure de licenciement économique de dix salariés ou plus sur une période de trente jours (art. L. 1233-21 et s. C. trav), et ils « montrent deux acteurs en conflit qui s'entendent sur la façon de traiter leur opposition d'intérêt » (F. Gaudu, *Les accords de méthode*, Dr. Soc. 2008, p. 915).

¹⁴⁹³ D. Gaire-Simonneau, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail*. Pour une lecture habermassienne du droit du travail, préf. P.-Y. Verkindt, LGDJ, coll. Thèses 2016.

¹⁴⁹⁴ L. Boy, *Normes*, op. cit.

¹⁴⁹⁵ Ibid.

¹⁴⁹⁶ J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, De l'éthique de la discussion, Trad. J.-M. Ferry, Cerf, 1992.

¹⁴⁹⁷ J. Habermas, *Morale et communication*. Conscience morale et activité communicationnelle, Trad. Chr. Bouchindhomme, Cerf, coll. Passages, 1986 ; D. Gaire-Simonneau, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail - Pour une lecture habermassienne du droit du travail*, op. cit., spéc. p. 264. En citant plusieurs travaux du philosophe Jürgen Habermas, Madame D. Gaire-Simonneau souligne que « le concept de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas correspond à un échange de prétentions à la validité qui, lorsqu'elles sont argumentées, permettent aux participants de ce « monde de la vie » de « renouveler leur stock de savoir culturel », et de « renforcer leur solidarité de groupe dans un partage consensuel », tout en permettant de former leurs identités personnelles. Pour J. Habermas l'agir communicationnel combine ainsi des fonctions d'intercompréhension, de coordination de l'action et de socialisation » (p. 266).

*procédures de prise de décision ou d'édition d'autres règles*¹⁴⁹⁸ ». Le respect de la procédure d'édition de la norme en plus de conditionner sa validité formelle – respect du formalisme – assure sa légitimité¹⁴⁹⁹. La procéduralisation signifie que les règles légitimes sont déterminées dans leur contexte ; la norme étatique ne définit pas elle-même la substance de l'action légitime.

411. - Mode d'administration de la diversité des préférences des acteurs sociaux. Les règles procédurales, issues du droit légal ou conventionnel, relatives à la négociation collective prétendent garantir une expression égale des préférences des acteurs sociaux. Manifestation du droit postmoderne, le droit procédural entend renforcer la légitimité de la norme travailliste conventionnelle en prévoyant un système de légitimation fondé sur une organisation du processus de rencontre des volontés des acteurs sociaux. Cette grille de lecture des relations collectives de travail rejoint la théorie de la procéduralisation du droit. En effet, la pluralité et la divergence des intérêts des acteurs sociaux rendent difficile leur hiérarchisation par le législateur. Raison pour laquelle il serait plus démocratique de prévoir, en présence d'une multitude d'intérêts tous légitimes mais plus ou moins antagonistes, des procédures encadrant la construction de compromis entre les défenseurs de ces intérêts. Toute intervention *a priori* du législateur, qui fixerait d'une manière unilatérale une hiérarchie entre les différentes demandes des acteurs sociaux, serait, dans cette dernière perspective, inopportune. Le respect des procédures permettrait aux acteurs sociaux d'exprimer et de défendre librement leurs préférences. En vertu de cette logique, on passe d'un système hétéronome hiérarchique de gouvernement des intérêts à un système d'agencement de la diversité des valeurs reposant sur la négociation et la communication¹⁵⁰⁰. Habilité par la loi et encadré par les règles procédurales, le droit conventionnel serait un outil performant, flexible et adapté aux fluctuations des réalités économiques et sociales.

¹⁴⁹⁸ A. Jeammaud, Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu, in J. Clam, G. Martin (dir), Les transformations de la régulation juridique, LGDJ. coll. Droit et société, 1998, p. 47.

¹⁴⁹⁹ M. Mekki, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit., p. 759 et s.

¹⁵⁰⁰ « Ces nouvelles formes de « régulation » ne signifient nullement, en effet, un retour à l'Etat minimum et un abandon pur et simple des relations sociales à la sphère privée. Elles se traduisent plutôt par une politique de « gouvernement par objectifs » dont l'efficacité dépend de la qualité des communications entre les pouvoirs publics, le patronat et les syndicats », A. Supiot, Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit, op. cit., p. 202.

412. - La procéduralisation, une réponse à « l'indécidabilité¹⁵⁰¹ » de la régulation par la norme substantielle. En empruntant la voie de la procéduralisation du droit le législateur tente de gérer « l'incertitude¹⁵⁰² » de la fluctuation de la situation socio-économique et de concilier une multitude d'intérêts divergents. Selon le Professeur Jacques Le Goff « *le procédural est une forme de riposte à l'inconnu tandis que le substantiel avait à voir avec l'idée de maîtrise¹⁵⁰³* ».

413. - Représentation marchande. Pièce maîtresse d'un système de gouvernance – par opposition au gouvernement – des relations sociales¹⁵⁰⁴, le recours aux règles procédurales ne va pas sans rappeler une certaine représentation marchande des relations de travail ; la procéduralisation du droit est intimement liée à l'idée de promouvoir les opérations d'échange et de négociation entre les acteurs sociaux. En effet, « *la politique économique prend pour un instrument les règles procédurales. Ne pouvant fixer directement le contenu des règles négociées, la définition du cadre au sein duquel les intérêts économiques s'expriment devient le levier principal de l'intervention de l'Etat dans l'économie. La configuration de ces règles procédurales pourra viser à renforcer les rapports de force entre les intérêts en présence et ainsi à rapprocher la règle négociée du rapport marchand, garantissant ainsi l'adaptation du droit à l'économie¹⁵⁰⁵* ».

414. - La conceptualisation du projet de la refondation des sources du droit du travail n'est pas la seule à se laisser séduire par l'instrumentalisation de l'argument comparatiste ; sa mise en œuvre en fait autant.

¹⁵⁰¹ B. Géniaut, Densification normative et juridification. L'exemple des relations du travail, in. C. Thibierge (dir), La densification normative. Découverte d'un processus, Mare et Martin, 2013, p. 507, spéc., pp. 517-519.

¹⁵⁰² « *La gestion de l'incertitude par l'incertitude* » par le recours, J. Le Goff, Le droit du travail, terre d'élection de la complexité, op. cit., p. 106.

¹⁵⁰³ J. Le Goff, Le droit du travail, terre d'élection de la complexité, op. cit., p. 120.

¹⁵⁰⁴ « *Les « gouvernances procédurales » tendraient, quant à elles, à ouvrir l'action publique aux citoyens, aux groupes, aux communautés : il s'agirait de faire de l'intérêt général le produit d'une « délibération collective », conforme à l'idée de « démocratie procédurale » chère à Habermas* », J. Chevallier, La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? , *Revue française d'administration publique* 1/2003 (n°105-106) , p. 203, spéc., p. 2015.

¹⁵⁰⁵ G. Bargain, Normativité économique et droit du travail, op. cit., p. 372.

Section 2 : La mise en œuvre de la refondation des sources du droit du travail

415. - Saluée par l'OCDE comme une avancée en matière de transparence du processus de construction de la norme, portée notamment par la loi « Larcher » de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007 et la loi de rénovation de la démocratie sociale du 20 août 2008, la « *rénovation du dialogue social qui vise à promouvoir la concertation avec les partenaires sociaux pour les projets de réforme dans le domaine du travail et qui modifie les conditions de représentativité syndicale*¹⁵⁰⁶ » participe à la « *densification*¹⁵⁰⁷ » du rôle du droit d'origine professionnel en droit du travail (§ 1). Cette tendance favorable à la régulation négociée des relations de travail est encouragée par tous ceux qui voient dans le modèle français du droit du travail un obstacle au développement des entreprises. Répondant aux préconisations d'un certain discours comparatiste, soutenu principalement par l'analyse économique comparée, le droit du travail, procédural comme substantiel, est de plus en façonné par la norme conventionnelle. Le législateur ouvre, en se contentant de fixer des normes minimales et parfois dérogeables et supplétives, un large espace devant l'autorégulation des entreprises. La « *recomposition* » en cours des sources du droit du travail¹⁵⁰⁸ participe à ce dernier phénomène. L'entreprise est considérée dans cette optique comme une « *entité* » ou une collectivité¹⁵⁰⁹ qu'il faudrait inciter à s'autoréguler (§ 2). Cette intensification du rôle normatif de l'entreprise est indéniablement une constante, depuis quelques décennies, de la métamorphose du droit du travail moderne¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁶ OCDE, *Mieux légiférer en Europe : France*, 2010, p. 73. Téléchargeable à l'adresse suivante <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/45249654.pdf>

¹⁵⁰⁷ Le terme est emprunté à C. Thibierge, in. C. Thibierge (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013.

¹⁵⁰⁸ « *Le droit des sources du droit du travail [est] celui qui préside à la répartition des champs de compétence, qui définit les modes et les niveaux de production des normes* », ou « *au sens le plus concret du terme [englobe] les modes de production des normes, leurs auteurs, leur articulation, les principes directeurs qui en assurent [...] la cohérence* », R. Vatinet, LE GRAND CHAOS (Sur l'évolution des sources du droit du travail), in. Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Litec 2009, p. 641.

¹⁵⁰⁹ Rappelons que la conception de l'entreprise comme institution reste, selon certains auteurs (J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, in. M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir.), *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'Univers des normes, 2007, p. 125), « *un horizon d'attente* » en droit du travail français.

¹⁵¹⁰ Conséquence presque inéluctable du phénomène de globalisation des marchés et des activités des

§ 1 : La densification du droit conventionnel du travail

416. - Densification. Le terme « *densification* » vise, ici, à exprimer une tendance à l'accroissement quantitatif du nombre des règles travaillistes d'origine conventionnelle qui s'articulent entre elles et avec les normes étatiques pour régir les relations de travail. La densification peut être comprise comme une « *amplification de la couverture des relations*¹⁵¹¹ » de travail saisies par le droit issu de la négociation collective ; « *un resserrement de mailles du droit [conventionnel] à mesure que son contenu s'enrichit, se spécifie et se diversifie*¹⁵¹² ». La densification du droit conventionnel du travail constituerait, selon ses thuriféraires, un processus favorable à l'amélioration des effets économiques et sociaux de la norme juridique. Ainsi, le seul fait qu'elle soit négociée rendrait la norme conventionnelle plus efficace et d'une qualité supérieure vis-à-vis de la norme étatique. L'objectif du discours sous-tendant une telle recomposition des sources du droit du travail prône la marginalisation de la norme étatique¹⁵¹³ au profit des acteurs de la société civile. Au-delà d'être promue pour occuper une fonction gestionnaire et organisationnelle au sein de l'entreprise, la densification du droit conventionnel englobe également à la fois « *l'extension du domaine et l'intensité des effets*¹⁵¹⁴ » des normes négociées. Deux mouvements concomitants semblent promouvoir cette densification normative du droit conventionnel. D'une part la prévalence de la négociation collective et du dialogue social (A), et d'autre part, la décentralisation accrue de la production conventionnelle des règles de droit du travail (B).

entreprises, v., en ce sens, X. Blanc-Jouvan, *Le droit du travail face au défi de la mondialisation*, in. Etudes offertes à Geneviève Viney, LGDJ, coll. Mélanges, 2008, p. 95.

¹⁵¹¹ Pour paraphraser Benoît Géniaut, Densification normative et juridification. L'exemple des relations du travail, in. C. Thibierge (dir), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013, p. 507.

¹⁵¹² Ibid.

¹⁵¹³ « [...] le droit du travail cristallise un ensemble de facteurs de dégénérescence de notre système juridique ; il les rassemble et les combine beaucoup plus profondément qu'il n'y paraît. Il en accélère considérablement les processus. Au fond, cela n'est guère surprenant : le droit du travail est né et s'est développé, parfois jusqu'à l'excès, sous la tutelle de l'Etat-nation. Il dépérit avec lui », R. Vatinet, *LE GRAND CHAOS* (Sur l'évolution des sources du droit du travail), op. cit., p. 642.

¹⁵¹⁴ M. Mekki, *La densification normative du contrat*, in. C. Thibierge (dir), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013, p. 720.

A. La prévalence de la négociation collective et du dialogue social

417. - La promotion du dialogue social, signe de l'évolution de la conception de la négociation collective. Le dialogue social est souvent perçu comme une réponse fiable aux aspirations de souplesse et d'efficacité de la régulation des relations de travail. La négociation collective, renommée dialogue social¹⁵¹⁵, serait la mieux à même d'exprimer et de concilier les choix des différentes parties prenantes des relations de travail. Ce glissement de la négociation collective au dialogue social n'est pas un simple changement de terminologie, mais implique bel et bien des conséquences considérables ; « *il traduit une volonté d'adopter de nouveaux modèles de relations sociales qui mobilisent d'autres cadres juridiques*¹⁵¹⁶ » et des logiques bien différentes ; la négociation collective s'est traditionnellement bâtie autour d'une structure hiérarchique (Accord national interprofessionnel, branche, entreprise) régie par la règle de faveur et consacrant un quasi-monopole au profit des syndicats. Quant au dialogue social, il procède d'une logique bien différente – qui peut englober la négociation collective – en ce qu'il intègre des acteurs nouveaux (ex. élus du personnel, salariés mandatés) dans le système de régulation des relations professionnelles¹⁵¹⁷ et renvoie à « *une logique d'élaboration des normes qui n'est pas pyramidale*¹⁵¹⁸ ». La notion de dialogue social¹⁵¹⁹ correspond également aux nouvelles mutations de la normativité du droit et du rôle de l'Etat : *soft law*, droit négocié, autonomie normative des interlocuteurs sociaux, pluralisme juridique...etc. Dans le droit du travail de l'Union européenne le dialogue social constitue une

¹⁵¹⁵ M. Poirier, Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective reflète des finalités du droit du travail, Dr. ouvr. 2013, p. 78. Rappelons qu' « *au sens de la loi du 31 janvier 2007 [dite de modernisation du dialogue social], le dialogue social est [...] bien distinct de la négociation collective* » (N. Maggi-Germain, Sur le dialogue social, Dr. Soc. 2007, p. 799) par leurs places distinctes qu'ils occupent au sein du Code du travail (Chapitre préliminaire : Dialogue social (Articles L1 à L3) et Livre II de la Deuxième partie : La négociation collective - Les conventions et accords collectifs de travail : Les relations collectives de travail).

¹⁵¹⁶ A. Dufresne, C. Gobin, N. Maggi-Germain, De la négociation collective au dialogue social : l'influence de l'Union européenne sur la transformation des relations professionnelles, in. A. Dufresne, N. Maggi-Germain (dir), Les relations professionnelles en Europe et en Amérique latine, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 95.

¹⁵¹⁷ Ibid.

¹⁵¹⁸ Ibid., p. 99.

¹⁵¹⁹ À la différence du droit européen et du droit français, le modèle allemand de relations industrielles – archétype du système dual de négociation et de représentation (syndicale et élue), de la gestion concertée des relations de travail et de l'autonomie collective des partenaires sociaux – « *n'utilise pas le terme « dialogue social » pour caractériser un certain type de procédure de négociation sur les intérêts divergents des employeurs et des salariés* », T. Mühlbach, *Le dialogue social en Allemagne : l'équilibre du système dual de relations industrielles*, in. Ph. Martin (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux 2007, p. 249.

« *voie alternative à la normativité institutionnelle*¹⁵²⁰ ». En France, un certain courant doctrinal voit dans la prédominance du dialogue social l'émergence d'un modèle de négociation collective régressive et « *vecteur d'altération en droit du travail*¹⁵²¹ », en raison de la place grandissante laissée aux techniques de dérogation et de supplétivité au sein de la production des règles de droit du travail¹⁵²².

418. - Née au milieu des années 1980 sous l'impulsion des instances communautaires, la notion de dialogue social n'est définie ni par le droit de l'Union européenne ni par le droit français¹⁵²³. Sans contenu juridique précis, le dialogue social s'apparente davantage à une méthode, ou une procédure. Associant les organisations professionnelles de salariés et patronales, le dialogue social combine des processus divers et variés – consultation, négociation collective, information, concertation tripartite... voire un dialogue sociétal¹⁵²⁴ – afin de construire des normes conventionnelles ou unilatérales. Points communs entre les conceptions européenne et française de la notion de dialogue social, la recherche de consensus et la culture de partenariat social s'inscrivent dans un mouvement plus global qui affecte la place et l'intensité de l'action des pouvoirs publics. La promotion du dialogue social s'intègre dans une démarche d'accompagnement de l'action publique¹⁵²⁵ – et de l'émergence d'un Etat régulateur – visant à réformer les relations sociales.

419. - Le droit européen, vecteur d'incitation à la négociation collective. Le dialogue social, parce qu'il est porteur de valeurs essentielles de la démocratie – participation et responsabilisation –, est perçu en droit de l'Union européenne comme un instrument adéquat

¹⁵²⁰ Ph. Martin, Introduction, in. Ph. Martin (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, op. cit., p. 9.

¹⁵²¹ M. Poirier, *Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective vecteur d'altération en droit du travail*, Dr. ouvr. 2013, p. 250.

¹⁵²² F. Canut, *La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée*, et S. Frossard, *La supplétivité, une technique de flexibilité en développement*, in. E. Mazuyer (dir.), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, respectivement, p. 53 et p. 63.

¹⁵²³ La doctrine a pu toutefois avancer une définition du dialogue social. « *Le dialogue social constitue une catégorie générique sous laquelle il est possible de regrouper différentes procédures juridiques susceptibles de donner lieu soit à un accord collectif, soit à un acte unilatéral [...]. Il rend surtout compte de la volonté de réformer les relations sociales suivant un modèle, inspiré par la littérature « grise » de l'Union européenne, qui accorde une large place au consensus et à l'accompagnement, par les organisations syndicales notamment, des réformes* », A. Dufresne, C. Gobin, N. Maggi-Germain, *De la négociation collective au dialogue social ...*, op. cit., p. 85.

¹⁵²⁴ J.-E. Ray, *De la négociation collective interne au dialogue sociétal externe*, Dr. soc. 2013, p. 261.

¹⁵²⁵ A. Dufresne, C. Gobin, N. Maggi-Germain, *De la négociation collective au dialogue social : l'influence de l'Union européenne sur la transformation des relations professionnelles*, op. cit., p. 71, spéc., p. 78 et s.

pour répondre aux contraintes actuelles imposées par les fluctuations économiques et sociales¹⁵²⁶. Exclu, en tant que corollaire du droit d'association, du champ de compétence et d'harmonisation sociale de l'Union européenne¹⁵²⁷, la négociation collective est toutefois encouragée. La transposition des directives sociales de l'Union par le recours au dialogue social au plan national (par voie d'accord collectif de branche par exemple), et le parti pris par les instances de l'Union dans le cadre de la gouvernance économique et financière pour le développement de la régulation conventionnelle des relations de travail¹⁵²⁸ en témoignent. L'un des enjeux actuels principaux du dialogue social, aussi bien de l'Union européenne¹⁵²⁹ que du droit du travail français¹⁵³⁰, est de déclencher une dynamique de recherche de compromis et d'équilibre entre flexibilité et sécurité à travers la fameuse notion de flexicurité.

420. - Postulats. En France, comme ailleurs¹⁵³¹, la volonté du législateur de doter les partenaires sociaux d'une capacité normative collective s'accompagne à la fois d'un désengagement de l'Etat – assouplissement et flexibilisation¹⁵³² de l'ordre public social – et d'une responsabilisation des acteurs syndicaux. « *Ce nouveau cadre qui prétend s'inspirer d'autres modèles européens, voire du système en vigueur au sein des institutions européennes, met en avant la supériorité de droit négocié sur la règle établie unilatéralement par l'Etat*¹⁵³³ ». Les réformes entreprises en France depuis 2004 ont, indéniablement,

¹⁵²⁶ Ph. Martin, Dialogue social et régulation juridique. Une problématique européenne, in. Ph. Martin (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, op. cit., p. 42.

¹⁵²⁷ Art. TFUE 153 § 5.

¹⁵²⁸ V. les recommandations annuelles du Conseil de l'Union européenne, faites dans le cadre de la Méthode ouverte de coordination et du Semestre européen relatif à la Stratégie Europe 2020, portant sur les programmes nationaux de réformes (http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index_fr.htm), tout particulièrement celles relatives aux salaires et au temps de travail, v. N. Moizard, L'approche européenne du dialogue social national, Sem. soc. Lamy 28 septembre 2015, n° 1691, p. 8, spéc. p. 11.

¹⁵²⁹ Ph. Martin, Dialogue social et régulation juridique. Une problématique européenne, op. cit., p. 42. La négociation nationale est envisagée comme un instrument de flexibilité et de dérogation par exemple dans le cadre des contrats de travail (ex. travail à temps partiel, Clause 5, § 1, b de l'Accord cadre sur le travail à temps partiel, annexé à la Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 sur le travail à temps partiel, JO n° L 014 du 20/01/1998 p. 0009 - 0014), N. Moizard, L'approche européenne du dialogue social national, op. cit., p. 11.

¹⁵³⁰ V. not. P.-H. Antonmattei, *Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : acte II de la flexisécurité à la française*, D. 2013, p. 577 ; J.-E. Ray, Une mue salutaire, pour que la France épouse son temps, Dr. Soc. 2013, p. 664.

¹⁵³¹ A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, RDT 2015, p. 179, v. spéc., p. 177 et s.

¹⁵³² F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, op. cit., et S. Frossard, La supplétivité, une technique de flexibilité en développement, op. cit.

¹⁵³³ Ph. Martin, Introduction, in. Ph. Martin (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation*

métamorphosé le système français de la négociation collective ; elles vont dans le sens de la consécration d'un principe de subsidiarité en faveur du droit conventionnel¹⁵³⁴.

421. - Atouts du dialogue social. L'argument de droit comparé est mobilisé pour dénoncer le faible¹⁵³⁵ recours aux mécanismes du dialogue social en France, spécifiquement dans les petites et moyennes entreprises¹⁵³⁶. Une intervention de l'ancien ministre du travail, Monsieur François Rebsamen, lors des débats parlementaires relatifs au projet de loi portant sur le dialogue social et l'emploi¹⁵³⁷, résume parfaitement le déploiement des arguments de l'analyse économique comparée – combinant impératif d'efficacité économique, souci de progrès social, idéal de démocratie sociale et arguments de droit comparé – en faveur du dialogue social¹⁵³⁸. L'étude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi

juridique en Europe, Presses universitaires de Bordeaux 2007, p. 15. Souligné par nous.

¹⁵³⁴ Cette orientation majeure du système de relations professionnelles est notamment soutenue par les dispositifs incitatifs à la négociation collective. Incitation financière et logique de rentes se conjuguent dans cette dernière perspective. Le rapport sur la Refondation sociale est clair sur cette question ; les auteurs de ce rapport évoquent explicitement les rentes juridiques pour les partenaires sociaux engageant une négociation collective : « *la réduction du droit réglementaire PAR le développement du droit conventionnel. C'est le développement du droit conventionnel qui simultanément réduit le droit réglementaire [...] L'incitation au développement du droit conventionnel réside dans les rentes juridiques (et parfois financières) concédées aux acteurs du droit conventionnel. C'est la voie proposée dans ce rapport. Cette incitation favorise à la fois la recherche de meilleures relations sociales permettant de tirer le bénéfice des rentes envisageables et l'émergence des acteurs de l'élaboration du droit conventionnel. Une telle orientation nous paraît nettement plus en cohérence avec la tradition de civil Law française* », J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyses économiques, La documentation française. 2010, p. 37.

¹⁵³⁵ Si faiblesse du dialogue social il y a, elle n'est toutefois pas la conséquence exclusive de l'insuffisance du cadre juridique fixé par le législateur ; le poids de la culture française des relations sociales a également une part de responsabilité.

¹⁵³⁶ Par exemple, les dispositions issues de la loi relative au dialogue social et à l'emploi, du 17 août 2015, visent, notamment à travers la promotion d'une représentation universelle des salariés, la modernisation et le renforcement du dialogue social au sein des petites et moyennes entreprises (Exposé de motifs du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi). Les auteurs de l'étude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avril 2015, relèvent, en citant les exemples allemand, espagnol, italien et suédois, que « *les comparaisons internationales montrent que certains de nos voisins ont des dispositifs plus aboutis pour faciliter la représentation des salariés des TPE* », p. 31.

¹⁵³⁷ Modifiant le cadre réglementaire relatif aux acteurs et aux modalités du dialogue social, v. P. Lokiec, *Le dialogue social à l'épreuve de la loi Rebsamen. - À propos de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015*, JCP G n° 39, 21 Septembre 2015, 990.

¹⁵³⁸ L'ancien ministre explique que « *ce projet de loi de progrès social répond à une exigence démocratique et à un impératif d'efficacité économique, afin de contribuer à notre effort en faveur de l'emploi. Le dialogue social n'est pas seulement source de progrès pour les salariés, c'est aussi un gage de meilleur fonctionnement de l'entreprise et d'efficacité économique. De nombreuses études le soulignent, ainsi que les exemples de nos voisins européens. La capacité qu'ont eue certains leaders de la DGB allemande à prendre leur part dans les décisions stratégiques, par exemple dans l'industrie automobile, est un modèle qui devrait nous inspirer. Un dialogue social qui fonctionne, c'est le gage d'un climat apaisé et d'une motivation plus forte des salariés. Cela participe à ce que certains appellent la compétitivité hors coût. Ce projet de loi renforce donc la démocratie sociale* », Fr. Rebsamen, Rapport n° 501 (2014-2015) de Mme Catherine PROCACCIA, fait au nom de la

relève, par exemple, que « *de nombreuses entreprises et leurs salariés restent largement exclus du dialogue social*¹⁵³⁹ ». Un constat par ailleurs validé par les résultats des comparaisons internationales attestant de la singularité de la situation française en la matière¹⁵⁴⁰. La situation est notamment aux carences du cadre réglementaire relatif à la représentation du personnel concernant les très petites entreprises, ce qui priverait près de « *4,6 millions de salariés travaillant dans des entreprises de moins de 11 salariés et du particulier employeur* ».

422. - Un Etat davantage organisateur. Manifestation éclatante de l'emprise de la rationalité procédurale¹⁵⁴¹ sur l'évolution du droit collectif du travail, la promotion du dialogue social dessine un horizon limité de l'intervention législative en termes de détermination des droits substantiels des salariés, allant d'ailleurs à l'encontre de la tradition française. Cet interventionnisme minimaliste des pouvoirs publics fait planer le spectre de la dérégulation. En effet, le renforcement du dialogue social, l'un des thèmes privilégiés du discours sur la souplesse et l'efficacité du droit du travail, « *peut en réalité servir de support à des velléités de déréglementation*¹⁵⁴² ». Les appels insistants¹⁵⁴³ en faveur d'un droit négocié, qui serait la matrice du droit moderne – voire postmoderne¹⁵⁴⁴ – cantonne la mission de la loi à la définition « *des conditions d'un dialogue social acceptable*¹⁵⁴⁵ ». La loi « Larcher » du 13 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social¹⁵⁴⁶ en témoigne. Le Gouvernement,

commission des affaires sociales, déposé le 10 juin 2015, p. 253 (<http://www.senat.fr/rap/114-501/114-5011.pdf>).

¹⁵³⁹ Étude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avril 2015 p. 16.

¹⁵⁴⁰ Ibid. : « *Là encore, les comparaisons internationales montrent que nos voisins européens ont mis en place des solutions adaptées aux entreprises de petite taille. En Allemagne et en Espagne par exemple, la loi reconnaît un droit à une représentation du personnel à partir de seuils très faibles (5 et 6 salariés respectivement, contre 11 en France). En Suède, il existe un système de représentant syndical « ambulant » pour représenter les salariés des petites entreprises qui n'ont pas de représentation du personnel* ».

¹⁵⁴¹ G. Borenfreund, Le vote et la représentation syndicale. Quelques interrogations à partir de la loi du 20 août 2008, in. O. Leclerc et A. Lyon-Caen (dir.), L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 24.

¹⁵⁴² Ph. Martin, Introduction, in. Ph. Martin (dir.), Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe, op. cit., p. 9.

¹⁵⁴³ J. Barthélémy et G. Cette, Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, op. cit., p. 20.

¹⁵⁴⁴ Selon le Professeur Jacques Chevallier, le droit postmoderne ne coupe pas les liens avec le droit moderne, puisqu'il promeut seulement la raison pratique de la norme ; l'autorité et la légitimité de celle-ci sont désormais davantage jaugées à l'aune de leur efficacité économique et sociale et de l'adhésion de ses destinataires. V. not. J. Chevallier, *Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?*, in. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz 2015, p. 83 et s.

¹⁵⁴⁵ P. Lokiec, « Qui dit conventionnel dit juste ! ». L'avènement d'un nouveau dogme, JCP G 2015, 282.

¹⁵⁴⁶ Influencée par les pratiques communautaires du dialogue social, la loi du 31 janvier 2007, dite loi *Larcher*, instaurant une négociation légiférante au profit des partenaires sociaux pour participer à la définition de l'intérêt

selon l'article L. 1 du Code du travail, doit communiquer aux partenaires sociaux un document d'orientation indiquant, notamment, les objectifs à atteindre. L'association des acteurs sociaux à l'élaboration de la réglementation reste surveillée et encadrée. Parler d'une autonomie collective des partenaires sociaux dans le cas français, à l'image de celle reconnue par le droit allemand, constituerait un propos inexact¹⁵⁴⁷.

423. - La recentralisation imposée de l'élaboration des règles de droit du travail. La crise économique qui sévit en Europe depuis 2008 semble imposer des difficultés supplémentaires à la recherche de compromis entre les partenaires sociaux¹⁵⁴⁸. Le cas de la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015 en témoigne. A rebours d'une dynamique, amorcée depuis plus d'une décennie, en faveur du dialogue social interprofessionnel, la loi précitée ne procède pas de la technique de « *négociation légiférante* » ou de « *loi négociée*¹⁵⁴⁹ ». Les positions divergentes, voire conflictuelles, des interlocuteurs sociaux n'ont pas permis l'émergence de ce type de « législation participative ».

424. - « La primauté du dialogue social¹⁵⁵⁰ », portée par les réformes successives du droit du travail, assure l'essor du droit conventionnel du travail ; toutefois ce dernier varie en intensité selon les niveaux de la négociation collective. Une variation à laquelle la décentralisation – stimulée par les pouvoirs publics – de cette dernière contribue considérablement.

général, suscite des interrogations particulièrement complexes sur les relations entre démocratie politique et démocratie sociale (V. le numéro spécial de la revue Droit social de mai 2010, qui reprend les actes du colloque organisé par le Conseil d'Etat le 5 février 2010 : « *La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes* » ; v. égal. P.-Y. Verkindt, *Syndicats, syndicalisme et démocratie sociale*, JCP S, n° 22, mai 2012, 1233). Cette loi traduit également les attentes des syndicats d'employeurs relatives « *régulation apaisée* » des relations de travail qui « *peut enfin contribuer à relancer la machine économique, voire attirer davantage d'investisseur étrangers un peu effrayés par nos gauloises réactions* », J.-E. Ray, *Droit du travail. Droit vivant 2013/2014*, Liaisons, 22^{ème} éd., 2013, p. 34.

¹⁵⁴⁷ P. Rémy, L'autonomie collective : une illusion en droit français, in. Ph. Waquet (dir), 13 paradoxes en droit du travail, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011, p. 62.

¹⁵⁴⁸ « *La persistance d'une conjoncture dégradée et le lancement de programmes d'ajustements budgétaires importants ont limité la capacité du dialogue social à assurer une convergence entre la position des différents acteurs, en particulier dans les pays d'Europe du Sud* ». Toutefois, ce mouvement ne concerne pas seulement les pays d'Europe du Sud, certains pays scandinaves, connus pour leur culture de concertation sociale (Suède, Danemark), ont vu échouer un certain nombre d'actions de dialogue social, Conseil d'Orientation pour l'Emploi, Réformes du marché du travail en Europe, 5 novembre 2015, p. 50 et s.

¹⁵⁴⁹ C. Radé, La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale, Dr. ouvr. 2010, p. 319.

¹⁵⁵⁰ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, op. cit., p. 135.

B. La décentralisation de la négociation collective

425. - Un processus encouragé. Encouragée¹⁵⁵¹ depuis les années 1980 dans la plupart des Etats européens, la décentralisation de la négociation collective s'est presque partout généralisée¹⁵⁵² et accentuée¹⁵⁵³ avec le contexte de crise économique. Ce mouvement tend dans certains pays à favoriser l'entreprise comme lieu privilégié du dialogue social au détriment de la négociation de branche et de la norme étatique. Décentralisée, la recherche de compromis négociés est plus aisée ; elle serait plus adaptée aux spécificités des entreprises, de plus en plus confrontées à un contexte de concurrence économique agressive et à un faible taux de croissance. L'essor de la négociation collective d'entreprise, voire son autonomisation, impliquant généralement l'affaiblissement de la fonction régulatrice et concurrentielle de la négociation de branche¹⁵⁵⁴, reflète aussi une transformation dans la conception du rôle de la négociation collective d'entreprise. L'accord collectif d'entreprise est conçu comme un puissant outil de gestion des risques et d'anticipation des évolutions économiques (ex. les accords donnant-donnant). La négociation collective de gestion¹⁵⁵⁵ se substitue ainsi au modèle traditionnel français de négociation acquisitive¹⁵⁵⁶.

426. - Le rôle central de l'Etat. L'Etat¹⁵⁵⁷ ne s'est pas retiré de la régulation des relations de travail ; il s'est simplement déplacé vers l'édiction de règles procédurales, compatibles

¹⁵⁵¹ Sur la pluralité des arguments (économique, social et politique) utilisés en faveur de la décentralisation des sources du droit du travail, v. A. Supiot, critique du droit du travail, op. cit., p. 171 et s.

¹⁵⁵² « On n'a pas fini de découvrir les conséquences de la mondialisation dans le domaine des relations industrielles. Mais il apparaît d'ores et déjà qu'elle implique un changement de cap : de la centralisation à la décentralisation (ce qui peut sembler un paradoxe), de la législation à la négociation, de l'affirmation de droits substantiels à la mise en place de procédures », X. Blanc-Jouvan, Le droit du travail face au défi de la mondialisation, in. Etudes offertes à Geneviève Viney, LGDJ, coll. Mélanges, 2008, p. 110. Ch. Dufour, A. Hege, *Evolutions et perspectives des systèmes de négociation collective et de leurs acteurs : six cas européens Allemagne, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suède*, Rapport IRES, décembre 2010.

¹⁵⁵³ Conseil d'Orientation pour l'Emploi, *Réformes du marché du travail en Europe*, 5 nov. 2015, p. 63 et s.

¹⁵⁵⁴ A. Jobert, Vers un renouveau du dialogue social en France ? in. Travail et protection sociale : un droit malmené, Esprit, janvier 2009, p. 128.

¹⁵⁵⁵ G. Vachet, La fonction organisationnelle de la convention collective, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz 2005, p. 559.

¹⁵⁵⁶ M. Poirier, Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective reflet des finalités du droit du travail, Dr. ouvr. 2013, p. 78.

¹⁵⁵⁷ Traditionnellement le patronat s'est montré hostile à l'ingérence étatique dans la régulation des rapports de travail, en plaçant en faveur de la décentralisation du dialogue social. « En effet, dès 1986, le CNPF met l'accent sur ce qu'il nomme le dialogue social « décentralisé ». L'idée peut être résumée à partir des propos tenus par Jean Gandois lors de l'assemblée générale de 1995. Celui-ci déclare vouloir se « réapproprier le champ social » et explique « pourquoi négocier avec les syndicats » : « Je crois d'abord – dit-il – que la réappropriation du

avec l'essor contemporain du droit négocié, qui s'exprime en droit du travail par la volonté d'un législateur « *prêt à se décharger de ses propres responsabilités*¹⁵⁵⁸ » en faveur des interlocuteurs sociaux. L'appel incessant, surtout par les tenants de l'analyse économique comparée du droit du travail¹⁵⁵⁹, au développement de la négociation collective et à sa décentralisation participe à ce mouvement. La décentralisation de la négociation collective s'est traduite par le renforcement du rôle du droit conventionnel de l'entreprise de plus en plus émancipé et de la loi et des normes conventionnelles ayant un champ d'application plus large. Toutefois, la décentralisation de la négociation collective reste, dans une certaine mesure, sous contrôle de l'Etat¹⁵⁶⁰ qui dessine des orientations et fixe des objectifs. La multiplication et la diversification, depuis les lois Auroux de 1982¹⁵⁶¹, des obligations de négociation¹⁵⁶²

*champ social est la meilleure manière d'influer positivement sur la législation, et d'obtenir la souplesse nécessaire à la gestion car je n'ai pas confiance dans la capacité des pouvoirs publics à bâtir par la loi les conditions optimales pour les entrepreneurs » (AG, 1995) », V. Forest, M. Julien, *Analyse du discours patronal sur la flexibilité. Une lecture juridique et économique*, in. E. Mazuyer (dir.), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, op. cit., p. 21.*

¹⁵⁵⁸ G. Borenfreund, Le vote et la représentation syndicale. Quelques interrogations à partir de la loi du 20 août 2008, in. O. Leclerc et A. Lyon-Caen (dir.), *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 25.

¹⁵⁵⁹ J. Barthelemy et G. Cette, Pourquoi et comment réformer le droit du travail, Telos 2015 (<http://www.telos-eu.com/fr/pourquoi-et-comment-reformer-le-droit-du-travail.html>). Pour une mise en perspective comparative franco-allemande, v. J. Barthelemy et G. Cette, *Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel*, Revue française d'économie 2010, pp. 137-165.

¹⁵⁶⁰ « *Traditionnellement, la négociation collective s'est développée dans une logique d'émancipation par rapport à la réglementation étatique, mais en même temps sous l'impulsion d'un État très présent, quasiment « acteur principal des relations industrielles », et sous la tutelle de la loi qui demeurerait une référence* », E. Peskine, *Le droit du travail à la croisée des chemins*, Sem. soc. Lamy 28 septembre 2015, n° 1691, p. 13.

¹⁵⁶¹ Les Lois Auroux (Loi n° 82-689, 4 août 1982 ; Loi n° 82-915, 28 oct. 1982 ; Loi n° 82-957, 13 nov. 1982 et Loi n° 82-1097, 23 déc. 1982) avaient imposé en droit français l'obligation annuelle de négocier sur les salaires, la durée et l'organisation du travail. Depuis, le législateur français n'a eu de cesse de multiplier ces obligations ; il préfère déléguer le règlement de plusieurs questions (durée du travail, égalité, emploi, pénibilité, etc.) aux acteurs sociaux.

¹⁵⁶² Toutefois, la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite loi *Rebsamen*, fait évoluer, dans un souci d'amélioration de la qualité du dialogue social (Exposé des motifs du Projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi) et de simplification favorable à la croissance (Étude d'impact du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, 21 avril 2015, p. 121), le cadre procédural des négociations obligatoires en intervenant sur deux points : leur regroupement et leur périodicité. Pour pallier la complexité et la rigidité de l'architecture des négociations obligatoires, « *dommageables à la fois pour les entreprises, les organisations syndicales et les salariés* » » (Étude d'impact, op. cit., p. 115), la loi *Rebsamen*, dans son ambition de « rationalisation », prévoit à son article 19, qu'à compter du 1^{er} janvier 2016, les négociations obligatoires seront regroupées en « *trois blocs structurants* ». Le premier concernera les obligations de négocier en matière de rémunération, de temps de travail et de répartition de la valeur ajoutée (salaires effectifs, temps de travail, intéressement, participation...), le deuxième portera sur celles relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et la qualité de vie au travail (vie personnelle, insertion des travailleurs handicapés,...), le dernier englobera celles qui traitent de la gestion des emplois et des parcours professionnels dans les entreprises d'au moins 300 salariés. L'autre nouveauté de cette loi concerne la périodicité de ces négociations : une périodicité qui peut (depuis le 1^{er} janvier 2016) être modifiée par des accords d'adaptation majoritaires (dans la limite de trois ans pour les négociations annuelles et de cinq ans pour les négociations triennales). Toutefois, la nouvelle loi réserve un traitement particulier à la négociation salariale ; « *dans le cas où un accord modifie la*

sont des illustrations de cette décentralisation « *sous contrôle* »¹⁵⁶³ ; elles sont, par ailleurs, le reflet de la prégnance de la culture d'objectifs¹⁵⁶⁴ et d'une métamorphose du rôle de la loi¹⁵⁶⁵.

427. - Rupture. La promotion de la décentralisation de la négociation collective, et de son corollaire l'autonomie normative de l'entreprise, paraît en rupture avec le modèle traditionnel qui façonnait les systèmes de relations professionnelles en Europe du sud. D'après Monsieur Philippe Martin « *cette évolution nous paraît emblématique d'un effacement de ce qui faisait la particularité des droits du travail des pays du sud de l'Europe, avec lesquels le droit français présente d'ailleurs beaucoup de similitudes. L'État y est en net recul en tant qu'entité garantissant des droits intangibles, et l'entreprise tend à être promue comme l'acteur principal. En ce sens, il y a bien rupture avec le modèle historiquement constitué*¹⁵⁶⁶ ». Cette méfiance à l'égard de la régulation centralisée des relations de travail se traduit concrètement par une préférence¹⁵⁶⁷ pour la « *régulation de proximité* ».

périodicité de la négociation sur les salaires effectifs définie au 1° de l'article L. 2242-5, une organisation signataire peut, au cours de la période fixée par l'accord, formuler la demande que cette négociation soit engagée. L'employeur y fait droit sans délai ». Au-delà de cet effort d'organisation rationnelle des obligations de négocier, l'originalité de la loi *Rebsamen* réside dans cette faculté offerte aux interlocuteurs sociaux d'adapter par accord collectif majoritaire dérogatoire, en fonction des besoins de l'entreprise, la distribution des thèmes de négociation et leur périodicité, à condition de ne supprimer aucun des thèmes imposés par la loi. Cette habilitation législative à déroger (F. Canut, *La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée*, in. E. Mazuyer (dir), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 53) à la « *norme de référence* » est, « *en effet, à l'origine d'une évolution remarquable : en faisant basculer les obligations de négocier dans le champ de la dérogation conventionnelle à la loi, le législateur confie aux partenaires sociaux le soin de négocier et de fixer les règles du dialogue social [...]* ; une preuve supplémentaire de l'extension grandissante de la dérogation conventionnelle à la loi, portée par le même objectif d'adaptation des règles applicables aux entreprises » (A. Fabre, *Réforme des obligations de négocier dans l'entreprise : l'âge de raison ?* Dr. soc. 2015, p. 882, spéc., p. 888).

¹⁵⁶³ Pour une comparaison franco-allemande en matière de décentralisation de la négociation collective, v. Ch. Schulze-Doll, *Flexibilité par une « décentralisation contrôlée »*. *Évolution des négociations collectives en droit allemand et en droit français*, thèse, (dir. M. Le Friant) Avignon, 2007.

¹⁵⁶⁴ Le cas des obligations de négocier en témoigne largement. « *L'obligation de négocier n'est pas une obligation de contracter et l'on aurait tort de voir dans cette évolution un simple recul du pouvoir unilatéral de l'employeur. L'essentiel, peut-être, est ailleurs : dans le fait que les parties à la négociation ne sont plus de libres contractants, maîtres de l'objet de leur contrat, mais deviennent les agents de mise en œuvre de politiques d'intérêt général (politiques de formation professionnelle, d'égalité entre hommes et femmes, de l'emploi, etc.), les instruments obligés de réalisation d'objectifs qu'ils doivent faire leurs alors qu'ils ont été définis en dehors d'eux* », A. Supiot, *Un faux dilemme : la loi ou le contrat*, Dr. Soc. 2003, p. 70.

¹⁵⁶⁵ « Les objectifs, dans un premier temps cantonnés à l'entreprise, se sont diffusés à l'intérieur de la pyramide normative pour compenser l'affadissement de la loi », A. Pousson, *Les objectifs en droit du travail*, in. B. Faure (dir), *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 2010, p. 139.

¹⁵⁶⁶ Ph. Martin, *Le droit du travail en Espagne et en Italie. Convergences, divergences, singularités*, Les cahiers Irice, 2014/1 n° 11, p. 52.

¹⁵⁶⁷ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie septembre 2015, p. 91 ; E. Peskine, *Le droit du travail à la croisée des chemins*, op. cit., p. 13.

428. - Fondements : légitimité de proximité¹⁵⁶⁸ et principe de différenciation¹⁵⁶⁹.

L'idée qui sous-tend le mouvement de décentralisation de la négociation collective est que la norme travailliste serait légitime, économiquement efficace, acceptée et plus facile à mettre en œuvre si les acteurs de son élaboration sont proches de ses destinataires. Le niveau idéal de production des normes serait donc celui de l'entreprise. Cette vision, largement entérinée par les réformes récentes du droit du travail français, plaide pour un réagencement des espaces de production normative en faveur d'une politique de décentralisation. Le droit du travail devrait être, à l'instar des pays qui ne connaissent que le niveau d'entreprise comme espace de négociation collective (ex. Etats-Unis d'Amérique), un droit produit par l'entreprise et pour l'entreprise¹⁵⁷⁰. La valorisation de la place de la négociation collective d'entreprise au sein du droit du travail est aujourd'hui largement approuvée ; elle corrobore le discours tendant à considérer la norme étatique légiférée et centralisée comme une entrave à l'efficacité économique des entreprises.

429. - En ce sens, le rapport Combrexelle prône la consolidation du processus de décentralisation de la négociation collective lorsqu'il plaide dans sa proposition n° 26 pour la redéfinition de « *l'architecture* »¹⁵⁷¹ du code du travail; il préconise¹⁵⁷² une distinction entre les normes qui relèvent de l'ordre public législatif à caractère impératif (« *les principes fondamentaux du droit du travail qui relèvent strictement du champ de l'article 34 de la Constitution ainsi que les normes de transposition du droit communautaire : ces principes et normes présentant un caractère impératif car relevant de l'ordre public*¹⁵⁷³ »), celles qui

¹⁵⁶⁸ P. Rosanvallon, La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité et proximité, Seuil, 2008, p. 267 et s.

¹⁵⁶⁹ G. Borenfreund, Représentativité syndicale et négociation collective, Dr. Soc. 2013, p. 300.

¹⁵⁷⁰ D. Berra, préface de la thèse de Mme E. Courtois-Champenois, Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise. Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, p. 7.

¹⁵⁷¹ Mise en œuvre par la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (« Proposition n° 26 – Projet, à moyen terme c'est-à-dire dans un délai maximal de quatre ans, d'une nouvelle architecture du code du travail faisant le partage entre les dispositions impératives, le renvoi à la négociation collective et les dispositions supplétives en l'absence d'accord », J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre, France Stratégie septembre 2015, p. 78 et s.).

¹⁵⁷² En utilisant l'argument phare de l'analyse économique comparée : les modèles juridiques des pays réalisant des performances économiques et sociales meilleures que celles observées en France, J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, op. cit., 45 : « [...] il est tentant de regarder plus spécifiquement les pratiques développées dans des pays à la fois proches institutionnellement et ayant des performances économiques et sociales plus satisfaisantes que les nôtres. Les systèmes de relations sociales en Allemagne ou dans les pays nordiques sont bien souvent invoqués comme modèles ».

¹⁵⁷³ Ibid., p. 79.

peuvent être renvoyées à la négociation collective instaurant un ordre public conventionnel (« *les champs ouverts à la négociation avec le minimum d'encadrement législatif qu'exige la Constitution*¹⁵⁷⁴ »), et enfin les dispositions supplétives qui ne s'appliqueraient qu'à défaut d'accord de branche ou d'entreprise. Cette recommandation essentielle¹⁵⁷⁵ du rapport Combrexelle marque d'ailleurs une « *nette rupture avec la logique qui a présidé à l'édification du système français de relations professionnelles*¹⁵⁷⁶ ». Un ordre public absolu réduit et des règles de droit du travail dérogeables et supplétives ne feraient que faciliter le mouvement de décentralisation de la négociation collective.

430. - Prétendant manifester une dimension apaisée de la gestion des relations sociales, l'accord collectif d'entreprise renvoie aux idées de dialogue, de concertation et de construction de compromis sociaux fiables et adaptés aux besoins réels des entreprises. L'idée d'une gestion autoritaire et unilatérale dominée par l'omnipotence de l'employeur serait incompatible avec la promotion de la contractualisation et de la bonne gouvernance des rapports sociaux et des entreprises¹⁵⁷⁷. C'est ainsi que la norme conventionnelle évoque une nouvelle forme de l'adaptation, particulièrement plébiscitée par l'analyse économique, de la production normative aux faits ou à la réalité sociale et économique de l'entreprise. La promotion d'un système de production de normes négociées au plus près de ses destinataires conforte un discours largement répandu au sein de la doctrine économique dominante portant sur les vertus économiques de la proximité ou de la décentralisation. La contractualisation et la décentralisation de la production des règles de droit du travail semblent être inconciliables avec l'existence d'un système d'articulation pyramidal, rigide et contraignant des normes travaillistes ; la règle étatique et la convention de branche devraient « *s'éclipser*¹⁵⁷⁸ » devant les accords collectifs d'entreprise.

¹⁵⁷⁴ Ibid.

¹⁵⁷⁵ P. Lokiec, J. Porta, Droit des relations professionnelles octobre 2014 - octobre 2015, D. 2015 p. 2340.

¹⁵⁷⁶ E. Peskine, Le droit du travail à la croisée des chemins, op. cit., p. 13.

¹⁵⁷⁷ Cependant, la participation syndicale par voie d'accord collectif d'entreprise est parfois conçue pour légitimer certaines décisions patronales, qui sont par nature unilatérales (ex. Accord de maintien de l'emploi, accord de mobilité interne et plan de sauvegarde de l'emploi), v. M. Poirier, *A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ?* Dr. ouvr. 2013, p. 240.

¹⁵⁷⁸ Ch. Neau-Leduc, *L'articulation de la norme légale et de la norme conventionnelle*, in. B. Teyssié (dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 153. Étudiant l'articulation de la norme légale et de la norme conventionnelle, l'auteur évoque notamment « *l'éclipse partielle*

431. - Modèles étrangers et réglementation de proximité. Le principe de proximité est au cœur de l'articulation des normes sociales dans plusieurs pays européens connaissant une montée en puissance des accords collectifs d'entreprise. Les réformes du droit italien du travail consacrent la suprématie de l'accord collectif et affaiblissent le principe de faveur. Sur le fondement de l'article 9 de la loi italienne n° 148/2011, les « *contrats de proximité d'entreprise ou territoriaux, peuvent contenir des dispositions moins favorables à celles contenues dans les conventions collectives ou dans la loi*¹⁵⁷⁹ ».

Le droit allemand accueille, depuis longtemps, le principe de proximité¹⁵⁸⁰ comme mode de résolution des conflits de normes conventionnelles de travail. Sous l'effet d'un double mouvement d'érosion aussi bien externe qu'interne de la convention branche, pilier traditionnel du système allemand des relations professionnelles, la tendance à la décentralisation s'est accélérée depuis une quinzaine années : baisse du taux de couverture conventionnelle des salariés par accord de branche¹⁵⁸¹ ; plusieurs accords d'entreprise prévoient des stipulations différentes voire défavorables méconnaissant les prescriptions de la convention de branche applicable. Se déploierait une forme de décentralisation « *non coordonnée*¹⁵⁸² ».

432. - Risque, polarisation de la négociation collective. En droit du travail français, suivant une tendance largement partagée par certains pays étrangers, les choix opérés par le législateur provoquent une polarisation de la négociation collective vers le niveau interprofessionnel, d'une part, et vers l'entreprise (voire l'établissement) d'autre autre. Le déclin de la négociation de branche agite le spectre d'un système de relations professionnelles

de cette articulation qui entraîne l'effacement de la norme légale », p. 156.

¹⁵⁷⁹ F. Martelloni, *Le Jobs Act : le chemin italien vers la sécurisation de l'entreprise (et de ses abus)*, in. *Le Jobs Act italien : quelles inspirations ?* RDT 2015, p. 306.

¹⁵⁸⁰ « *Le droit du travail allemand ne règle pas les concours de conventions collectives par le principe de faveur ; c'est plutôt un principe de proximité qui règle la question : si IG Metall signe un accord de branche et un accord Volkswagen, c'est le second qui s'applique chez Volkswagen* », Fr. Gaudu, *Les relations entre contrats de travail et normes conventionnelles au vu de la jurisprudence et du droit comparé, contribution prononcée dans le cadre du Séminaire « Politiques de l'emploi – Interactions de l'économie et du juridique »*, organisé par le Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi le 21 janvier 2011, p. 8 (http://www.touteconomie.org/fichier/f2_e.pdf)

¹⁵⁸¹ T. Mühlbach, *Le dialogue social en Allemagne : l'équilibre du système dual de relations industrielles*, op. cit., p. 254. V. égal. M. Knuth, *Les réformes du marché du travail et le « miracle de l'emploi » en Allemagne*, Comité économique et social européen, 201 (http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/germany_xl_fr.pdf)

¹⁵⁸² T. Mühlbach, op. cit., p. 255.

axé exclusivement sur la négociation d'entreprise, sur le modèle des Etats-Unis avec une grande disparité selon que l'entreprise est organisée (syndiquée ou pas). Au-delà du constat de polarisation de la régulation conventionnelle des relations de travail, la préférence affichée pour la décentralisation de la négociation collective risque, dans le cas de généralisation des accords majoritaires dérogatoires, de contribuer à une fragmentation de la négociation collective en renforçant les inégalités entre les entreprises, et partant développer un « *dumping social* » interne¹⁵⁸³ ; se jouerait aussi une concurrence, voire une « course vers le bas » entre les entreprises¹⁵⁸⁴ sur fond de leur capacité à drainer des investissements, en sacrifiant les droits des salariés sur l'autel de la compétitivité¹⁵⁸⁵.

433. - La décentralisation de la négociation collective conduit, au gré des réformes successives, sinon à consacrer une quasi-exclusivité sur certaines matières, du moins à renforcer la place et le rôle des accords collectifs d'entreprises dans la régulation des relations de travail¹⁵⁸⁶. A l'instar du droit américain, où c'est l'accord collectif qui « *au-delà de constituer un contrat collectif de travail, intègre des clauses ayant pour objet de réglementer l'organisation des relations professionnelles*¹⁵⁸⁷ » et s'imposant à tous les contrats individuels des salariés syndiqués ou non syndiqués¹⁵⁸⁸, la négociation d'entreprise, portant à la fois sur des règles procédurales et substantielles, est en passe – avec l'appui de l'instrumentalisation

¹⁵⁸³ L'exemple de l'accroissement du nombre des dérogations à la loi et de la supplétivité des accords de branche en matière de la durée du temps de travail y participe largement, v. F. Canut, Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, Dr. Soc. 2010, p. 379.

¹⁵⁸⁴ En fonction de la variabilité des situations et des rapports de forces des interlocuteurs sociaux, « *de significatives différences de protection peuvent apparaître. Le risque est une mise à mal générale du principe d'égalité* », A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, op. cit., p. 179.

¹⁵⁸⁵ J. Icard, Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, Cah. soc. 2013, n° 254, p. 280.

¹⁵⁸⁶ Évolution constatée dans plusieurs pays européens. Les comparatistes des systèmes de relations professionnelles constatent, depuis les années 1980, dans les différents pays européens « *deux grandes évolutions existant à des degrés divers mais de manière convergente : d'une part un affaiblissement tendanciel du nombre des affiliés aux organisations syndicales de salariés, d'autre part un mouvement de décentralisation de la négociation collective généralement vers l'entreprise. Cette décentralisation a été en général concédée par les syndicats, dans un contexte de rapport de force dégradé, inégalement selon les pays bien sûr et surtout selon les moments qui ne sont pas strictement coïncidant d'un pays à l'autre : à une extrémité la France où la décentralisation vers l'entreprise est précoce, à l'autre extrémité, la Suède où elle est très récente* », Fr. Lerais, J.-M. Pernot, U. Rehfeldt, C. Vincent, avec le concours de J. Faniel, M. Capronet B. Conter, N. Prokovas, B. Nacsas et L. Neumann, *La démocratie sociale à l'épreuve de la crise. Un essai de comparaison internationale*, Rapport IRES, n°04/2013, p. 14 et s.

¹⁵⁸⁷ S. Néron, La négociation collective aux Etats-Unis : instrument de gestion et de paix sociale, JCP S, n° 4, 25 janvier 2011, 1021.

¹⁵⁸⁸ V. infra. n° 467 et s.

des arguments de droit comparé – de transformer progressivement les entreprises en lieux d'autorégulation normative, de « *corporisation*¹⁵⁸⁹ » ou de « *néo-corporatisme*¹⁵⁹⁰ ».

§ 2 : L'institution progressive de l'autorégulation de l'entreprise

434. - Vers un droit à « l'autodétermination » juridique de l'entreprise. La norme étatique n'est plus toute puissante. Présentées comme ayant « *le double mérite d'avoir été librement négociées et acceptées – avantage psychologique – et d'être souvent mieux adaptées aux réalités économiques et sociales – avantage technique* –¹⁵⁹¹ », les règles conventionnelles construites au niveau de l'entreprise n'ont eu de cesse de se développer et d'occuper une grande part du corpus juridique applicable aux relations de travail. Les acteurs sociaux situés au plus près du lieu d'exécution du travail deviennent des parties prenantes responsabilisées et incontournables¹⁵⁹² dans l'élaboration et la mise en œuvre de la norme travailliste. Ce culte de la proximité¹⁵⁹³ est sous-tendu par l'idée que la norme négociée permettrait d'atteindre l'objectif, tant souhaité par l'analyse économique comparée, d'autorégulation de l'entreprise intrinsèquement favorable à l'emploi par comparaison avec les effets pénalisants d'un droit du travail trop réglementaire venant d'en haut¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁸⁹ « [...] ce néologisme désigne le mouvement qui tend à faire de l'entreprise un niveau central et de plus en plus autonome de création de règles », A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, op. cit., p. 178.

¹⁵⁹⁰ A. Supiot, Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France, Droit et société, n°6, 1987 pp. 177-200. Constituant un « un cadre de référence privilégié dans l'organisation des relations juridiques de travail » (p.187), l'entreprise peut être le lieu d'expression du « *héo-corporatisme*"[qui] sert à désigner l'émergence d'associations regroupant, sous les auspices ou avec l'aval de l'Etat, des représentants de groupes d'intérêts antagonistes, et assurant la conciliation de ces intérêts grâce au pouvoir normatif qui leur est reconnu » (p.177).

¹⁵⁹¹ B. Teyssié, Propos autour d'un projet d'autodafé, Dr. Soc. 1986, p. 561.

¹⁵⁹² Représentant l'archétype de la tradition abstentionniste en droit du travail, le modèle nord-américain, chantre de l'autonomie normative de l'entreprise, place les acteurs (syndicats et employeurs) des relations industrielles sur le même pied d'égalité ; il « *repose tout autant sur la commune acception de valeurs morales. Les parties (patronale et syndicale) seront dès lors traitées de façon identique par le Droit étatique. Tous ont l'obligation de négocier de bonne foi. Sinon, c'est pratique déloyale (« Unfair Labor Practice »). Une telle problématique semble bien étrangère aux juristes français qui conçoivent le Droit du travail à partir de l'inégalité (de pouvoirs et de situation juridique) entre employeurs et salariés* », J.-C. Javillier, *Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française*, op. cit., p. 661.

¹⁵⁹³ J.-E. Ray, *Droit du travail. Droit vivant 2013/2014*, éd. Liaisons, 22ème éd. 2013, p. 40.

¹⁵⁹⁴ J. Barthélemy, G. Cette, Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru de la négociation, Dr. soc. 2006, p. 25.

« *L'irrésistible essor de l'accord dans le droit des relations de travail*¹⁵⁹⁵ » et la diversification des techniques flexibles d'articulation des normes travaillistes promues par les récentes réformes du droit du travail en témoignent largement (A). Cette nouvelle orientation de la production normative en droit du travail soulève par ailleurs certains enjeux théoriques qu'il faudrait brièvement analyser (B).

A. Techniques

435. - Une réponse à certaines préconisations libérales. La législation travailliste devrait répondre aux attentes des acteurs économiques et sociaux correspondant aux contraintes imposées par une économie globalisée. Tel est le fil conducteur de l'argumentation de l'influente organisation patronale française – le Mouvement des entreprises de France (Medef) – pour la réforme d'un droit du travail hérité du « *modèle des Trente Glorieuses* ». L'une de ses principales demandes consiste à ériger l'entreprise en un lieu privilégié d'élaboration des règles sociales. Selon le « petit livre jaune » rédigé par le Mouvement des entreprises de France : « *pour s'adapter le plus simplement et le plus rapidement à ce nouvel environnement mouvant, le cœur de la définition des règles sociales doit désormais être l'entreprise. C'est dans l'entreprise que l'organisation du travail peut être définie de la manière la plus efficace en fonction des marchés, des projets, des secteurs, et de sa propre situation. Cela suppose une révolution importante car, aujourd'hui, c'est la loi qui fixe, souvent de manière tatillonne, ces règles*¹⁵⁹⁶ ». Ainsi, la piste envisagée par l'organisation patronale passerait-elle par la refondation du dialogue social pour contrecarrer « *la dérive législative*¹⁵⁹⁷ » en « *donnant plus de portée et de marge de manœuvre à la négociation d'entreprises*¹⁵⁹⁸ ». L'ambition de l'organisation patronale vise, *in fine*, à faire assumer par les interlocuteurs sociaux la « *responsabilité de dire le droit*¹⁵⁹⁹ ». Derrière cet

¹⁵⁹⁵ B. Teyssié, De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail, JCP S n° 18-19, 6 Mai 2014, 1180.

¹⁵⁹⁶ Petit livre jaune du Medef, 1 Million d'emploi... c'est possible. Les propositions du Medef, Comment relancer la dynamique de création d'emplois en France ? Quels activateurs possibles de croissance ?, Septembre 2014, p. 28.

¹⁵⁹⁷ Ibid.

¹⁵⁹⁸ Ibid., p. 29.

¹⁵⁹⁹ Une tâche relevant traditionnellement des missions du législateur, v. P. Lokiec, « *Qui dit conventionnel dit*

appel à la densification de la négociation collective, soutenue par la mobilisation d'une pluralité de techniques normatives (2), se niche une unité d'objectifs (1), en l'occurrence la réalisation de l'autorégulation de l'entreprise, gage d'efficacité économique.

1. Une unité d'objectifs

436. - Depuis quelques décennies le droit du travail n'est plus seulement considéré comme une législation contraignante essentiellement protectrice des salariés, visant à leur garantir une citoyenneté économique et sociale au sein de l'entreprise, mais aussi comme un outil de gestion de l'entreprise et de sa performance économique. Technique d'organisation des services, du personnel et d'aménagement du temps de travail, le droit du travail devrait, pour remplir parfaitement cette mission, être plus proche des spécificités de chaque entreprise ; pour qu'il en soit ainsi, l'entreprise devrait légitimement s'autoréguler par le jeu de règles négociées en son sein. Les réformes successives¹⁶⁰⁰ du droit du travail ont créé les conditions favorables à la réalisation de ce projet.

437. - **L'accroissement de la capacité normative de l'entreprise.** Si « *la place de l'économie a toujours été d'une prégnance évidente*¹⁶⁰¹ » dans le raisonnement du législateur, les préconisations de l'analyse économique comparée promeuvent conformément aux « *vertus marchandes de la négociation*¹⁶⁰² » le droit conventionnel. Les évolutions du droit du travail français empruntent cette voie. L'une de ces évolutions, et non des moindres, considère la

juste ! ». *L'avènement d'un nouveau dogme*, JCP G 2015, 282.

¹⁶⁰⁰ V. not. : Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, transposant l'Accord National Interprofessionnel du 31 octobre 1995, permettant de conclure des accords dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ; Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social ; Loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ; Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives ; Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ; Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ; Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁶⁰¹ O. Descamps, Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit, in. S. Bollée, Y-M. Laithier, C. Pérès (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica 2010, p. 39.

¹⁶⁰² G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, op. cit., p. 359.

norme travailliste comme un simple outil de gestion des entreprises¹⁶⁰³ devant répondre favorablement aux objectifs économiques et financiers de ces dernières. « *L'esprit de compétitivité*¹⁶⁰⁴ » et la logique concurrentielle devraient animer les acteurs le droit du travail. Selon un éminent juriste français et fervent partisan de cette logique¹⁶⁰⁵, « *le glissement du droit du travail dans la sphère du droit des affaires est porteur d'un changement de logique. S'il demeure un instrument de protection du salarié, il devient aussi, de plus en plus, un outil d'organisation de l'entreprise animé des mêmes objectifs que le droit des sociétés ou celui des contrats commerciaux : contribuer à sa compétitivité*¹⁶⁰⁶ ».

438. - Idéologie du contractualisme¹⁶⁰⁷ et propositions normatives. En mobilisant l'argument comparatiste, l'analyse économique comparée du droit formule, après avoir dressé une image sombre de la législation sociale française, des propositions. Souvent, son « *discours se fait normatif*¹⁶⁰⁸ ». Le renforcement du dialogue social – « *technique de production du droit*¹⁶⁰⁹ » – et la substitution de la norme réglementaire, *source d'inefficacité économique et sociale*¹⁶¹⁰, par la norme conventionnelle cristallisent la grande partie des critiques de l'analyse économique¹⁶¹¹ proférée à l'égard de la production normative en droit du travail. Considérée jadis comme un instrument de progrès social, la négociation collective

¹⁶⁰³ V., dans une perspective comparative, le Rapport Supiot, A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Rapport pour la Commission européenne, 1999, p. 44 et s.

¹⁶⁰⁴ B. Teyssié, *Droit du travail et droit des affaires*, D. 2004, p. 2698.

¹⁶⁰⁵ Reflétant d'ailleurs l'ambivalence intrinsèque du droit du travail, v. en sens G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 1995 ; J.-Y. Kerbouc'h, *Penser la flexibilité en droit du travail*, in. M. de Nanteuil, A. El Akremi (dir), *La société flexible*, ERES, coll. *Sociologie économique*, 2005 p. 32 et s.

¹⁶⁰⁶ B. Teyssié, *Droit du travail et droit des affaires*, D. 2004, p. 2698.

¹⁶⁰⁷ Le mouvement de contractualisation ne doit pas être confondu avec le « contractualisme ». Celui-ci est une sorte d'idéologie, au sens d'un système de valeurs expliquant l'action des acteurs, qui considère les liens contractuels comme la manifestation la plus haute et la plus libre du lien entre les individus. Tandis que la contractualisation est le reflet d'une nouvelle pratique observable du contrat comme instrument privilégié de régulation des rapports de droit privé et de droit public (v. le Rapport du Conseil d'Etat de 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*), sans prise de position idéologique claire. V., sur cette question, la présentation de cette distinction par le Professeur Alain Supiot, *La fonction anthropologique du droit*, in. *Entre la loi et le contrat*, Esprit, février 2001, p. 155. Selon l'idéologie du contractualisme « *l'être humain ne devrait pas être soumis à d'autres limites que celles qu'il se fixe librement à lui-même* », A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, coll. *Points*, 2005, p. 202.

¹⁶⁰⁸ J.-F. Cesaro, *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, in. B. Teyssié (dir), *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2011, p. 194.

¹⁶⁰⁹ N. Moizard, *L'approche européenne du dialogue social national*, op. cit., p. 8.

¹⁶¹⁰ J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013, p. 20.

¹⁶¹¹ J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, op. cit., *spéc.*, p. 61 et s., et p. 95 et s.

se mue en un mécanisme d'échange « donnant-donnant », un « *Give-and-Take*¹⁶¹² » à l'américaine, entre les acteurs sociaux¹⁶¹³. D'une manière générale, la refondation du rôle de la négociation collective participe d'une tendance – traversant d'ailleurs plusieurs pays européens : Espagne, Italie, Grèce... etc.¹⁶¹⁴ – visant l'émancipation des relations collectives de travail des « contraintes » réglementaires étatiques, en transformant à la fois l'accord national interprofessionnel en acte quasi-législatif ou pré-parlementaire¹⁶¹⁵, et l'accord d'entreprise en un mode autonome de régulation à l'instar du modèle américain de la régulation des relations professionnelles.

439. - La déréglementation, un préalable de l'essor de l'autoréglementation de l'entreprise. Le choix est désormais¹⁶¹⁶ fait en faveur d'un édifice normatif propice à l'épanouissement des relations conventionnelles au sein de l'entreprise. « *Certes, l'Etat continue plus que jamais à produire des normes, mais cette production se développe au profit de l'entreprise, devenue elle-même pôle producteur d'un certain type de droit*¹⁶¹⁷ ». Déjà dans les années 1980, un auteur formulait des prédictions¹⁶¹⁸, à propos de la montée en force de la supplétivité de la norme travailliste construite en dehors de l'entreprise : « *en définitive, le choix est logiquement inéluctable entre un droit du travail légal qui ne correspond plus entièrement aux besoins de notre temps, et un droit du travail conventionnel mais nécessairement étayé sur des syndicats forts et une négociation permanente. Le métissage,*

¹⁶¹² V. sur l'importance de la négociation collective d'entreprise comme voie unique, autonome et flexible de régulation des relations collectives de travail aux Etats-Unis, X. Blanc-Jouvan, *La négociation collective d'entreprise : l'expérience des États-Unis*, Dr. Soc. 1990, p. 638; v. égal. S. Néron, *La négociation collective aux États-Unis : instrument de gestion et de paix sociale*, JCP S., n° 4, 25 Janvier 2011, 1021, *spéc.*, n° 5.

¹⁶¹³ Par ex. les accord compétitivité-emploi et les accord de maintien de l'emploi (instauré par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 et consolidé par la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, du 6 août 2015). V. plus récemment les accords de préservation et de développement de l'emploi, instauré par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁶¹⁴ V. le numéro 2012/2 de la Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale ; A. Perulli, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, op. cit., p. 179.

¹⁶¹⁵ J.-D. Delley, La participation des acteurs socio-économiques au processus pré-parlementaire : ni contractualisation, ni nouveauté, in. S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 127.

¹⁶¹⁶ V. en dernier lieu la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁶¹⁷ R. Charvin, Droit économique, droit des « affaires » et défaite du social, RID éco. 2013, p. 506.

¹⁶¹⁸ Cette prédiction semble maintenant se réaliser. Preuve en est les récentes propositions du rapport Combrexelle plaçant pour une nouvelle architecture du Code du travail dont la clé de voûte serait un principe de supplétivité, J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie septembre 2015, proposition n° 26.

produit de l'histoire, pourrait être un jour rejeté, le Code se contentant de poser les principes fondamentaux, très peu nombreux, devant servir de guide aux juges. La loi du travail pourrait être, non dans sa totalité, mais dans la majeure partie de son contenu, de type supplétif. C'est cela la déréglementation¹⁶¹⁹ ».

440. - A la réalisation de cet objectif d'autodétermination juridique de l'entreprise une pluralité de techniques normatives apporte leur soutien.

2. Une pluralité de techniques

441. - L'essor de l'accord collectif d'entreprise. Favorablement accueillie par le législateur français, la valorisation croissante de l'accord d'entreprise exprime la volonté de privilégier la régulation conventionnelle des rapports de travail. Cette tendance symbolise, également, un regain d'intérêt pour la notion d'autonomie collective des partenaires sociaux¹⁶²⁰. Les comparaisons internationales, vantant les effets économiques du contrat collectif d'entreprise, appuient une telle orientation du système de relations professionnelles. On songe, notamment, au modèle allemand, tout spécialement à ses accords compétitivité-emploi¹⁶²¹, et les mérites sociales – en termes de pacification des relations entre interlocuteurs sociaux – et économiques – qui seraient derrière un taux de croissance et d'emploi honorables par rapport à certains pays européens (France, Italie, Espagne) – que l'on attribue à son système de régulation conventionnelle des relations de travail. En d'autres termes, « *pour se renouveler, elle [la convention collective] devrait répondre à l'attente et prendre la forme d'une réglementation décentralisée au niveau de l'entreprise qui s'appliquerait à la gestion de situations au regard desquelles les règles externes ne joueraient plus qu'un rôle complémentaire et résiduel*¹⁶²² ». Les techniques normatives mises à disposition au profit des acteurs sociaux pour « sanctuariser » l'autoréglementation de l'entreprise empruntent deux

¹⁶¹⁹ G. Lyon-Caen, *La bataille truquée de la flexibilité*, Dr. Soc. 1986, p. 807. Souligné par nous.

¹⁶²⁰ Sur cette question, v. P. Rémy, *L'autonomie collective : une illusion en droit français*, in. Ph. Waquet (dir.), *13 paradoxes en droit du travail*, supp. Sem. soc. Lamy. n° 1508, 2011, p. 62 ; M. Le Friant, *Collective Autonomy: Hope or Danger ?*, Comparative Labor Law & policy Journal, 2013, p. 627.

¹⁶²¹ Sur ce point et dans une perspective comparative franco-allemande, v. P. Rémy, *Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un modèle pour le droit français ?* RDT. 2012, p. 133.

¹⁶²² U. Romagnoli, *La déréglementation et les sources du droit du travail*, RIDC 1990, p. 13.

voies : celle de la primauté de l'accord collectif d'entreprise (a), et celle des techniques d'articulation des normes travaillistes (b).

a. Le contrat collectif d'entreprise

442. - Concrétisation du projet – « néolibéral¹⁶²³ » – de contrat collectif d'entreprise.

La proposition d'un contrat collectif d'entreprise¹⁶²⁴ n'est pas restée lettre morte. La loi « Fillon »¹⁶²⁵ du 4 mai 2004 « a largement donné satisfaction aux partisans d'un « contrat collectif d'entreprise » en permettant de négocier dans l'entreprise des accords qui dérogent aux règles de la convention de branche¹⁶²⁶ » ou à de nombreuses dispositions légales. Marquant une mutation profonde du droit de la négociation collective¹⁶²⁷, « qui est la plus importante intervenue depuis la loi de 1950¹⁶²⁸ », la loi du 4 août 2004 porte également le sceau de la volonté des partenaires sociaux d'encourager le recours à la technique conventionnelle ; cette loi a été précédée par des expériences de dialogue social allant dans ce sens¹⁶²⁹.

La possibilité de conclure dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux des accords collectifs avec des élus du personnel renvoie à un autre aspect de la réception de la notion de « contrat collectif » en droit du travail français. L'argument de droit comparé a

¹⁶²³ A. Supiot, préf. A la nouvelle édition du Rapport Au-delà de l'emploi, Flammarion, 2016, p. XXI. ;

¹⁶²⁴ Par ex. J.-C. Guibal, *Point de vue : plaider pour un « contrat collectif d'entreprise »*, Dr. Soc. 1986, p. 602 ; Association Entreprise et Progrès, Liaisons sociales 6 mars 1985 ; de la même association, *Inventer de nouvelles relations dans l'entreprise : le contrat collectif d'entreprise*, janvier 1995, Liaisons Sociales, n° 9/95 du 16 janvier 1995.

¹⁶²⁵ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

¹⁶²⁶ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz coll. Précis 2014, éd. 28, n° 1232, p. 1327.

¹⁶²⁷ En introduisant notamment pour la première fois le principe majoritaire comme condition de validité des accords et conventions collectifs, et en réaménageant les règles d'articulation entre les différents niveaux de négociation en faveur de celui de l'entreprise. « *L'introduction d'une idée majoritaire [...] s'inscrit logiquement dans la négociation de véritables contrats collectifs, générateurs d'engagements réciproques, que ne sont pas les accords collectifs dans notre droit* », A. Jemmaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, *L'ordonnancement des relations du travail*, D. 1998, p. 359.

¹⁶²⁸ G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, op. cit., 28^e éd. n° 1232, p. 1327.

¹⁶²⁹ Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, non signé par la CGT et la CGT-FO, voulant étendre la négociation collective aux entreprises sans implantation syndicale par le biais de représentants élus du personnel ou de salariés mandatés par le syndicat, et la Position commune, non signé par la CGT, sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective du 16 juillet 2001 (Reproduite dans la revue Dr. Soc. 2003, p. 92).

d'ailleurs joué un rôle d'appui durant les discussions parlementaires précédant la loi du 12 novembre 1996¹⁶³⁰. Selon un spécialiste de droit comparé, « *au moment où le droit français de la négociation collective sembl[ait] connaître des évolutions majeures, les références à un prétendu modèle allemand se multipli[aient] (...) à l'occasion de la discussion sur la constitutionnalité de l'article 6 de la loi du 12 novembre 1996*¹⁶³¹ ».

443. - L'irrésistible montée en force des accords majoritaires¹⁶³². Critiqués pour plusieurs raisons¹⁶³³, les accords d'entreprise majoritaires¹⁶³⁴ doivent être signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au premier tour au moins 50%¹⁶³⁵ des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives. Accords de droit spécial de la négociation collective dérogeant à la règle de droit commun, qui exige

¹⁶³⁰ Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, transposant l'Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, visant à « *pallier le déficit de négociation dans les entreprises* », sur les évolutions successives en la matière, v. F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, coll. Manuel, 4^e éd., 2014, p. 159 et s. V. également en dernier lieu les apports de la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015, B. Gauriau, *La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux*, Dr. soc. 2015, p. 878.

¹⁶³¹ P. Rémy, *La décentralisation de la négociation collective en Allemagne sous l'angle de la représentation*, Dr. soc. 1997, p. 1015 : « *dans la réponse du Gouvernement [...] qui s'appuie sur le droit allemand pour démontrer la conformité d'une négociation d'entreprise menée par les élus avec les normes internationales (JO 13 novembre 1996, p.16540)* ».

¹⁶³² Au-delà des exemples étudiés ici, l'accord majoritaire dérogatoire peut également être utilisé en matière des normes relatives au dialogue social. V., sur le cas des obligations de négocier, A. Fabre, *Réforme des obligations de négocier dans l'entreprise : l'âge de raison ?*, Dr. soc. 2015, p. 882, spéc. p. 886 : « *C'est là, sans doute, que réside l'innovation la plus importante : dans certaines limites et à certaines conditions, il sera désormais possible de modifier, par accord collectif d'entreprise majoritaire, la temporalité et le périmètre des négociations obligatoires. Cette possibilité nouvelle traduit un projet plus profond qu'irrigue d'ailleurs la loi Rebsamen à d'autres endroits : permettre aux partenaires sociaux de déterminer eux-mêmes les règles du dialogue social* ».

¹⁶³³ « *Il est cependant loin d'être avéré qu'il soit de bonne politique juridique de segmenter les normes applicables aux conventions et accords collectifs d'entreprise en imposant, au gré des réformes, des normes particulières en fonction de l'objet de la convention ou de l'accord. La « lisibilité » du dispositif et la sécurité offerte à ceux qui sont appelés à le pratiquer ne peuvent qu'en être amoindries* », B. Teyssié, *De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail*, JCP S N° 18-19. 6 mai 2014, 1180.

¹⁶³⁴ V. par exemple les accords issus de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, modifiés par la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015, les accords portant sur l'élaboration négociée du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi issus de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, et les accords de maintien de l'emploi (C. trav., art. L. 5125-1 et s.).

¹⁶³⁵ Cette condition est désormais généralisée en vertu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Pour être valides, les accords collectifs devront être signés par les organisations syndicales qui ont obtenu plus de 50 % des suffrages exprimés. Lorsque les signataires ne représentent que 30 % des suffrages exprimés, ils pourront demander à ce que l'accord soit validé par référendum. Cette exigence majoritaire s'appliquera : – dès la publication de la loi, pour les accords de préservation et de développement de l'emploi, – à compter du 1er janvier 2017 pour les accords sur la durée du travail, le repos et les congés, – à compter du 1er septembre 2019 pour les autres accords (Loi n°2016-1088, 8 août 2016, art. 21, IX, A.), v. B. Teyssié, *La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement*, JCP S n° 35, 6 septembre 2016, 1292 spéc., n°16.

(avant l'entrée en vigueur de la loi Travail du 8 août 2016) seulement le taux de 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, les accords majoritaires légitiment, tout particulièrement dans un contexte de crise socio-économique, la mise en place de mesures défavorables aux droits des salariés.

444. - La réception des accords compétitivité-emploi. D'aucuns souhaitent, en citant le modèle allemand des accords compétitivité-emploi, que les accords de maintien de l'emploi¹⁶³⁶ « s'impose[nt] de plein droit aux contrats de travail¹⁶³⁷ ». La raison avancée pour justifier cette proposition est celle de rendre ces accords dérogatoires plus attractifs pour les entreprises en termes de flexibilité. De surcroît, ces accords devraient être conclus, selon l'économiste Bertrand Martinot, d'une manière offensive, et non pas uniquement défensive¹⁶³⁸. Ce dispositif d'autorégulation de l'entreprise, issu de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013¹⁶³⁹, n'est pas le seul à exprimer cette volonté d'émanciper la capacité normative des entreprises des contraintes édictées « d'en haut » – par les sources du droit du travail de niveau supérieur : loi et branche –, et « d'en bas » – stipulations des contrats individuels de travail –. C'est en cela que l'on a pu dire que l'autorégulation normative de l'entreprise procède d'une nouvelle vision de l'articulation du collectif et de l'individuel imposant un « véritable changement de rationalité¹⁶⁴⁰ ». Le Professeur Frédéric Géa relève à cet égard, en soulignant l'exaltation de la supériorité normative des accords

¹⁶³⁶ Le mouvement de décentralisation de la négociation collective s'est renforcé par la création des accords de maintien de l'emploi (art. C. trav. L. 5125-1 à L. 5125-7), qui dérogent considérablement au droit commun des conventions collectives. Caractérisés par une forte contractualisation, les accords de maintien de l'emploi participent à l'émergence d'un nouveau contrat collectif, v. en ce sens, Fr. Favennec-Héry, *Les accords de maintien de l'emploi*, JCP. S., n° 18-19, 6 Mai 2014, 1186 : « L'accord de maintien de l'emploi, vers un nouveau contrat collectif » (p. 46). Les récents accords de préservation et de développement de l'emploi participent également à ce mouvement.

¹⁶³⁷ B. Martinot, *Emploi : le temps des (vraies) réformes ? Propositions pour la conférence sociale de juillet 2014*, Institut Montaigne, juillet 2014, p. 6.

¹⁶³⁸ Ibid., « Il conviendrait de faciliter et de simplifier la conclusion d'accords de maintien dans l'emploi pour que les entreprises s'en emparent vraiment. Il s'agit d'une flexibilité interne qui explique une partie non-négligeable de la bonne tenue de l'emploi en Allemagne malgré la récession. La réforme devrait consister à ce que ces accords s'imposent de plein droit aux contrats de travail et qu'ils puissent être conclus de manière offensive, et non pas uniquement défensive ». v., sur la question des accords de maintien de l'emploi offensifs, les analyses critiques de F. Géa, *Et maintenant des accords de maintien de l'emploi « offensifs » ?*, RDT 2014, p. 60.

¹⁶³⁹ Modifié par la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, n° 2015-990, du 6 août 2015, JO 7 août 2015, v. P.-H. Antonmattei, *Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif*, Dr. soc. 2015, p. 811.

¹⁶⁴⁰ F. Géa, *Vers un nouveau modèle de droit du travail ? A propos de l'ANI du 11 janvier 2013*, in. Dossier spécial « L'ANI à l'ombre du droit », Sem. soc. Lamy, n° 1569, 2013, p. 6.

collectif d'entreprise vis-à-vis des contrats de travail, que « *ce qui est fondamentalement en cause [depuis l'ANI du 11 janvier 2013], c'est, non seulement de faire de l'organisation interne de la structure la source de sa production juridique dans un cadre (quasiment) autoréférentiel, mais aussi de fonder et d'inscrire la légitimité des règles régissant les relations de travail, leur évolution et leur rupture, dans les procédures de rationalisation (internes à l'entreprise, donc)¹⁶⁴¹ ».*

445. - Accords sur l'emploi. S'inspirant de la philosophie des accords « compétitivité-emploi¹⁶⁴² » – mis en place dans certains pays étrangers¹⁶⁴³ –, les accords de maintien de l'emploi, et récemment les accords « en vue de la préservation ou du développement de l'emploi¹⁶⁴⁴ », constituent une application en droit français de l'idée de contrat collectif d'entreprise. Entendus comme des conventions, les accords sur l'emploi appellent « *mécaniquement l'application des principes et mécanismes essentiels du droit des contrats*¹⁶⁴⁵ ». Conclu en réponse à de graves difficultés économiques conjoncturelle subies par l'entreprise¹⁶⁴⁶, l'accord de maintien de l'emploi « *n'est pas véritablement une convention collective aux vertus normatives. Il a pour objet d'aménager temporairement, les relations individuelles de travail entre l'employeur et certains salariés*¹⁶⁴⁷. C'est un contrat, à la rigueur un contrat collectif¹⁶⁴⁸ ». Cette remarque est applicable au cas des accords de

¹⁶⁴¹ Ibid.

¹⁶⁴² Rappelons que plusieurs dangers sont associés au développement de ces accords d'échange de contreparties – ou de « concession bargaining », initialement inventés aux Etats-Unis) – : « *L'appellation flatteuse d'« accords sur l'emploi et la compétitivité » camoufle la diffusion d'accords de concessions par lesquels les employeurs imposent des échanges de contreparties lourdement déséquilibrés à des représentants des travailleurs que le rapport des forces laisse sans alternative. Ces accords sont une illustration d'une logique de « regime competition ». Les employeurs mettent en concurrence les travailleurs des différents pays, notamment mais pas seulement au sein des firmes multinationales [...] Ces accords engendrent une logique de microcorporatisme d'entreprise* », J. Freyssinet, *Les négociations d'entreprise sur l'emploi : quelques expériences européennes*, Institut de recherches économiques et sociales (IRES) document de travail n° 2/2015, mars 2015.

¹⁶⁴³ Dans des pays comme l'Allemagne, l'Espagne, le Portugal ou l'Italie, les « *pactes de compétitivité* », privilégiant des mesures de flexibilité interne (baisse des salaires ou augmentation de la durée de travail en contrepartie d'un maintien de l'emploi pendant une durée déterminée) sur celles de flexibilité externe décrite comme dévastatrices sur le plan de l'emploi et ayant un coût social élevé.

¹⁶⁴⁴ C. trav., art. L. 2254-2 créé par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

¹⁶⁴⁵ A. Martinon, Les accords de maintien de l'emploi, Cahiers sociaux, 01 juillet 2013 n° 254, p. 309

¹⁶⁴⁶ C. trav., art. L. 5125-1.

¹⁶⁴⁷ La durée des accords fixée initialement à deux ans est désormais portée à cinq ans (C. trav. art. L. 5125-1, III, al.1^{er}, mod. par la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques n° 2015-990 du 6 août 2015, art. 287, I). La loi du 8 août 2016 a fixé aux accords de préservation de l'emploi et de développement de l'emploi une durée de cinq ans faute de stipulation de durée (C. trav., art. L. 2254-2, IV).

¹⁶⁴⁸ Fr. Favennec-Héry, Les accords de maintien de l'emploi, JCP S n° 18-19, 6 Mai 2014, 1186, spéc. n° 6.

préservation ou de développement de l'emploi. En effet, l'institution de la supériorité des accords collectifs protégeant l'emploi sur les contrats de travail préserverait l'intérêt général et l'intérêt collectif des salariés pour l'emploi¹⁶⁴⁹. L'intérêt général (préservation de l'emploi) justifie de porter atteinte à la force obligatoire du contrat individuel de travail¹⁶⁵⁰. Dans le sillage de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, instituant les accords de maintien de l'emploi, la loi du 8 août 2016 renforce la capacité d'adaptation des entreprises aux fluctuations de l'activité en ajustant certains éléments de l'organisation du travail (salaires ou durée du travail.) L'objectif poursuivi tend à préserver la compétitivité, laquelle permettrait d'éviter ou de limiter les licenciements. Pour les accords conclus en vue de préserver ou de développer l'emploi, le législateur exige qu'au préambule de ceux-ci soient indiqués les objectifs visés en matière de préservation ou de développement de l'emploi ; l'absence de préambule entraînera la nullité de l'accord¹⁶⁵¹.

Signe de la mise à l'écart du « principe de faveur¹⁶⁵² », la logique présidant à la mise en place de ces accords tend à la redéfinition de l'articulation entre contrat de travail et accord collectif. Elle exalte l'intérêt de la collectivité du travail ou la « *volonté collective*¹⁶⁵³ » – renforcée par l'exigence de légitimité¹⁶⁵⁴ (accord majoritaire) – vis-à-vis de la volonté individuelle du salarié. Une autre caractéristique commune aux accords (nommés au Code du travail) sur l'emploi réside dans le traitement réservé au refus du salarié de se faire appliquer les stipulations de ces derniers. A l'image de l'accord de maintien de l'emploi¹⁶⁵⁵, l'accord conclu en vue de préserver et de développer l'emploi¹⁶⁵⁶ considère le refus du salarié comme un motif « spécifique » constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁶⁵⁷. Notons

Souligné par nous.

¹⁶⁴⁹ V. par ex. la proposition n° 42 du rapport J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, op. cit.

¹⁶⁵⁰ P. Lokiec, *Flexibilité et contrat de travail*, JCP G 2013, 244.

¹⁶⁵¹ C. trav., art. L. 2254-2, I, al. 3.

¹⁶⁵² D. Baugard, L. Gratton, *Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel*, Dr. soc. 2016, p. 745.

¹⁶⁵³ P.-Y. Verkindt, *La volonté en droit du travail*, in. B. Teyssié (dir), *La cause en droit du travail*, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2013, p. 203.

¹⁶⁵⁴ V. sur cette question, G. Borenfreund, *Le dévoiement de l'exigence de légitimité* (p. 309), et F. Favennec-Héry, *Convention collective – contrat de travail : un mariage de raison* (p. 314), in. *Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ?*, Controverse, RDT 2016, p. 309.

¹⁶⁵⁵ C. trav., art. L. 5125-2, al. 3.

¹⁶⁵⁶ C. trav., art. L. 2254-2, II, al. 2.

¹⁶⁵⁷ F. Dumont, *Préserver l'emploi : effet d'annonce pour des mesures discutables*, JCP S n° 36, 13 Septembre

enfin que la loi du 8 août 2016 prévoit que les stipulations des accords de préservation ou de développement de l'emploi « *se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail*¹⁶⁵⁸ ». Ce dispositif conventionnel produirait, sauf refus du salarié, une modification du contrat de travail ; il va ainsi plus loin que les accords de maintien de l'emploi¹⁶⁵⁹ et de mobilité interne¹⁶⁶⁰ qui impliquent une suspension des clauses contraires du contrat. Les accords de préservation ou de développement de l'emploi « *ne manqueront sans doute pas de soulever la question du devenir du « contenu du contrat » dans les domaines affectés par l'accord à l'échéance de son terme, le choix du mot « substitution » soulevant évidemment ici des difficultés ignorées par la « suspension »*¹⁶⁶¹ ».

446. - Supériorité du collectif. L'idée de la supériorité de l'intérêt collectif sur les intérêts individuels des salariés donne une légitimité aux accords sur l'emploi. Si sur le plan de la technique juridique le consentement du salarié reste une condition requise pour que l'accord collectif d'entreprise lui soit applicable puisque celui-ci « *n'a pas en droit le pouvoir d'évincer le contrat*¹⁶⁶² », il en demeure pas moins que la manifestation de la volonté du salarié reste un « *simulacre d'accord*¹⁶⁶³ » – ou de « *justice consensuelle*¹⁶⁶⁴ » –, car « *le salarié qui refuse peut être licencié en dehors de tout contrôle du juge !*¹⁶⁶⁵ ».

447. - Erosion de l'intangibilité du contrat de travail¹⁶⁶⁶. Cette manière de régenter les relations entre ces deux normes – accord collectif et contrat de travail – a été validée par le Conseil constitutionnel. Dans une décision du 15 mars 2012¹⁶⁶⁷, le Conseil constitutionnel a décidé que l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes et

2016, 1304 ; D. Baugard, L. Gratton, *Les accords de préservation ou de développement de l'emploi*, op. cit.

¹⁶⁵⁸ C. trav., art. L. 2254-2-I.

¹⁶⁵⁹ C. trav., art. L. 5125-1.

¹⁶⁶⁰ C. trav., art. L. 2242-19, al. 2.

¹⁶⁶¹ D. Baugard, L. Gratton, op. cit., note de bas page n° 12.

¹⁶⁶² P. Lokiec, Flexibilité et contrat de travail, JCP G, 2013 n° 9.

¹⁶⁶³ Ibid.

¹⁶⁶⁴ P. Lokiec, Variations autour de la volonté du salarié, Dr. ouvr. 2013, p. 464.

¹⁶⁶⁵ P. Lokiec, Flexibilité et contrat de travail, op. cit.

¹⁶⁶⁶ Sur le recours aux accords de flexibilité comme technique de flexibilisation du contrat à durée indéterminée, v. infra., n° 512 et s.

¹⁶⁶⁷ Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012 portant sur la Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, dite loi *Warsmann* du 22 mars 2012, en ce qui concerne, notamment, son article 45.

fluctuations des activités de l'entreprise était de nature à justifier une atteinte à leur liberté contractuelle, en validant ainsi l'article 45 de la loi, dite Warsmann, disposant que « *la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». Les nouveaux accords créés (accord de maintien de l'emploi et accord de mobilité interne) par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, pouvant suspendre la force obligatoire de certaines clauses des contrats individuels du travail, participent d'une conception « originale » des rapports employeurs – salariés. En effet, ces nouveaux contrats collectifs ne se contentent pas, selon le Professeur Alain Supiot, « *de rendre relative la force obligatoire du contrat ; ils y introduisent en contrepartie à la charge de l'employeur des obligations nouvelles qu'on aurait qualifiées en d'autres temps de « paternalistes » : il doit se soucier de la situation de famille du salarié, du maintien ou de l'amélioration de sa qualification. À l'échange prévisible de quantités de temps et de salaires, ces dispositifs substituent la promesse d'un lien personnel durable. Ce reflux d'un échange de prestations déterminées au profit d'une inféodation des personnes est révélateur d'un mouvement de fond*¹⁶⁶⁸ » qui traverse la société tout entière.

448. - Aux côtés de ces dispositions qui « magnifient » l'accord en droit du travail, la promotion de certaines techniques d'articulation des normes travaillistes, conventionnelles et étatiques, œuvre aussi pour plus d'autonomie normative de l'entreprise.

b. Les techniques d'articulation des normes au service du niveau de l'entreprise

449. - Division. La dérogation et la supplétivité sont deux techniques d'ordonnement du pluralisme des sources du droit du travail dont l'importance s'amplifie avec l'aval du législateur ; elles s'efforcent de réserver une place plus importante à la norme élaborée au niveau de l'entreprise, en s'éloignant de l'articulation traditionnelle des normes de droit du travail façonnée par le respect de l'ordre public social et du principe de faveur.

¹⁶⁶⁸ A. Supiot, *Les figures de l'allégeance*, Résumé annuel des cours dispensés au Collège de France 2013/2014, p. 813, disponible à l'adresse suivante : http://www.college-de-france.fr/media/alainsupiot/UPL4163552085711608777_0805_0824_Supiot.pdf

450. - La technique de dérogation favorisée par l'Union européenne. Au double plan de la politique sociale et de la gouvernance économique et budgétaire de l'Union européenne, la dérogation conventionnelle¹⁶⁶⁹ est sinon recommandée, du moins permise. La Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail autorise, par exemple, des dérogations conventionnelles. Celles-ci devront toutefois s'accompagner, en général, d'une contrepartie en faveur des salariés¹⁶⁷⁰. S'agissant de la nouvelle gouvernance économique européenne, les décideurs de l'Union manifestent une préférence pour la décentralisation de la négociation collective, et partant pour les accords dérogatoires. Les recommandations annuelles, instituées dans le cadre de la Méthode Ouverte de Coopération, concernant les programmes nationaux de réformes illustrent cette préférence¹⁶⁷¹ ; elles constituent un excellent outil à travers lequel se réalise le déploiement du discours comparatiste qui, manipulant souvent des éléments de droit comparé, incite à la diffusion des « *bonnes pratiques* » (*best practices*) – qualifiées comme telles selon des critères de l'efficacité économique – observées par certains pays membres¹⁶⁷². Dans ces recommandations portant sur le programme national de réforme de la France pour 2015, l'Union européenne encourage le développement des accords collectifs dérogatoires de flexibilité interne¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁹ N. Moizard, L'approche européenne du dialogue social national, op. cit., spéc., p. 12. V. égal., S. Laulom, *Les flexibilités du droit social européen*, in. E. Mazuyer (dir), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 43.

¹⁶⁷⁰ Pour que la technique de l'« *opt-out* » individuel du salarié soit valable en matière de dérogation à la durée de travail maximale de 48 heures hebdomadaire, la Cour de Justice de l'Union Européenne exige l'existence d'un accord collectif encadrant les modalités de cette dérogation individuelle (CJCE 3 oct. 2000, SIMAP, aff. C-303/98, Rec. p. I-7997, point 74).

¹⁶⁷¹ Dans les recommandations portant sur le programme national de réforme de la France pour 2015, l'Union européenne plaide pour une décentralisation de la négociation dérogatoire. Le Conseil de l'Union européenne recommande que la France s'attache, au cours de la période 2015-2016, à « *réformer le droit du travail afin d'inciter davantage les employeurs à embaucher en contrats à durée indéterminée; faciliter, aux niveaux des entreprises et des branches, les dérogations aux dispositions juridiques générales, notamment en ce qui concerne l'organisation du temps de travail...* » *réformer la loi portant création des accords de maintien de l'emploi d'ici à la fin de 2015 en vue d'accroître leur utilisation par les entreprises* », Recommandation du Conseil du 14 juillet 2015 concernant le programme national de réforme de la France pour 2015 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2015 (2015/C 272/14), recommandation n° 6 (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/csr2015_council_france_fr.pdf).

¹⁶⁷² V., sur ce processus, supra, n° 170 et s.

¹⁶⁷³ L'Union européenne prône la « [...] *réformer la loi portant création des accords de maintien de l'emploi d'ici à la fin de 2015 en vue d'accroître leur utilisation par les entreprises* », Recommandation du Conseil du 14 juillet 2015....., op. cit., recommandation n° 6.

451. - Notion de dérogation¹⁶⁷⁴ et flexibilité interne. Faisant partie des dispositifs du « volet flexibilité » de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne¹⁶⁷⁵ renforcent la capacité des entreprises à s'adapter aux fluctuations du système productif de l'entreprise. Rappelons que, depuis les lois Auroux¹⁶⁷⁶, la flexibilité interne occupe une place importante en droit français de la négociation collective grâce à la technique de la dérogation¹⁶⁷⁷. Flexible et favorable au développement du droit conventionnel, la dérogation répond à l'impératif « *d'adaptabilité* » de la règle de droit à la réalité économique et sociale de l'entreprise en évinçant la norme – rigide et la même pour toutes les entreprises – issue du droit légiféré du travail. La technique de la dérogation « *permet de comprendre que les accords dérogatoires vont essentiellement*

¹⁶⁷⁴ Consistant à adopter conventionnellement, avec l'autorisation du législateur ou « *sous contrôle* » (F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, op. cit., p. 57) des partenaires sociaux, des normes différentes de celles en principe applicables – ou ayant valeur de référence –, la dérogation, traditionnellement « *par le haut* » (H. Tissandier, Le sens des mots et le sens de la réforme, in. G. Borenfreund, A. Souriac, A. Lyon-Caen, I. Vacarie (dir), La négociation collective à l'heure des révisions, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 111) ou favorable aux salariés, est aujourd'hui associée, en raison de la multiplication des accords dérogatoires, à une négociation collective allant dans un sens moins favorable aux salariés. Quant à la supplétivité, mécanisme proche et souvent confondu avec la technique de la dérogation en ce qu'il écarte lui aussi la norme étatique ou conventionnelle en s'affranchissant de l'application du principe de faveur, le législateur semble afficher « *un désengagement très prononcé [par rapport à la dérogation] de l'État dans l'édiction des règles et manifeste la volonté de privilégier d'autres registres normatifs* ». « *Contrairement à la règle dérogeable, la règle supplétive ne constitue pas la règle de référence, qui est première; elle promeut comme règle de référence, la règle, dont le contenu substantiel reste par hypothèse à définir, issue de la ou des sources juridiques qu'elle vise. Par la latitude qu'elle offre dans la fixation de la teneur matérielle des règles, la supplétivité est un instrument bien plus puissant encore que la dérogation* », S. Frossard, La supplétivité, une technique de flexibilité en développement, op. cit. p. 61

¹⁶⁷⁵ Ces deux « *accords de flexibilité* » (P. Lokiec, « Qui dit conventionnel dit juste ! ». L'avènement d'un nouveau dogme, JCP G 2015, 282) peuvent opérer une dérogation « *hors contrôle* » (F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, op. cit., p. 58) des conventions ou accords collectifs relevant de niveau supérieur. Les accords de maintien de l'emploi ne sont pas, par exemple, tenus d'obéir aux restrictions que ces derniers peuvent imposer par des clauses « *anti-dérogation* » ; en revanche L.5125-1 du Code du travail impose les limites prévues par le premier alinéa de l'article L. 2253-3 exigeant le respect des dispositions des accords de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels en matière de salaires minima, de classification, de garanties collectives complémentaires et de mutualisation des fonds de la formation.

¹⁶⁷⁶ Surtout depuis l'ordonnance n°82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés et la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail qui a institué le principe de la dérogation par accord collectif d'entreprise.

¹⁶⁷⁷ Les facultés de dérogation en droit du travail français ne datent pas des lois Auroux de 1982. Avant elles l'ordonnance n°67-830 du 27 septembre 1967 relative à l'aménagement des conditions du travail en ce qui concerne le régime des conventions collectives, le travail des jeunes et les titres-restaurant offrait cette possibilité de déroger par convention collective étendue aux règles impératives relatives aux modalités de répartition des horaires collectifs prévues par les décrets d'application de la loi du 21 juin 1936 sur la semaine de 40 heures. Mais, « *dans la pratique, cette possibilité ne fut guère exploitée et la réglementation de la durée du travail a continué de relever de la loi et non de l'acte collectif. Toutefois, sur le plan des principes, cette ordonnance a constitué la première remise en cause de la combinaison traditionnelle des sources du droit du travail, dans la mesure où elle a permis que des accords interviennent sur une question déjà réglée par une norme étatique, sans qu'ils se révèlent pour autant forcément favorables aux salariés* », F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, op. cit., p. 53.

(uniquement ?) jouer sur la variable interne de la flexibilité¹⁶⁷⁸ » ; celle-ci est plus mobilisée dans des pays – cités souvent comme modèles pour avoir bien résisté à la crise en subissant des augmentations très faibles du taux de chômage entre 2007 et 2013¹⁶⁷⁹ – comme l’Allemagne, les Pays-Bas ou l’Autriche. Le droit du temps de travail donne une illustration de cette flexibilité interne, permise depuis plusieurs décennies, par les accords dérogatoires¹⁶⁸⁰ ; « dans ce domaine, la dérogation est devenue une technique normale de gestion de l’entreprise¹⁶⁸¹ ».

452. - De la dérogation à la supplétivité^{1682 1683}. Les accords d’entreprise relatifs à l’aménagement de la durée du temps de travail offrent un exemple topique de l’autonomie normative des interlocuteurs sociaux situés au niveau de l’entreprise et de la montée en force de la supplétivité comme mode privilégié de régulation des sources du droit du travail. Ces accords se sont largement libérés, depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, de la tutelle des normes négociées au niveau des branches¹⁶⁸⁴. Cette évolution est la marque de l’instauration d’un *nouvel ordonnancement juridique*¹⁶⁸⁵. Celui-ci semble toutefois, et paradoxalement, faire l’éloge de la déréglementation¹⁶⁸⁶ dans l’un des tout premiers chantiers historiques de la

¹⁶⁷⁸ F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, op. cit., p. 53.

¹⁶⁷⁹ Ch. Erhel, Les politiques de l’emploi, Puf. Coll. QSJ. 2014, p. 120.

¹⁶⁸⁰ V. l’ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés. Cette faculté de déroger par accord d’entreprise a été renforcée et élargie depuis par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social et la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁶⁸¹ F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, op. cit., p. 53.

¹⁶⁸² « Les mécanismes de la dérogation et de la supplétivité sont effectivement distincts. Et si la lettre de la loi impose la dérogation, son esprit, par le renforcement de l’autonomie des niveaux et la prééminence de celui de l’entreprise, suggère davantage la supplétivité. On pourrait même voir là un signe de subsidiarité de la convention de branche, qui ne s’appliquerait que lorsque le principal, c’est-à-dire l’accord d’entreprise, fait défaut », H. Tissandier, Le sens des mots et le sens de la réforme, op. cit., p. 114.

¹⁶⁸³ V. en dernier lieu les avancées réalisées en sens par loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁶⁸⁴ D’aucuns évoquent « un démantèlement du Code du travail sur l’un de ses chapitres les plus importants », A. Jobert, Vers un renouveau du dialogue social en France ?, in. Travail et protection sociale : un droit malmené Esprit, janvier 2009, p. 137.

¹⁶⁸⁵ F. Canut, Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, Dr. Soc. 2010, p. 379.

¹⁶⁸⁶ « La déréglementation, dans ses différentes acceptations, implique moins, en fait, une diminution du nombre des règles existantes qu’une modification qualitative des rapports existant entre leurs sources : en d’autres termes, tout ce que le droit du travail traditionnel considèrerait comme indisponible, rigide, et inviolable, perd son indisponibilité, et devient flexible et dérogatoire. En un mot, on se prépare à écrire l’anti-histoire du droit du travail », U. Romagnoli, La déréglementation et les sources du droit du travail, RIDC 1990, p. 18. Souligné par nous.

législation sociale¹⁶⁸⁷. Il constitue aussi une manifestation saluée par l'analyse économique comparée¹⁶⁸⁸ plaidant pour le principe de proximité, voire la libéralisation progressive de l'articulation des sources des règles de droit du travail des contraintes – jugées économiquement inefficaces – empêchant l'autonomie normative de l'entreprise. Désormais, la possibilité de déroger aux normes négociées au niveau de la branche et la priorité accordée aux accords d'entreprise de fixer les dispositions applicables en matière de réglementation du temps de travail (aménagement conventionnel du temps de travail, conventions de forfaits, contingent annuel d'heures supplémentaires, repos compensatoires...), reconnues au nom de l'impératif de flexibilité et d'adaptabilité du cadre normatif, raffermissent l'ascension inexorable d'un principe de supplétivité en droit du travail¹⁶⁸⁹. Phénomène commun à plusieurs Etats européens¹⁶⁹⁰, la libéralisation de l'aménagement conventionnel de la durée du travail est « *devenue le Cheval de Troie de la flexibilité dans l'entreprise [avec] des lois toujours plus permissives*¹⁶⁹¹ », et manifeste indubitablement l'une des variantes de l'influence du mouvement de contractualisation sur le « *noyau dur de l'ordre public de protection*¹⁶⁹² ».

453. - La supplétivité des accords collectifs de niveau supérieur à l'entreprise consacrée. Depuis la loi du 4 mai 2004 les normes conventionnelles d'entreprise peuvent déroger *in pejus* aux conventions collectives négociées à un niveau plus large que l'entreprise,

¹⁶⁸⁷ « [...] il est assez paradoxal de constater que si le temps de travail a historiquement constitué le premier thème de la réglementation sociale, il incarne aujourd'hui la figure de la déréglementation. Ce mouvement de recul de l'encadrement étatique atteint son paroxysme avec la loi du 20 août 2008 », F. Canut, Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, op. cit.

¹⁶⁸⁸ Il faut noter que le domaine du temps de travail constitue, avec la réglementation sur les salaires, un terrain favorable à la mobilisation du discours comparatiste plaidant pour une négociation collective décentralisée. En témoignent les rapports annuels de l'OCDE, appelés Perspectives de l'emploi, et les recommandations annuelles faites à l'occasion des programmes nationaux de réformes par le Conseil de l'Union européenne. Ces différents documents procèdent à la comparaison des performances économiques de leurs États membres afin de diffuser les « bons » modèles en la matière. V. les recommandations de 2015 du Conseil de l'Union concernant la France (http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index_fr.htm) et le rapport Perspective de l'emploi de l'OCDE, qui préconise « *davantage de décentralisation pour accroître la flexibilité* », Perspectives de l'emploi 2013, p. 152.

¹⁶⁸⁹ V. en ce sens les apports de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Sur cette question, v. F. Favennec-Héry, Nouvelle articulation des normes : la durée du travail comme terrain d'expérimentation, JCP S n° 35, 6 Septembre 2016, 1293 ; L. Marquet de Vasselot, A. Martinon, Les apports de la loi du 8 août 2016 en matière de durée du travail, JCP S n° 35, 6 Septembre 2016, 1294.

¹⁶⁹⁰ I. Schömann, Union européenne. Austérité : quels enjeux pour les droits sociaux ? Chronique internationale de l'IRES - n° 150 - juin 2015, p. 60, spéc., p. 63 et s.

¹⁶⁹¹ J.-E. Ray, Droit du travail. Droit vivant 2013/2014, op. cit., n° 215, p. 136.

¹⁶⁹² Ibid.

à l'exception de certaines matières visées par le Code du travail¹⁶⁹³ et en l'absence de clauses « *anti-dérogation*¹⁶⁹⁴ » ou de « *verrouillage* »¹⁶⁹⁵ contenues dans les accords interprofessionnels, professionnels et de branche. « *Mettant à mal la pyramide normative*¹⁶⁹⁶ », cet apport novateur majeur de la loi du 4 mai 2004 a, selon le Professeur Bernard Teyssié, une « *portée symbolique considérable*¹⁶⁹⁷ » par rapport à l'architecture traditionnelle du droit de la négociation collective, puisqu'il « *offre une place éminente à l'accord d'entreprise : la norme « supérieure » n'a plus, en principe, qu'un rôle supplétif*¹⁶⁹⁸ ».

454. - Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. La technique de la dérogation est à présent appelée à céder la place à celle de la supplétivité ; en effet, la refondation du Code du travail, inspirée par le rapport de Jean-Denis Combrexelle¹⁶⁹⁹, doit suivre une architecture fondée sur trois parties pour chaque subdivision du dit Code : « *Les règles d'ordre public auxquelles il n'est pas possible de déroger le champ renvoyé à la négociation collective les règles supplétives applicables en l'absence d'accord*¹⁷⁰⁰ ». Ambitionnant apporter une « *nette amélioration de la lisibilité de la règle*¹⁷⁰¹ » travailliste, cette dernière loi applique désormais cette méthode à la durée du travail. Généralisant le principe des accords majoritaires, les accords d'entreprises sur la durée du travail, le repos et les congés devront, à compter du 1er janvier 2017, être signés par les syndicats ayant obtenu plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives. Si les syndicats signataires de l'accord ne représentent que 30 % des suffrages exprimés, le recours au référendum pourra être demandé par ces derniers afin de valider l'accord.

¹⁶⁹³ Salaires minima, classifications, garanties collectives complémentaires, mutualisation des fonds de la formation professionnelle (art. C. trav. L. 2253-3).

¹⁶⁹⁴ B. Teyssié, De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail, op. cit.

¹⁶⁹⁵ J.-Y. Kerbourc'h, Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large, Dr. soc. 2008, p. 834.

¹⁶⁹⁶ B. Teyssié, De l'irrésistible (?) essor de l'accord...., op. cit.

¹⁶⁹⁷ Ibid.

¹⁶⁹⁸ Ibid.

¹⁶⁹⁹ J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, op. cit.

¹⁷⁰⁰ Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁷⁰¹ P.-H. Antonmattei, *La dynamique vertueuse de la négociation collective*, Constructif, n° 44 juin 2016.

455. - La marginalisation soutenue du principe de faveur. « *L'autodétermination* » normative de l'entreprise implique la relégation à la marge du principe de faveur. L'affaiblissement du rôle régulateur du principe de faveur¹⁷⁰² au sein de l'articulation des sources de la norme travailliste bouleverse « *les cadres traditionnels du droit du travail*¹⁷⁰³ ». Manifestant une préférence – favorablement accueillie par le droit français – pour un « *déplacement du centre de gravité des relations professionnelles*¹⁷⁰⁴ » de la loi¹⁷⁰⁵ et de la branche professionnelle¹⁷⁰⁶ vers l'accord d'entreprise, l'analyse économique comparée concourt indirectement au rapprochement de la législation française des modèles anglo-saxons, tout particulièrement celui des Etats-Unis d'Amérique¹⁷⁰⁷. L'idée, souvent soutenue, est celle qui présume l'efficacité économique, dans un contexte de crises économiques et financières à répétition, de la « *détermination du droit applicable au plus près des intérêts concernés*¹⁷⁰⁸ ». L'exemple des accords de maintien de l'emploi illustre la traduction législative des demandes patronales en ce qui concerne la mise à l'écart du principe de faveur. Si les accords dérogatoires étaient conçus pour éviter les conflits avec la règle légiférée en écartant expressément l'application du principe de faveur entre norme étatique et norme conventionnelle, l'apport des accords de maintien de l'emploi consiste à neutraliser¹⁷⁰⁹ les effets du dit principe dans les relations, cette fois ci, entre accord collectif et contrat de travail¹⁷¹⁰. Ainsi, la règle inscrite dans l'article L. 2254-1 du Code du travail, énonçant que

¹⁷⁰² « *De toute évidence, que l'on s'en plaigne ou que l'on s'en félicite, l'accord collectif est en passe de rompre [depuis la Loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013] les liens qui le rattachaient encore au principe de faveur* », P.-Y. Verkindt, Quelques remarques conclusives sur la physionomie de l'accord après la loi du 14 juin 2013, JCP S n° 18-19, 6 Mai 2014, 1193.

¹⁷⁰³ G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français, Dr. Ouvr. 2014, p. 793.

¹⁷⁰⁴ G. Spyropoulos, Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs, Dr. Soc. 2002, p. 392.

¹⁷⁰⁵ Qui devrait se contenter de proposer des règles supplétives de volonté et de fixer des règles – ou garanties – procédurales.

¹⁷⁰⁶ Pivot de la régulation conventionnelle des relations de travail (A. Jobert, *Vers un renouveau du dialogue social en France ?* in. *Travail et protection sociale : un droit malmené*, Esprit, janvier 2009, p. 128), la négociation collective de branche devient dans cette optique de plus en plus, selon les domaines, supplétive voire subsidiaire.

¹⁷⁰⁷ Dans les entreprises organisées (syndiquées), le contrat collectif est considéré comme « *l'expression de l'autonomie normative des partenaires sociaux* », E. Courtois-Champenois, Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise. Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, p. 93 et s.

¹⁷⁰⁸ G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, op. cit., p. 792.

¹⁷⁰⁹ Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi *Macron*, la durée des accords de maintien de l'emploi est portée à cinq ans (C. trav. art. L. 5125-1. II).

¹⁷¹⁰ F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, in. E. Mazuyer (dir), La mesure des flexibilités du droit du travail, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 57.

« lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables », est tout simplement écartée. De surcroît, ces accords « donnant-donnant », voire « gagnant-gagnant¹⁷¹¹ » (*win-win*) entre employeur et collectivité de travail selon certains auteurs, permettent d'évincer l'application de certaines règles substantielles du droit du licenciement pour motif économique¹⁷¹².

456. - La collectivisation croissante de la régulation des relations de travail, source de légitimité de l'autorégulation de l'entreprise. Bénéficiant de la montée en force des accords dérogatoires *in pejus* à la norme étatique et s'émancipant des normes négociées à un niveau supérieur à celui de l'entreprise en particulier depuis la loi « Fillon¹⁷¹³ » du 4 mai 2004, le droit de la négociation collective d'entreprise est l'un des traits caractéristiques de la méthode d'élaboration du droit du travail en France ; celle-ci combine des éléments de « déréglementation des relations de travail et d'autoréglementation de l'entreprise¹⁷¹⁴ » en essayant de mettre à l'honneur la « collectivité de travail¹⁷¹⁵ » et le « fait majoritaire ». Elle participe également, et d'une manière plus générale, à l'édification d'un ordre juridique conventionnel travailliste¹⁷¹⁶ puisant sa légitimité dans la collectivisation ou la « corporisation¹⁷¹⁷ » de la régulation des rapports de travail. Une collectivisation consubstantielle à la contractualisation¹⁷¹⁸ des sources du droit du travail.

457. - Risque. La différenciation croissante des situations juridiques des salariés issue du phénomène d'autorégulation des entreprises risquerait fort probablement d'engendrer une

¹⁷¹¹ J. Daniel, L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité, JCP S n° 18-19, 6 Mai 2014, 1187.

¹⁷¹² C. trav., art. L. 5125-2.

¹⁷¹³ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004. L'articulation des normes conventionnelles en droit du travail est aujourd'hui encadrée par les articles L. 2252-1 et s. du Code du travail.

¹⁷¹⁴ A. Supiot, Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, Dr. Soc. 1989, p. 203.

¹⁷¹⁵ Sur l'impossibilité d'une « définition substantielle » de la collectivité de travail, v. P.-Y. Verkindt, *La collectivité de travail ou « La belle inconnue »*, Dr. soc. 2012, p. 1006. L'auteur préfère mettre davantage l'accent sur les fonctions de la collectivité de travail : fonction de protection et fonction de représentation et d'expression.

¹⁷¹⁶ F. Favennec-Héry, Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ? JCP S n° 26. 30 juin 2015, Etude 1237.

¹⁷¹⁷ A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, op. cit., p. 178.

¹⁷¹⁸ M. Mekki, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit., n° 1172, p. 727 : « Par ce biais [les contrats collectifs normatifs], il a été possible d'observer que la collectivisation du droit va souvent de pair avec sa contractualisation ».

« mise à mal générale du principe d'égalité¹⁷¹⁹ ». En effet, la multiplication des accords dérogatoires d'entreprise et la montée en puissance de la supplétivité en droit du travail peuvent créer, « compte tenu des rapports de forces variables » souvent défavorables aux syndicats et aux autres négociateurs, « de significatives différences de protection¹⁷²⁰ ». Le fait de déplacer, par exemple, l'encadrement juridique de la durée de travail ou du taux de majoration des heures supplémentaires « vers la négociation entreprise par entreprise [risquerait] de voir de plus en plus d'entre elles rechercher dans la négociation d'accords d'entreprise un levier pour obtenir un avantage concurrentiel vis-à-vis des concurrents¹⁷²¹ » au détriment des salariés.

458. - La loi impérative malmenée. Vecteur d'autorégulation¹⁷²², l'accord d'entreprise devient de plus en plus autonome. Cette autonomie se détache sensiblement des fonctions traditionnellement incombant aux accords d'entreprise vis-à-vis des normes légales et des autres conventionnelles du droit du travail : fonctions d'amélioration, d'innovation et d'adaptation¹⁷²³. Par conséquent, « la vocation « améliorative » de la convention d'entreprise décline puisqu'elle n'a désormais place que dans les domaines où, par exception légale ou conventionnelle, le primat de l'accord d'entreprise est écarté¹⁷²⁴ ». Au terme de cette réflexion sur l'évolution des rôles respectifs de la loi et du contrat dans l'ordonnancement des relations de travail, il est à noter que, si ces deux modèles de régulation entretiennent des rapports d'imbrications complexes, le discours sur l'efficacité économique de la norme conventionnelle tenu par les promoteurs de l'analyse économique comparée rime plutôt avec flexibilisation, voire érosion du statut salarial¹⁷²⁵. « La célébration de l'accord collectif

¹⁷¹⁹ Une conséquence observable dans plusieurs pays européens (ex. Italie, Espagne) ayant mené des réformes structurelles du droit de la négociation collective pour soi-disant contrer les effets négatifs de la crise économique, v. sur ce point, A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, op. cit., p. 179.

¹⁷²⁰ Ibid.

¹⁷²¹ P. Lokiec, Il faut sauver le droit du travail ! Odile Jacob, coll. Corpus, 2015, p. 152.

¹⁷²² Tendence confirmée par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 : « L'autorégulation, ici comme ailleurs, est une rhétorique bien connue qui prospère sur le renoncement du législateur d'aujourd'hui à croire en la légitimité de ses décisions », J. Icard, Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, Cah. soc. 2013, n° 254, p. 280.

¹⁷²³ M.-A. Souriac, L'articulation des niveaux de négociation, Dr. Soc. 2004, p. 579.

¹⁷²⁴ M.-A. Souriac, *Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise*, in. G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 95.

¹⁷²⁵ « Car si la contractualisation peut permettre de renouveler les termes de la nécessaire conciliation entre intérêt particulier et intérêt général, elle peut aussi ouvrir la voie à des formes inédites d'oppression ». A.

*d'entreprise*¹⁷²⁶ » traduit aujourd'hui une mutation des fonctions et des moyens de justification et d'acceptabilité de la norme. Doter l'entreprise d'un droit à l'autorégulation juridique serait-il un instrument adéquat de pacification des relations sociales au sein des entreprises, et partant du progrès social ? La promotion d'une politique de marginalisation du droit légiféré substantiel ne va pas sans susciter de sérieuses réticences. Les observations d'un auteur permettent d'émettre des doutes sur l'efficacité présumée d'une telle politique : « *les non-spécialistes qui réclament moins d'Etat, doivent savoir que moins d'Etat (moins d'interventions de l'administration) c'est inévitablement plus de droit (plus de procès et de juges) ; ce qui appellera d'autres protestations !* ¹⁷²⁷ ».

459. - Vecteurs majeurs de flexibilisation de l'encadrement juridique des relations de travail, les techniques de la dérogation et de la suppléativité, célèbrent le contrat collectif¹⁷²⁸ et renforcent la « *capacité d'auto-détermination*¹⁷²⁹ » de l'entreprise. Leur impact peut aussi soulever des questions théoriques intéressantes.

B. Enjeux théoriques

460. - Double enjeu théorique. L'observation de la promotion de la norme négociée comme instrument de l'autorégulation de l'entreprise permet de mettre en valeur, au moins, deux enjeux théoriques qui ont fait l'objet de réflexions souvent nourries d'éléments de droit comparé. Il s'agit de se pencher sur les hypothèses de l'inspiration de la théorie institutionnelle (1) et de l'américanisation de la régulation des relations de travail (2).

Supiot, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?, Dr. Soc. 2003, p. 71.

¹⁷²⁶ E. Peskine, La célébration de l'accord collectif d'entreprise. Quelques enseignements de la loi relative à la sécurisation de l'emploi, Dr. Soc. 2014, p. 438.

¹⁷²⁷ G. Lyon-Caen, Le droit du travail au futur antérieur, in. Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz 2005, p. 381.

¹⁷²⁸ E. Peskine, La célébration de l'accord collectif d'entreprise. Quelques enseignements de la loi relative à la sécurisation de l'emploi, op. cit.

¹⁷²⁹ M.-A. Souriac, Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise, op. cit., p. 93.

1. L'inspiration de la théorie institutionnelle dépassée

461. - L'idéal institutionnel. Le Professeur Alain Supiot a noté depuis plus de vingt cinq ans que la décentralisation de la négociation collective justifie « *la reconnaissance de l'entreprise comme institution, c'est-à-dire comme une communauté cimentée par un intérêt commun et susceptible d'élaborer son propre droit*¹⁷³⁰ ». L'autoréglementation conventionnelle de l'entreprise suscite, au-delà des critères de représentativité des partenaires sociaux qui en assurent une certaine légitimité¹⁷³¹, une autre question sous-jacente – et ancienne – relative au développement d'un droit non-étatique¹⁷³² conceptualisé par la doctrine travailliste allemande au début du siècle dernier. La théorie institutionnelle de l'entreprise, ou des relations de travail, a constitué l'une des analyses justifiant l'émancipation de la régulation des relations de travail au sein de l'entreprise de la tutelle de l'Etat. Elle a été proposée pour expliquer à la fois la source des pouvoirs du chef d'entreprise et « *l'auto-organisation* » juridique de l'entreprise dès lors que cette dernière est considérée comme l'expression d'une entité ou d'une réalité juridique objective transcendant les intérêts particuliers coexistant en son sein (chef d'entreprise, actionnaires et salariés...). Maurice Hauriou estimait que le « *prisme institutionnel* » permettrait de dégager des principes capables de canaliser le processus décisionnel des détenteurs du pouvoir au sein de l'entreprise¹⁷³³. Exposant la théorie de l'institution de Maurice Hauriou, le Professeur Jacques Le Goff

¹⁷³⁰ A. Supiot, Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, Dr. Soc. 1989, p. 203.

¹⁷³¹ G. Borenfreund, *Le dévoiement de l'exigence de légitimité*, RDT 2016, p. 309.

¹⁷³² Le juriste allemand Hugo Sinzheimer, théoricien du droit ouvrier, défendait l'idée d'un droit non-étatique en Allemagne au début du XX^{ème} siècle. V. son rapport, *La théorie des sources du droit et le droit ouvrier*. Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique. Travaux de la première session 1934-1935, *Le problème des sources du droit positif*. Recueil Sirey 1934, pp. 73-79. Disponible sur le site de la Bibliothèque Nationale de France, Gallica Bibliothèque numérique : « *le droit non-étatique est une « source primaire du Droit ». Ce qui veut dire que les formations juridiques ne sont pas l'œuvre de l'Etat, mais résultent directement des forces de la Société elle-même ; en d'autres termes, la création véritable du droit se produit immédiatement par les efforts et par les idées de ceux qui constituent le support des forces sociales. Proposition confirmée, d'une façon très nette, par l'exemple du droit ouvrier (formation autonome du droit des entreprises, droit collectif du travail, communautés de travail). Même en admettant que l'Etat, dans ces cas, participe à la formation du droit, il n'en est pas moins lié par les modèles que lui offrent l'organisation des entreprises, les conventions collectives et les communautés de travail. Il ne les a créées ni les unes, ni les autres; il les constate comme des « données », comme des « institutions », comme des « faits normatifs »* », p. 77.

¹⁷³³ En essayant de réfléchir sur « *les mécanismes intrinsèques de régulation du pouvoir au sein de l'entreprise* », Maurice Hauriou s'efforçait à « *identifier un principe immanent à l'entreprise capable, par son jeu propre, de prémunir les abus d'autorité* », J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, in. M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir.), *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'Univers des normes, 2007, p. 126.

souligne, en plaidant pour une analyse institutionnelle en droit du travail, que « *le pouvoir du chef d'entreprise comme celui de tout ensemble institutionnel ne tire sa légitimité que de la fin qu'il sert. Or, cette fin étant collective, le pouvoir ne saurait s'inspirer d'autres préoccupations que le bien collectif de l'institution en tant que telle, le « bien commun »... ce qui revient à dire que loin d'être assurée une fois pour toutes, la légitimité de son exercice, distinguée de celle de son attribution, est en fait l'objet d'un processus infini de justification, de re-justification sous l'horizon qu'il est censé servir. Le pouvoir perd donc son caractère d'attribut attaché à la propriété pour entrer dans le statut auto-régulateur de fonction* ¹⁷³⁴ ».

462. - Introduite dans la littérature travailliste française par Georges Scelle ¹⁷³⁵ dans les années 1920, développée par la suite par Paul Durand – « passeur » de l'influence du droit allemand en droit du travail français ¹⁷³⁶ –, la théorie institutionnelle en droit du travail repose sur une conception communautaire et solidariste de l'entreprise pour fonder les pouvoirs du chef d'entreprise. Cette conception de l'entreprise est inscrite dans un horizon qui dépasse l'analyse contractuelle de la relation de travail ¹⁷³⁷. L'exemple du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise ¹⁷³⁸, institué en France par la loi du 19 juillet 1928 ¹⁷³⁹, illustre l'influence de la dimension institutionnelle de la relation de travail ; il inscrit « *le contrat de travail dans une perspective institutionnelle : les fondateurs disparaissent, les propriétaires changent comme le personnel... l'entreprise demeure parce qu'elle est dotée*

¹⁷³⁴ J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, op. cit., p. 127. Souligné par l'auteur. La théorie institutionnelle de l'entreprise institue des « *pouvoirs inhérents à la qualité de chef d'entreprise, pouvoirs que celui-ci doit exercer dans l'intérêt de la collectivité* », F. Gaudu (mis à jour par R. Vatinet), *Droit du travail*, Dalloz, coll. Cours 5^e éd., 2013, p. 115.

¹⁷³⁵ Pour Scelle, la conclusion d'un contrat de travail constitue un « acte-condition » permettant l'adhésion du salarié à un statut composé de règles légiférées ou conventionnelles, G. Scelle, *Précis élémentaire de législation industrielle*, éd. Sirey 1927, p. 173.

¹⁷³⁶ « *En empruntant la théorie institutionnelle, Paul Durand, germaniste, lui donne une orientation empruntée au droit allemand* », Fr. Gaudu, *L'influence du droit allemand sur le droit social français*, in. T. Dieterich, M. Le Friant, L. Nogler, K. Kezuka, H. Pfarr (dir.), *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 264. Cette contribution est également publiée sur le site de l'Association française de droit du travail et de la sécurité sociale).

¹⁷³⁷ Ibid. p. 264 : « *L'institution est une source de droit alternative au contrat, qui veut essayer d'expliquer pourquoi certaines personnes peuvent voir évoluer leurs droits et leurs obligations sans y avoir personnellement consenti* ».

¹⁷³⁸ C. trav., art. L. 1224-1.

¹⁷³⁹ Cette loi constitue l'une des manifestations de l'influence du droit du travail allemand en droit français, v. N. Olszak, *Aux origines de la reconnaissance juridique de l'entreprise : le maintien des contrats de travail en cas de changement dans la situation de l'employeur (Art. L. 122-12 al. 2 C. trav., issu de la loi du 19 juillet 1928)* », *Mélanges Spiteri*, Presses des sciences sociales Toulouse 1, 2008, pp. 843-859.

*d'une vie propre*¹⁷⁴⁰ ». L'autoréglementation de l'entreprise pourrait dans cette optique se fonder sur le « *paradigme institutionnel*¹⁷⁴¹ », dans la mesure où ce dernier « *procède d'une pensée de la limitation du pouvoir et de la dynamique interne de l'entreprise*¹⁷⁴² » susceptible de générer un processus délibératif de construction de compromis stables et équilibrés. Ainsi l'entreprise serait-elle considérée comme un « *espace de médiation entre les représentations, les intérêts, les points de vue contraires*¹⁷⁴³ » ; l'entreprise serait, « *à travers le jeu des forces et des intérêts... [et] l'existence d'un véritable droit des relations collectives*¹⁷⁴⁴ », légitime de produire une grande partie du droit à laquelle elle sera soumise. Côté jurisprudence, le standard de « *l'intérêt de l'entreprise*¹⁷⁴⁵ » est considéré comme l'une des expressions de la réception de la théorie institutionnelle. « *Au-delà de l'intérêt de l'employeur ou des actionnaires ou de ceux des salariés, il y aurait un intérêt de l'entreprise qui les dépasse*¹⁷⁴⁶ » que les juges devraient s'efforcer de préserver. La « doctrine » de la Chambre sociale de la Cour de cassation semble également adhérer au « prisme institutionnaliste » de l'entreprise et à une conception communautaire des relations de travail. Sous la plume de Philippe Waquet on a pu lire que « *l'évolution législative et jurisprudentielle s'oriente vers une conception institutionnelle de l'entreprise. Celle-ci n'est plus seulement considérée comme un bien appartenant à une personne physique ou morale. Elle est aussi le lieu d'une communauté de travailleurs, qui élisent des représentants, où les syndicats sont représentés par des sections syndicales et des délégués [...] Le chef d'entreprise dispose certes de l'autorité et, en vertu de la Constitution, il a le droit d'entreprendre. Mais sa conduite ne peut être dictée uniquement par des intérêts purement personnels et égoïstes : il agit dans l'intérêt de l'entreprise*¹⁷⁴⁷ ». Cependant, une doctrine autorisée ne partage pas cet engouement pour l'analyse institutionnelle. Celle-ci « *est en réalité dépassée et inutile. En effet, cette théorie correspond à une vision paternaliste de l'entreprise, elle suppose une stabilité que l'entreprise moderne n'a plus et elle n'a pas de portée juridique concrète*¹⁷⁴⁸ ». De même, la

¹⁷⁴⁰ J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, op. cit., p. 125.

¹⁷⁴¹ J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, op. cit., p. 126.

¹⁷⁴² *Ibid.*

¹⁷⁴³ J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d'élection de la complexité*, op. cit., p. 128.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 129

¹⁷⁴⁵ J.-Y. Frouin, *Protection de l'emploi du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail*, JCP S n° 9-10, 2 Mars 2010, 1088.

¹⁷⁴⁶ F. Gaudu (mis à jour par R. Vatinet), *Droit du travail*, op. cit., p. 115.

¹⁷⁴⁷ Ph. Waquet, *Le juge et l'entreprise*, Dr. soc. 1996, p. 476. Souligné par l'auteur.

¹⁷⁴⁸ F. Gaudu (mis à jour par R. Vatinet), *Droit du travail*, op. cit., p. 118.

notion de l'intérêt de l'entreprise ne serait qu'un outil d'appréciation et de mesure de la proportionnalité des décisions prises au sein de l'entreprise, bien « *distinct de la notion d'intérêt commun propre à l'institution mais aussi à certaines catégories de contrats*¹⁷⁴⁹ ». Une certaine communauté d'intérêt entre salariés et employeur ne saurait donc faire l'économie de la persistance d'intérêts divergents. Si la régulation des relations de travail ne peut ignorer la difficile mais nécessaire combinaison de cette multitude d'intérêts à protéger, les réformes récentes du droit du travail s'éloignent de l'inspiration institutionnelle.

463. - L'inspiration de la théorie institutionnelle entravée. Deux tendances majeures peuvent poser des obstacles à l'application de la théorie institutionnelle de l'entreprise : la montée en force des dispositifs de sécurisation des parcours professionnels et le renforcement des pouvoirs du chef d'entreprise.

464. - La sécurisation des transitions professionnelles. Les réformes en faveur d'une autorégulation de l'entreprise, mobilisant en amont les instruments conventionnels du dialogue social, sont paradoxalement et sérieusement contredites par la consolidation de techniques juridiques axées sur le salarié-individu. Celles-ci marginalisent l'apport du collectif dans la régulation des relations de travail en dépassant le cadre de l'entreprise, voire celui de l'emploi stable. L'objectif poursuivi serait de créer des droits attachés à la personne et non pas au statut protégeant l'emploi. C'est le cas notamment des dispositifs de « *sécurisation des transitions professionnelles*¹⁷⁵⁰ » (ex. portabilité des droits à la formation et de la prévoyance complémentaire de santé et rechargeabilité des droits au chômage, mobilité externe sécurisée¹⁷⁵¹) qui remettent en cause certains repères traditionnels de l'encadrement juridique des relations de travail. Cette nouvelle orientation du droit du travail « *conduit à une logique personnelle de gestion de carrière et non plus à une démarche d'appartenance à l'entreprise. Loin de la thèse institutionnelle, le salarié n'est plus membre à part entière de l'entreprise dans laquelle il travaille temporairement, mais gestionnaire d'une trajectoire personnelle, passant d'une entreprise à une autre, d'un statut à un autre : relation*

¹⁷⁴⁹ Ibid.

¹⁷⁵⁰ F. Guiomard, La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion, RDT 2013, p. 616.

¹⁷⁵¹ Apports majeurs du volet « sécurité » de la loi de sécurisation de l'emploi n°2013-504 du 14 juin 2013, JO 16 juin 2013.

*contractuelle, détermination de l'employeur, appartenance à une collectivité sont autant de notions classiques à revisiter*¹⁷⁵² ».

465. - Renforcement des pouvoirs du chef d'entreprise. Si l'une des avancées majeures de l'application du paradigme institutionnel réside dans l'exigence de justification du pouvoir – « *constituant un attribut naturel, nécessaire à son fonctionnement, et requis par le bien commun*¹⁷⁵³ » – qui s'y exerce, l'accroissement des pouvoirs de l'employeur depuis les années 1980 minimise les chances d'une réception plus poussée de la théorie institutionnelle en droit du travail français¹⁷⁵⁴. Le plan de sauvegarde de l'emploi montre, par exemple, la complexité des mécanismes normatifs unilatéraux et collectifs en droit du travail concernant les décisions de licencier. Depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, le plan de sauvegarde de l'emploi – ne s'appliquant qu'aux entreprises d'au moins 50 salariés lorsque le projet de licenciement concerne au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours – est le résultat d'un accord collectif majoritaire ou d'un document unilatéral élaboré par l'employeur. Désormais, l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi – mesure d'accompagnement social des procédures de licenciement – par voie négociée¹⁷⁵⁵ ou par voie unilatérale¹⁷⁵⁶ reflète, après la restauration par loi du 14 juin 2013 de l'autorisation administrative¹⁷⁵⁷ supprimée par la loi du 3 juillet 1986¹⁷⁵⁸, une volonté de « *brider le contrôle du juge*¹⁷⁵⁹ » judiciaire et de sécuriser l'exercice des pouvoirs de l'employeur.

466. - Si l'influence du paradigme institutionnel – paradigme d'inspiration continentale avec une forte coloration allemande – semble, à la suite aux récentes orientations du droit du

¹⁷⁵² F. Favennec-Héry, La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ? Dr. soc. 2007, p. 1105.

¹⁷⁵³ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Hyper Cours, 2015, p. 13.

¹⁷⁵⁴ « *On peut parler de pouvoirs du chef d'entreprise sans adhérer à la théorie institutionnelle. C'est ce qui a pu conduire le législateur à accroître les pouvoirs du chef d'entreprise au nom de la sauvegarde de la compétitivité, comme cela résulte de la déréglementation modérée qu'à connue le droit français depuis une trentaine d'années. C'est bien le sens de la loi du 14 juin 2013* », F. Gaudu, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Cours 5^e éd. 2013 (mis à jour par R. Vatinet), p. 119.

¹⁷⁵⁵ C. trav., art. L. 1233-24-1.

¹⁷⁵⁶ C. trav., art. L. 1233-24-4.

¹⁷⁵⁷ C. trav., art. L. 1233-57-1 et s.

¹⁷⁵⁸ Rappelons que le retour en grâce de l'autorisation administrative dans le contrôle de la rupture du contrat de travail avait été déjà institué avec l'imposition de l'obligation d'homologuer la rupture conventionnelle, créée par la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, par la DIRRECTE.

¹⁷⁵⁹ P. Lokiec, L'ANI du 11 janvier 2013 à l'ombre du droit, Sem. soc. Lamy, n° 1569, 2013, p. 3 ; T. Sachs, Vers un droit du marché du travail, Sem. soc. Lamy, n° 1569, 2013, p. 11.

travail français, de plus en plus limitée, une autre approche de régulation des relations de travail de tradition anglo-saxonne, en l'occurrence américaine, permet de questionner les ressorts juridiques de l'attractivité de la politique législative favorable à l'autoréglementation de l'entreprise.

2. L'américanisation du droit du travail applicable à l'entreprise engagée

467. - Influence(s). Les politiques économiques et législatives des pays ayant un faible taux de chômage sont souvent citées comme des exemples à suivre ; leurs performances sont soigneusement examinées à l'aune de l'exigence d'efficacité économique et mises en perspective comparative par rapport à ce qui se passe sur le plan national. Certes l'ouverture aux droits étrangers, processus inéluctable dans le contexte de la mondialisation, constitue une expérience enrichissante pour le droit national. Or, l'invocation des modèles étrangers pour justifier certaines préférences ou prises de position, favorables à une lecture utilitariste et marchande de la régulation des relations de travail au niveau de l'entreprise, manifeste un rapprochement du modèle français du système juridique des Etats-Unis. Ce dernier est favorisé par l'extension en France de la rationalité procédurale dans l'élaboration de la norme travailliste étatique qui ouvre, à l'image du *Labor Law* américain (droit des relations collectives de travail), la voie devant l'autorégulation substantielle des relations de travail par les acteurs situés au niveau de l'entreprise.

La négociation collective, pilier historiquement fondamental de la construction du droit anglo-saxon du travail¹⁷⁶⁰, constitue la manifestation la plus aboutie d'une idée considérant le droit du travail comme « *un droit d'entreprise : de l'entreprise et pour l'entreprise*¹⁷⁶¹ ».

¹⁷⁶⁰ Pour une présentation du modèle de relations professionnelles du Royaume-Uni, v. A. Bevort, A. Jobert, *Sociologie du travail. Les relations professionnelles*, Armand Colin, coll. U. 2011, p. 250. À l'inverse du modèle américain de l'accord collectif d'entreprise s'imposant en vertu du Wagner Act de 1935 aux contrats individuels des salariés, le droit anglais exige, en principe, une incorporation expresse des stipulations de la convention collective d'entreprise dans le contrat de travail individuel. Traditionnellement, les accords collectifs sont en principe dépourvus de valeur juridique ; les salariés devant y avoir consenti individuellement pour qu'ils soient contraignants (S. Leader, *Représentativité syndicale et négociation collective*. Royaume-Uni, RDT 2006, p. 340)

¹⁷⁶¹ D. Berra, préface, E. Courtois-Champenois, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise*. Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002, p. 7.

L'américanisation¹⁷⁶² – plus ou moins voulue ou accidentelle – de certains aspects du droit français des relations collectives de travail est indéniablement à l'œuvre ; le fait de « *magnifier* » la primauté de l'accord collectif d'entreprise¹⁷⁶³ – tant en droit positif¹⁷⁶⁴ qu'en droit prospectif¹⁷⁶⁵ – sur les autres sources normatives, surtout vis-à-vis des contrats individuels de travail, en est l'une des principales illustrations. Par le passé l'influence du droit collectif du travail américain « *labor law* » a pu constituer une référence à certaines réformes du droit du travail français. En témoignent les lois Auroux de 1982 créant les obligations de négocier¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶² Pour rappel, le droit américain conçoit l'entreprise comme une « *sorte de microcosme, qui va sécréter son propre droit* » (X. Blanc-Jouvan, *L'entreprise et le droit du travail: l'exemple du droit américain*, Dr. Soc. 2005, p. 152), et où la convention collective d'entreprise est l'expression de l'autonomie normative des acteurs sociaux, dont l'arbitrage, comme mode de résolution des litiges, est considéré comme un « *fruit de l'autonomie collective* » et témoigne « *de l'existence d'un ordre juridique professionnel autonome* » (E. Courtois-Champenois, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise. Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain*, PUAM, 2002, spéc. p. 93 et s., et p. 185 et s.). Ne connaissant pas les notions de négociation de branche ou interprofessionnelle, la négociation collective et la conclusion d'accords collectifs d'entreprise aux États-Unis concernent seulement les « *entreprises organisées* » (regroupant d'ailleurs un petit nombre de salariés bénéficiant d'une protection conventionnelle). Au sein de ces dernières, la majorité des salariés choisissent de s'y faire représenter par une organisation syndicale, seule habilitée à négocier et à partager le pouvoir avec l'employeur ; c'est un véritable monopole de représentation qui est conféré au syndicat majoritaire. Ce dernier est, selon la section 9 (a) du NLRA (National Labor Relations Act de 1935), « *le représentant exclusif de tous les salariés composant l'unité* » (« *Representatives designated or selected for the purposes of collective bargaining by the majority of the employees in a unit appropriate for such purposes, shall be the exclusive representatives of all the employees in such unit for the purposes of collective bargaining in respect to rates of pay, wages, hours of employment, or other conditions of employment* ») pour négocier l'amélioration des conditions de travail des salariés dans un pays connu pour sa tradition d'abstentionnisme législatif en matière de régulation des relations de travail. V. égal. X. Blanc-Jouvan, *L'entreprise et le droit du travail : l'exemple du droit américain*, op. cit. ; du même auteur, *La négociation collective d'entreprise : l'expérience des États-Unis*, Dr. Soc. 1990, p. 638.

¹⁷⁶³ F. Champeaux, Le droit du travail saisi par la négociation collective, Sem. soc. Lamy, 28 septembre 2015 n° 1691, p. 2.

¹⁷⁶⁴ Ex. Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social ; Loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ; Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives ; Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi ; Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ; Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁷⁶⁵ V. les récents rapports (constituant en quelque sorte une doctrine législative) plaidant pour la primauté, en principe, de l'accord de l'entreprise, à la fois sur les autres sources législatives ou conventionnelles qui devraient être supplétives, et sur le contrat individuel de travail : J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, sept. 2015 ; G. Cette, J. Barthélémy, *Réformer le droit du travail*, O. Jacob, 2015 ; Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social*, sept. 2015.

¹⁷⁶⁶ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} loi Auroux). S. Jauffret-Epstein, *Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain*, RIDC 1982, p. 1123.

Ce mouvement ne semble pas s'arrêter ; les évolutions plus récentes du droit du travail français semblent emprunter certains traits caractéristiques du « *modèle américain* » des relations professionnelles¹⁷⁶⁷ : développement du droit de la négociation collective¹⁷⁶⁸ comme source principale de la législation et la place axiale de l'entreprise – en tant qu'entité autorégulée vivant en quasi « *autarcie juridique*¹⁷⁶⁹ » – dans l'ordonnement des rapports de travail, nouvelle articulation des normes travaillistes privilégiant la primauté des accords d'entreprise, remise en cause, voire rupture¹⁷⁷⁰ des liens avec le principe de faveur¹⁷⁷¹ et rétrécissement de l'ordre public social.

Cependant, un examen plus poussé de la convergence des droits collectifs du travail américains et français et de leurs évolutions respectives permettent de relativiser la thèse d'une américanisation du droit français.

468. - Une américanisation « inaboutie » du droit du travail français. Plusieurs observations peuvent être faites pour mettre en exergue, malgré les rapprochements précédemment observés, les difficultés de transposer le modèle américain du droit collectif de

¹⁷⁶⁷ On peut également parler d'un mouvement d'emprunts réciproques. Le droit américain se rapproche lui aussi du droit français (pour une approche plus globale sur la réception de l'influence du droit européen sur le droit des Etats-Unis d'Amérique, v. J.-C. Roda, *L'influence des droits européens sur le droit américain*, D. 2014, p. 157) en ce qu'il a commencé à adopter une législation protectrice minimale des salariés (par ex. le *Fair Labor Standards Act* de 1938 ; le *Worker Adjustment and Retraining Notification* (WARN, 1988), *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA, 1974), *Family and Medical Leave Act* (FMLA, 1993, qui constituent une réglementation minimale des conditions du travail (*minimum workplace requirements*) et à construire un droit de la participation de ces derniers au sein de l'entreprise à l'instar des modèles européens d'implication des salariés au sein des entreprises (X. Blanc-Jouvan, compte rendu de la thèse d'Estelle Courtois-Champenois, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise - Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain*, RIDC 2004, pp. 509-512).

¹⁷⁶⁸ « *Le contraste est ici frappant entre le droit américain, qui met l'accent sur le processus de la négociation collective plutôt que sur son résultat, et le droit français où, au contraire, la loi ne s'est pendant longtemps occupée que de la convention collective et où le terme même de négociation collective, introduit en 1971, n'a, en fait, pris de sens qu'en 1982* », X. Blanc-Jouvan, *L'entreprise et le droit du travail : l'exemple du droit américain*, op. cit., note de bas de page n° 18. Le Professeur Jacques Le Goff observe à cet égard un glissement du « *droit des conventions collectives au droit de la négociation collective* » (J. Le Goff, *Petit traité de droit du travail : droit du travail et société. Les relations collectives de travail*, op. cit., p. 361 et s.).

¹⁷⁶⁹ X. Blanc-Jouvan, *L'entreprise et le droit du travail: l'exemple du droit américain*, op. cit.

¹⁷⁷⁰ « (...) *l'accord collectif est en passe de rompre les liens qui le rattachaient encore au principe de faveur* », P.-Y. Verkindt, *Quelques remarques conclusives sur la physionomie de l'accord après la loi du 14 juin 2013*, JCP. S., n° 18-19. 6 mai 2014, p. 86.

¹⁷⁷¹ Un principe régulateur des conflits éventuels des relations entre normes de droit du travail. Il prévoit notamment l'application de la règle la plus favorable aux salariés en cas de conflit de conventions collectives. Sur les séismes provoqués par la loi Fillon du 4 mai 2004, « *très favorable au primat de l'accord d'entreprise* » et qui constitue « *une sorte de dislocation de la totalité de l'édifice conventionnel* », M.-A. Souriac, *L'articulation des niveaux de négociation*, Dr. Soc. 2004, p. 579.

travail en droit français. Elles sont toutes relatives aux conséquences reconnues au « fait majoritaire » au sein de l'ordonnement des relations collectives et de l'articulation des rapports entre conventions collectives d'entreprise et contrats individuels de travail.

469. - En dépit de son érosion continue¹⁷⁷², le modèle américain de *Labor Law* construit à l'époque du *New Deal* des années 1930¹⁷⁷³ garde au moins une certaine cohérence : dans les

¹⁷⁷² L'état actuel de la législation travailliste américaine est marqué par « le déclin du droit (collectif) du travail (*labor law*) [...] au profit de l'*employment law* (droit du contrat de travail, y compris les droits fondamentaux individuels). Il suffit pour s'en assurer de consulter les programmes des cours des universités américaines : la majorité n'enseigne pas du tout le droit collectif du travail », F. Gaudu, *Des illusions des juristes aux illusions scientistes*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 111. Par delà la baisse du nombre des entreprises dite organisées, c'est-à-dire celle dotées d'une représentation syndicale et d'un contrat collectif, le droit américain des relations collectives de travail (*Labor Law*) subit également de graves menaces avec la prolifération de dispositions législatives anti-syndicales (sur les récentes attaques législatives contre les syndicats dans le secteur privé, v. K. G. Dau-Schmidt, *L'économie mondiale, la Grande Récession, et le déclin de la négociation collective aux Etats-Unis*, in. P. Mbongo, R. L. Weaver, *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine Entre américanophobie et américanophilie*, LGDJ/Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2013, p. 217, spéc., p. 227 et s.). La multiplication des lois favorables au « droit au travail ou liberté de travail (*Rights-to-Work Laws*) » (G. Trudeau et F. Paré, *Pourquoi les Rights-to-Work Laws aux États-Unis ?* Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2015/1, p. 6) illustre parfaitement cette situation. La moitié – Vingt cinq Etats – des Etats fédérés américains (le dernier en date est l'Etat de Wisconsin (mars 2015), R. L. Lieberwitz, *Etats-Unis*, in. *Actualités Juridiques Internationales*, Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2015/1, p. 139) ont inscrit dans leur arsenal juridique des lois de « droit au travail » (*Rights-to-Work Laws*) en vue de proscrire la clause de sécurité syndicale – apport majeur du *Wagner Act* de 1935 qui demeure toujours le seul cadre réglementaire proposé par une loi fédérale pour réguler la pratique de la négociation collective. L'hostilité de la droite américaine à l'égard de ces clauses favorables au pouvoir syndical s'est d'ailleurs manifestée dès la fin des années 1940 ; le *Taft-Hartley Act* (*Labor Management Relations Act*) de 1947 a par exemple interdit les clauses d'atelier fermé « *Closed Shop* » – permettant de transformer l'appartenance syndicale en condition préalable d'embauche (J. R. Grodin, *Représentativité syndicale et négociation collective. Etats-Unis*, RDT 2006, p. 337) – dans les contrats collectifs d'entreprise. Pour rappel, la clause de sécurité syndicale fait l'objet d'une négociation entre le syndicat majoritaire et l'employeur, à laquelle d'ailleurs ce dernier s'oppose souvent ; elle est inscrite dans la convention collective d'entreprise et applicable à tous les salariés de l'unité de négociation ; son objectif principal est d'imposer l'adhésion de tous les salariés de l'entreprise au syndicat accrédité ou de les obliger à participer financièrement au fonctionnement de ce dernier. La caractéristique principale de la clause de sécurité syndicale réside dans sa force coercitive, puisque tous ceux qui veulent obtenir un emploi (toutefois les clauses d'« *Union shop* » permettant à un syndicat d'exiger qu'un travailleur soit membre du syndicat pour pouvoir être embauché par l'employeur sont déclarées illégales, v. J. R. Grodin, *Représentativité syndicale et négociation collective. Etats-Unis*, op. cit) ou de le conserver doivent s'y soumettre ; en vertu de la clause de sécurité syndicale l'employeur licencierait tous les salariés (*Free Riders*) qui refuseraient d'adhérer ou de financer le syndicat. Grâce à la clause de sécurité syndicale le syndicat est doté d'un « véritable pouvoir disciplinaire à l'égard des salariés de l'unité » de négociation (G. Trudeau et F. Paré, *Pourquoi les Rights-to-Work Laws aux États-Unis ?* op. cit., p. 10). Tout l'édifice normatif issu de la loi de 1935 (*Wagner Act*) est-il mis à mal par le recours aux « lois de droit au travail ». On retrouve, d'ailleurs, dans le débat américain portant sur la clause de sécurité syndicale et les lois de « *Right-to-Work* », presque les mêmes arguments avancés dans la plupart des réformes des droits du travail en Europe, à savoir l'inefficacité économique de la norme travailliste du point de vue de la croissance économique, de l'emploi et de l'investissement (v. A. Perulli, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, RDT 2015, p. 179). De surcroît, la syndicalisation des salariés et le financement des syndicats par ces derniers dans les entreprises organisées seraient, selon les partisans des « *Right-to-Work Laws* », un obstacle à l'attractivité concurrentielle des Etats où les clauses de sécurité syndicale sont vigoureusement respectées (G. Trudeau et F.

entreprises organisées, l'employeur a l'obligation de négocier de bonne foi avec le syndicat majoritaire qui représente loyalement l'ensemble des salariés de l'unité de négociation ; l'accord collectif conclu à l'issue de cette négociation (*collective bargaining*) bénéficie¹⁷⁷⁴ à tous les salariés de l'unité de négociation et s'applique à tous les contrats individuels de travail¹⁷⁷⁵. Le système français de relations collectives de travail, connu pour son pluralisme – qualitatif et numérique – syndical¹⁷⁷⁶ et les relations complexes entre accord collectif et contrat de travail, offre une image d'un droit du travail en reconstruction et en perte de repères. A la différence du système « unitaire¹⁷⁷⁷ » américain de la représentation syndicale au sein de l'entreprise – d'ailleurs le seul lieu d'expression de la régulation conventionnelle des relations de travail aux Etats-Unis¹⁷⁷⁸ –, le modèle syndical français laisse prospérer

Paré, op. cit., p. 15). Cette conception de la liberté de travail est fortement empreinte d'idéologie néolibérale largement favorable aux détenteurs de capitaux et au lobby patronal, car, selon les syndicats américains, les « *Right-to-Work Laws* » auraient pour effet de diminuer les revenus des travailleurs, non-syndiqués comme syndiqués. Ils diminueraient également leurs chances d'obtenir un système d'assurance-santé et un régime de retraite via leur emploi », (G. Trudeau et F. Paré, op. cit.).

¹⁷⁷³ K. G. Dau-Schmidt, L'économie mondiale, la Grande Récession, et le déclin de la négociation collective aux Etats-Unis, op. cit., p. 217 et s.

¹⁷⁷⁴ À la différence des Etats européens, la part de la réglementation travailliste américaine d'origine étatique est réduite (J. R. Grodin, *Représentativité syndicale et négociation collective. Etats-Unis*, op. cit., p. 337), l'accord collectif d'entreprise est conçu, pour utiliser une terminologie travailliste française, comme une négociation *in melius*, et par conséquent ne peut pas déroger à l'ordre public *in pejus*.

¹⁷⁷⁵ Dans les entreprises dites organisées ou syndiquées l'employeur doit respecter les termes du contrat collectif d'entreprise ; corollaire du principe d'exclusivité, la négociation individuelle employeur-salarié (aussi bien en plus favorable qu'en moins favorable : arrêt Cour Suprême 28 février 1944, J. I. Case Co. v. NLRB, 321 U.S. 332) peut être considérée à la fois comme une pratique anti-syndicale visant le discrédit de l'action du syndicat et une rupture d'égalité entre les salariés. « *Une fois conclue [...] la convention s'applique à l'ensemble du personnel de l'unité et elle ne peut souffrir aucune dérogation individuelle, même dans un sens plus favorable - ce qui lui confère un caractère intangible (c'est à la fois un minimum et un maximum, un « plancher » et un « plafond ») et contribue à rendre pratiquement sans objet la conclusion d'un contrat individuel de travail* », X. Blanc-Jouvan, *L'entreprise et le droit du travail: l'exemple du droit américain*, op. cit., n° 12. Selon le Professeur Gaudu « on trouve un modeste écho de cette règle américaine à l'article L. 2242-3 du Code du travail [énonçant que « *Tant que la négociation est en cours conformément aux dispositions de la présente section, l'employeur ne peut, dans les matières traitées, arrêter de décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés, sauf si l'urgence le justifie* »], qui interdit à l'employeur de prendre unilatéralement des mesures individuelles, même favorables aux salariés, pendant que la négociation annuelle sur les salaires est en cours », F. Gaudu, *Les relations entre contrats de travail et normes conventionnelles au vu de la jurisprudence et du droit comparé*, contribution prononcée dans le cadre du Séminaire « *Politiques de l'emploi – Interactions de l'économie et du juridique* » organisé par le Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi le 21 janvier 2011, p. 13.

¹⁷⁷⁶ D'un point de vue qualitatif « *le pluralisme a trait aux revendications portées et aux méthodes adoptées par les syndicats, aux valeurs et conceptions du monde du travail sur lesquelles elles se fondent, i.e. à leur idéologie ou leur doctrine* ». Selon le critère numérique « *seul importe le nombre d'organisations, le « pluralisme » désignant la situation dans laquelle il existe au moins deux syndicats* », G. Tusseau, *Le(s) concept(s) de « pluralisme syndical »*, *Esquisse analytique*, RDT 2007, p. 636.

¹⁷⁷⁷ P. Lokiec, S. Robin-Olivier, *Représentativité syndicale et négociation collective*, RTD 2006, p. 336.

¹⁷⁷⁸ Le droit américain ne connaît, à la différence des pays européens de droit continental dotés de plusieurs niveaux de négociation (interprofessionnel, professionnel, branche, entreprise), qu'un seul niveau de négociation, l'entreprise, où l'employeur s'engage à négocier de bonne foi avec le syndicat majoritaire (« *aux Etats-Unis, il est parfaitement possible de fonder plusieurs syndicats, qui se livrent à une concurrence pour*

l'exercice d'un pluralisme syndical avant et après les échéances électorales professionnelles. Cet « émiettement¹⁷⁷⁹ » traditionnel du paysage syndical salarié en France, n'autorisant pas l'émergence de syndicats forts, suffisamment représentatifs et capables de négocier à force égale avec l'employeur, avait toutefois une certaine cohérence¹⁷⁸⁰. La cohérence est mise à mal en raison de la promotion¹⁷⁸¹ des accords majoritaires en droit de la négociation collective d'entreprise, surtout en ce qui concerne la primauté de l'accord collectif sur les contrats individuels de travail. De cette évolution, la responsabilisation – dans l'entreprise à la fois de démantèlement des protections étatiques ou conventionnelles et d'affaiblissement des prévisions contractuelles individuelles – accrue du pouvoir syndical¹⁷⁸² et l'« idée majoritaire¹⁷⁸³ » sortent renforcées.

obtenir le suffrage des salariés. Il y a pluralisme en ce sens. Mais une fois l'élection acquise, le syndicat vainqueur est le seul habilité à parler au nom des salariés. Il n'y a donc plus de pluralisme à ce niveau », G. Tusseau, *Le(s) concept(s) de « pluralisme syndical ». Esquisse analytique*, op. cit., p. 636). Ce système est d'ailleurs conforme aux normes internationales ; « *Le système majoritaire dans la mesure où il légitime l'exclusivité de l'acteur pour tous les salariés d'une unité de négociation est compatible avec le principe de libre négociation collective* » inscrit dans les conventions n° 87 (sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948) et 98 (sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949) de l'Organisation Internationale du Travail, V. M.-L. Morin, *Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé*, Dr. soc. 2000, p. 1080.

¹⁷⁷⁹ G. Tusseau, *Le(s) concept(s) de « pluralisme syndical ». Esquisse analytique*, RDT 2007, p. 636.

¹⁷⁸⁰ « *Le modèle français s'est construit sur l'existence d'un socle de protection légale important et sur une convention collective ne pouvant créer que des avantages supplémentaires, par rapport à la loi comme par rapport aux contrats individuels. Dans un tel contexte, il était possible de se contenter d'une légitimité relativement légère de la convention collective et d'un interlocuteur syndical relativement faible. Un accord collectif pouvait être signé par des syndicalistes isolés, divisés, incapables de contrebalancer sérieusement le pouvoir de l'employeur. Ce n'était pas si grave : la convention ne pouvait, en toutes hypothèse, que créer des avantages supplémentaires au bénéfice des salariés* », Dockès, *Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ? Synthèse du colloque Négociation collective et contrat de travail : un pour tous, tout pour un ?*, Dr. ouvr. 2015, p. 256 et s.

¹⁷⁸¹ Par ex. la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels qui a instauré les accords de préservation et de développement de l'emploi, et a généralisé le principe majoritaire ; on songe également aux accord de maintien de l'emploi, ainsi qu'à ceux portant sur un plan de sauvegarde de l'emploi.

¹⁷⁸² Dockès, *Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ?* op. cit., p. 252, spéc., p. 255 et s.

¹⁷⁸³ M.-L. Morin, *Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé*, Dr. soc. 2000, p. 1080. Pour une mise en perspective historique du « fait majoritaire » qui faisait déjà au début du siècle dernier l'objet de réflexions doctrinales - qui sont d'ailleurs d'une grande actualité aujourd'hui – sur la légitimité de la convention collective et la règle majoritaire, v. L. Bonnard-Plancke, *Convention collective et collectivité de travail. Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective*, Dr. soc. 2005, p. 866 : « [...] l'introduction de la règle majoritaire n'est pas l'innovation que l'on présente parfois. Ses origines sont anciennes. Dix ans avant la légalisation de la convention collective par la loi du 25 mars 1919, vingt-six ans avant la grande réforme opérée par la loi du 24 juin 1936, Pirou [G. Pirou, *Les conceptions juridiques successives du contrat collectif de travail en France*, th. dr. Rennes 1909, Paris, Rousseau, 1909] et Rouast [A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, th. dr. Lyon 1909, Paris, Rousseau 1909] envisageaient déjà son rôle dans le développement d'un droit de la convention collective qu'ils

470. - Cependant, la philosophie générale du droit américain – construite dans un pays de tradition abstentionniste en droit du travail très attaché à la liberté et à l'égalité, plus ou moins formelles, des parties au contrat individuel ou collectif – de l'ordonnancement des relations entre accords collectifs et contrats individuels de travail, n'a pas encore son équivalent « parfait » en droit du travail français. Ce dernier, accorde davantage d'importance au « *fait majoritaire* » ; pour autant, il ne coupe pas définitivement les liens avec la tradition française civiliste de la force obligatoire du contrat¹⁷⁸⁴ ni ne crée les conditions nécessaires pour un véritable rééquilibrage de la négociation collective d'entreprise. Pour que les accords collectifs d'entreprise puissent, dans un système syndical pluraliste comme celui de la France, prétendre primer non seulement certaines lois et conventions collectives¹⁷⁸⁵, mais également certaines stipulations contractuelles individuelles, le Professeur Emmanuel Dockès énumère, à la lumière des enseignements tirés de l'expérience américaine du « *Labor Law* », trois prérequis fondamentaux. Afin de concevoir un régime réglementaire capable de garantir un équilibre de la négociation collective et de construire une légitimité de la convention collective, il faudrait, selon cet auteur, poser les bases d'un système qui imposerait l'existence d'un « *négoceur unique pour contrebalancer l'unité de l'employeur* » qui serait « *soutenu par la collectivité des salariés* » en prohibant, en même temps, toutes les formes de négociation individuelle¹⁷⁸⁶, par définition soustraites aux représentants de la collectivité de travail.

471. - Par ailleurs, il convient de souligner que les lois américaines sur le droit au travail « *Right-to-work laws*¹⁷⁸⁷ » – altérant substantiellement le jeu de la négociation collective et affaiblissant les syndicats – qui sont favorables aux salariés « *free riders* »¹⁷⁸⁸, ont leur « équivalent fonctionnel » en droit du travail français : les conventions collectives étendues constituent une cause de désintérêt des salariés vis-à-vis de l'action syndicale et incite aux

appelaient par ailleurs de leurs vœux ».

¹⁷⁸⁴ M. Fabre-Magnan, *Le forçage du consentement du salarié*, Dr. ouv. 2012, p. 459.

¹⁷⁸⁵ Largement facilité par la double technique de dérogation et de supplétivité, v. F. Canut, *La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée*, op. cit., p. 53 ; S. Frossard, *La supplétivité, une technique de flexibilité en développement*, op. cit., p. 61.

¹⁷⁸⁶ Dockès, *Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ?* op. cit., p. 252, spéc., p. 256 et s.

¹⁷⁸⁷ G. Trudeau et F. Paré, *Pourquoi les Rights-to-Work Laws aux États-Unis ?* Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2015/1, p. 6.

¹⁷⁸⁸ Ceux qui bénéficient des acquis du contrat collectif d'entreprise sans être pour autant adhérents du syndicat ni s'acquitter de contribution financière au profit de ce dernier.

comportements de salariés « *free rides* », de « *passager clandestin qui profite du voyage sans payer sans ticket*¹⁷⁸⁹ ». Cette situation ne facilite sans doute pas le rééquilibrage des rapports de forces des partenaires sociaux et favorise la désyndicalisation¹⁷⁹⁰.

472. - Les exigences, précitées¹⁷⁹¹ du Professeur Emmanuel Dockès rappellent certaines propositions faites par Gérard Lyon-Caen en 2003¹⁷⁹². L'auteur, conscient de l'efficacité d'une représentation syndicale unitaire¹⁷⁹³ au sein de l'entreprise, mais également dans la branche professionnelle, préconisait une réforme de l'architecture et de la fabrique des normes du travail respectueuse du principe hiérarchique, de la conception acquisitive de la négociation collective et de la règle de faveur¹⁷⁹⁴. Le contrat collectif d'unité (d'entreprise), comportant éventuellement des obligations réciproques¹⁷⁹⁵, serait conclu entre la direction et une délégation intersyndicale unique ; les membres de cette dernière seraient choisis en fonction des résultats obtenus par chaque syndicat lors des dernières élections professionnelles. Ainsi à l'unité de l'employeur correspondrait une unité construite du corps salarial de l'entreprise.

473. - En l'état actuel de la législation travailliste française concernant les rapports entre accord collectif et contrat de travail, « *le problème principal, et il est de taille, est donc [...] de savoir ce qui relève de la règle collective et ce qui relève seulement du contrat individuel*

¹⁷⁸⁹ J. Le Goff, Faut-il brûler le Code du travail ? Esprit, n° 419 novembre 2015, p. 117.

¹⁷⁹⁰ V. sur ce mouvement multicausal de confinement syndical, d'ailleurs assez général dans le monde, v. J.-M. Pernot, *De quoi la désyndicalisation est-elle le nom ?* in. M. Pigenet D, Tartakowsky (dir), *Histoire des mouvements sociaux en France de 1814 à nos jours*, La Découverte, 2014, pp. 640-651.

¹⁷⁹¹ E. Dockès, Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ? op. cit., p. 256 et s.

¹⁷⁹² G. Lyon-Caen, Contribution au travail législatif sur la négociation collective, Dr. soc. 2003, p. 1110.

¹⁷⁹³ Rappelons que « *le législateur avait écarté la règle majoritaire en 1947, de crainte qu'elle ne confère un monopole de la représentation à la CGT (procommuniste), et avait préféré accorder à diverses organisations une présomption de représentativité, garantissant le pluralisme (et en fait la division) syndical(e). Ce système ne présentait pas d'inconvénient majeur tant que les relations collectives avaient pour seul objet l'amélioration du sort des travailleurs* », A. Supiot, *Le droit du travail*, PUF, coll. QSJ. 2016, p. 85.

¹⁷⁹⁴ Dans cette perspective, la législation étatique est impérative à l'égard des normes conventionnelles. Quant à la réglementation professionnelle de branche, l'auteur prônait le maintien de son caractère impératif au regard des contrats collectifs d'unité (d'entreprise), ainsi que des contrats individuels de travail. Enfin, l'auteur manifestait une hostilité vis-à-vis des accords dérogatoires en des termes limpides : « *il n'est plus conclu à l'avenir d'accords dits dérogatoires* », G. Lyon-Caen, op. cit., p. 1111.

¹⁷⁹⁵ « Le contrat collectif d'unité a pour raison d'être d'accorder des avantages spécifiques, soit individuels, soit collectifs, au personnel de celle-ci ; et réciproquement d'approuver une proposition patronale, dont la justification est fournie, portant sur une nouvelle organisation du travail », Ibid.

*sans incidence collective*¹⁷⁹⁶ ». Plus globalement, l'ordonnancement de l'articulation entre accord collectif et contrat de travail donne une idée de la complexité et du « désordre » pouvant avoir lieu lorsque l'on essaye de modifier les équilibres traditionnels de la production normative en droit du travail¹⁷⁹⁷. Le fait de déplacer, en s'appuyant sur une marginalisation progressive de la norme étatique, le « *centre de gravité*¹⁷⁹⁸ » de la régulation conventionnelle des relations de travail vers le niveau d'entreprise en est une illustration topique. Cette évolution s'inscrit certainement dans une dynamique de rupture, une nouvelle culture aussi, qui redessine le rôle et la valeur de toutes les normes qui sont appelées à régir les rapports individuels et collectifs de travail. Cette évolution est également au centre d'un nombre d'interrogations fondamentales travaillant actuellement en profondeur la législation sociale française ; tel est le cas par exemple de l'autonomie collective des partenaires sociaux¹⁷⁹⁹, de la constitutionnalisation du dialogue social¹⁸⁰⁰ et de la place et du rôle de la convention collective dans l'ordre juridique français¹⁸⁰¹.

¹⁷⁹⁶ M.-L. Morin, Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé, op. cit., n° 28.

¹⁷⁹⁷ Sur la complexité de greffes juridiques en matière de droit collectif du travail, v. O. Kahn-Freund, *On Uses and misuses of comparative law*, The Modern Law Review, v. 37, January 1974, n° 1, p. 1, spéc., p. 21.

¹⁷⁹⁸ G. Spyropoulos, Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs, Dr. Soc. 2002, p. 392.

¹⁷⁹⁹ A. Jeammaud, M. Le Friant, Une réforme constitutionnelle, pour quelle « autonomie collective » ?, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 133.

¹⁸⁰⁰ Ch. Radé, Pour une réforme constitutionnelle ambitieuse du dialogue social, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 155.

¹⁸⁰¹ J.-E. Ray, La place de la négociation collective en droit constitutionnel, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2014/4 (n°45), p. 21.

Conclusion du Chapitre 1

474. - Les mutations à l'œuvre en droit du travail sont portées par les bouleversements actuels de l'ordonnancement de ses sources. Aux transformations des fonctions respectives de la loi et du contrat, l'instrumentalisation de l'argument comparatiste apporte son soutien. Comme le démontre le double phénomène de contractualisation¹⁸⁰² et de procéduralisation des sources des règles de droit du travail, la législation travailliste française se rapproche-t-elle des modèles étrangers érigeant le contrat en mode de régulation des rapports sociaux. L'échelon de l'entreprise est considéré, dans cette perspective, comme le niveau de production de normes le plus adapté au bon fonctionnement du marché du travail. Cette « *sous-traitance aux entreprises de la fabrique du droit du travail*¹⁸⁰³ », est attentatoire à l'une des « *originalités foncières*¹⁸⁰⁴ » du droit du travail, en l'occurrence l'impérativité de ses normes. Celle-ci est malmenée au profit de l'institutionnalisation de nouveaux espaces d'autonomie grâce à la montée en force d'un droit du travail négocié, dérogatoire et surtout supplétif. Le rétrécissement progressif de la place du droit étatique impératif, tendance confirmée¹⁸⁰⁵ par les récentes réformes, caractérise en définitive une certaine représentation volontariste et marchande de la régulation des relations de travail dont les effets seraient, à défaut d'une « *juste proportion entre droit imposé et droit négocié*¹⁸⁰⁶ », préjudiciables aux

¹⁸⁰² Qui « ne signifie nullement un recul de la loi face au contrat, mais un processus de mutation du contrat et de la loi. Sa caractéristique générale est qu'il s'agit moins aujourd'hui de fixer des règles que de créer des liens qui conditionnent le comportement de chaque sujet de droit (États, syndicats, salariés, chefs d'entreprise, etc.). Il n'existe plus dans un tel système de sujet absolument souverain, chacun devant se faire l'agent d'une régulation d'ensemble qui n'est plus véritablement délibérée nulle part », A. Supiot, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? op. cit., p. 71.

¹⁸⁰³ A. Supiot, Pour un droit du travail digne de ce nom, Le Monde 16 octobre 2015.

¹⁸⁰⁴ G. Lyon-Caen, Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective. Que doit-on entendre par refondation sociale ?, Dr. Soc. 2003, p. 355.

¹⁸⁰⁵ « Echappant aux pouvoirs publics (consentants... et résignés), la norme sociale est de moins en moins norme publique. La norme privée, peu à peu, lui succède, parée des vertus de la délibération de « sachants » maîtrisant la réalité des situations que la norme a vocation à régir, investis de la légitimité et de l'autorité nécessaires pour que la norme élaborée soit acceptée par ceux qu'elle a vocation à gouverner. Il est cependant un prix à payer : l'abaissement du Parlement ; l'émiettement du corpus normatif », B. Teyssié, De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail, op. cit. ; v. aussi du même auteur, Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail, JCP S n° 39. 22 septembre 2015, 1326.

¹⁸⁰⁶ P. Lokiec, Il faut sauver le droit du travail !, op. cit., p. 153. « Qu'elle soit individuelle ou collective, la volonté ne saurait, a fortiori dans des rapports asymétriques, suffire. Il faut donc en revenir à une juste répartition des rôles entre la loi et l'accord collectif : la loi définit les protections minimales, à charge pour les partenaires sociaux de les améliorer », P. Lokiec, « Qui dit conventionnel dit juste ! ». L'avènement d'un nouveau dogme, JCP G 2015, 282.

droits de la partie faible au rapport de travail¹⁸⁰⁷. Le développement des conventions collectives « donnant-donnant » tend, à l’instar du « *concession bargaining* » américain, « à affirmer l’autonomie normative de l’entreprise¹⁸⁰⁸ », autonomie réclamée depuis les années 1980¹⁸⁰⁹ et progressivement consacrée depuis la loi « Fillon » du 4 mai 2004.

475. - Mais les mutations des sources du droit du travail n’épuisent pas la totalité des critiques portées par le discours comparatiste. La fragilisation de la législation protectrice de l’emploi et des salariés est aussi un terrain propice au déploiement de l’argument comparatiste. L’analyse porte alors sur des thèmes au carrefour de préoccupations relatives aux choix de la législation de protection, de sécurisation ou d’accompagnement, de l’individu-salarié ou plus généralement de « *l’actif* », et aux impératifs d’une régulation efficiente du marché du travail.

¹⁸⁰⁷ « *La négociation collective avait été imaginée au seuil du siècle précédent pour canaliser les revendications ouvrières. A rendre la législation dispositive ou supplétive, on va peut-être faciliter la négociation, mais une négociation qui masquera d’autres intérêts : elle ne servira pas à examiner les revendications et à substituer le contrat librement débattu à l’action violente – mais à liquider progressivement, ce que les salariés appellent d’un vocable qu’on leur consentira, les acquis ; - en termes plus juridiques : une négociation en vue de substituer des règles volontaires aux règles instituées par la législation* », G. Lyon-Caen, Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective. Que doit-on entendre par refondation sociale ?, Dr. Soc. 2003, p. 355.

¹⁸⁰⁸ A. Supiot, Critique du droit du travail, op. cit., p. 174.

¹⁸⁰⁹ Allusion faite au projet patronal – toujours d’actualité – de « contrat collectif d’entreprise » : « *Ce qui frappe [concernant les récentes préconisations de réforme du droit du travail : J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l’emploi, sept. 2015 ; G. Cette, J. Barthélémy, Réformer le droit du travail, O. Jacob, sept 2015 ; Institut Montaigne, Sauver le dialogue social, sept 2015] le plus dans cette résurgence du vieux projet de « contrat collectif d’entreprise » est son aspect vieillot. Il participe de l’agenda néolibéral des années 1970, qui a déjà été largement mis en œuvre...* », A. Supiot, Pour un droit du travail digne de ce nom, Le Monde, 16 octobre 2015.

Chapitre 2: L'amélioration de la protection de l'emploi

476. - *Emploi, emploi et emploi*¹⁸¹⁰ « *l'emploi à tout prix* ¹⁸¹¹ ». Le droit, en général, entretient des rapports étroits et complexes avec la croissance économique. Sous la double influence des orientations ou recommandations des instances internationales (Union européenne, Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE)...) et des critiques virulentes émanant de l'analyse économique du droit du travail, le législateur social progresse inexorablement sur la voie de la flexibilisation de l'organisation juridique du marché du travail afin, sinon de créer de nouveaux emplois, du moins de maintenir ceux qui existent.

477. - **Une rigidité des normes travaillistes nuisible à l'emploi.** Les règles de droit du travail, formant ce que l'OCDE appelle la Législation Protectrice de l'Emploi (LPE), constituent un « terrain fertile » au déploiement des arguments tirés de la comparaison des droits. La mobilisation de ces derniers prend la forme d'une invocation de fragments de politiques sociales et de l'emploi appartenant à des législations étrangères ou de mots, fourre-tout et devenant fétiches¹⁸¹², pour tenter d'administrer des recettes « miraculeuses » aux maux, structurels ou conjoncturels, du marché du travail. Le « *mythe du législateur étranger*¹⁸¹³ » – à propos duquel les mises en garde de Carbonnier devraient guider tous ceux qui sont séduits par l'expérience comparative – opère ici une fascination auprès des « réformistes » désirant pallier les échecs du modèle français de production de normes de droit du travail. Le comparatisme sommaire, auquel se livrent souvent les thuriféraires d'une analyse économique comparée du droit du travail, concerne globalement deux registres. Le premier est relatif aux critiques de l'organisation juridique du marché du travail. Le second est lié aux solutions envisageables qu'il faudrait administrer au système français d'ordonnement des relations de travail. En tout état de cause, les partisans du discours comparatiste en droit du travail s'efforcent de faire de la comparaison un instrument pour justifier la nécessaire subordination du droit du travail à la logique marchande et

¹⁸¹⁰ L'emploi, l'emploi, l'emploi, Créer plus d'emplois en Europe, Rapport de la Task-force pour l'emploi présidée par M. Wim Kok, Commission européenne, novembre 2003.

¹⁸¹¹ P. Lokiec, Il faut sauver le droit du travail ! Odile Jacob, coll. Corpus, 2015, p. 67 et s.

¹⁸¹² On songe notamment au concept de flexibilité ou de flexicurité.

¹⁸¹³ J. Carbonnier, A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger, in. Essais sur les lois, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 121 et s.

concurrentielle, qui innerve « *un discours sur l'emploi* » voyant dans le Code du travail « *l'une des causes du chômage* »¹⁸¹⁴. Leurs analyses couvrent la plupart des domaines du droit du travail. De la manière d'encadrer les rapports contractuels entre salariés et employeurs à leur contrôle par le juge, le discours comparatiste dominant fournit des recommandations ; ce dernier est guidé en cela par un dogme : l'amélioration de l'efficacité économique et sociale de la norme travailliste en termes de croissance et de taux d'emploi passera nécessairement par la flexibilisation et la réduction du nombre de règles régissant le marché du travail. Cette grille de lecture adopte ainsi une approche quantitative diamétralement opposée aux finalités qualitatives originelles à la fois du droit comparé¹⁸¹⁵ et du droit du travail¹⁸¹⁶. Dans le même sens, certaines notions ou idées¹⁸¹⁷ venues d'ailleurs – la flexicurité par exemple – participent à l'émergence d'un droit du marché du travail¹⁸¹⁸. Cette déconstruction des protections juridiques traditionnelles des salariés, sous prétexte du droit à l'emploi, serait comblée par la reconnaissance de nouvelles générations de droits au profit des travailleurs.

478. - Après avoir tenté de présenter les discours, qui ont en commun la stigmatisation des sources étatiques des règles de droit du travail, et leur réception par le droit positif français, il convient également, pour essayer de saisir une autre facette de l'impact du discours comparatiste, de se pencher sur les objectifs de ce dernier concernant l'amélioration de la législation protectrice de l'emploi. Aussi, avant d'analyser ce que pourrait être considéré comme la mise en œuvre des remèdes, préconisés par les adeptes de l'analyse économique comparée, visant la réduction de la rigidité des règles régissant les rapports contractuels de travail (**Section 2**), convient-il à la fois d'évoquer les principales critiques, réelles ou

¹⁸¹⁴ P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail !* Odile Jacob, coll. Corpus, 2015, p. 69.

¹⁸¹⁵ Recherche de perfectionnement de la technique juridique respectueuse du contexte et des équilibres locaux. La littérature est abondante sur cette question, v. en particulier, X. Blanc-Jouvan, *Du bon usage de la méthode comparative en droit du travail*, op cit., et O. Kahn-Freund, *On Uses and misuses of comparative law*, op. cit.

¹⁸¹⁶ Protection de la partie faible au contrat de travail et construction d'une citoyenneté sociale au sein de l'entreprise (Sous réserve de la thèse de l'ambivalence du droit du travail dans ses relations avec le système capitaliste, v. A. Jeammaud, *Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 15, *spéc.* pp. 17-26) qui est elle-même historiquement construite sur la base du compromis fordiste : stabilité de l'emploi et garantie des revenus en contrepartie de la subordination.

¹⁸¹⁷ Le Professeur Jean-Claude Barbier, spécialiste des politiques comparées de l'emploi, préfère parler d'idée de flexicurité, J. C. Barbier, *Le voyage des idées politiques : une exploration européenne*, Les politiques sociales 2012, n° 3-4 p. 53-67.

¹⁸¹⁸ V. infra., n° 723 et s.

supposées, des politiques de protection de l'emploi, et d'étudier certaines solutions théoriques proposées pour en corriger les effets négatifs (**Section 1**).

Section 1 : L'échec du modèle traditionnel de protection de l'emploi

479. - Constat d'échec. L'utilisation instrumentale et dogmatique de la comparaison internationale tend, suivant une démarche souvent descriptive fondée principalement sur des statistiques comparées, à fustiger l'évolution de la législation travailliste sur les contrats de travail qui serait complexe, frénétique, rigide et inefficace. Les critiques dressent généralement le même constat : les règles protectrices actuelles de l'emploi n'offrent plus les conditions optimales à la bonne marche du marché du travail, devant concourir sinon à la création, du moins à la sauvegarde des emplois. Inadaptées à la réalité du monde du travail, loin des préoccupations actuelles et des attentes des entreprises et ne facilitant pas une gestion efficace et non contentieuse des restructurations provoquées par les mutations d'une économie globalisée, la plupart des règles de droit contractuel du travail ou des politiques de protection de l'emploi ne remplissent pas les critères d'efficacité économique. Face à ce constat d'échec, l'argument de droit comparé fournit aux adeptes de l'appréciation économique de la législation travailliste des éléments de discours indispensables visant d'une part, à pointer l'échec du modèle français de protection de l'emploi (§ 1), et d'autre part, à proposer des remèdes ou des modèles alternatifs – en s'inspirant des formules contractuelles adoptées par les pays affichant des taux de croissance et d'emploi supérieurs à ceux enregistrés en France – en vue de rendre plus efficaces les politiques de l'emploi, et par conséquent de participer à la résorption du niveau du chômage (§ 2).

§ 1 : Le constat de l'échec

480. - Politique de l'emploi et protection de l'emploi. La notion de politique de l'emploi peut revêtir deux significations distinctes. Selon le Professeur Jacques Freyssinet la politique de l'emploi « désigne au sens large l'ensemble des interventions publiques visant à agir sur le niveau ou sur la qualité de l'emploi : tous les instruments de la politique économique et

sociale peuvent être mobilisés à cette fin. On pourrait alors parler de « politique pour l'emploi ». Au sens strict, la politique de l'emploi réunit l'ensemble des dispositifs mis en œuvre pour corriger les déséquilibres observés sur les marchés du travail ou en réduire le coût social ; en pratique, elle relève de la responsabilité du ministère du Travail¹⁸¹⁹ ». La mise en œuvre de ces deux volets de la politique de l'emploi, ci-dessus définis, peut impacter la teneur et plus globalement la finalité des règles de droit du travail pour atteindre des objectifs en termes de taux d'emploi. De la sorte, « l'État utilise le droit du travail retourné en droit de l'emploi dans son action contre le chômage¹⁸²⁰ ». Le droit du travail, « relais des politiques publiques¹⁸²¹ », est à la recherche d'une nouvelle identité ; cette méthode essuie elle-aussi un échec en matière d'emploi, malgré la flexibilité de la réglementation et les incitations financières et juridiques¹⁸²² concédées par le législateur.

Le régime juridique des contrats de travail, visant entre autres à procurer une certaine stabilité et prévisibilité de la relation contractuelle du travail, ou d'une manière générale une protection de l'emploi, constitue un important levier des politiques de l'emploi. Cependant, cette finalité de protection de l'emploi est depuis une quinzaine d'années en proie à de nombreuses critiques. Les opinions sont presque unanimes sur la question de l'échec de la législation protectrice de l'emploi. Celle-ci serait à l'origine de la segmentation du marché du travail (A) et de la montée de la précarité (B). A l'appui de ces opinions, toujours plaide le discours comparatiste.

A. Le dualisme du marché du travail

481. - Le dualisme du marché du travail est la traduction, en termes économiques, de segmentation contractuelle inscrite dans le Code du travail : d'un côté, le contrat à durée indéterminée, et de l'autre, tous les contrats atypiques. Multi-causal et générateur de nombreuses conséquences dommageables, le phénomène de dualisation du marché du travail

¹⁸¹⁹ J. Freyssinet, Quelques enseignements de l'expérience. Dossier « Agir pour l'emploi », *Revue Projet* 1/2004 (n° 278), p. 53. Souligné par l'auteur.

¹⁸²⁰ G. Lyon-Caen, *Un droit sans papier d'identité*, Arch. Phil. droit, n° 41, 1997, p. 181.

¹⁸²¹ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, Dalloz, coll. HyperCours, 2014, p. 11.

¹⁸²² F. Bousez, A. Martinon, *Les contrats aidés en proie à la démesure*, RDSS. 2013, n° 2, p. 189.

est le point de cristallisation de critiques adressées à l'égard des règles de protection de l'emploi.

482. - Causes. Le choix opéré par le législateur français de doter, depuis l'ordonnance du 5 février 1982, le contrat à durée indéterminée du statut de contrat de droit commun¹⁸²³, fait aujourd'hui l'objet de virulentes critiques. Selon l'analyse économique dominante, cette figure centrale du droit des contrats de travail aurait des conséquences nocives sur l'emploi. Les règles protectrices régissant le rapport contractuel de travail de droit commun constitueraient un frein pour la création d'emplois¹⁸²⁴, obligerait les entreprises¹⁸²⁵ à garder des emplois économiquement non viables et encouragerait les employeurs à faire appel aux contrats atypiques. Le contrôle judiciaire sur la suppression des emplois ne permettrait pas dès lors aux entreprises de détruire spontanément les emplois peu rentables – un processus de « *destruction créatrice* » des emplois suite à l'apparition de nouvelles organisations du travail –, et nuirait, par conséquent, au bon fonctionnement du système économique¹⁸²⁶.

483. - Le recours aux contrats atypiques comme variable d'ajustement. L'une des conséquences négatives de la dualité du marché du travail, est de considérer les contrats non permanents – ou les « *formes particulières d'emploi*¹⁸²⁷ » – comme un mécanisme d'ajustement aux variations conjoncturelles. L'insécurité économique et sociale consubstantielle aux contrats atypiques sert malheureusement à sauvegarder la stabilité des salariés titulaires de contrats permanents en cas de difficultés économiques. La possibilité

¹⁸²³ J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 24^{ème} éd. 2008, n° 503 et s.

¹⁸²⁴ « *Des conditions de travail trop protectrices peuvent décourager les employeurs de recruter* », Commission UE, Livre vert. Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2006, p. 5.

¹⁸²⁵ Il faut toutefois noter la part de responsabilité des entreprises dans la perpétuation du dualisme du marché du travail, en ce qu'elles instrumentalisent la flexibilité des contrats de travail ; car, par exemple, « *le CDD est utilisé plus massivement par les entreprises ayant des stratégies davantage fondées sur la minimisation de leur masse salariale que sur une amélioration de la productivité nécessitant la fidélisation des salariés* » (D. Sauze, De la forme contractuelle aux usages des entreprises : le cas des CDD, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 66).

¹⁸²⁶ « *Certes, la protection de l'emploi réduit les destructions de postes de travail. Néanmoins, elle a pour contrepartie une diminution des créations d'emplois, car le surcoût induit par le maintien d'effectifs peu rentables, que les entreprises détruiraient spontanément en l'absence de contrôle, diminue la rentabilité anticipée sur les emplois nouveaux, qui peuvent devenir eux-mêmes, dans le futur, des emplois non rentables protégés par la réglementation* », P. Cahuc, F. Kramarz, *Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 71.

¹⁸²⁷ L'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE), utilise l'expression « formes particulières d'emploi » pour désigner les contrats à durée déterminée, les missions d'intérim, les contrats aidés et les contrats d'alternance par opposition aux contrats à durée indéterminée.

d'utiliser des contrats atypiques offre pour les entreprises, dans les pays à marché du travail dual, une technique précieuse de flexibilité. Celle numérique et externe, fonctionnant selon une littérature abondante, argument de droit comparé à l'appui, au détriment de l'emploi et des salariés titulaires de contrats atypiques. Dans un rapport publié en janvier 2013, la Cour des comptes relève qu'en « *France, la crise a eu un impact fortement négatif sur l'emploi temporaire : dans les marchés du travail marqués par le dualisme, ce sont les formes d'emploi précaires qui constituent le premier mécanisme d'ajustement de l'emploi en temps de ralentissement ou de crise, alors que dans d'autres pays ce sont les mécanismes de flexibilité interne qui jouent d'abord...*¹⁸²⁸ ». La Cour des comptes cite plusieurs pays – Allemagne, Autriche, Belgique, Corée du sud et Luxembourg – où la baisse du nombre total d'heures travaillées ou le recours au « chômage partiel » (activité réduite ou partielle) ont, par exemple, permis d'amortir le choc de la crise économique de 2008 sur le niveau d'emploi¹⁸²⁹. Le recours à l'argument de droit comparé est clairement utilisé dans ce domaine pour pointer les lacunes des choix opérés par le droit français en matière de techniques de flexibilité (interne ou externe)¹⁸³⁰.

484. - La pratique de la négociation collective, facteur de dualisation du marché du travail. La segmentation du marché de l'emploi n'est pas seulement la résultante d'une diversification des contrats de travail, elle est aussi accentuée par les insuffisances de la négociation collective. Celle-ci porte essentiellement sur les conditions de sauvegarder des intérêts des salariés titulaires de contrats de travail compris dans le champ de la négociation, appelés suivant le vocabulaire économique les « *insiders* ». Les actifs dépourvus d'emploi, les « *outsiders* », bénéficient très rarement de couverture conventionnelle. Le rapport

¹⁸²⁸ Cour des comptes, Le marché du travail : face à un chômage élevé, mieux cibler les politiques, Rapport thématique, janvier 2013, p. 31.

¹⁸²⁹ « *Les formes de flexibilité externe [licenciement, non renouvellement des contrats temporaires] se sont accompagnées d'un recours plus ou moins important selon les pays, aux dispositifs de flexibilité interne, permettant de sauvegarder la stabilité de l'emploi : réduction du nombre d'heures travaillées, recours au chômage partiel. Ces modalités de réaction à la crise ont été moins fortement mobilisées en France que dans d'autres pays* », Cour des comptes, Le marché du travail : face à un chômage élevé, mieux cibler les politiques, Rapport thématique, janvier 2013, p. 32.

¹⁸³⁰ « *C'est ce choix [d'activité partielle] qui a principalement permis à l'Allemagne de mieux s'en sortir que d'autres pendant la crise de 2008 sans augmentation sensible du chômage : ainsi par exemple, au plus fort de la crise en 2009, 1 600 000 salariés allemands étaient en activité partielle quand, la même année, seulement 200 000 salariés français l'étaient* », Rapport n° 847 fait par M. Jean-Marc Germain (Tome I), au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, p. 10.

Combrexelle pointe ce hiatus¹⁸³¹, et propose pour pallier cette carence de repenser et de rationaliser les missions de la négociation collective au niveau des branches professionnelles. Dans une perspective macroéconomique et prospective visant l'instauration d'*une véritable gestion prévisionnelle des emplois et des compétences au niveau de la branche*, l'une des missions de cette dernière pourrait « être une négociation tournée vers l'emploi et la formation en fonction des évolutions prévisibles du secteur. Cette négociation ne viserait pas uniquement les « insiders » mais aussi les « outsiders » en offrant à ces derniers, via les organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA), des formations en vue d'embauches futures en adéquation avec les besoins de la branche¹⁸³² ».

485. - Conséquences. Incapable d'assurer une réelle protection de l'emploi et de faciliter l'accès à l'emploi, la réglementation travailliste française actuelle favoriserait la segmentation du marché du travail. L'équation défendue par l'analyse économique est simple : les règles juridiques restreignant la rupture des contrats standards¹⁸³³ inciteraient les entreprises à faire appel aux contrats atypiques ; elles créeraient un dualisme du marché de l'emploi. Ainsi, cet écart entre le cadre juridique des contrats temporaires et celui applicable aux contrats réguliers, appelé souvent segmentation contractuelle ou dualisme contractuel, « *risque d'entraîner un clivage durable entre des groupes de travailleurs titulaires de types de contrats différents, en termes de conditions d'emploi présentes et futures* ¹⁸³⁴ ». Par ailleurs, les différentes politiques, fort légitimes, de lutte pour le plein emploi et celles en faveur du traitement social de la précarité de l'emploi et des contrats de travail soulèvent d'autres problématiques. Selon le Conseil d'Etat, « *l'abondante législation dans ce domaine, si elle témoigne d'une volonté politique forte, n'en contribue pas moins à accentuer une situation de complexité, d'instabilité, d'opacité et d'imprévisibilité des règles, facteur d'insécurité*

¹⁸³¹ « Par nature, l'accord vise à protéger la situation des salariés compris dans son périmètre, que ce soit en termes de salaires, de conditions de travail ou d'emploi, ce que les spécialistes appellent les « insiders ». Très rares, en revanche, sont les accords innovants qui portent un regard tourné sur l'extérieur et plus particulièrement encore sur la précarité et les personnes au chômage. Ainsi la négociation collective a tendance à accentuer la dualité du marché du travail », J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie septembre 2015, p. 30.

¹⁸³² Ibid. p. 89.

¹⁸³³ La part des contrats à durée indéterminée reste la forme principale d'emploi en termes de stock, autour de 87 % de l'emploi salarié (Insee – Données 2014).

¹⁸³⁴ OCDE, *Perspectives de l'emploi 2014*, p. 208.

juridique. La lutte contre la précarité justifie de façon récurrente l'élaboration de nouveaux instruments normatifs ¹⁸³⁵».

486. - La nocivité économique des normes de protection de l'emploi. Plusieurs études et rapports dénoncent les effets socio-économiques des règles protectrices régissant les rapports contractuels de travail. La Commission européenne dans son Livre vert sur le droit du travail de 2006 avait abouti à des conclusions allant dans ce sens. L'instance communautaire adhère, au travers de cet instrument normatif de *soft law*, à l'idée selon laquelle le droit des contrats permanents serait économiquement inefficace. Elle énonce à ce sujet qu'une « *déréglementation "marginale" maintenant les règles strictes applicables aux contrats standards pratiquement intacts tend à favoriser la segmentation des marchés du travail et influe négativement sur la productivité* ¹⁸³⁶ ». En outre, le Livre vert formule une préférence concernant les politiques de protection des salariés en privilégiant les systèmes d'aide en cas de chômage aux normes protectrices de l'emploi ¹⁸³⁷.

487. - Au-delà de la segmentation du marché du travail engendrée par la multiplication de régimes juridiques trop protecteurs concernant l'usage de la main d'œuvre, les analyses comparatives relèvent également la montée en force d'un phénomène de précarisation de la condition salariale.

B. La montée en force de la précarité

488. - Constat sociologique : la montée du précaire ¹⁸³⁸. Le sociologue Robert Castel introduit une distinction conceptuelle concernant la notion de précarité. Il distingue, d'un côté,

¹⁸³⁵ Rapport du Conseil d'Etat, *La sécurité juridique et la complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 260.

¹⁸³⁶ Commission UE, Livre vert. Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2006, p. 9

¹⁸³⁷ « [...] *les travailleurs se sentent mieux protégés par un système d'aide en cas de chômage que par la législation de protection de l'emploi* », Commission UE, Livre vert. Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2007, p. 9.

¹⁸³⁸ R. Castel, *Métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard 1995 ; « *La précarité serait alors une étape dans un parcours professionnel. Mais si elle était en train de devenir un état ? Un nombre croissant de gens passent de stage en stage ou d'occupation provisoire en occupation provisoire, coupés de périodes plus ou moins longues de chômage. Il peut y avoir une constance de la précarité. Elle devient un régime de croisière, ou une condition permanente, ou un registre « régulier » de l'organisation du travail* » (R. Castel, *Et maintenant, le*

les formes de vulnérabilité qui existaient avant la naissance de l'Etat-providence et ses avancées majeures en termes de protection sociale et d'encadrement légal des relations de travail, et de l'autre, le « *précarariat* », c'est-à-dire, un état, en voie d'expansion, de dégradation et d'incertitude du lendemain presque permanent d'une catégorie de travailleurs¹⁸³⁹. Les contrats irréguliers et les contrats aidés font partie du monde du « *précarariat* ». Selon Castel, il faudrait réformer et repenser – rôle incombant à l'instance chargée de l'intérêt général, l'Etat, qui a un devoir de cohésion sociale – les protections, en sécurisant davantage les transitions professionnelles, en accordant des droits attachés aux personnes et en construisant des nouvelles formes d'équilibres.

489. - La banalisation des relations de travail précaires engendre des conséquences dommageables dans la société tout entière. En aggravant la situation des travailleurs peu qualifiés, « *la précarité met généralement les travailleurs et les sociétés dans des situations instables et peu sûres*¹⁸⁴⁰ ». La précarité a donc des conséquences qui dépassent le cadre des relations d'emploi. Elle représente, par exemple pour les salariés titulaires de contrats précaires, un certain nombre de difficultés relatives, notamment, à l'accession au logement ou à la propriété¹⁸⁴¹.

490. - Inégalités. Le taux de chômage élevé de certaines catégories de personnes – jeunes, seniors, femmes –, l'accroissement de l'emploi précaire et le développement du chômage de longue durée¹⁸⁴² affinent la lecture des effets préjudiciables de la législation protectrice de l'emploi. Dans son rapport *Perspectives de l'emploi* de 2014, l'OCDE a relevé l'existence d'un lien de causalité entre certaines inégalités et le type de contrat de travail. Selon cette

précarariat..., Le Monde, 29 avril 2006).

¹⁸³⁹ Le Livre vert de la Commission européenne « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle », soutient à cet égard que « *l'existence d'une législation de protection de l'emploi trop rigide tend à réduire le dynamisme du marché du travail, en aggravant les perspectives d'emploi des femmes, des jeunes et des travailleurs plus âgés* », p. 9.

¹⁸⁴⁰ « Emplois précaires, vies précaires, sociétés précaires », BIT, Du travail précaire au travail décent. Politiques et réglementation visant à lutter contre l'emploi précaire, 2011, p. 14.

¹⁸⁴¹ De surcroît, la précarité a des incidences négatives sur le plan des droits collectifs des travailleurs. « Le sentiment général de peur et d'insécurité dissuade aussi les travailleurs de s'affilier aux syndicats, ce qui les rend encore plus vulnérables vis-à-vis des contrats précaires », BIT, Du travail précaire au travail décent, op. cit., p. 15.

¹⁸⁴² V. OCDE, Perspectives de l'emploi 2014, Chap. 4 : Emploi non régulier, sécurité de l'emploi et clivage du marché du travail ; OCDE, Perspectives de l'emploi 2013, Chapitre 2 : Protéger l'emploi, renforcer la flexibilité : un nouveau regard sur la législation sur la protection de l'emploi.

organisation internationale « *les travailleurs non réguliers se trouvent généralement dans une situation plus précaire. Même si l'épisode de chômage est souvent plus court pour les travailleurs au chômage au terme d'un contrat temporaire que pour les travailleurs permanents licenciés, la probabilité de perte d'emploi est beaucoup plus forte parmi les travailleurs temporaires*¹⁸⁴³ ». Ces arguments d'ordre socio-économique sont souvent étayés par les auteurs véhiculant un discours comparatiste sur l'organisation juridique du marché du travail, en particulier dans son volet relatif au droit des contrats de travail. Le rapport Cahuc-Kramarz en avait fait état. Ces deux économistes avaient souligné que « *nous sommes parmi les seuls à avoir plus de 70 % des embauches en emplois précaires* », et que « *la France a le taux de contrats précaires le plus fort en Europe, exception faite de l'Espagne. En outre, il apparaît que ce sont essentiellement les jeunes qui sont touchés par cette forme de précarité de l'emploi. Si l'on compare à des pays dont le fonctionnement du marché du travail pourrait constituer un modèle intéressant pour la France, tels le Danemark ou les Pays-Bas, alors la situation des jeunes français n'est pas brillante*¹⁸⁴⁴ ».

491. - Des causes juridiques. Ainsi, une réglementation importante protégeant l'emploi stable aurait, d'après le courant orthodoxe de l'analyse économique du droit du travail, des effets négatifs sur la croissance économique et la création d'emploi ; elle serait également génératrice d'inégalités et de rigidités sur le marché du travail. Selon « *plusieurs dizaines d'études empiriques menées dans divers pays, avec des données mobilisant des milliers d'observations indiquent que la protection de l'emploi est plutôt défavorable à l'emploi, en particulier pour les groupes démographiques, tels que les jeunes, les femmes et les travailleurs âgés, dont l'insertion sur le marché du travail est la plus difficile*¹⁸⁴⁵ ». Tel est le cas du droit du travail français. Critiqué constamment pour son caractère rigide, le droit contractuel du travail n'en reste pas moins considéré comme un vecteur de flexibilisation. Ce n'est pas le manque de règles flexibles qu'il faudrait reprocher à la législation française sur l'emploi, mais c'est l'existence même de garanties légales et conventionnelles accordées aux

¹⁸⁴³ OCDE, *Perspective de l'Emploi 2014*, p. 194.

¹⁸⁴⁴ P. Cahuc, F. Kramarz, *De la Précarité à la Mobilité : vers une Sécurité Sociale Professionnelle*, Rapport au Ministre de l'Économie et au Ministre du Travail, Décembre 2004, La Documentation française, 2005, p. 20. Pour y remédier ces auteurs précités proposent la création d'un contrat unique du travail (p. 123 et s.).

¹⁸⁴⁵ P. Cahuc, F. Kramarz, *Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 2005, p. 71.

salariés. L'appartenance du droit français à la culture civiliste expliquerait en partie la rigidité des règles par rapport aux pays de tradition de *common law*¹⁸⁴⁶. Pis encore, ce sont la flexibilité et la diversité des contrats de travail qui creusent les inégalités. C'est toute l'ambivalence et la réversibilité¹⁸⁴⁷ des normes de droit du travail et des objectifs poursuivis qui se manifestent ici¹⁸⁴⁸. Selon Jean Claude Barbier, « *on oublie souvent, [...] qu'en France (comme dans les autres pays latins, l'Italie et l'Espagne), le droit du travail a été l'un des vecteur de l'introduction de plus d'inégalité face à l'exposition aux conséquences négatives de la flexibilité de l'emploi. Il a été en effet utilisé – à répétition – pour introduire de nouveaux statuts d'emploi ou d'activité aux marges de l'emploi ordinaire, par le biais de la diversification des contrats*¹⁸⁴⁹ ».

492. - Les auteurs d'un rapport du Bureau international du travail proposent une définition du travail précaire à partir de la réunion de plusieurs éléments. Ces derniers tiennent à la fois à l'existence de certains dispositifs contractuels (la durée limitée du contrat et la nature de la relation de travail (triangulaire ou déguisée, faux emploi indépendant, sous-traitance et agences d'intérim) et à la dégradation de certaines conditions qui aggravent la précarité (« *les bas salaires, le faible niveau de protection par rapport au licenciement, le manque d'accès à la protection sociale et aux prestations habituellement associées à l'emploi conventionnel à temps plein, l'impossibilité ou les possibilités limitées pour les travailleurs d'exercer leurs droits au travail*¹⁸⁵⁰»). Phénomène protéiforme, multi-causal et dont l'intensité et les effets négatifs différent d'un pays à l'autre, le travail précaire dépasse, dans une perspective

¹⁸⁴⁶ Toutefois un certain rapprochement entre ces deux grandes traditions juridiques est à signaler. Certaines analyses citées par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette (D. Venn, *Legislation, Collective Bargaining and Enforcement*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, 2009 n° 89) montrent « *que, sur l'ensemble de la période 1995-2008, les pays ressortant d'une culture de civil law connaissent certes des niveaux de rigidités sur le marché du travail supérieurs en moyenne à ceux ressortant d'une culture de common law, mais qu'ils ont abaissé ces rigidités tandis que les seconds les ont plutôt durcies, ce qui traduit une certaine convergence* », J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, op. cit.p. 9.

¹⁸⁴⁷ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit* 1995

¹⁸⁴⁸ Puisque comme l'a bien souligné le Livre vert de la Commission européenne « *la diversification des types de contrats peut avoir certains effets préjudiciables. Une partie des travailleurs risquent d'être piégés par une succession d'emplois de courte durée et de basse qualité assortis d'une protection sociale insuffisante, qui les laissent dans une situation de vulnérabilité. Ces emplois peuvent cependant servir de tremplin à certaines personnes, fréquemment celles qui ont des difficultés particulières, pour s'intégrer sur le marché du travail* », *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle*, p. 9.

¹⁸⁴⁹ J.-C. Barbier, *La réforme du marché du travail français au miroir de l'Europe. Imiter l'Espagne à défaut du Danemark ?*, in. *La France de l'après-CPE et les chantiers du droit du travail*, Esprit mai 2006, p. 19.

¹⁸⁵⁰ BIT, *Du travail précaire au travail décent. Politiques et réglementations visant à lutter contre l'emploi précaire*, 2011, p. 7.

juridique, la dichotomie contrat à durée indéterminée/contrat à durée déterminée. Certaines dispositions législatives relatives aux contrats permanents sont créatrices de précarité ; c'est, notamment le cas de la faible protection, procédurale et financière, des salariés contre le licenciement¹⁸⁵¹.

493. - La complexité des enjeux liés à la dichotomie contrats permanents-contrats atypiques. Au-delà de la segmentation du marché du travail et de ses conséquences – recrudescence de la précarité et de la sélectivité¹⁸⁵² au sein du marché de l'emploi – le choix d'une diversité contractuelle dépasse le cadre d'une analyse purement juridico-économique. Il met aussi sur scène une question de société et des choix politiques, comme l'a fort justement souligné un auteur : « *Combien de titulaires de CDI ont protesté lorsque des centaines de milliers d'intérimaires se sont retrouvés à la rue quasiment du jour au lendemain fin 2008 ? Ce n'est pas qu'une question politique, c'est aussi un choix de société qui renvoie chacun à ses devoirs de générosité et de partage des contraintes*¹⁸⁵³ ».

494. - L'analyse comparée ne sert pas seulement à illustrer l'échec de la législation de protection de l'emploi, elle constitue également une source considérable d'inspiration pour formuler des propositions afin d'y remédier.

¹⁸⁵¹ Ibid.

¹⁸⁵² Rappelons que l'institution, par exemple, des contrats aidés ambitionne de lutter contre la précarité et sélectivité du marché du travail. Destinés à « *des publics à « l'employabilité » incertaine* » (J.-Y. Kerbourc'h, Penser la flexibilité en droit du travail, in. M. de Nanteuil, A. El Akremi (dir), La société flexible, ERES, coll. Sociologie économique, 2005 p. 32), les contrats aidés se définissent comme l'ensemble de conventions « *empreinte[s] de flexibilité juridique et accompagnée[s] d'une aide financière appartient à cette catégorie de contrats dérogatoires* » (F. Bousez, A. Martinon, *Les contrats aidés en proie à la démesure*, op. cit., p. 189 ; L'INSEE définit le contrat aidé comme « *un contrat de travail dérogatoire au droit commun, pour lequel l'employeur bénéficie d'aides, qui peuvent prendre la forme de subventions à l'embauche, d'exonérations de certaines cotisations sociales, d'aides à la formation. Le principe général est de diminuer, par des aides directes ou indirectes, les coûts d'embauche et/ou de formation pour l'employeur. Ces emplois aidés sont, en général, accessibles prioritairement à des « publics cibles », telles les personnes « en difficulté sur le marché du travail » ou les jeunes. Ils relèvent du secteur marchand ou du secteur non marchand* », <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/contrat-aide.htm>). Cependant, les contrats aidés « *n'exercent, à long terme qu'un effet limité sur le niveau global de l'emploi. Leur intérêt est ailleurs. D'abord, ils peuvent exercer un rôle efficace d'amortisseurs conjoncturels en réduisant les entrées massives en chômage en phase de ralentissement. Surtout, ils constituent un instrument nécessaire pour lutter contre la sélectivité du marché du travail et réduire les processus de marginalisation ou d'exclusion, souvent irréversibles, qui en résultent* » (J. Freyssinet, Quelques enseignements de l'expérience. Dossier « Agir pour l'emploi », *Revue Projet* 1/2004 (n° 278), p. 53 et s.).

¹⁸⁵³ Ch. Everaere, Les emplois atypiques ne sont plus ce qu'ils étaient, Metis Europe, 18 Mai 2015.

§ 2 : Les remèdes envisageables

495. - Préconisations. Préconiser des réformes du droit du travail, fait partie de la plupart des conclusions des rapports et études émanant d'experts et d'acteurs institutionnels nationaux et internationaux. L'influence de telles recommandations normatives est loin d'être dépourvue d'impact réel sur les choix opérés dans les récentes réformes de la législation travailliste. Ces préconisations constituent, au sein des débats publics, un « gisement » précieux et inépuisable d'arguments pour les détracteurs d'un droit du travail qui serait très complexe, inefficace, « hyper-protecteur » et nocif au développement économique. La persistance d'un taux de chômage élevé et le bas niveau de création d'emplois sont dus, selon le discours de l'analyse économique comparée du droit du travail, à la rigidité de l'organisation juridique du marché du travail et à l'excessive générosité des systèmes de protection sociale qui augmenteraient les coûts du travail et dégraderaient la compétitivité de l'économie nationale.

L'évaluation chiffrée de la réglementation travailliste et les débats contemporains sur l'efficacité du marché du travail adoptent une conception instrumentale et des règles protectrices de l'emploi et de la comparaison internationale. Les normes de droit des relations individuelles du travail devraient servir en premier lieu la création des emplois, ou autrement dit la défense – protection – de l'« emploi ». Les règles de droit du travail devraient se consacrer à la défense de l'emploi en s'inspirant de certains modèles étrangers. Si la comparaison est une opération intellectuelle fondatrice pour la compréhension de la singularité de soi et d'autrui, son utilisation dogmatique à des fins préconçues ou pour nourrir une rhétorique sur l'inefficacité économique et sociale du droit du travail, interpelle et suggère un examen attentif de ses propositions. Dans sa posture normative, le discours comparatiste propose des remèdes pour une meilleure défense de l'« emploi » ; globalement, ses propositions visant l'amélioration de la législation protectrice de l'emploi s'articulent autour d'un double objectif : la flexibilisation des contrats de travail (**A**), et la fluidité du marché du travail (**B**).

A. La flexibilisation du droit des contrats de travail

496. - La notion de flexibilité s'est durablement installée dans le paysage juridique national et européen. Elle peut désigner plusieurs réalités juridiques ; elle sert également d'élément de discours critique sur le droit du travail. Les variantes juridiques nationales de la notion de flexibilité dans le domaine du droit des relations individuelles de travail constituent souvent une riche matière aux réflexions comparatives. Le discours comparatiste dominant s'en sert pour étayer certaines préférences en matière de régulation des relations contractuelles du travail. L'objectif affiché de cette mobilisation de la comparaison internationale est de réduire la segmentation du marché du travail. Avant d'évoquer les remèdes envisageables, tant contractuels (2) que ceux fondés sur le droit conventionnel collectif (3), pour atteindre cet objectif, il conviendrait de revenir brièvement sur la notion même de flexibilité (1).

1. La notion de flexibilité.

497. - **Le flou du contenu juridique de la flexibilité.** L'omniprésence de la notion de flexibilisation des relations de travail au sein du débat social français¹⁸⁵⁴, depuis le début des années 1980¹⁸⁵⁵, est due au moins à deux raisons. D'une part, la flexibilité est perçue et promue comme étant en phase avec les besoins d'une économie compétitive : l'économie postindustrielle qui fait appel à des formes d'emploi atypiques et par essence flexibles a besoin de règles juridiques flexibles permettant son épanouissement. D'autre part, rendre l'encadrement des relations de travail flexible fait partie intégrante d'un certain discours sur le droit du travail dont la force persuasive se nourrit, notamment, de l'argument tiré de la comparaison internationale ; les pays ayant flexibilisé leur droit du travail sont souvent cités comme des sources d'inspiration. Au-delà de ces considérations économiques et discursives,

¹⁸⁵⁴ « La prolifération de la réglementation est la forme française de la flexibilité », F. Gaudu, *Quelques conclusions*, Dr. Soc. 2010, p. 402 ; F. Gaudu, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Cours 5^e éd. 2013 (mise à jour par R. Vatinet), p. 453.

¹⁸⁵⁵ V. Forest, M. Julien, Analyse du discours patronal sur la flexibilité. Une lecture juridique et économique (p. 19 et s.), et B. Géniaut, La flexibilité dans le discours des juristes du travail –Flexibilité du droit, droit de la flexibilité et « Nouvel esprit du capitalisme» (p. 29 et s.), *in*. E. Mazuyer (dir), La mesure des flexibilités du droit du travail, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680.

la notion de flexibilité reste sur le plan juridique une notion fuyante et sans contenu précis¹⁸⁵⁶. Plusieurs manières de présenter la notion de flexibilité sont possibles, mais sans jamais parvenir à lui donner une définition univoque. Elle se rapproche plus ou moins d'une directive ou d'une orientation générale à contenu variable. Protéiforme¹⁸⁵⁷, chargée d'une ambiguïté et constamment présente dans le débat public, la notion de flexibilité exerce une attractivité certaine. Des essais de systématisation des usages de la flexibilité nourrissent fréquemment la littérature travailliste. Schématiquement, la flexibilité peut, sur le plan théorique, avoir plusieurs déclinaisons avec plusieurs variables : les flexibilités internes (modulation du temps de travail, heures supplémentaires, temps partiel, activité partielle ou réduite (ex-chômage partiel)), les flexibilités externes (embauche en contrat à durée déterminée ou en contrat de travail temporaire, assouplissement des modes de rupture des contrats à durée indéterminée), les flexibilités organisationnelles (multi-employeurs¹⁸⁵⁸, sous-traitance et externalisation, organisations flexibles), la flexibilité fonctionnelle (faculté des salariés à changer de poste de travail ou polyvalence de la main-d'œuvre) les flexibilités géographiques (validité des clauses de mobilité) et les flexibilités des salaires (salaire fixe, variable, progressif, ajustement du système de rémunération...)¹⁸⁵⁹. En étudiant la pluralité des usages du concept de flexibilité dans le domaine des relations individuelles de travail, le Professeur Jacques Le Goff fait, en s'inspirant des travaux de Bernard Brunhes¹⁸⁶⁰, une éclairante distinction « *entre deux grands registres de déploiement de la flexibilité : le fonctionnel et le statutaire*¹⁸⁶¹ ». L'approche fonctionnelle ou organisationnelle de la flexibilité entend, sans modifier le statut juridique des

¹⁸⁵⁶ D'aucuns ont pu la définir au plan juridique « *comme étant le travail non régi par un contrat économique, mais par des contrats de sous-traitance, intérimaire, à durée déterminée ou pour un projet précis, de gré à gré, à temps partiel, de travail à domicile, c'est-à-dire des contrats atypiques, très éloignés des acquis sociaux des pays européens les plus avancés* », V. de Poulpiquet, La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne, A la recherche d'un modèle européen de production flexible, RTD eur. 1999, p. 709.

¹⁸⁵⁷ Le sens de la flexibilité diffère d'un pays à l'autre suivant la culture sociale et le type de régulation choisi (contrat ou loi) pour régir les relations de travail, v. J.-C. Javillier, *Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales*, Dr. soc. 1986, p. 56.

¹⁸⁵⁸ Par ex. les groupements d'employeurs institués par la loi 85-772 du 25 juillet 1985, portant diverses dispositions d'ordre social (C. trav. art. L. 1253-1).

¹⁸⁵⁹ T. Whilthagen et F. Tros, The concept of "flexicurity" : a new approach to regulating employment and labour markets, *Transfer* 2004, n°2, pp. 1966-1985. Cités par M.-A. Moreau, Evolutions du droit du travail, flexibilités et cohésion sociale: vers la recherche de nouvelles voies pour soutenir les restructurations et les transitions? Institut Universitaire Européen (Florence), EUI Working Paper LAW No. 2006/24, p. 3 et s. V. égal. B. Brunhes, La flexibilité du travail. Réflexions sur les modèles européens, Dr. soc. 1989, p. 251; J. Le Goff, Les réponses à la flexibilité, *Esprit*, 2006/5 Mai, p. 29-4; J.-C. barbier, *Flexibilité*, in. A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement, A. Mias (dir), *Dictionnaire du travail*, Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2012, p. 315

¹⁸⁶⁰ B. Brunhes, La flexibilité du travail. Réflexions sur les modèles européens, op. cit.

¹⁸⁶¹ J. Le Goff, *Droit du travail et société. Les relations individuelles de travail*, Tome 1, Presses universitaires de Rennes, 2001, p. 245.

salariés, agir sur le rythme du travail en créant les ajustements nécessaires pour répondre aux exigences de la production et d'une bonne marche de l'entreprise. Quant à la flexibilité statutaire, elle correspond à l'ensemble des techniques qui tendent à adapter les effectifs en fonction des fluctuations des besoins de l'entreprise : licenciement et recours aux contrats de travail temporaires. Ces deux dernières techniques de la flexibilité statutaire sont cependant, fortement associées au phénomène de précarisation.

498. - Perspectives européennes. Les réformes entreprises au nom de la flexibilité en Europe, dans le contexte de crise économique qui y sévit depuis 2008, combinent plusieurs de ces formules de flexibilité précitées. Elles ont un point commun ; elles ont déclenché un mouvement d'envergure de fragilisation des droits sociaux (flexibilisation du droit du licenciement, destruction des garanties collectives, aggravation de la situation des travailleurs vulnérables, multiplication des contrats précaires voire sans perspectives¹⁸⁶², accroissement du nombre des habilitations permettant de déroger au respect du principe de faveur et de l'ordre public social...etc.¹⁸⁶³). Cette ascension fulgurante de la notion de flexibilité n'a d'ailleurs pu être réalisée que grâce à sa « dédramatisation ». D'aucuns ont fort justement retracé les métamorphoses des usages de la notion de flexibilité au sein du débat public. Désormais, « *la flexibilité est reconnue comme indispensable dans un contexte de transformations rapides mais le concept est décroché de celui de déréglementation et désormais attaché à celui de « sécurité »*. Cela signifie que la flexibilité doit aller de pair avec une plus grande sécurité pour les travailleurs¹⁸⁶⁴ ». C'est tout l'enjeu de la notion de flexicurité, notion largement plébiscitée et diffusée¹⁸⁶⁵ par les instances de l'Union européenne.

¹⁸⁶² J.-C. Barbier, R. Lindley, La précarité de l'emploi en Europe, Centre d'Etudes de l'Emploi, Quatre Pages, n°53, 2002, p. 1 et s.

¹⁸⁶³ Sur l'ensemble de ces évolutions, v. S. Laulom, E. Mazuyer, C. Tessier, C.-E. Triomphe, P. Vielle, Crise : quelles évolutions du droit social en Europe ?, ETUI Policy Brief, Politiques économiques, sociales et de l'emploi en Europe, n° 2/2012 ; E. Mazuyer, Les mutations des droits du travail sous influence européenne, Revue de la régulation, 1er semestre / Spring 2013, <http://regulation.revues.org/10117> ; P. Lokiec, S. Robin-Olivier (dir.), Les réactions du droit du travail à la crise, Dr. ouvr. 2012, p. 67 et s ; A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, RDT 2015, p. 170 ; I. Schömann, Réformes du droit du licenciement en Europe : genèse et impact d'une flexibilisation programmée et exacerbée par la crise (première partie) RDT 2015, p. 64, (seconde partie) RDT 2015, p. 134.

¹⁸⁶⁴ B. Favarel-Dapas, O. Quintin, *L'Europe sociale*, La documentation française, 2^e éd. Coll. Réflexe Europe. 2007, p. 85. Souligné par nous.

¹⁸⁶⁵ On pense, tout particulièrement, à la Méthode Ouverte de Coordination (V. art. 121 et 148 TFUE), qui est un instrument – certes relevant de la soft law mais dont l'efficacité n'est plus à démontrer – de comparaison des performances nationales, de surveillance des politiques nationales et de diffusion des bonnes pratiques en

499. - Notion voisine, la flexicurité. Figure emblématique de la circulation de modèles juridiques, la flexicurité est une notion susceptible de plusieurs acceptions entretenant, souvent, un langage flou et peu précis sur le plan juridique. Conçue pour contrebalancer les méfaits de la déréglementation, la flexicurité promeut à l'origine l'idée¹⁸⁶⁶ d'un équilibre entre, d'un côté, la flexibilisation de l'emploi et des normes qui l'encadrent, et de l'autre, les sécurités, au profit des salariés. Les traductions juridiques nationales de l'idée de flexicurité affichent unanimement des orientations presque identiques : « tenter » de garantir de nouveaux droits, ou de nouvelles sécurités pour les salariés, en contrepartie de mesures de flexibilité de plus en plus nombreuses. Or, si la flexicurité est promue, depuis le début des années 2000 dans le cadre de la mise en œuvre de la Stratégie Européenne pour l'Emploi par l'Union européenne, en vue d'atténuer, notamment, la connotation libérale de la terminologie de flexibilité, il n'en reste pas moins que son contenu juridique est loin, surtout dans un contexte de crise économique durable¹⁸⁶⁷, d'être satisfaisant eu égard de la fonction protectrice des intérêts des salariés incombant à la norme sociale¹⁸⁶⁸.

matière de politiques de l'emploi. V. Supra., n° 170 et s.

¹⁸⁶⁶ J.-C. Barbier, *Le voyage des idées politiques : une exploration européenne*, Les politiques sociales 2012, n° 3-4, pp. 53-67. L'auteur considère la flexicurité comme une idée politique qui circule et anime les débats nationaux sur la réforme des politiques d'emploi et du droit du travail.

¹⁸⁶⁷ Même dans le berceau de la notion de flexicurité, les Pays-Bas, la tendance actuelle est à l'hyperflexibilité, v. M. Wierink, *Pays-Bas 15 ans après la flexisécurité, l'hyperflexibilité*, Chronique internationale de l'IRES - n° 147 - septembre 2014, p. 62 et s. La loi flexibilité et sécurité de 1999, issue d'une négociation collective qui a duré de 1993 à 1996, a instauré un système de flexicurité combinant un recours facilité aux contrats à durée déterminée et à l'intérim avec une régulation plus stricte des autres formes les plus précaires d'emploi – certaines de ces formes d'emploi sont interdites en France comme le *payrolling* (marchandage de main-d'œuvre), ou le *contracting* qui « vise à faire réaliser pour un donneur d'ordre une tâche en fournissant le personnel, rémunéré au salaire minimum et non pas aux conditions de salaire du donneur d'ordre » (M. Wierink, op. cit., p. 72), sans pour autant modifier les règles de l'emploi stable. Mais, « quinze ans après la balance penche clairement vers la flexibilité, au détriment de la sécurité. Les formes flexibles d'emploi se diversifient toujours plus et représentent près de 30 % de l'emploi. Conjugué avec la reprise du chômage depuis 2008 et le ralentissement des sorties vers l'emploi stable, le volume de cet emploi flexible crée un sentiment d'insécurité sociale, bien éloigné de l'esprit qui inspirait l'accord sur la flexibilité et sécurité et la loi du même nom » (p. 62). De surcroît, la loi flexibilité et sécurité de 1999 permet de conclure des accords de branche qui dérogent à ses dispositions. Plusieurs branches professionnelles ont négocié des accords dérogeant à la loi en « multipliant les possibilités de recours aux CDD ou au contraire le restreignant, en fonction du cycle économique d'abord, de l'exposition des secteurs à la concurrence internationale ensuite et enfin de l'état de leur marché du travail (rareté des professionnels ou non) » (p. 75).

¹⁸⁶⁸ « La flexicurité est un mot valise qui cache une petite escroquerie linguistique qu'il convient de dévoiler rapidement. Elle prétend incarner un échange : la flexibilisation de l'emploi contre la sécurisation des parcours professionnels. Or cet échange n'en est pas un. La réduction de l'encadrement du droit du licenciement est accordée au patronat sans qu'il lui soit demandé de contrepartie. En revanche, la meilleure sécurité des parcours professionnels, qui suppose de nouveaux droits à la formation et une indemnisation généreuse du chômage, a un coût financier. [...] La flexicurité est donc encore la revendication d'un pouvoir moins encadré, déguisée cette fois en soi-disant « échange » », E. Dockès, La flexibilité de la cravache, in. E. Mazuyer (dir), Les

500. - L'idéologie de la flexibilité¹⁸⁶⁹. Chargée « *d'un fort potentiel polémique qu'alimentent partisans et adversaires*¹⁸⁷⁰ », la flexibilité peut se muer en idéologie¹⁸⁷¹. Poussée à son paroxysme dans certains Etats européens gravement touchés par la crise économique¹⁸⁷², alimentant souvent le discours sur la « modernisation », la « refondation » voire sur le « choc simplification » du droit du travail, l'idéologie de la flexibilisation porte la marque des analyses économiques orthodoxes alliant promotion de valeurs marchandes à des sphères traditionnellement hermétiques à de telles rationalités, puisqu'elles protègent des valeurs (ex. la dignité de l'être humain) inconciliables avec les calculs du marché. Certaines règles de droit du travail sont construites pour préserver l'équilibre de ces sphères fragiles de l'existence humaine ; elles résistent difficilement aux conséquences néfastes de la subordination progressive du droit du travail aux préceptes de marché¹⁸⁷³ : « *toute cette évolution va de pair avec la marchandisation à l'œuvre dans maints domaines. Le consentement de la personne, subjectif et versatile, est perçu comme une entrave à la circulation et à la fluidité qu'on souhaite promouvoir. La financiarisation de l'économie exige ainsi de liquidifier tous les biens puis, in fine, d'objectiver et de "liquidifier" les personnes – pour ne pas dire les "liquider" – car elles sont également perçues comme une source de viscosité du marché*¹⁸⁷⁴ ».

501. - Enjeux théoriques. Le phénomène de déréglementation qui a marqué le début des années 1980 – on songe notamment aux emblématiques réformes Thatcheriennes en

flexibilités en droit du travail, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 110. Souligné par l'auteur.

¹⁸⁶⁹ A. Supiot (dir), *Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport final, Commission européenne, Direction générale « emploi, relations industrielles et affaires sociales », 1999, p. 85 et s. v. égal. sur la recherche de flexibilité comme valeur idéologique, M.-A. Moreau, *Evolution du droit du travail, flexibilités et cohésion sociale : vers la recherche de nouvelles voies pour soutenir les restructurations et les transitions*, op. cit., p. 6.

¹⁸⁷⁰ J. Le Goff, *Droit du travail et société. Les relations individuelles de travail*, Tome 1, P.U.R. 2001, p. 242

¹⁸⁷¹ Au sens d'un système de valeurs de représentations, qui ne sont pas le produit d'expériences empiriques, expliquant l'action des acteurs. « L'idéologie est un système global d'interprétation du monde historico-politique » (R. Aron, *Trois Essais sur l'âge industriel*), cité par J. Gabel, Idéologie, *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 24 décembre 2015.

¹⁸⁷² V. not. C. Papadimitriou, *Le droit du travail Grec face à la crise : Un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique*, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2012/2, p. 6; F. Valdés Dal-Ré, *Flexibilité interne et réforme du marché du travail : le cas espagnol*, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2012/2, p. 18 ; G. Loy, *La réforme italienne : entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique*, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2012/2, p. 38.

¹⁸⁷³ Un auteur italien voit dans cette tendance une « *re-mercantilisation des relations de travail* », F. Guarriello, in. P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi*, RDT 2006, p. 48.

¹⁸⁷⁴ M. Fabre-Magnan, *Le forçage du consentement du salarié*, Dr. ouv. 2012, p. 470.

Angleterre – a profondément ébranlé la construction théorique classique des contrats de travail. Si les droits du travail appartenant à la tradition civiliste comme ceux de *Common law* ont opté pour le choix d'une diversification des formes contractuelles régissant le travail subordonné, l'impact de tel choix de politique législative emporte des conséquences théoriques et pratiques importantes sur le rôle du contrat de travail dans les relations qui se nouent entre le salarié et l'entreprise. Selon un auteur, « *le nouveau système de travail [issu de la flexibilisation des relations contractuelles de travail à l'œuvre en Europe] remodèle la structure et les fonctions du contrat de travail. Il a marqué le passage de l'idée de contrat comme une source de techniques dépersonnalisées de participation du salarié au marché à celle où le contrat de travail doit être conçu comme un moyen qui facilite l'adaptabilité aux évolutions de la physionomie de plus en plus complexe de l'organisation de l'entreprise. La nouvelle fonction exige donc une nouvelle structure et une nouvelle forme de disponibilité du travailleur*¹⁸⁷⁵ ».

502. - Les contrats de travail devraient ainsi constituer, dans cette dernière perspective, un instrument de la gestion flexible de l'entreprise. Ils sont également appelés – à la lueur de ce que font certains pays de niveau de développement comparable – à devenir plus flexibles pour répondre, cette fois-ci, au double impératif de la défense de l'emploi et de la réduction de la dualisation du marché du travail.

2. La reconfiguration de la diversité des contrats de travail

503. - **La pluralité des arguments contre la législation protectrice de l'emploi.** Les arguments contre les normes protectrices de l'emploi ne sont pas rares. La littérature de la doctrine dominante de l'analyse économique du droit en fournit un contingent important. Bien qu'il soit globalement admis que les règles de droit du travail relatives à la protection de l'emploi, en particulier celles encadrant le contrat à durée indéterminée, n'aient pas de

¹⁸⁷⁵ B. Veneziani, *The employment relationship*, in. B. Hepple, B. Veneziani (dir), *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries, 1945-2004*, Oxford, UK, Hart Publishing, 2009, p. 127: « *the new labour system reshaped the structure and functions of the employment contract. It marked the passage from an idea of contract as a source of technical depersonalized co-operation of the employee to the contract as a means of greater adaptability to the changing complex physiognomy of the firm's organization. The new function required a new structure and a new form of availability of the worker* ».

relations de cause à effet, scientifiquement prouvées, avec le manque de compétitivité des entreprises¹⁸⁷⁶ ou avec l'augmentation du taux de chômage¹⁸⁷⁷, nombreuses sont les voix qui appellent à repenser le cadre réglementaire des contrats de travail. L'existence, par exemple, d'une réglementation relativement forte de la rupture du contrat à durée indéterminée créerait des surcoûts à la charge des employeurs les obligeant, par conséquent, de recourir aux contrats non standards dont le terme est plus prévisible et sécurisé, surtout sur le plan financier. Adoptant ce raisonnement, les choix des employeurs seraient déterminés à l'aune d'une comparaison des risques et coûts générés par les différents types de contrat du travail. Pour corriger les conséquences désastreuses de telles pratiques, l'utilisation d'un contrat de travail unique ou d'un système de règlement de litiges de travail permettant de calculer à l'avance les conséquences financières de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée seraient des instruments efficaces ; ils participeraient efficacement à éradiquer les formes d'inégalité induites par la segmentation du marché du travail. Instituer, par exemple, un contrat de travail unique ou unifié permanent réglerait, entre autres, la question des discriminations dont sont victimes les salariés alternant des contrats atypiques ou précaires (les « *outsiders* ») par rapport à ceux qui sont liés par un contrat à durée indéterminée (les « *insiders* »). Cette nouvelle figure contractuelle permettrait de contrecarrer habilement la

¹⁸⁷⁶ Les Professeurs Simon Deakin et Frank Wilkinson, démontrent à l'aide de statistiques s'étalant sur une longue durée (1970-2006) et analysant l'évolution de la législation de cinq pays (Allemagne, France, Etats-Unis, Grande Bretagne, Inde) démontrent le caractère fallacieux d'une corrélation entre réglementation travailliste forte et difficultés économiques (S. Deakin, F. Wilkinson, *Marchés du travail, crise financière et réforme : projet d'agenda pour une politique du travail*, in. C. Didry et A. Koukiadaki (dir.), *Droit et conflits du travail dans l'Angleterre du New Labour*, L'Harmattan, coll. L'homme et la société, 2011, p. 25 et s). Ces auteurs considèrent-ils que « *dans l'ensemble, ces éléments [statistiques] suggèrent que la critique économique du droit du travail ne constitue pas une argumentation solide en faveur d'une politique de flexibilisation. Rien ne prouve que la déréglementation améliore les résultats économiques, au contraire, une partie des données nous montre qu'une réglementation plus importante du temps de travail et une protection plus forte de l'emploi ont des effets bénéfiques quand elles interviennent dans un environnement favorable dans le domaine des marchés du travail et des capitaux* » (p. 46).

¹⁸⁷⁷ « *La thèse selon laquelle il y aurait un lien de cause à effet entre la rigidité de la protection contre le licenciement et l'augmentation du chômage et de la segmentation du marché du travail, en raison des coûts de procédure présumés élevés, a acquis un statut presque « mythique » qui ne résiste cependant pas à un examen plus approfondi* », I. Schömann, *Union européenne. Austérité : quels enjeux pour les droits sociaux ?*, *Chronique internationale de l'IRES* - n° 150 - juin 2015, p. 60. Même le rapport « *Perspectives de l'emploi* » de l'OCDE 2014, publié le 3 novembre 2014, minimise, dans son chapitre « Protéger l'emploi, renforcer la flexibilité : un nouveau regard sur la législation sur la protection de l'emploi », le lien entre flexibilisation des règles régissant le marché du travail et le taux de chômage, et semble revoir sa doctrine en mettant davantage l'accent sur « la qualité des emplois qui réunit trois dimensions : le salaire, la sécurité de l'emploi et la qualité des conditions de travail ». Rapport consultable à l'adresse suivante :

<http://www.oecd.org/fr/els/emp/Perspectives%20emploi%202013-Chap2.pdf>

segmentation du marché du travail¹⁸⁷⁸ et « *l'inégalité de traitements*¹⁸⁷⁹ » dont souffrent les salariés vulnérables (jeunes, femmes et seniors...). Partant en apparence de bonnes intentions – lutter contre les discriminations et la précarisation des salariés non permanents – ce dernier raisonnement nourrit, arguments de droit comparé à l'appui, depuis une dizaine d'années le débat sur la réforme du droit des contrats de travail.

504. - L'approche juridique de la diversité contractuelle. La problématique de la pluralité des contrats de travail se pose en droit du travail en des termes différents de ceux adoptés par l'analyse économique¹⁸⁸⁰. La réflexion est davantage orientée vers les objectifs assignés par le législateur aux règles juridiques régissant les différentes figures contractuelles. Le contrat de travail proposé par l'employeur obéit avant tout, dans une optique purement juridique, à la forme d'emploi à pourvoir. La loi est claire dans ce domaine. Les dispositions législatives encadrant la forme d'emploi proposée par l'entreprise sont d'ordre public. Les activités normales et permanentes de l'entreprise ne peuvent être assurées durablement par des salariés titulaires de contrats précaires : contrat à durée déterminée¹⁸⁸¹ et contrat de travail temporaire¹⁸⁸². Si, d'une manière générale, les contrats non standards « sécurisent » juridiquement les décisions de l'employeur contre le risque d'une contestation judiciaire à la suite de la rupture du contrat de travail, dans la mesure où le terme du contrat précaire suffit pour mettre fin en bonne et due forme à la vie de la relation de travail, il n'en demeure pas moins que l'utilisation massive de contrats temporaires minerait gravement la finalité protectrice du droit du travail¹⁸⁸³. Derrière le choix du législateur se joue donc un enjeu social essentiel.

¹⁸⁷⁸ P. Cahuc et F. Kramarz, De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, op. cit., p. 125 et s. : « *plusieurs dizaines d'études empiriques menées dans divers pays, avec des données mobilisant des milliers d'observations indiquent que la protection de l'emploi est plutôt défavorable à l'emploi, en particulier pour les groupes démographiques, tels que les jeunes, les femmes et les travailleurs âgés, dont l'insertion sur le marché du travail est la plus difficile* », p. 128. V., aussi M. Camdessus (dir), Le sursaut – vers une nouvelle croissance pour la France, La Documentation française, 2004, p. 91 et s.

¹⁸⁷⁹ P. Cahuc et F. Kramarz, De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, op. cit., p. 14.

¹⁸⁸⁰ F. Guionard, *Perspectives juridiques sur les ruptures des contrats portant sur le travail*, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 23

¹⁸⁸¹ C. trav. art. L. 1241-1.

¹⁸⁸² C. trav. art. L. 1251-5.

¹⁸⁸³ « *Ce motif [sécurisation des décisions de l'employeur] ne doit pas amener le recours à l'emploi précaire pour des situations auxquelles il n'est pas censé répondre, car cela signifie alors un affaiblissement du rôle protecteur du droit social* », J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : Concilier protection des*

505. - De la flexibilité assurée des contrats atypiques à la revendication d'une flexibilité du contrat permanent. Figures contractuelles flexibles¹⁸⁸⁴ par excellence, les contrats atypiques – les auteurs utilisent également les termes précaires¹⁸⁸⁵, non standards, non réguliers¹⁸⁸⁶ ou non permanents –, sont préférés au contrat à durée indéterminée dont l'inefficacité économique serait avérée puisqu'il serait générateur de coûts exorbitants. Se multipliant progressivement depuis le début des années 1980, ces contrats remplissent une fonction économique précise : répondre aux besoins changeants des entreprises en termes de main d'œuvre. Or, le choix opéré en faveur de la cohabitation du contrat à durée indéterminée et de contrats atypiques ne semble pas satisfaire les partisans d'une flexibilisation maximale de tout le droit contractuel du travail. Les protections entourant le contrat à durée indéterminée sont explicitement visées. Le Livre vert « *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XX^e siècle* » de 2006 de la Commission européenne partage explicitement ce point de vue, et plaide à la fois pour une flexibilisation du contrat de travail à durée indéterminée¹⁸⁸⁷, et pour le recours aux contrats atypiques¹⁸⁸⁸. Ce double objectif est

travailleurs et efficacité économique, op. cit., p. 55.

¹⁸⁸⁴ Le Professeur Sophie Robin-Olivier adopte, dans une étude consacrée aux contrats flexibles, une définition large de ces derniers : « *Il faut s'expliquer sur la notion de contrat flexible utilisée dans cette étude car cette catégorie n'a rien d'habituel, ni d'universel. Plutôt que de contrats flexibles, on évoque souvent, lorsqu'il est question de ces contrats de travail qui ont émergé aux côtés du contrat à durée indéterminé et à temps plein, contrat de travail dit « normal » ou « standard », les contrats « atypiques », « précaires » ou « non-standards ». Cependant, tous les contrats qui sont regroupés sous les terminologies de contrats atypiques ou précaires ou « non-standards » peuvent aussi être considérés comme des contrats flexibles, au sens de cette étude* », S. Robin-Olivier, *Les contrats de travail flexibles. Une comparaison internationale*, Fondation du Risque, Chaire « *Sécurisation des parcours professionnels* », 2014, p. 16.

¹⁸⁸⁵ Après avoir relevé la polysémie du terme de travail précaire, le rapport du Bureau des activités pour les travailleurs (ACTRAV) de l'Organisation Internationale du Travail s'est efforcé d'en dégager les principales caractéristiques : « *En dépit de cette diversité de termes spécifiques au contexte pour décrire le travail précaire, il est possible d'identifier certaines caractéristiques communes. Au sens le plus général, le travail précaire est un moyen pour les employeurs de déplacer les risques et les responsabilités vers les travailleurs. Il s'agit de travail effectué dans l'économie formelle ou informelle qui se caractérise par un niveau et des degrés variables de caractéristiques objectives (le statut juridique) et subjectives (les sentiments) d'incertitude et d'insécurité (...). Il est habituellement défini par l'incertitude sur la durée de l'emploi, l'éventualité d'employeurs multiples ou d'une relation de travail déguisée ou ambiguë, l'absence d'accès à la protection sociale et aux avantages habituellement associés à l'emploi, une rémunération faible, et des obstacles juridiques et pratiques considérables pour adhérer à un syndicat et négocier collectivement* », BIT, *Du travail précaire au travail décent. Politiques et réglementations visant à lutter contre l'emploi précaire*, 2011, p. 5.

¹⁸⁸⁶ En distinguant trois catégories d'emploi non régulier – l'emploi temporaire, l'emploi occasionnel et l'activité des travailleurs non salariés dépendants –, l'OCDE définit l'emploi non régulier comme celui qui « *englobe toutes les formes d'emploi qui n'entrent pas dans le champ d'application de la législation classique sur la protection de l'emploi. Il est donc, en un sens, défini par ce qu'il n'est pas, à savoir un emploi salarié exercé dans le cadre d'un contrat permanent(ou à durée indéterminée) ou emploi dit « régulier »* », OCDE, *Perspectives de l'emploi*, Chap. 4 : *Emploi non régulier, sécurité de l'emploi et clivage du marché du travail*, 2014, p. 162.

¹⁸⁸⁷ « *Les règles juridiques qui sous-tendent la relation de travail traditionnelle ne donnent peut-être pas*

d'ailleurs partagé par la communication de la Commission européenne de 2007 sur la flexicurité. Celle-ci peut « *se faire en rendant les emplois précaires plus sûrs et, si possible, dans certains cas, en assouplissant les contrats permanents*¹⁸⁸⁹ ».

506. - Rapprochement entre contrat à durée indéterminée et contrats atypiques.

Conçues à l'origine pour lutter contre la discrimination des travailleurs temporaires, pour améliorer leurs conditions de travail et pour limiter le recours abusif aux contrats à durée déterminée, les règles de droit du travail relatives aux contrats atypiques seraient pour autant sources de rigidité, d'inefficacité économique¹⁸⁹⁰ et de précarité des travailleurs temporaires¹⁸⁹¹. Elles sont accusées de créer une segmentation du marché du travail préjudiciable au système économique. Dans son *Livre vert, Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle*, la Commission européenne a opté ouvertement pour une flexibilisation des contrats de travail dits traditionnels afin de réduire la segmentation du marché du travail et de contribuer à la création d'emploi¹⁸⁹². Au-delà de la diversification des formes contractuelles du travail, le Livre vert insiste sur l'utilité économique de l'assouplissement de l'encadrement légal du contrat à durée indéterminée. Les préconisations des rapports *Perspectives de l'emploi* de l'OCDE partagent presque les mêmes analyses et

suffisamment de marge de manœuvre aux travailleurs recrutés sur des contrats à durée indéterminée standards pour explorer les opportunités d'une plus grande flexibilité au travail, ni ne les encouragent peut-être à agir en ce sens », Commission UE, Livre vert. Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2007, p. 9.

¹⁸⁸⁸ « *Le recours à d'autres formes d'emploi pourrait se développer encore en l'absence de mesures visant à adapter le contrat de travail classique dans le but de favoriser une flexibilité accrue tant pour les travailleurs que pour les entreprises* », Commission européenne, Livre vert. Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, op. cit., p. 3.

¹⁸⁸⁹ Comm. CE, 27 juin 2007, communiqué n° IP/07/919.

¹⁸⁹⁰ Après avoir salué le développement du travail temporaire en France (« *Le travail temporaire est particulièrement répandu en France, au Royaume-Uni, aux Pays-Bas ainsi qu'en Belgique et au Luxembourg. C'est la forme d'emploi qui a connu la croissance la plus rapide dans l'UE-15 au cours de la dernière décennie* », L'emploi, l'emploi, l'emploi, Créer plus d'emplois en Europe, Rapport de la Task-force pour l'emploi présidée par M. Wim Kok, novembre 2003, p. 29), le rapport KOK exhorte la France à flexibiliser davantage le contrat à durée indéterminée (« *L'Espagne, l'Italie, le Portugal et la France, en particulier, devraient déployer davantage d'efforts pour éviter une segmentation du marché du travail entre formes de contrat standard et non standard, qui rend particulièrement difficile l'intégration durable des jeunes et de certaines autres catégories défavorisées* », p. 32). L'approche empruntée par le rapport KOK ratisse-t-elle large en prescrivant des solutions tous azimuts visant la flexibilisation de toutes les formes juridiques de l'emploi (« *La Grèce, l'Italie, l'Espagne et le Portugal sont spécialement invités à supprimer les obstacles qui entravent le travail à temps partiel* », p. 32).

¹⁸⁹¹ Dans le rapport *Perspectives de l'emploi* de 2014, l'OCDE relève que « *les réformes qui durcissent les règles relatives à l'embauche [concernant les contrats temporaires] peuvent avoir des effets négatifs sur les travailleurs temporaires en accroissant leur précarité d'emploi* », p. 216.

¹⁸⁹² « *Les marchés du travail européens doivent relever le défi de la conciliation d'une flexibilité accrue avec la nécessité d'offrir à tous le maximum de sécurité* », Commission UE, Livre vert. Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2007, p. 3.

plaident pour des solutions similaires. Ils incitent ses pays membres, par exemple, à réaliser une convergence des coûts de rupture des différentes formes du contrat de travail¹⁸⁹³, en citant en modèle les pays ayant déjà entrepris de telles réformes. Ces propositions, émanant de l'Union européenne ou de l'OCDE, rejoignent par les résultats de certaines analyses de la doctrine économique suggérant la création d'un contrat de travail unique afin de remédier au dualisme du marché du travail. Le projet de contrat de travail unique, certes très controversé puisqu'il perturbe certaines institutions traditionnelles et revient sur des avancées emblématiques du droit du travail, fournit néanmoins une illustration parfaite de la migration des modèles contractuels, dans la mesure où plusieurs pays sont séduits par cette figure contractuelle originale¹⁸⁹⁴.

507. - Le contrat de travail unique, mesure phare de lutte contre le dualisme du marché du travail. La faveur de l'Union européenne pour le contrat de travail unique trouve sa justification dans la capacité de cette dernière formule contractuelle à régler la problématique de la dualité du marché du travail. Cette nouvelle forme contractuelle s'intègre parfaitement, selon la Commission européenne, dans la promotion de la flexicurité. La Commission indique que la mise en place de la flexicurité devrait englober plusieurs initiatives politiques adaptées aux contextes nationaux. L'ensemble des mesures proposées incitent, entre autres, à l'adoption d'un contrat de travail unique, afin de pallier l'asymétrie juridique séparant les contrats à durée indéterminée et les contrats à durée déterminée. La Commission n'hésite pas à citer un certain nombre de travaux d'économistes du travail soutenant une telle innovation juridique¹⁸⁹⁵. Concrètement, ce contrat serait caractérisé par l'octroi progressif de droits aux salariés en fonction de leur ancienneté¹⁸⁹⁶ et une

¹⁸⁹³ OCDE, Perspectives de l'emploi 2014, p. 184 et s.

¹⁸⁹⁴ G. Casale, A. Perulli, Towards the Single Employment Contract. Comparative Reflections, Hart Publishing and ILO, 2014.

¹⁸⁹⁵ La Commission cite, dans son rapport (Employment in Europe) de 2010, les travaux de Pierre Cahuc sur le « contrat de travail unique » ; Boeri, T. et P. Garibaldi pour l'Italie : « Un nuovo contratto per tutti » ; S. Bentolila pour l'Espagne : « El Contrato Único »).

¹⁸⁹⁶ V. en sens le Rapport Employment in Europe 2010 de la Commission européenne Direction générale emploi, affaires sociales et inclusion, téléchargeable à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=593> : « *Recent academic work by a number of well-known European labour economists suggest the need to develop a comprehensive strategy, based largely on flexicurity principles, in order to tackle labour market segmentation by providing a kind of roadmap to exit dualism. It is important to stress that such a strategy should encompass several policy initiatives tailored to national circumstances (i.e. no "one-size-fits-all" strategy). The set of measures proposed includes the adoption of a 'single permanent contract', replacing the existing legal asymmetry between permanent and fixed-term*

extraordinaire libéralisation du droit du licenciement : plafonnement et prévisibilité des indemnités de licenciement et suppression de l'obligation de reclassement. Cependant, la Commission européenne avoue que le contrat de travail unique a peu de chances, à lui seul, de résoudre le problème du dualisme du marché du travail : l'utilisation des contrats temporaires n'est pas uniquement conditionnée par leur dimension juridique, mais elle répond également aux éventuelles variations de l'appareil productif, des pratiques de dialogue social et des politiques de ressources humaines des entreprises. Pour toutes ces raisons, la Commission européenne exige, afin que le contrat de travail unique puisse produire les effets escomptés, que d'autres mesures d'accompagnement soient prévues. Elle cite à ce propos, par exemple, l'introduction d'un salaire minimum, l'admissibilité universelle à l'assurance chômage indépendamment du type de contrat, la limitation de l'application de contrats temporaires à des circonstances spécifiques¹⁸⁹⁷.

508. - Le rapprochement des CDD et des CDI dans la précarité¹⁸⁹⁸, ou le contrat de travail unique. Doté d'une forte législation protectrice des salariés contre les contrats précaires, le droit du travail français est la cible d'une littérature critique sur la flexibilité du contrat à durée indéterminée. Certains économistes, appartenant à la doctrine économique dominante¹⁸⁹⁹, fustigent les rigidités du droit contractuel du travail en ce qu'il créerait une segmentation du marché du travail, et plaident pour l'instauration d'un contrat de travail unique. L'idée est simple : la suppression des contrats précaires en contrepartie d'une flexibilisation, voire déréglementation massive des règles travaillistes régissant le contrat à durée indéterminée, surtout celles relatives au licenciement. Cette nouvelle figure contractuelle « *unificatrice* », dont l'objectif serait la valorisation de la dimension sociale des

contracts. Such contract would be characterized by employment security increasing concurrently with job tenure (e.g. through the gradual rise in severance payments rights). », p. 152. Souligné par nous.

¹⁸⁹⁷ Rapport Employment in Europe 2010, op. cit., p. 154 et s.

¹⁸⁹⁸ « [...] malgré les apparences, [le contrat de travail unique] ne fait pas disparaître le contrat précaire, mais, au contraire, le généralise », J. Mouly, Faut-il dénoncer la Convention de l'OIT n° 158 sur le licenciement ? Dr. soc. 2015, p. 1.

¹⁸⁹⁹ P. Cahuc et F. Kramarz, *De la Précarité à la Mobilité : vers une Sécurité Sociale Professionnelle*, op. cit. V. également les propositions faites par O. Blanchard, J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du CAE, n° 44, La Documentation française 2003, pour la « *La mise en place d'un système unique de protection de l'emploi* », p. 47 ; M. Camdessus, *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La Documentation française. 2004, qui plaide pour des réformes voulant « réunifier le monde du travail : pour un contrat unique », p. 91. Pour des analyses de juristes sur le contrat de travail unique, v. B. Reynès, *Variations sur le contrat de travail unique*, D. 2005, chron., 2348 ; P. Morvan, *La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et la créativité*, Dr. Soc. 2006 p. 959.

emplois par le biais d'une sécurisation et d'une homogénéisation des parcours professionnels des salariés, devrait, selon le rapport Cahuc-Kramarz « *posséder trois caractéristiques principales : C'est un contrat à durée indéterminée ; En cas de rupture du contrat, l'employeur paye une indemnité, versée au salarié, et une contribution de solidarité versée [...] aux pouvoirs publics ; La signature du contrat de travail offre l'assurance d'un accompagnement personnalisé et d'un revenu de remplacement en cas de perte d'emploi*¹⁹⁰⁰ ». Adeptes d'une plus grande fluidité du marché du travail, le rapport Cahuc-Kramarz considère, après avoir relevé « *l'exception française* » par rapport aux autres pays de l'OCDE en matière de législation protectrice de l'emploi¹⁹⁰¹, le contrat unique comme un instrument adéquat pour pallier les effets négatifs de l'accumulation d'obligations d'origine légale et jurisprudentielle génératrices de complexité. La complexité porterait atteinte aussi bien aux intérêts des salariés et que à ceux des entreprises ; elle favoriserait le « *contournement systématique du droit, à l'origine de profondes inégalités de traitement qui défavorisent les moins bien lotis*¹⁹⁰² », et entraînerait une perturbation du système productif national en ce qu'elle « *conduit aussi à limiter les possibilités d'anticipation des restructurations*¹⁹⁰³ ».

509. - « *Le charme discret du contrat unique*¹⁹⁰⁴ ». Reprise par d'autres auteurs, l'idée d'un contrat unique se mue en « *CDI pour tous*¹⁹⁰⁵ ». L'attractivité exercée par le projet d'instaurer un contrat de travail unique anime également les débats sur la réforme du droit du travail au-delà des frontières du « Vieux Continent ». Par exemple, les responsables du patronat marocain semblent également être séduits par une telle formule contractuelle¹⁹⁰⁶ ;

¹⁹⁰⁰ P. Cahuc et F. Kramarz, op.cit., p. 145.

¹⁹⁰¹ « [...] les autres pays de l'OCDE ont plutôt renforcé la mutualisation des risques liés aux restructurations en modifiant le fonctionnement du service de l'emploi et de l'indemnisation du chômage ou en allégeant les contraintes pesant sur les entreprises en matières de ré-allocation de la main-d'œuvre, tandis que la stratégie française consistait à tenter de limiter les destructions d'emploi par une réglementation de plus en plus rigoureuse du licenciement et de l'utilisation des contrats à durée limitée », P. Cahuc et F. Kramarz, op. cit., p. 133.

¹⁹⁰² P. Cahuc et F. Kramarz, op. cit., p. 135.

¹⁹⁰³ Ibid.

¹⁹⁰⁴ L'expression est empruntée à G. Loy, *La réforme italienne : entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique*, Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 2012/2, p. 45.

¹⁹⁰⁵ C. Gleize, *Un CDI pour tous*, Etude novembre 2011, Publication de l'Institut Montaigne, 74 p. Cette étude propose, presque pour les mêmes raisons évoquées par le rapport Cahuc-Kramarz, de supprimer le contrat à durée déterminée et d'instaurer un contrat à durée indéterminée pour tous avec, notamment, la création d'un nouveau cas de rupture lors de la signature du contrat (la réalisation de l'objet initial défini) et la sécurisation de l'évolution de la vie du contrat de travail en prévoyant un cadre bien précis pour une éventuelle modification unilatérale.

¹⁹⁰⁶ « *L'idée est donc d'en finir avec toutes les formes de contrats représentant une certaine instabilité, en*

l'idée d'une unification des contrats de travail exerce une grande influence. Débarrassés des entraves engendrées par la diversification des régimes des contrats de travail, l'accès (embauche) et la sortie (rupture du contrat de travail) du marché du travail sont facilités, et partant celui-ci deviendrait plus fluide. Certes, les modalités de transposition d'une telle innovation juridique seraient différentes d'un pays à l'autre.

510. - L'Union européenne, vecteur de diffusion des solutions juridiques nationales.

En mettant en avant certaines expériences nationales de flexibilité, la démarche des instances européennes dénote une volonté ferme pour faire évoluer certains concepts nationaux du droit du travail par le biais d'un processus d'apprentissage mutuel¹⁹⁰⁷ et d'influences croisées. Si les législateurs de certains pays européens et l'Union européenne sont aujourd'hui de plus en plus enclins à promouvoir l'assouplissement des garanties liées au contrat à durée indéterminée pour améliorer celles accordées aux contrats atypiques¹⁹⁰⁸ afin d'atténuer la dualité du marché du travail, la création d'un contrat du travail unique constitue toutefois une solution assez radicale qui ne recueille pas l'unanimité¹⁹⁰⁹.

adoptant le contrat unique sans date de fin pour tous les salariés. Un contrat qui, naturellement, doit être accompagné par des licenciements simplifiés », Rapport de la Commission Emploi et Relations Sociales de la confédération générale des Entreprises du Maroc, La flexibilité responsable au service de la compétitivité et de l'emploi, Avril 2015, p. 22.

¹⁹⁰⁷ Ou la transposition des « *bonne pratiques* », pierre angulaire de la Stratégie Européenne pour l'Emploi (supra., n° 183 et s.). Celle-ci a souvent mis en exergue les expériences de flexibilisation issues des modèles danois et néerlandais comme exemples réussis. Cependant, l'imitation de ces modèles reste largement tributaire de certains paramètres liés au degré de développement des relations professionnelles et des cadres institutionnels du dialogue social des pays d'accueil. V. sur ce point M.-A. Moreau, *Evolutions du droit du travail, flexibilités et cohésion sociale: vers la recherche de nouvelles voies pour soutenir les restructurations et les transitions ?*, op. cit., p. 9 et s.

¹⁹⁰⁸ Sans néanmoins nier leur utilité économique et sociale : « *Il est toutefois avéré que la diversification des types de contrats peut avoir certains effets préjudiciables. Une partie des travailleurs risquent d'être piégés par une succession d'emplois de courte durée et de basse qualité assortis d'une protection sociale insuffisante, qui les laissent dans une situation de vulnérabilité. Ces emplois peuvent cependant servir de tremplin à certaines personnes, fréquemment celles qui ont des difficultés particulières, pour s'intégrer sur le marché du travail* ». Commission UE, Livre vert. Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle, op. cit., p. 6.

¹⁹⁰⁹ V. notamment les travaux de J. Barthélémy, G. Cette et P-Y. Verkindt. Selon ces auteurs le contrat unique créerait un « *réel problème de la judiciarisation* » car, « *en fait, ce n'est pas le CDD qui doit être critiqué [...] mais ses conditions de recours et d'utilisation qui souvent débouchent sur des situations de précarité non choisies* » (J. Barthélémy, G. Cette et P-Y. Verkindt, *À propos du contrat unique*, JCP S, n° 6, 6 février 2007, p. 3), et il serait en revanche plus efficace économiquement d'« *abandonner un droit du travail prioritairement d'essence réglementaire* » et d'encourager le « *développement d'un droit contractuel dérogatoire* » au profit des partenaires sociaux pour construire des vraies « *flexibilités négociées* » (J. Barthélémy, G. Cette et P-Y. Verkindt, *À propos du contrat unique*, in. *Le contrat de travail*, Centre d'Études de l'Emploi (éd.), La Découverte, Coll. Repères, 2008, p. 117).

511. - Aux maux des règles françaises de protection de l'emploi, les propositions, visant au rapprochement des conséquences juridiques et financières des différentes formules contractuelles ne constituent pas les seuls remèdes envisageables. Le renforcement du recours au droit conventionnel et de la force normative de l'accord collectif vis-à-vis des contrats de travail permettrait, également, selon les tenants de l'analyse économique comparée du droit du travail, d'améliorer la qualité de la législation protectrice de l'emploi.

3. Les remèdes fondés sur le droit conventionnel

512. - La réglementation du contrat standard ne devrait pas faire obstacle au processus de sécurisation de l'emploi pour le plus grand nombre de travailleurs, particulièrement lorsque l'emploi est menacé au sein de l'entreprise. Cette idée de sécurisation de l'emploi, allant de pair avec la construction d'un droit des transitions professionnelles, se concrétise notamment par la flexibilisation du contrat à durée indéterminée au travers du droit conventionnel. Outil de gestion de l'entreprise, en ce qu'elle participe à la réduction des coûts de gestion de la main d'œuvre et à l'unification de la situation statutaire du personnel, la convention collective d'entreprise s'est transformée, avec la montée en force de la technique de la négociation de dérogation¹⁹¹⁰ en un instrument de légitimation des décisions patronales¹⁹¹¹. Le recours aux accords dérogatoires facilite la gestion de l'entreprise, mais il engendre aussi un « *enchevêtrement de l'accord collectif et du pouvoir de l'employeur*¹⁹¹² ». C'est contre cette évolution des finalités de la négociation collective¹⁹¹³ qu'il a été rendu nécessaire «

¹⁹¹⁰ Pour les partisans de l'extension du domaine du négociable, « *l'élargissement des thèmes de la négociation collective ouvre la possibilité aux syndicats de dépasser une attitude purement revendicative (sur les salaires et les conditions d'emploi) pour intervenir dans les choix stratégiques de l'entreprise. Il s'agirait de passer, selon des vocabulaires variés, du « distributive bargaining » à l'« integrative bargaining » ou encore de l'« adversarial bargaining » aux « partnership agreements » ou encore de jeux à somme nulle aux accords gagnant-gagnant. Seule la multiplicité des domaines simultanément traités rend possible la construction d'un système de contreparties mutuellement acceptables, voire mutuellement avantageuses* », J. Freyssinet, Les négociations d'entreprise sur l'emploi : quelques expériences européennes, Institut de recherches économiques et sociales (IRES), document de travail n° 2/2015, mars 2015, p. 17.

¹⁹¹¹ M. Poirier, A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ? Dr. ouvr. 2013, p. 240, spéc., p. 242 et s.

¹⁹¹² E. Peskine, La célébration de l'accord collectif d'entreprise. Quelques enseignements de la loi relative à la sécurisation de l'emploi, Dr. Soc. 2014, p. 438.

¹⁹¹³ De moins en moins améliorative, distributive ou de progression, la négociation collective est de plus en plus la traduction d'une régression des acquis des salariés et un outil courant de gestion de l'entreprise.

*d'envisager le contrat de travail comme une garantie dont le salarié peut toujours se prévaloir en cas d'évolution du statut collectif mettant en cause ses droits ou ses intérêts*¹⁹¹⁴ ». Ainsi, l'intangibilité des éléments essentiels – salaire, horaire, lieu de travail, qualification du salarié – du contrat de travail se justifie-t-elle donc par « *les risques afférents à la négociation de concession et à la démultiplication des négociations d'entreprise*¹⁹¹⁵ ». A la complexité¹⁹¹⁶ de ces rapports¹⁹¹⁷ entre contrat de travail et accord collectif, le projet des accords compétitivité-emploi entendait s'y attaquer. Ces accords sont parés de toutes les vertus dans un contexte économique destructeur d'emplois. Les thuriféraires de tels accords invoquent incessamment l'exemple allemand¹⁹¹⁸, dans la mesure où ce type d'accords collectifs de flexibilité interne a permis aux entreprises allemandes d'amortir les effets nocifs de la crise et de redresser rapidement la situation de l'emploi. L'efficacité des accords compétitivité-emploi d'Outre-Rhin résiderait dans la relativisation de l'autonomie du contrat individuel de travail vis-à-vis de la norme négociée collectivement¹⁹¹⁹. En effet, « *non seulement la relativisation de l'autonomie du contrat porterait aujourd'hui moins atteinte à la fonction protectrice du droit du travail, mais encore elle contribuerait fortement à la concilier avec l'efficacité économique, en particulier en matière d'emploi*¹⁹²⁰ ».

513. - Arguments pour une subordination du contrat de travail à l'accord collectif.

L'accord collectif serait un remède efficace à la rigidité de la relation individuelle de travail. D'une articulation complexe¹⁹²¹ avec les accords collectifs, le contrat individuel de travail

¹⁹¹⁴ G. Couturier, L'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective, Sem. soc. Lamy 2012, n° 1534, p. 8.

¹⁹¹⁵ Ibid. p. 9.

¹⁹¹⁶ Présentée souvent comme une source d'inefficacité des règles d'articulation des normes en droit du travail français. La littérature faisant ce diagnostic est abondante : v. not. les travaux récents de J.-D. Combexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, sept. 2015 et G. Cette, J. Barthélémy, Réformer le droit du travail, O. Jacob, 2015 ; Institut Montaigne, Sauver le dialogue social, sept. 2015.

¹⁹¹⁷ « *La question des rapports entre contrats individuels de travail et conventions collectives, située au cœur de la question politique et philosophique du collectif et de l'individuel, est un élément structurant, central, du droit du travail* », E. Dockès, Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? RDT 2007, p. 144.

¹⁹¹⁸ Pour une appréciation critique des références incessantes au modèle allemand méconnaissant les spécificités de son système de relations professionnelles, v. P. Rémy, Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un modèle pour le droit français ? RDT. 2012, p. 133.

¹⁹¹⁹ J. Barthélémy, G. Cette, Relativiser L'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel, Revue française d'économie, n° 2/XXV, 2010, p. 137.

¹⁹²⁰ Ibid. p. 151.

¹⁹²¹ Ne correspondant d'ailleurs pas à la reconfiguration à l'œuvre du rôle et du contenu de l'accord collectif et du contrat de travail, F. Favennec-Héry, Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail, Sem. soc. Lamy, 15 septembre 2014, n°1643, p. 5. Le Professeur Françoise Favennec-Héry suggère, notamment en

ferait obstacle à une bonne gestion – même négociée¹⁹²² (ex. accord collectif organisationnel) dans la mesure où le consentement individuel du salarié est exigé lorsque l'accord modifie les éléments essentiels du contrat de travail – de l'entreprise. Les principes d'intangibilité¹⁹²³ et de faveur¹⁹²⁴, régissant les rapports entre le contrat de travail et l'accord collectif, seraient néfastes – économiquement – et tendraient à perpétuer des solutions juridiques injustifiées. Pour les auteurs qui défendent cette dernière position « *toute la réglementation de protection ne vise pas à protéger le contrat de travail mais bien le salarié dans le cadre de la relation complexe le liant à l'entreprise. Ensermer cette relation dans la sphère du contrat de travail est à la fois réducteur, infondé et inefficace*¹⁹²⁵ ». Les règles de droit du travail organisant la résistance du contrat de travail à l'accord collectif seraient, en faisant prévaloir l'intérêt du salarié sur celui de l'expression de la volonté collective, une source de fragilisation et d'insécurité de la collectivité de travail, et par conséquent du salarié lui-même. La volonté individuelle de chaque salarié isolée de celle du collectif n'aurait, dans cette perspective, ni fondement juridique ni existence économique¹⁹²⁶. Les auteurs proposent, en invoquant le modèle allemand, la subordination complète du contrat individuel au statut collectif, surtout

s'inspirant du droit du travail allemand, la remise en cause de « *l'intangibilité du contrat en présence d'un accord collectif ayant une fonction gestionnaire visant la collectivité des salariés. L'application de tels accords s'imposerait aux contrats de travail et le salarié assumerait les conséquences de son refus* » ; le contrôle du juge portera « *uniquement sur deux points : l'accord entre-t-il bien dans le cadre des accords intéressant la collectivité de travail précédemment délimitée ? L'accord a-t-il un caractère « socialement justifié » pour la collectivité (à l'instar du droit allemand) ?* » (p. 10).

¹⁹²² Un obstacle à l'émergence d'un ordre juridique conventionnel, F. Favennec-Héry, *Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ?*, JCP S n° 26. 30 juin 2015, 1237, spéc. p. 4.

¹⁹²³ Un principe d'origine jurisprudentielle (v. not. cass. soc. 25 févr. 1998, n° 95-45-171, Bull. civ., V. n° 104, p. 75) auquel l'article L. 2254-1 du Code du travail apporte une nuance : les stipulations de la convention ou de l'accord collectif plus favorables aux salariés se substituent de plein droit à celles du contrat de travail. La Cour de cassation juge de manière constante qu'un accord collectif ne peut modifier les contrats de travail des salariés sans le consentement de ces derniers, sauf solutions législatives ponctuelles (F. Favennec-Héry, Article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ?, Sem. soc. Lamy 2012, n° 1534, p. 4), v. par exemple : l'article 30 de la Loi Aubry II du 19 janvier 2000 instituant l'article L. 1222-7 du Code du travail pour décider que « *la seule diminution du nombre d'heures de travail stipulé au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail* », et l'apport de la loi Warsmann du 22 mars 2012 concernant la modulation du temps de travail (C. trav. Art. L. 3122-6 : « *La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* »).

¹⁹²⁴ D'origine légale, le principe de faveur est énoncé à l'article L. 2254-1 du Code du travail qui précise que, « *lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent au contrat de travail conclu avec lui, sauf stipulations plus favorables* ». Rappelons que cet article reprend les dispositions de l'article 31, alinéas 2 et 3, de la loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, qui disposait que les clauses de la convention collective s'imposent, sauf disposition plus favorable, aux rapports nés des contrats de travail.

¹⁹²⁵ B. Serizay, Une reconsidération du droit applicable aux relations entre l'entreprise et le salarié, Sem. soc. Lamy, 22 sept. 2014, n° 1644, p. 4.

¹⁹²⁶ Ibid., p. 6.

lorsque celui-ci est l'expression de la volonté de la majorité de la collectivité de travail. L'amélioration de la législation protectrice de l'emploi passerait donc par la soumission du contrat du travail au joug de la norme négociée collectivement au sein de l'entreprise. Monsieur Bernard Boubli fait une proposition radicale pour résoudre l'épineuse question des rapports entre contrats individuels de travail et accords collectifs : elle est fondée sur une combinaison de la lecture contractuelle et de l'analyse institutionnelle de la relation de travail, qui n'est pas d'ailleurs sans rappeler certains écrits des années 1920¹⁹²⁷. D'après cet auteur « *il faut en finir une fois pour toutes avec l'idée que le contrat de travail est un contrat à exécution successive : c'est un acte à exécution instantanée qui marque l'acte de naissance de la qualité de salarié. Une fois né, le salarié appartient à une collectivité organisée dont les règles doivent être définies par l'accord collectif [...]* Au plan pratique, l'engagement favorisera l'intégration du salarié à la collectivité, fera disparaître le lien de subordination juridique peu compatible avec l'accès à la citoyenneté, au bénéfice du lien d'appartenance à l'entreprise qui n'est pas exclusif d'une relation hiérarchisée propre à toute société organisée¹⁹²⁸ ». En somme, le contrat de travail « *cessera d'être un élément de confiscation du pouvoir*¹⁹²⁹ ». Cette analyse semble néanmoins faire abstraction de toutes les justifications qui ont permis d'ériger le contrat individuel en instrument de résistance contre la négociation collective de concession.

514. - Accord compétitivité-emploi et contrat de travail. La demande formulée le 29 janvier 2012 par Nicolas Sarkozy auprès des organisations patronales et syndicales d'ouvrir des négociations interprofessionnelles sur la définition d'un régime juridique des accords compétitivité-emploi au niveau de l'entreprise¹⁹³⁰, s'inscrivait également dans le cadre de flexibilisation du contrat individuel de travail. Ces accords – organisant une certaine forme d'échange¹⁹³¹ – viseraient à s'imposer aussi bien à la loi qu'au contrat individuel de travail.

¹⁹²⁷ Notamment ceux de Maurice Hauriou et de Georges Scelle (G. Scelle, *Le droit ouvrier*, Paris, Armand Colin, 2^{ème} éd., 1929) analysant la conclusion du contrat de travail comme un acte-condition ouvrant la voie devant l'application d'un statut – légal et conventionnel – au salarié.

¹⁹²⁸ B. Boubli, *Dérégulation ou simplification? Une ambiguïté à lever*, Sem. soc. Lamy 23 novembre 2015, n°1699, p. 10.

¹⁹²⁹ Ibid.

¹⁹³⁰ J. Freyssinet, *Les accords d'entreprise compétitivité-emploi : En attendant la reprise des négociations*, Cahiers Lasaire, 2012 n° 46, note 3, p. 49-60 ; M.-A. Souriac, M. Morand, *Controverse : Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi*, RDT 2012, p. 194.

¹⁹³¹ Susceptibles de permettre de réduire, d'augmenter ou d'aménager la durée du temps de travail et même de réduire les salaires en contrepartie d'engagements de l'employeur en matière de maintien de l'emploi, parfois

Ce qui est recherché, c'est une autorisation légale claire autorisant ces accords d'entreprise à s'affranchir des clauses du contrat individuel de travail. De la sorte, la règle contenue dans l'article L. 2254-1 du Code du travail, énonçant le principe de faveur, se trouve neutralisée. L'argument de droit comparé et l'argument concurrentiel ont été omniprésents dans le discours des partisans de la mise en place de ces accords de flexibilité interne¹⁹³². Les accords compétitivité-emploi voulaient embrasser un large éventail de situations que peut traverser une entreprise. Ils pourraient être conclus aussi bien pour permettre aux entreprises de traverser une période de difficultés économiques pour sauvegarder l'emploi – accords défensifs – qu'en phase de croissance pour consolider la compétitivité de l'entreprise et stimuler la création d'emplois – accords offensifs. Cependant, la promotion de ce type de négociation collective « compétitivité-emploi » dans un contexte économique et social difficile peut vite être exposée « *au grief de « chantage à l'emploi ou à la délocalisation » peu compatible avec l'idée même de négociation*¹⁹³³ ».

515. - La version française des accords compétitivité-emploi et l'attractivité de la flexibilité interne. L'invocation de modèles étrangers dotés de mécanismes de flexibilité interne s'est accentuée depuis la crise économique et financière de 2008. Plusieurs travaux de la doctrine¹⁹³⁴ et rapports institutionnels¹⁹³⁵ font appel au droit comparé pour pointer les lacunes de la législation de travail française en la matière. Le modèle allemand est particulièrement valorisé ; la création des accords de maintien de l'emploi en 2013¹⁹³⁶ et des accords « *en vue de la préservation ou du développement de l'emploi*¹⁹³⁷ »¹⁹³⁸ en 2016 s'en

accompagnés d'engagements d'investissements, durant une période donnée, M.-A. Souriac, M. Morand, *Controverse : Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi*, RDT 2012, p. 194. Rappelons que ces accords d'échange de contreparties, dénommés aussi « pactes sociaux » ou d'« accords pour l'emploi et la compétitivité », sont « *nés aux Etats-Unis, sous le nom de concession bargaining, dans le contexte de la récession du début de la décennie 1980, [ils] ont connu une grande diffusion au sein des pays d'Europe occidentale lors de la première poussée durable de chômage massif entre 1993 et 1997* », J. Freyssinet, Les accords d'entreprise compétitivité-emploi : En attendant la reprise des négociations, op. cit, p. 50.

¹⁹³² Qui peuvent toutefois s'analyser, en cas de refus du salarié de l'application d'un statut collectif moins favorable que les garanties inscrites dans son contrat de travail, en mécanisme de flexibilité externe ou numérique, dans la mesure où le salarié récalcitrant serait facilement licencié.

¹⁹³³ M.-A. Souriac, Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi. Attention fragile, RDT 2012, p. 194.

¹⁹³⁴ Par ex. J. Barthélemy et G. Cette, *Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel*, Revue française d'économie 2010, pp. 137-165.

¹⁹³⁵ Par ex. Cour des comptes, Le marché du travail : face à un chômage élevé, mieux cibler les politiques, Rapport thématique, janvier 2013.

¹⁹³⁶ C. trav., art. L. 5125-1 et s.

¹⁹³⁷ C. trav., art. L. 2254-2, créé par l'article 22 de la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation

était fortement inspirée. Depuis une trentaine d'années, en France, comme dans de nombreux pays¹⁹³⁹, des accords donnant-donnant ou de contrepartie sur l'emploi sont signés au niveau de l'entreprise, sous la pression des crises de l'emploi et des demandes patronales de décentralisation de la négociation collective. L'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, instaurant les accords de maintien de l'emploi qui pourraient être conclus en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise, ne constituent qu'une étape d'un processus d'émancipation de la norme dictée au niveau de l'entreprise des autres normes (loi, branche et contrat individuel de travail), avec toutefois une avancée certaine sur la voie de la flexibilisation du contrat à durée indéterminée. Le primat d'une articulation entre les contraintes imposées par la branche professionnelle et les prérogatives unilatérales de l'employeur (pouvoir de direction et de gestion économique) cède devant le développement des accords collectifs sur l'emploi négociés au niveau de l'entreprise. La flexibilisation du contrat individuel de travail se niche principalement dans la rupture. Le refus du salarié de l'application du contenu de l'accord de maintien de l'emploi (accord « défensif ») peut entraîner son licenciement pour motif économique qui repose sur une cause réelle et sérieuse ; l'employeur est alors tenu de respecter la procédure applicable en cas de licenciement individuel pour motif économique, à l'exception de l'obligation d'adaptation et de reclassement¹⁹⁴⁰. Dans le même ordre d'idée, le refus du salarié de se voir appliquer les clauses de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi (accord « offensif »), créé récemment par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, a conduit le législateur à une pré-qualification du motif de licenciement¹⁹⁴¹ ; il s'agit d'un motif « *spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement*¹⁹⁴² »¹⁹⁴³. Ce mouvement d'affaiblissement de la capacité de résistance du contrat

du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

¹⁹³⁸ F. Dumont, *Préserver l'emploi : effet d'annonce pour des mesures discutables*, JCP S, n° 36, 13 Septembre 2016, 1304.

¹⁹³⁹ J. Freyssinet, *Les négociations d'entreprise sur l'emploi : quelques expériences européennes*, Institut de recherches économiques et sociales (IRES) document de travail n° 2/2015, mars 2015.

¹⁹⁴⁰ C. trav., art. L. 5125-2.

¹⁹⁴¹ L'article L. 2254-2, I, du Code du travail dispose que les stipulations de l'accord « *se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail* ».

¹⁹⁴² C. trav., art. L. 2254-2, II, al. 2.

¹⁹⁴³ La loi du 8 août 2016 a mis en place un nouveau dispositif dont pourra bénéficier le salarié licencié à la suite de son refus de se voir appliquer l'accord de préservation et de développement de l'emploi : le parcours d'accompagnement personnalisé (PAP) (C. trav., art. L. 2254-3 et s.). Cette rupture du contrat de travail ne comporte aucun préavis ni indemnité compensatrice de préavis. L'octroi de l'indemnité de légale de licenciement

de travail enregistrée dans des accords de flexibilité¹⁹⁴⁴ (accord de maintien de l'emploi, accord de mobilité interne, le plan de sauvegarde de l'emploi négocié, accord de préservation ou de développement de l'emploi) est « *peut-être annonciateur du droit du travail « à venir » : supériorité de l'accord collectif sur les contrats de travail, prévalence de l'emploi dans sa dimension collective sur l'emploi individuel, sécurisation pour l'employeur des licenciements prononcés...¹⁹⁴⁵ ».*

516. - Droit prospectif. Les préconisations normatives plaident pour l'adoption de ce mode de résolution des conflits entre normes en droit du travail. Par exemple, le rapport « *Sauver le dialogue social*¹⁹⁴⁶ » de l'Institut Montaigne prône dans sa proposition n° 6 l'institution d'un « *principe général de primauté de l'accord collectif sur le contrat de travail, sauf exception précisément définie par la loi*¹⁹⁴⁷ ». Pour les rédacteurs de ce rapport l'acte collectif primerait sur le contrat individuel de travail et toute modification de l'accord collectif s'imposerait au salarié sans pour autant qu'il soit nécessaire, sauf exceptions prévues par la loi, de recueillir le consentement de ce dernier, puisque la modification s'impose au salarié. Ce mode de résolution des conflits entre normes de droit du travail introduirait indubitablement une grande dose de flexibilité au sein du contrat individuel du travail au profit de l'employeur, mais il sacrifierait inmanquablement sur l'autel de la compétitivité et le principe de force obligatoire des contrats¹⁹⁴⁸, issu théorie générale des contrats¹⁹⁴⁹, et le principe de faveur en tant qu'« *instrument de résistance du contrat du travail au statut collectif*¹⁹⁵⁰ ».

517. - Cette figure de la flexibilisation du contrat standard reflète également l'un des enjeux de la politique actuelle de protection de l'emploi. La sécurité des emplois des salariés titulaires de contrat à durée indéterminée n'est plus envisagée comme une priorité. La stabilité

ainsi que de toute indemnité conventionnelle qui aurait été due en cas de licenciement au terme du préavis (C. trav., art. L. 2254-2, II, al. 5) restent dues (F. Dumont, *Préserver l'emploi : effet d'annonce pour des mesures discutables*, op. cit., spéc., n° 6 et s.).

¹⁹⁴⁴ P. Lokiec, « *Qui dit conventionnel dit juste !* ». *L'avènement d'un nouveau dogme*, JCP G 2015, 282.

¹⁹⁴⁵ D. Baugard, L. Gratton, *Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel*, Dr. soc. 2016, p. 745.

¹⁹⁴⁶ Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social*, sept. 2015.

¹⁹⁴⁷ Ibid. p. 39.

¹⁹⁴⁸ M. Fabre-Magnan, *Le forçage du consentement du salarié*, Dr. ouv. 2012, p. 459.

¹⁹⁴⁹ C. civ., art. 1134.

¹⁹⁵⁰ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, préf. F. Gaudu, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2007, spéc. p. 187 et s.

de l'emploi de quelques uns doit céder la place à la « sanctuarisation » et à la sauvegarde de la collectivité.

La promotion actuelle de la dimension organisationnelle de la négociation collective¹⁹⁵¹ au sein de l'entreprise ne fait que traduire l'importance déterminante de l'emploi. Objet des politiques sociales publiques gardiennes de l'intérêt général et point d'ancrage autour duquel se dessine l'intérêt de l'entreprise, la défense de l'emploi – ou plus généralement le droit à l'emploi – justifierait une flexibilisation de règles régissant les contrats standards dans leurs relations avec le statut collectif.

518. - L'outil conventionnel permet aujourd'hui aux employeurs de solliciter le concours des syndicats pour légitimer des décisions relevant, en principe, des attributs du pouvoir de direction économique¹⁹⁵² (accords sur l'emploi – « défensifs » et « offensifs » – et plan de sauvegarde de l'emploi négocié). Les accords collectifs d'entreprise issus de telle démarche contribuent – en ce qu'ils prévoient « *un régime très allégé du licenciement que l'employeur peut prononcer à l'encontre de travailleur récalcitrant*¹⁹⁵³ » qui refuse l'application de l'accord collectif à son contrat de travail – avec les autres mesures précédemment mentionnées à l'assouplissement de la législation protectrice de l'emploi, et par conséquent ils permettraient une fluidité du marché du travail.

B. La fluidité du marché du travail

519. - Les différentes préconisations précédemment étudiées, souvent nourries par quelques éléments de droit comparé, sont habitées par un même idéal : la fluidité du marché du travail. Celle-ci serait indispensable à l'organisation efficace du marché du travail, à l'instar de ce qui se fait dans les pays nordiques poursuivant des politiques de flexicurité.

¹⁹⁵¹ « [...] d'une fonction classique orientée vers l'amélioration des conditions de travail des salariés, la négociation collective se voit assigner une fonction de gestion tournée vers les conditions de production et de compétitivité », T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2007, p. 187.

¹⁹⁵² M. Poirier, A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ?, Dr. ouvr. 2013, p. 240.

¹⁹⁵³ A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, op. cit., p. 179.

L'exigence de « *fluidifier le marché du travail*¹⁹⁵⁴ », prérequis de la construction d'une « *flexicurité à la française*¹⁹⁵⁵ », implique une évolution du modèle français de protection de l'emploi¹⁹⁵⁶ favorable à la mobilité des travailleurs sur le marché de l'emploi et le développement d'une gestion financière de la relation de travail¹⁹⁵⁷. Les règles de droit du travail sont appelées, à la lumière du droit comparé¹⁹⁵⁸, à jouer un rôle essentiel pour assurer la fluidité du marché du travail. Deux techniques permettraient d'atteindre cet objectif. D'une part, la mobilité des salariés qui passerait par la destruction des barrières juridiques à l'embauche et au licenciement (1), d'autre part, une régulation financière accrue de la relation contractuelle de travail (2). La mobilité des salariés et la prééminence de la logique financière puisent toutes les deux dans la comparaison internationale des arguments pour convaincre de leur efficacité¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁴ Ph. Pinon, Fluidifier le marché du travail par un droit du licenciement modernisé. Contribution à une réforme, Rapport fait au nom de la Commission de l'Emploi et des Affaires Sociales de la Chambre de commerce et de l'industrie de Paris (17 novembre 2005), disponible à l'adresse suivante : http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/pin0511_0.pdf

¹⁹⁵⁵ V. le rapport d'information n° 2462 déposé par la Commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale en conclusion des travaux de la mission sur « *La flexicurité à la française* », et présenté par le député Pierre Morange le 28 avril 2010.

¹⁹⁵⁶ Dont la finalité et les effets qu'il engendre causerait une rigidité du marché du travail, puisque, à suivre l'analyse économique du droit du travail, « *la protection de l'emploi aboutit à un paradoxe : les pays où elle est la plus élevée sont aussi ceux où l'insécurité de l'emploi est perçue comme la plus forte et où le stress au travail est le plus élevé. Pour les travailleurs en CDI, le risque de licenciement est plus faible mais il est associé à un risque plus important de chômage de longue durée puisque le retour à l'emploi est plus incertain en raison de l'effet des coûts de licenciements sur les décisions d'embauche* », N. Lepage-Saucier, J. Schleich, E. Wasmer, *Le contrat de travail unique : quid pro quo ou simple quiproquo ?*, LIEP P policy brief 8 bis, juin 2013.

¹⁹⁵⁷ Le « Jobs Act », adopté par le législateur italien en 2015, inscrit le contrat à protection progressive (il contratto a tutela crescente) – une figure contractuelle dont les effets se rapprochent de l'idée de contrat de travail unique – dans une logique financière garantissant prévisibilité et sécurisation des décisions des employeurs. La réforme italienne du droit du travail élimine « *toute possibilité que le travailleur injustement licencié retrouve son poste de travail au profit d'une indemnité économique équivalente à deux mois de son dernier salaire par année d'ancienneté, pour un total qui ne sera pas inférieur à 4 ni supérieur à 24 mensualités* », A. Serra, *Jobs act : une flexicurité à l'italienne ?*, op.cit.

¹⁹⁵⁸ « [...] le droit comparé enseigne, y compris à ces adeptes de l'isolationnisme et de l'immobilisme juridiques, qu'une réduction drastique du chômage n'est réalisable que d'une seule façon : le rétablissement de la fluidité dans le marché du travail ; la rupture des contrats de travail peut être largement facilitée dès lors que cette souplesse amorce un cercle vertueux générateur d'un plus grand nombre de contrats conclus [...]. Comme en Grande-Bretagne, l'assouplissement des conditions de rupture du contrat de travail et l'obligation imposée aux chômeurs indemnisés d'effectuer une recherche extrêmement active d'un emploi ont brisé la courbe du chômage. Le CNE et le CPE réalisaient la première partie de ce programme. La France, en proie à une fantastique sclérose des idées réformatrices, est le seul pays à ne l'avoir pas complètement expérimenté. Sans doute par crainte que cela marche », P. Morvan, *Pour le CNE et le CPE, au nom de l'inventivité*, RDT 2006, p. 165.

¹⁹⁵⁹ « *Les logiques circulatoire comme financière sont étudiées en droit du travail en tant que marqueurs de l'inefficacité du droit du travail* », J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, op. cit., p. 206.

1. La mobilité sur le marché du travail

520. - Plusieurs travaux considèrent que la protection de l'emploi est tellement rigide qu'elle empêche des créations d'emplois. L'idée sous-jacente est qu'il y aurait une inadéquation de l'organisation juridique du marché du travail aux réalités économiques ; elle serait génératrice d'un taux de chômage élevé. Ce discours établit très nettement une corrélation entre la fluidité et les performances du marché du travail. Ainsi, la rotation ou la mobilité des salariés aurait-elle un réel impact sur le taux d'emploi¹⁹⁶⁰. Les tenants de l'argument concurrentiel développent eux aussi le même type d'analyse. Le manque de flexibilité du marché de l'emploi inciterait à la délocalisation, selon les conclusions des nombreux rapports fondés sur le « *paradigme compétitif* ». Dans cette perspective, une grande fluidité du marché du travail doit être introduite. Elle viserait, notamment, à supprimer les freins à l'embauche et toutes les « *fausses protections du droit du travail* »¹⁹⁶¹ – simplification des procédures de licenciement, raccourcissement des délais de recours, recomposition des seuils sociaux ...etc. –, à favoriser la mobilité géographique des salariés et à promouvoir la mobilité professionnelle.

521. - La nécessité d'encourager la mobilité des salariés. Cette idée est un élément fondamental de la construction théorique de la flexicurité¹⁹⁶² et toute réforme du droit du travail¹⁹⁶³. A l'instar du capital, la main d'œuvre devrait être mobile ; les salariés devraient être mobiles sur le marché du travail pour répondre aux besoins fluctuants des entreprises. L'augmentation du chômage serait la conséquence d'une offre de travail sur le marché du travail caractérisée par sa rigidité. Une rigidité causée par la législation de protection de l'emploi qui réduit les flux d'entrée et de sortie du chômage. Ce n'est donc pas l'insuffisance de la demande qui aggraverait le taux de chômage mais les sécurités liées à la législation

¹⁹⁶⁰ En réalité le taux d'emploi reste primordialement dépendant de la croissance. Seule cette dernière est apte à favoriser la création d'emplois et à générer des gains de productivité.

¹⁹⁶¹ Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la globalisation de l'économie et les délocalisations d'activité et d'emplois, par M. Jean Arthuis, Tome I, Sénat, 22 juin 2005, p. 67 et s.

¹⁹⁶² « *Raisonné en termes de flexicurité, c'est inscrire dans les esprits que la flexibilité est la caractéristique inaugurale de l'emploi, sa première qualité. Le travailleur de demain sera d'abord flexible, instable, avant d'être menuisier, journaliste, fraiseur ou enseignant* », Ch. Ramaux, Flexicurité : quels enjeux théoriques ? Economie et Institution, n° 9, 2^{ème} semestre 2006, p. 29.

¹⁹⁶³ « [...] favoriser la mobilité des salariés sur le marché du travail est devenu l'objet implicite, voire explicite, de toute réforme du droit social », J. Icard, Analyse économique et droit du travail, op. cit., p. 322.

protectrice de l'emploi. Le statut protecteur des salariés devient alors une entrave¹⁹⁶⁴ perturbant le fonctionnement du marché du travail. Le flexibiliser paraît nécessaire. Pour ce faire, modèles juridiques étrangers, qui excellent dans ce domaine, sont fréquemment cités, parfois à titre « d'incantation », pour faire avancer certaines propositions (ex. CNE, CPE et contrat de travail unique).

En revanche, la contrepartie de la mobilité, telle qu'elle est envisagée dans le cadre de la flexicurité, résiderait dans le développement de nouvelles formes de sécurité pour les travailleurs. En effet, « *la dimension de la sécurité est désormais logée dans les politiques actives*¹⁹⁶⁵ » en assurant, par exemple, des garanties en termes d'employabilité ou d'investissement dans le capital humain et une circulation sécurisée des salariés sur le marché du travail. De la sorte, le « *deal* » plus flexibilité pour davantage de sécurité, tel qu'il est promu par le modèle de flexicurité, profiterait à la fois aux salariés et aux entreprises.

522. - Si le modèle de flexicurité des pays nordiques illustre à merveille cette rencontre, plus ou moins réussie, de la mobilité des salariés et de la sécurisation des transitions professionnelles de ces derniers, les tentatives de sa transposition dans les pays de l'Europe continentale ou du Sud de l'Europe¹⁹⁶⁶ inscrivent progressivement la mobilité des salariés dans le sillage de la mobilité du capital pour exiger des normes travaillistes flexibles. Ainsi, la fluidité du marché du travail (la sortie et l'entrée rapides des salariés sur le marché du travail) est-elle conçue dans l'intérêt des besoins fluctuants des entreprises. Le droit du travail devrait

¹⁹⁶⁴ Les coûts et la procédure du licenciement dissuaderaient les entreprises de licencier, mais également d'embaucher. De surcroît, la législation protectrice de l'emploi ne permettrait pas d'ajuster les emplois et imposerait aux entreprises de garder des emplois inutiles, ce qui nuirait à leur compétitivité.

¹⁹⁶⁵ D. Méda, Flexicurité : quel équilibre entre flexibilité et sécurité ?, Dr. Soc. 2009, p. 763 : « *Il faut, d'une part, un surcroît de flexibilité et d'adaptabilité, qui devra prendre de façon privilégiée la forme du démantèlement de la législation protectrice de l'emploi, de l'abaissement des taxes pesant sur le travail et de la modernisation des systèmes de protection sociale et, d'autre part, un surcroît d'investissement dans la qualification et dans les politiques actives* ».

¹⁹⁶⁶ La doctrine comparatiste souligne de plus en plus le rapprochement des droits du travail appartenant au modèle méditerranéen ou du sud de l'Europe (Espagne, Italie, Grèce) et de ceux faisant traditionnellement partie du modèle continental (France, Allemagne), tout particulièrement en ce qui concerne la diversification des formes contractuelles de l'usage de la main d'œuvre : « *Il semble qu'on puisse identifier une forte caractéristique commune aux pays d'Europe du Sud – dont l'Espagne et l'Italie constituent deux échantillons majeurs – qui réside dans le fait que le marché du travail y est fortement segmenté : une partie de la population salariée, intégrée dans les secteurs économiques les mieux développés, bénéficie de fortes protections, tant de l'emploi que face aux risques sociaux (maladie, chômage, vieillesse), tandis qu'une autre partie se trouve reléguée dans le précaire, voire l'exclusion sociale. [...]. Sans doute cette caractéristique, que l'on retrouve dans une certaine mesure en France...* » (Ph. Martin, *Le droit du travail en Espagne et en Italie. Convergences, divergences, singularités*, Les cahiers Irice, 2014/1 n° 11, p. 37.).

s'adapter à cette évolution majeure du système productive, et partant inciter à la mobilité des salariés sur le marché du travail.

523. - Le modèle néerlandais de la mobilité sur le marché du travail. Le droit du travail des pays nordiques est présenté depuis la fin des années 1990 comme l'archétype du modèle « flexicuritaire¹⁹⁶⁷ ». Le droit des Pays-Bas est régulièrement cité comme un exemple d'une législation travailliste, longuement négociée, qui a réussi à concilier flexibilité et sécurité (ex. Loi flexibilité et sécurité de 1999). Toutefois, les développements récents de la législation sociale néerlandaise traduisent l'excès de la logique de fluidité du marché du travail. Pionnier en Europe en matière de construction de compromis sociaux en faveur de la protection des salariés face à la flexibilité des formes d'emploi, le droit social des Pays-Bas semble opter au travers de certaines réformes récentes pour une « *hyperflexibilisation* » des contrats de travail. La loi emploi et sécurité de mai 2014 facilite grandement la mobilité des salariés sur le marché du travail néerlandais. « *Elle marque un changement d'approche : on ne parle plus de « sécuriser » l'emploi flexible, mais l'emploi tout court, dans une analyse qui voit les règles du licenciement et du chômage comme un obstacle à la mobilité et à la fluidité du marché du travail. Dans cette logique qui individualise le rapport à l'emploi de chaque salarié, en réduisant pour les entreprises le coût des licenciements, on entend stimuler les embauches. En réduisant la progression des indemnités de rupture avec l'ancienneté, on diminue l'incitation des salariés à s'accrocher à leur emploi et on les rend plus ouverts à la mobilité. En réduisant la durée de l'indemnisation du chômage, on pousse les chômeurs aux concessions pour reprendre un emploi*¹⁹⁶⁸ ». Pareilles politiques¹⁹⁶⁹ menées à l'étranger

¹⁹⁶⁷ Rappelons que les politiques de l'emploi des Pays-Bas – l'un des premiers pays à mettre en place une politique de flexicurité à la fin des années 1990 – ont beaucoup inspiré la promotion de la flexicurité au sein de l'Union européenne, v. par exemple, le rapport « *L'emploi, l'emploi, l'emploi, Créer plus d'emplois en Europe* » 2003, rédigé sous la direction de Monsieur Kim Kok, ancien premier ministre des Pays-Bas.

¹⁹⁶⁸ M. Wierink, *Pays-Bas 15 ans après la flexisécurité, l'hyperflexibilité*, Chronique internationale de l'IRES - n° 147 - septembre 2014, p. 78.

¹⁹⁶⁹ Depuis peu, dans les débats publics français, plusieurs voix s'élèvent pour saluer les réformes du droit des contrats de travail en Espagne, visant à fluidifier le marché du travail en minimisant leur impact négatif sur les droits des salariés espagnols. C'est notamment le cas du contrat à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs. En effet, « *inséré dans une réforme globale du marché du travail espagnol dont le but principal est de flexibiliser et réduire les coûts du licenciement, le nouveau CDI de soutien aux entrepreneurs est destiné, plutôt qu'à stimuler le recrutement des chômeurs et la création d'emploi, à rendre plus fluide le marché, à augmenter les mobilités, les allers et retours entre travail et chômage, sans qu'en même temps on ait renforcé le réseau de sécurité qui devrait servir de contrepartie sur le terrain de la formation professionnelle ou de l'assurance chômage* », E. M. Puebla, *La réforme du marché de travail espagnol et les juges*, RDT 2015, p. 350, spéc. p. 353.

fournissent un puissant argument de droit comparé aux pourfendeurs du droit du travail tentés par les préceptes de la fluidité du marché du travail. L'invocation de l'exemple néerlandais est d'autant plus influente et inspirante, étant donné l'image positive historiquement attachée à son modèle de flexicurité et de dialogue social¹⁹⁷⁰.

524. - La mobilité créatrice de richesse et d'emploi est l'une des manifestations fortes de l'analyse économique. La mobilité ne peut être concevable et construite qu'à travers un travail de déréglementation¹⁹⁷¹ des relations de travail. Un auteur a écrit il y a plus de vingt ans au sujet des bienfaits présumés de la déréglementation dans les moments de crise économique que « *la déréglementation est en fait une étiquette qui résume des orientations législatives prises dans tous les pays industrialisés, qui, au-delà des méthodes utilisées convergent toutes vers une même solution : aider les entreprises à sortir plus compétitives qu'auparavant du tunnel de la crise économique [...], en leur redonnant, en matière de gestion de la main-d'œuvre des marges de manœuvre plus souples, marges autrefois supprimées par un droit syndical et un droit du travail régis aussi bien par des lois que par des conventions*¹⁹⁷² »

525. - Convention n° 158 de l'OIT et comparatisme d'intimidation. Le recours à l'argument de droit comparé peut jouer un rôle dévastateur sur les droits reconnus aux salariés contre les licenciements abusifs ; même le droit international du travail, assurant généralement des protections minimales, est parfois dans le viseur du discours néolibéral. Le président du patronat français (MEDEF), Monsieur Pierre Gattaz a suggéré au législateur français la dénonciation¹⁹⁷³ de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail de 1982,

¹⁹⁷⁰ A. Bevort, A. Jobert, *Sociologie du travail. Les relations professionnelles*, Armand Colin, coll. U. 2011, p. 256 et s ; A. Bevort, *Le modèle social français vu des polders*, publié sur la « lavedesidees.fr », 2010, p. 12. Disponible à l'adresse suivante : http://www.lavedesidees.fr/IMG/pdf/20101026_retraites_Pays_bas.pdf

¹⁹⁷¹ La « *déréglementation peut alors rendre compte d'un aspect des changements en cours dans la teneur du droit du travail français, qui consiste, d'un point de vue descriptif, en une "flexibilisation" des conditions juridiques d'usage de la force de travail* », A. Jeammaud, *Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation*, Dr. ouvr. 1998, p. 246.

¹⁹⁷² U. Romagnoli, *La déréglementation et les sources du droit du travail*, RIDC 1990, p. 9.

¹⁹⁷³ Concrètement la dénonciation de cette convention soulève quelques problèmes techniques. En effet, selon l'article 17 de la Convention n° 158 de l'OIT : « *1. Tout membre ayant ratifié la présente convention peut la dénoncer à l'expiration d'une période de dix années après la date de la mise en vigueur initiale de la convention, par un acte communiqué au directeur général du Bureau international du travail et par lui enregistré. La dénonciation ne prendra effet qu'une année après avoir été enregistrée. 2. Tout membre ayant ratifié la présente convention qui, dans le délai d'une année après l'expiration de la période de dix années mentionnée au paragraphe précédent, ne fera pas usage de la faculté de dénonciation prévue par le présent article sera lié par une nouvelle période de dix années et, par la suite, pourra dénoncer la présente convention à l'expiration de*

régissant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur¹⁹⁷⁴, en vue de « débloquer » les embauches. Derrière cette idée « iconoclaste¹⁹⁷⁵ » se niche un discours redoutable alliant argument concurrentiel et argument comparatiste¹⁹⁷⁶. Sérieux concurrent de l'économie française, l'économie allemande jouirait donc d'un avantage comparatif, notamment grâce à un cadre réglementaire allégé du fait que l'Etat allemand n'a pas ratifié la Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement¹⁹⁷⁷.

526. - L'analyse économique comparée du droit du travail ne prône pas seulement un renforcement des dispositifs garantissant une mobilité accrue sur le marché du travail ; elle manifeste également une préférence certaine pour un système de régulation financière des relations de travail.

2. La régulation financière de la relation de travail

527. - Le droit du travail français – figure emblématique du droit codifié – serait, selon l'analyse économique orthodoxe, déficitaire en termes de fluidité du marché du travail, puisqu'il n'épouse pas la logique financière dans la régulation des relations de travail. Les nombreuses règles substantielles définies par le droit légiféré sont antinomiques avec un système d'incitations financières qui serait économiquement efficace. En effet, « *la logique financière de l'analyse orthodoxe signifie, dans sa version modérée, que le droit du travail*

chaque période de dix années dans les conditions prévues au présent article ».

¹⁹⁷⁴ Ratifiée par la France le 16 mars 1989 et entrée en vigueur le 16 mars 1990.

¹⁹⁷⁵ P. Lokiec, Le contrat de travail unique, une fausse bonne idée ? D. 2014, p. 2456.

¹⁹⁷⁶ Monsieur Pierre Gattaz explique, dans une interview accordée au journal L'Opinion le 30 octobre 2014, qu'« *en réalité, il faut sécuriser juridiquement le CDI. Car les chefs d'entreprise, quand ils peuvent embaucher, craignent de se retrouver devant les prud'hommes s'ils rompent le contrat. C'est un des principaux freins à l'embauche. Reste que pour lever ce risque juridique, il faut sortir de la convention 158 de l'organisation internationale du Travail qui fait peser une lourde contrainte en matière de motifs de licenciement. Tant qu'on aura cette contrainte supra nationale, peu importe le contrat, le fond du problème ne sera pas traité. Nous avons signé en 1982 cette convention, très peu de pays l'ont ratifiée, l'Allemagne ne l'a pas fait... La flexibilité du marché du travail est un sujet prioritaire pour débloquer notre économie ».*

¹⁹⁷⁷ J. Mouly, Faut-il dénoncer la Convention de l'OIT n° 158 sur le licenciement ? Dr. soc. 2015, p. 1 « *malgré les apparences, [le contrat de travail unique] ne fait pas disparaître le contrat précaire, mais, au contraire, le généralise. Quant à l'argument de la compétition économique avec d'autres États européens n'ayant pas ratifié la Convention, dont l'Allemagne, la solution est sans doute ailleurs, dans le cadre du droit de l'Union dont le déficit social est bien connu ».*

*doit être évaluable financièrement ou monétairement, ou, dans sa version extrême, qu'une norme financière ou monétaire devrait lui être substituée*¹⁹⁷⁸ ».

528. - Constat. Guidée par l'idée que la norme travailliste d'origine étatique infligerait des coûts supplémentaires aux opérateurs économiques, l'analyse économique conclut aussi à l'inefficacité des systèmes de contrôle de l'application du droit du travail. Le contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique aurait, par exemple, considérablement restreint les potentialités de faire appel au licenciement économique – mesure parfois indispensable pour le maintien et l'amélioration de la compétitivité des entreprises – et constituerait une manifestation criante de son inefficacité économique. Les partisans d'une telle approche considèrent, en mobilisant les arguments concurrentiel comme ceux de droit comparé, qu'« *en France, la jurisprudence et le système législatif en matière de licenciement économique n'ont eu quasiment de cesse de renforcer le contrôle des pouvoirs publics, à travers des procédures de plus en plus lourdes et une définition particulièrement pointilleuse et contestable du motif économique. Comme nous l'avons montré, notre réglementation actuelle est sans équivalent dans l'Union Européenne. Son évolution traduit une certaine myopie et l'absence de cohérence d'ensemble de notre système de relations du travail*¹⁹⁷⁹ ».

529. - L'efficacité économique du système de « bonus-malus ». Plusieurs préconisations émanant, principalement, de la doctrine économique dominante analysent le droit de la rupture du contrat de travail à l'aune de la logique financière. L'une de ces propositions remarquables consiste à fixer une variation des cotisations de l'employeur en fonction du nombre des licenciements. L'exemple topique de la logique financière est celui des systèmes juridiques ayant adopté le principe de « pollueur-payeur » en matière de licenciement. Ce système aurait le mérite d'organiser un système de « bonus-malus » efficace pour réguler embauches et licenciements. Selon cette Organisation internationale « *aux États-Unis, les employeurs qui licencient voient par la suite leurs cotisations au régime d'assurance chômage augmenter sous l'effet d'un mécanisme de modulation des cotisations en fonction de leurs antécédents, ce qui les rend peut-être plus prudents et plus sélectifs lorsqu'ils recrutent*

¹⁹⁷⁸ J. Icard, Analyse économique et droit du travail, op. cit., p. 219.

¹⁹⁷⁹ P. Cahuc, S. Carcillo, Que peut-on attendre de l'interdiction de licencier pour améliorer la compétitivité des entreprises ?, Revue économique, vol. 58, 2007 n° 6, p. 1235.

*et moins enclins à licencier même s'ils n'ont pas d'indemnités de licenciement à verser*¹⁹⁸⁰ ». Certains auteurs critiques eu égard du droit français du licenciement, plaident en s'inspirant du droit américain pour l'adoption de telle logique de financiarisation. Le droit du travail français devrait, pour satisfaire aux exigences d'efficacité de l'analyse économique visant à l'amélioration de la compétitivité des entreprises, intégrer de plus en plus de normes d'incitation financière. Pour Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo « *plutôt que renforcer le contrôle sur le motif économique du licenciement en allant jusqu'à interdire les licenciements préventifs, il serait préférable de mettre en place un système assurantiel cohérent, qui sécurise efficacement les parcours professionnels, dans lequel les entreprises s'acquittent du coût social de leur licenciement en payant une taxe, sans chercher à savoir si le licenciement est motivé par la sauvegarde ou par l'amélioration de la compétitivité*¹⁹⁸¹ ».

530. - Eviter le juge. Cette logique de substitution – remplacement des règles substantielles (motif valable) par celles d'incitation financière – à l'œuvre dans la démarche de financiarisation du droit du licenciement, entend également organiser une éviction systématique du juge, symbole d'une ingérence génératrice d'incertitude et d'insécurité juridique nuisible à la performance des entreprises¹⁹⁸². Les enseignements des comparaisons internationales s'avèrent d'une grande utilité argumentative en matière de déjudiciarisation de la rupture du contrat de travail. Par exemple, le Professeur Patrick Morvan, s'inspirant de la législation travailliste des Pays-Bas, a proposé d'instituer une procédure de licenciement alternative¹⁹⁸³ que pourraient choisir les parties au contrat de travail. L'institution de cette procédure fermerait la possibilité de tout recours en contestation de la validité du licenciement en contrepartie d'une majoration des indemnités pour le salarié.

531. - Certains rapports institutionnels promeuvent l'application de la logique financière dans d'autres pans de la législation sociale. L'une des mesures proposées pour réduire le dualisme du marché du travail français (entre travailleurs titulaires de contrat « standard » et

¹⁹⁸⁰ OCDE, *Perspectives de l'emploi 2013*, Chapitre « Protéger l'emploi, renforcer la flexibilité : un nouveau regard sur la législation sur la protection de l'emploi », p. 84.

¹⁹⁸¹ P. Cahuc, S. Carcillo, Que peut-on attendre de l'interdiction de licencier pour améliorer la compétitivité des entreprises ?, *Revue économique*, vol. 58, 2007 n° 6, p. 1222.

¹⁹⁸² P. Cahuc, S. Carcillo, *Les juges et l'économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne.

¹⁹⁸³ P. Morvan, La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et la créativité, *Dr. Soc.* 2006, p. 962.

« hyper-protégé » et ceux qui multiplient les contrats précaires) consiste en un rapprochement des coûts engendrés par la rupture de ces deux formes de contrats de travail. Dotée d'une législation rigoureuse sur la durée et les cas¹⁹⁸⁴ de recours aux contrats précaires, la France peine à dissuader les employeurs à faire massivement appel à ce type de contrat. La raison pour laquelle les entreprises françaises continuent d'embaucher des salariés en contrats atypiques se niche, selon l'OCDE¹⁹⁸⁵, dans les coûts de rupture particulièrement élevés et incertains du contrat à durée indéterminée par rapport à ceux engendrés par l'arrivée du terme des contrats temporaires¹⁹⁸⁶. L'OCDE recommande aux pouvoirs publics français « *une meilleure convergence des réglementations sur les contrats à durée déterminée et les contrats permanents, en réduisant les coûts et l'incertitude de licenciement pour les contrats permanents, tout en promouvant les embauches sous ces contrats*¹⁹⁸⁷ ». Encore une fois, à travers cette préconisation, on voit bien que la logique de financiarisation va de pair avec l'idée d'évitement du juge.

532. - Les travaux de l'analyse économique comparée du droit du travail, assignant un rôle majeur à la flexibilité¹⁹⁸⁸ dans la baisse du taux de chômage, ont proposé des remèdes – techniques et méthodes – pour améliorer la législation protectrice de l'emploi, qui ne sont pas restés lettre morte ; les réformes récentes du droit du travail témoignent d'un accueil favorable aux postulats et aux préconisations véhiculés par ces travaux.

¹⁹⁸⁴ Une réglementation renforcée récemment par un système de taxation des contrats de courte durée, v. F. Bousez, CDD de courte durée : entre incitation et taxation, la modulation des taux de cotisation d'assurance chômage, JCP S. n° 28, 9 Juillet 2013, 1288.

¹⁹⁸⁵ OCDE, Situation de la France septembre 2014, Perspective de l'emploi 2014, p. 3. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/fr/france/EMO-FRA-FR.pdf>

¹⁹⁸⁶ Une indemnité de précarité (CDD) ou de fin de mission (contrat de travail temporaire) égale à 10% du salaire brut total reçu depuis le début du contrat.

¹⁹⁸⁷ OCDE, situation de la France septembre 2014, Perspective de l'emploi 2014, p. 3.

¹⁹⁸⁸ Visant l'assouplissement des contrats de travail classiques, la création de nouveaux contrats et l'incitation au recours aux agences de travail temporaire, etc. ; v. par exemple les préconisations du rapport Kok, L'emploi, l'emploi, l'emploi : créer plus d'emplois en Europe, rapport de la Task-force pour l'emploi de la Commission européenne présidée par W. Kok, 2003. Toutefois certaines mesures de ce dernier rapport n'ont pas su séduire le législateur français, v. par exemple les apports récents de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 en matière de réduction de la segmentation du marché du travail imposant une taxation des contrats de courte durée (F. Bousez, CDD de courte durée : entre incitation et taxation, la modulation des taux de cotisation d'assurance chômage, op. cit.).

Section 2 : Les remèdes envisagés

533. - L'emploi par la flexibilité. L'argument phare qui a conduit à l'adoption de plusieurs mesures législatives consiste à soutenir que les rigidités constatées au sein du marché du travail sont la cause principale de l'installation durable du chômage en France. L'assouplissement des conditions du recours aux contrats à durée déterminée, au travail temporaire, au travail à temps partiel, et l'allègement des conditions et des conséquences, surtout financières, du licenciement sont autant d'exemples de politiques ayant été légitimées par le recours à tel argument. Selon cette grille de lecture la création des emplois serait intimement liée à la suppression des contraintes juridiques pesant sur les employeurs en matière des relations contractuelles de travail. Autrement dit, la flexibilisation des normes travaillistes, comprise dans le sens d'un allègement des coûts générés par l'application de ces dernières, est présentée comme un outil indispensable d'une politique efficace visant à l'amélioration de la législation protectrice de l'emploi, et par conséquent la création d'emplois. Au soutien d'une telle vision, la comparaison internationale est souvent mise à contribution. L'invocation de modèles étrangers en appui de certaines réformes du droit du travail est globalement indissociable de la promotion d'une rationalité de type managériale et marchande des relations de travail. Cette rationalité est l'une des manifestations de l'emprise grandissante du principe d'efficacité et de la culture de la « gouvernance par résultats ». Plusieurs préconisations doctrinales ou celles provenant d'institutions internationales¹⁹⁸⁹ concernant, entre autres, la flexibilisation des rapports contractuels de travail et la régulation financière des relations de travail sont largement imprégnées par cette logique. Le législateur y trouve une source d'inspiration considérable. Les travaux préparatoires et les textes définitifs qui en découlent en témoignent. La traduction législative de ces préceptes, largement promus par l'analyse économique comparée du droit du travail, n'est pas sans conséquence sur les finalités du droit du travail. L'impact du discours comparatiste dominant participe, à l'instar de l'influence de l'analyse économique orthodoxe du droit, à l'émergence d'une nouvelle manière de réguler les rapports de travail qu'une certaine doctrine travailliste dénomme « *droit du marché du travail*¹⁹⁹⁰ ». L'enjeu est de taille. Le temps de la stabilité de

¹⁹⁸⁹ Par ex. « *Le FMI salue le CNE et recommande de modérer la revalorisation des prestations sociales* », FMI, 10 juill. 2006, déclaration de fin de mission, JCP S n° 30, 25 Juillet 2006, act. 306.

¹⁹⁹⁰ P. Lokiec, *Le travailleur et l'actif*, Dr. Soc. 2009, p. 1017 ; T. Sachs, *Vers un droit du marché du travail*,

l'emploi, nécessaire à la réalisation du compromis fordiste – échange de la subordination du salarié contre une sécurité financière et de stabilité de l'emploi – est aujourd'hui presque révolu. Les règles régissant les relations de travail semblent, à l'heure de « l'hyper-mobilité » et de son corollaire la responsabilisation¹⁹⁹¹ des acteurs du marché du travail, privilégier la mise en place progressive d'une protection des transitions professionnelles ou d'une sécurisation des parcours professionnels¹⁹⁹². D'aucuns ont pu évoquer un « *changement de paradigmes du droit du travail*¹⁹⁹³ ». Ce changement majeur s'articule autour d'un déplacement des objectifs de la législation travailliste de la protection de l'emploi à la sécurisation des transitions professionnelles.

534. - Les catégories juridiques traditionnelles du droit individuel du travail ne sortent pas indemnes de cette évolution majeure. Celle-ci est constamment passée au crible de l'impératif d'efficacité économique et mise en perspective comparative avec les performances économiques et sociales réalisées dans les autres pays. Pour satisfaire ce double critère d'évaluation, les réformes du droit du travail tendent à réduire la dualité du marché du travail. En vue d'atteindre cet objectif, les voies choisies se focalisent sur des sujets classiques mais sensibles, constituant le cœur du modèle français du droit contractuel du travail : la flexibilisation de l'encadrement légal des contrats de travail, tout particulièrement leur rupture, et la réduction du rôle du juge dans le contrôle des relations de travail¹⁹⁹⁴. Ainsi, des mesures de réduction du dualisme du marché du travail (§ 1) et de déjudiciarisation des relations de travail (§ 2) constituent-elles des remèdes à l'inefficacité de la législation protectrice de l'emploi.

Dossier spécial « *L'ANI à l'ombre du droit* », Sem. soc. Lamy, n° 1569, 2013, p. 9 ; G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, *Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français*, Dr. ouvr. 2014, p. 784.

¹⁹⁹¹ G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, *Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français*, Dr. ouvr. 2014, p. 784.

¹⁹⁹² F. Guiomard, La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion, RDT 2013, p. 616.

¹⁹⁹³ J.-Y. Kerbourc'h, *De la protection de l'emploi à la protection des transitions professionnelles : les changements de paradigmes du droit du travail*, Cahiers philosophiques, 2008/4 (N° 116), p. 25-40.

¹⁹⁹⁴ Caractéristique principale du modèle continental du droit du travail qui constitue, depuis plusieurs années, la cible privilégiée des critiques économiques. Par exemple, l'OCDE, adepte de la théorie des sources juridiques « *Legal origins theory* » (pour une utilisation de cette théorie en droit du travail, v. not. S. Deakin, P. Lele et M. Siems, *L'évolution du droit du travail : évaluation et comparaison des régimes réglementaires*, Revue internationale du Travail, 2007, vol. 146, n° 3-4, p. 143 et s.), considère de longue date que les pays de droit romano-germanique ont une « tradition de judiciarisation des décisions des employeurs » nuisible à la compétitivité des entreprises et à l'emploi (OCDE, *Perspectives de l'emploi*, Chap. 4 : *Emploi non régulier, sécurité de l'emploi et clivage du marché du travail*, 2014, p. 213).

§ 1 : Les mesures de réduction du dualisme du marché du travail

535. - Les réformes récentes du droit du travail s'efforcent de rendre le contrat à durée indéterminée plus attractif en le flexibilisant (A), et d'assouplir le droit du licenciement (B). C'est généralement à travers ces deux pans du droit individuel du travail, qui sont d'ailleurs intimement liés, que l'on découvre le déploiement du discours comparatiste dominant. Certains tenants de la mobilisation de la comparaison internationale tentent, sous couvert d'expliquer¹⁹⁹⁵ d'une manière neutre les spécificités du droit du travail national, de promouvoir des solutions préconçues qui ont pour ambition de redresser un système inefficace de production et d'interprétation des normes travaillistes.

A. La flexibilisation du contrat à durée indéterminée

536. - La flexibilisation du contrat standard peut être observée aussi bien en droit français (1) qu'en droit comparé (2). Un point commun se partage la plupart des réformes allant dans ce sens : elles ont toutes été menées au nom de la compétitivité et de l'amélioration de la législation protectrice de l'emploi dans une situation de crise sociale inédite qui aurait commandé justement l'inverse. Cependant, les tentatives françaises de flexibilisation, engagées depuis plusieurs années, du contrat à durée indéterminée sont aujourd'hui incontestablement dépassées pas la nouvelle vague de réformes menées récemment à l'étranger au nom de la flexibilité, que l'on présente souvent d'ailleurs comme des expériences inspirantes¹⁹⁹⁶.

¹⁹⁹⁵ P. Cahuc, F. Kramarz, Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle, *in*. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 2005, p. 58.

¹⁹⁹⁶ V. par ex. E. Prouet, *Contrat de travail : les réformes italiennes*, Notes d'analyse, *France Stratégie* 28 mai 2015, (<http://www.strategie.gouv.fr/publications/contrat-de-travail-reformes-italiennes>) ; Ph. Aghion, J. Tirole, P. Cahuc et alii., *Projet de loi El Khomri, une avancée pour les plus fragiles*, *Le Monde* 4 mars 2016. V. contra., A. Lyon-caen, *Vérité au-delà des Pyrénées*, RDT 2016, p. 125.

1. La flexibilisation engagée du contrat standard en droit français

537. - Mouvement de fond. La problématique de la flexibilisation du contrat à durée indéterminée ne peut être discutée sans une comparaison avec les contrats spéciaux ou non réguliers de travail. Les réformes portant sur l'encadrement légal de ces derniers poursuivent souvent une double finalité : contrecarrer les abus dans le recours à ces contrats précaires et endiguer le dualisme du marché du travail. La taxation des contrats précaires de courte durée, exemple de la régulation financière en droit du travail, tente d'y concourir¹⁹⁹⁷, mais les résultats sont peu probants, certainement en raison de l'extrême flexibilité de ce dispositif¹⁹⁹⁸. Au-delà de cette gestion financière des relations contractuelles de travail, la flexibilisation du contrat permanent est la cible privilégiée de la réflexion sur la performance du marché du travail. L'idée-force qui sous-tend ce type de réflexion consiste à soutenir que la complexité, réelle ou supposée, des règles de droit du travail réglementant la rupture du contrat à durée indéterminée dissuaderait les employeurs de créer des emplois, briderait la compétitivité des entreprises et créerait une discrimination¹⁹⁹⁹ au détriment des salariés titulaires de contrats non standards. Ce raisonnement est souvent relayé par certaines institutions économiques internationales. On en veut pour preuve les recommandations de l'OCDE visant l'amélioration du fonctionnement du marché du travail français. Celles-ci insistent, notamment, sur la nécessité de « *réformer la protection de l'emploi de manière à réduire le dualisme entre contrats temporaires et contrats durables, tout en laissant plus de flexibilité*

¹⁹⁹⁷ F. Bousez, CDD de courte durée : entre incitation et taxation, la modulation des taux de cotisation d'assurance chômage, JCP S., n° 28, 9 Juillet 2013, 1288.

¹⁹⁹⁸ La faiblesse de la mesure, imposant la modulation des cotisations assurance chômage sur les contrats précaires (rappelons que le taux de cotisation à la charge de l'employeur était fixé, avant l'entrée en vigueur de ce nouveau dispositif créé par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, à 4%, applicable au salaire brut ; il s'élèvera désormais pour les contrats à durée déterminée dont la durée est inférieure ou égale à un mois à 7 %, et pour ceux dont la durée est supérieure à un mois et inférieure ou égale à trois mois à 5,5 %), réside dans le fait qu'elle exclut plusieurs contrats de son champ d'application (contrat de travail temporaire, contrats saisonniers, contrats à durée déterminée en vue du remplacement d'un salarié, en cas d'absence, de passage provisoire à temps partiel, de suspension du contrat de travail,...), ou impose une majoration très faible (0,5 % pour les contrats d'usage). « *Au final, ce sont les contrats de courte durée conclus pour surcroît temporaire d'activité qui, principalement, subiront la majoration, et la majoration la plus forte* », F. Bousez, CDD de courte durée : entre incitation et taxation, la modulation des taux de cotisation d'assurance chômage, op. cit., n° 8.

¹⁹⁹⁹ Pour une analyse critique de l'utilisation du droit de la non discrimination – voire d'une « *obsession de la discrimination* » –, qui se substituerait aux règles de droit du travail, v. Fr. Gaudu, *Des illusions des juristes aux illusions scientistes*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 101, *spéc.*, p. 109 et s.

aux entreprises pour faire face aux restructurations économiques....²⁰⁰⁰». Pour ce faire, l'OCDE prône, argument de droit comparé à l'appui, qu'« un nouvel assouplissement de la protection en cas de licenciement individuel serait utile [puisque] dans un grand nombre de pays de l'OCDE, la réglementation des contrats à durée indéterminée a été récemment assouplie (Espagne, Estonie, Grèce, Hongrie, Italie, Nouvelle-Zélande, Portugal, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni et Slovénie)²⁰⁰¹ ».

538. - Ces préconisations ne sont pas restées lettre morte. Le droit positif en porte largement des traces. En effet, l'apport majeur des récentes réformes, visant la flexibilisation du contrat à durée indéterminée, se focalise principalement sur les règles de rupture du contrat de travail et les relations entre contrat de travail et l'accord collectif. Par ailleurs, on peut observer, en analysant les évolutions du droit français des contrats de travail, le maintien d'un certain nombre de choix, hormis l'épisode du contrat « nouvelles embauches » (**b**), favorables à une coexistence des contrats précaires avec le contrat à durée indéterminée (**a**) ; cette dernière formule contractuelle a d'ailleurs pu servir de modèle pour la création du CDI intérimaire – innovation, inspirée de certains droits étrangers, mise ne place au nom de la « flexicurité à la française » (**c**).

a. L'option de la suppression des contrats précaires écartée

539. - **L'option de la disparition des contrats non réguliers écartée.** Le législateur social français a choisi, depuis quelques décennies, la voie d'une réglementation stricte des contrats spéciaux de travail. En réglementant pour la première fois les contrats à durée déterminée, la loi n° 79-11 du 3 janvier 1979 répondait favorablement aux demandes du patronat²⁰⁰² en termes de techniques contractuelles flexibles plus adaptées aux variations du système productif²⁰⁰³. Deux ordonnances du 5 février 1982 (n°s 82-130 et 82-131) ont

²⁰⁰⁰ OCDE, France, Redresser la compétitivité, coll. Série « Politiques meilleures », novembre 2013, p. 59.

²⁰⁰¹ OCDE, France, Redresser la compétitivité, coll. Série « Politiques meilleures », juillet 2014, p. 61.

²⁰⁰² G. H. Camerlynck, Droit du travail. Le contrat de travail, Dalloz 2^{ème} éd. 1982, n° 627.

²⁰⁰³ Jusqu'à la fin des années 1970, le recours aux contrats de travail à durée déterminée se fondait largement sur les usages, ce qui permettait aux juges d'avoir un large pouvoir pour apprécier la régularité des cas de recours et la durée de ce type de contrat. Désormais une réglementation pointilleuse les régit. Par exemple, les articles L.1242-1 et L. 1242-2 du code du travail prévoient cinq grandes catégories de fonctions qui autorisent le recours

réglémenté le recours au contrat à durée déterminée et au contrat de travail temporaire. C'est à l'occasion de ces réformes menées au début des années 1980 qu'un principe majeur du droit contractuel du travail a été institué, en l'occurrence le caractère dérogatoire du contrat à durée déterminée²⁰⁰⁴. C'est également à cette époque que le contrat à durée indéterminée a acquis, grâce à l'ordonnance du 5 février 1982, le statut de contrat de droit commun²⁰⁰⁵. Cette règle emblématique, constamment réitérée²⁰⁰⁶, du droit du travail français²⁰⁰⁷ figure désormais au premier alinéa de l'article L. 1221-2 du Code du travail qui dispose que « *le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail* ». L'objectif de ce cadre réglementaire contraignant et d'ordre public tend principalement à mettre en échec les stratégies de contournement des règles du licenciement qui consistent à privilégier les contrats à durée déterminée au détriment de ceux à durée indéterminée, en procédant à une succession de contrats temporaires pour pourvoir un emploi permanent²⁰⁰⁸.

540. - Ce choix de politique contractuelle n'a eu de cesse d'irriguer les réformes successives du droit du travail. S'inscrivant clairement dans cette approche, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a adopté quelques mesures en vue de limiter et d'encadrer le recours aux contrats précaires. La majoration de la contribution patronale d'assurance chômage pour les contrats à durée déterminée à courte durée²⁰⁰⁹, l'imposition

au contrat à durée indéterminée : le remplacement d'un salarié ou d'un dirigeant de l'entreprise ; l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ; les contrats saisonniers ; les contrats « d'usage » ; les contrats issus des politiques de l'emploi et de la formation.

²⁰⁰⁴ Ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982.

²⁰⁰⁵ J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 24^{ème} éd. 2008, n° 503 et s.

²⁰⁰⁶ L'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail a, par exemple, confirmé l'attachement des partenaires sociaux à l'utilité économique des contrats à durée déterminée dès son premier article : « *Le contrat à durée indéterminée est la forme normale et générale du contrat de travail. Le contrat de travail à durée déterminée et le contrat de travail temporaire constituent des moyens de faire face à des besoins momentanés de main d'œuvre. Leur utilité économique dans un environnement en perpétuelles fluctuations et dans un contexte de concurrence mondiale est avérée* ».

²⁰⁰⁷ Cette règle dont l'ambition est de lutter contre le recours abusif aux contrats à durée déterminée, source majeure de précarisation des salariés, est inscrite aussi au sein du droit du travail de l'Union européenne. Le préambule de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée signé entre les partenaires sociaux européens le 18 mars 1999, annexé à la Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999, énonce que « les contrats à durée indéterminée sont la forme générale de relation de travail ». V. sur cette question S. Hennion. M. Le barbier-Le Bris. M. Del Sol, *Droit social européen et international*, PUF, coll. Thémis 2013, p. 385 et s.

²⁰⁰⁸ L'article L. 1242-1 du Code du travail est clair à cet égard : « *Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ».

²⁰⁰⁹ F. Bousez, CDD de courte durée : entre incitation et taxation, la modulation des taux de cotisation d'assurance chômage, JCP S., n° 28, 9 Juillet 2013, 1288.

d'un seuil de 24 heures par semaine pour les contrats de travail partiel²⁰¹⁰ participent grandement de cette logique.

541. - Bien qu'ils soient un réel vecteur de flexibilisation permettant de répondre efficacement aux besoins fluctuants des entreprises, les contrats précaires sont considérés par certaines analyses développées par la doctrine économique dominante, comme un facteur de complexité, de segmentation et de rigidité du marché du travail. Il faudrait donc selon cette dernière thèse œuvrer pour l'unification des contrats de travail qui prendrait la forme d'un *contrat de travail unique* à durée indéterminée doté d'une grande flexibilité.

b. Retour sur l'usage du comparatisme durant l'expérience du contrat « nouvelles embauches »

542. - Une flexibilisation du contrat à durée indéterminée avortée : le contrat « nouvelles embauches ». Présenté comme l'une des premières expériences de flexicurité en droit du travail français²⁰¹¹, la création du contrat « nouvelles embauches » est une illustration topique de l'influence des considérations économiques et comparatistes sur les choix de réforme du droit du travail. Les discussions qui ont précédé la mise en place de ce contrat flexible en témoignaient²⁰¹². A cet égard, le modèle danois constituait une référence incontournable pour inspirer les politiques de lutte contre le chômage et contre la montée en force des inégalités – entre « *insiders* » et « *outsiders* » – au sein d'un marché du travail français. Toutefois, sur cette dernière question de politique de lutte contre les inégalités d'accès au marché du travail, les opinions des spécialistes des politiques comparées de l'emploi sont très critiques. Selon le Professeur Jean-Claude Barbier, le contrat « nouvelles embauches » est « *un contrat souvent présenté, par ses créateurs, comme s'inspirant des*

²⁰¹⁰ Toutefois, cette durée minimale de 24 heures par semaine pour les contrats à temps partiel, instituée par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 (complétée par la loi du 5 mars 2014 et l'ordonnance du 29 janvier 2015), est susceptible de plusieurs dérogations, par voie d'accord collectif (C. trav. art. L. 3123-14-3) ou à la demande du salarié (C. trav. art. L. 3123-14-2).

²⁰¹¹ C. Roy-Loustaunau, Le contrat nouvelles embauches : la flexi-sécurité à la française, Dr. soc. 2005, p. 1103.

²⁰¹² V. par exemple J. Pélissier, Une Invention déplorable, et P. Morvan, Pour le CNE et le CPE, au nom de l'inventivité, in. Controverse, Fallait-il inventer le CNE (et le CPE) ? RDT 2006, p. 144.

pratiques danoises, alors qu'on ne peut imaginer une réforme plus contraire à l'esprit danois contemporain. Quand la gestion danoise du travail est marquée par l'égalité et par l'attention à un équilibre social qui maintient une sécurité des revenus et de l'emploi, le CNE, réservé aux petites entreprises, est né sous le signe de l'aggravation de l'inégalité entre salariés et de l'accroissement de l'insécurité concentrée sur certains, pendant que d'autres continuent de jouir de conditions qui deviennent, par contraste, des « privilèges »²⁰¹³ ».

Contrat à durée indéterminée, le contrat « nouvelles embauches » avait pour ambition de redynamiser l'embauche et vaincre les « réticences à recruter de façon pérenne²⁰¹⁴ » en l'absence de « visibilité de long terme » dans les petites entreprises employant jusqu'à vingt salariés²⁰¹⁵. La conclusion de ce type de contrat, pour toute « nouvelle embauche », enclenchait l'application d'une « période de consolidation²⁰¹⁶ » durant les deux premières années, dont le régime juridique dérogeait au droit commun du licenciement. Cette « période de consolidation » n'épousant toutefois pas le régime juridique de la période d'essai, permettait, selon le Conseil d'Etat, à l'employeur de se libérer des règles de droit du licenciement pendant une période de deux ans sans pour autant transgresser la Convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail du 22 juin 1982, portant sur la rupture des rapports de travail²⁰¹⁷. En effet, la Haute juridiction administrative a estimé, après avoir été saisie par plusieurs syndicats demandant l'annulation de l'ordonnance du 2 août 2005 en raison de sa non-conformité aux articles 4 et 7 de la Convention²⁰¹⁸ précitée de l'OIT – et

²⁰¹³ J.-C. Barbier, La réforme du marché du travail français au miroir de l'Europe. Imiter l'Espagne à défaut du Danemark ?, in. La France de l'après-CPE et les chantiers du droit du travail, Esprit mai 2006, p. 19.

²⁰¹⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches » JORF n°179 du 3 août 2005, p. 12688.

²⁰¹⁵ Entreprises « pour lesquelles les freins à l'embauche apparaissent les plus forts et qui constituent un gisement d'emplois important », *ibid.*

²⁰¹⁶ Les promoteurs de ce contrat préféraient parler de « période de consolidation de l'emploi », cité par M. Del Sol, *La soumission grandissante du droit du travail à la logique économique dominante. Les exemples du contrat « nouvelles embauches » et du travail à temps partagé*, in. *État et régulation sociale. Comment penser la cohérence de l'intervention publique ?*, colloque international organisé par l'Equipe Matisse le 11, 12 et 13 septembre 2006, p. 4 (document disponible à l'adresse suivante : <http://matisse.univ-paris1.fr/colloques/pdf/articles/del-sol.pdf>)

²⁰¹⁷ Entrée en vigueur le 16 mars 1990, cette convention a été récemment remise en cause par le patronat français. J. Mouly, *Faut-il dénoncer la Convention de l'OIT n° 158 sur le licenciement ?*, Dr. soc. 2015, p. 1.

²⁰¹⁸ L'article 4 énonce qu'un salarié « ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service », tandis que l'article 7 dispose qu'un « travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité ».

aussi à la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe ²⁰¹⁹ –, que « *la période de " consolidation de l'emploi " prévue par l'ordonnance, si elle n'était en aucun cas une période d'essai, pouvait en revanche être regardée comme une période de constitution de " l'ancienneté " requise pour prétendre au bénéfice de la convention. Il a jugé en outre que la durée préfixe de deux ans de cette période de consolidation, eu égard à l'objet des " contrats nouvelles embauches " , qui est de réduire rapidement le chômage, était " raisonnable "* ²⁰²⁰ ».

543. - Retour sur la genèse du contrat « nouvelles embauches » et la mobilisation du comparatisme d'intimidation. Dans les travaux préparatoires de la loi n° 2005-846 du 26 juillet 2005, le comparatisme d'intimidation a été largement mobilisé²⁰²¹. Considérant le contrat « nouvelles embauches » comme une « *expérimentation*²⁰²² *d'une forme de « flexisécurité »*²⁰²³ » d'inspiration danoise²⁰²⁴, le rapport de M. Claude Gaillard relève « sans surprise » que « *c'est dans les pays où la rupture d'un CDI est la plus facile, comme la Grande-Bretagne ou le Danemark, que le taux d'emploi temporaire, en particulier des jeunes, est relativement le plus faible*²⁰²⁵ ». A partir de ce constat, le rapport plaide pour une transplantation du célèbre « *triangle d'or* » danois. En effet, toujours selon ce rapport parlementaire, le contrat « nouvelle embauche » s'intégrerait dans un schéma proche de l'expérience danoise. Ainsi, « *en liant, dans le cadre du contrat nouvelles embauches, une*

²⁰¹⁹ Son article 24 énonce qu'« *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître : a. le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; ...* ».

²⁰²⁰ CE, 19 oct. 2005, Section du Contentieux n° 28347, Confédération Générale du Travail et autres, D. 2006, 629, note G. Borenfreund ; C. Landais, F. Lenica, *Le Conseil d'Etat rejette les requêtes dirigées contre l'ordonnance créant le « contrat nouvelles embauches »*, AJDA 2005, p. 2162.

²⁰²¹ « *Cette situation [segmentation du marché du travail] n'est d'ailleurs pas propre à la France : chez nos voisins européens, l'emploi temporaire concerne également au premier chef les jeunes. Néanmoins, il apparaît que l'écart est plus marqué en France, notre pays étant l'un des pays où la chance pour un jeune de décrocher un CDI est la plus faible* », » Rapport n° 2412 déposé le 23 juin 2005 fait par M. Claude Gaillard au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le Projet de loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi, n° 2403, déposé le 22 juin 2005, p. 34.

²⁰²² Selon le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches » JORF n°179 du 3 août 2005 page 12688, le contrat nouvelles embauches était considéré comme un dispositif expérimental : « *L'article 5 de l'ordonnance prévoit une évaluation, d'ici le 31 décembre 2008, des conditions de mise en œuvre de ce nouveau contrat et de ses effets sur l'emploi par une commission à laquelle seront associés des représentants d'organisations d'employeurs et de salariés* ».

²⁰²³ Rapport n° 2412 déposé le 23 juin 2005 fait par M. Claude Gaillard, op. cit., p. 39.

²⁰²⁴ « *Le Danemark est souvent présenté aujourd'hui comme le pays incarnant cette conciliation de la souplesse et de la sécurité* », Ibid. p. 40.

²⁰²⁵ Ibid. p. 34.

adaptation des règles de rupture du contrat à durée indéterminée avec, en contrepartie, un régime spécifique d'indemnisation et d'accompagnement, le projet de loi d'habilitation propose bien une forme d'expérimentation du « triangle d'or²⁰²⁶ » danois, fondé sur trois piliers : flexibilité du marché du travail, indemnisation généreuse en cas de chômage et politique active de l'emploi²⁰²⁷.

544. - Régime juridique du contrat « nouvelles embauches ». Contrairement au contrat à durée indéterminée de droit commun – prévu pour « *pouvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* » – et aux contrats précaires – dont l'utilisation doit rentrer dans le cadre des raisons objectives prévues par le Code du travail –, l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 ne prévoyait aucune liste de motifs pour pouvoir conclure un contrat « nouvelles embauches ». Celui-ci pouvait donc être signé pour occuper un emploi à durée indéterminée à temps plein ou à temps partiel. Dérogeant au droit commun du licenciement²⁰²⁸, ce contrat pouvait être conclu avec un salarié qui avait antérieurement été licencié à la seule condition de respecter un « délai de carence » de trois mois entre la précédente rupture et le réembauchage. De surcroît, signe de l'hyper-flexibilité du contrat « nouvelles embauches », aucun délai de carence n'avait été prévu entre la rupture de celui-ci et la possibilité de conclure un nouveau contrat « nouvelles embauches » avec un autre salarié pour occuper le même emploi. L'apport majeur de cette figure contractuelle réside dans la faculté – discrétionnaire – laissée à l'employeur de mettre un terme, durant les deux premières années, selon des modalités dérogatoires au droit commun. Après l'écoulement de cette « période de consolidation » de deux ans, le contrat « nouvelles embauches » se mue en contrat à durée indéterminée de droit commun. Pendant la « *période de consolidation* » – voire « *période de précarité*²⁰²⁹ » – l'ordonnance de 2005 supprimait au bénéfice de

²⁰²⁶ Ibid. p. 41.

²⁰²⁷ V. sur les éléments constitutifs du « triangle d'or » danois, A. Lefebvre, D. Méda, Performances nordiques et flexicurité : quelles relations ?, *Travail et Emploi*, 113, 2008, pp. 129-138.

²⁰²⁸ Le rapport de l'Institut internationale pour les études comparatives portant sur l'évaluation du droit du travail, a relevé que « *l'éviction du juge [était] au cœur de l'argumentaire économique du CNE* », IPEEC, *L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes*, Rapport de synthèse remis à la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (Dares), 2008, p. 80.

²⁰²⁹ « *Cette période de deux ans est qualifiée de période de « consolidation » par le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 2 août 2005, mais l'ordonnance ne qualifie pas elle-même ladite période. L'interprète reste donc libre de lui donner le nom qui semble le plus adéquat. Or ladite période ne « consolide » rien, puisqu'elle est au contraire une période d'exceptionnelle précarité. Il est donc plus simple de la désigner pour ce qu'elle est : une période de précarité* », E. Dockès, *Le juge et les politiques de l'emploi*, Dr. soc. 2007, p. 911.

l'employeur le droit au juge en ce qui concerne, par exemple, le contrôle de la régularité du caractère réel et sérieux du licenciement, de la motivation de la lettre de licenciement, de l'entretien préalable, de la notification du licenciement, du délai de préavis, de l'indemnité légale de licenciement, les sanctions indemnitaires du licenciement irrégulier ou abusif. Dit autrement, l'innovation contractuelle tournait aussi bien à la généralisation de la précarité des salariés au sein des petites entreprises, qu'à la création d'une nouvelle figure de l'essai en droit du travail : la période « *d'essai économique*²⁰³⁰ » afin d'aider l'employeur à se forger un « *jugement économique*²⁰³¹ » différent de celui institué par la période d'essai classique visant l'appréciation des capacités du salarié en situation.

545. - En ce qui concerne les droits du salarié engagé en contrat « nouvelles embauches », le législateur prévoyait, en sus d'un préavis dont « *la durée est fixée à deux semaines, dans le cas d'un contrat conclu depuis moins de six mois à la date de la présentation de la lettre recommandée, et à un mois dans le cas d'un contrat conclu depuis au moins six mois* », une indemnité égale à 8 % du montant total de sa rémunération brute depuis la conclusion du contrat pour le salarié en cas de rupture du contrat à l'initiative de l'employeur. Exemple de la régulation financière ou de la logique d'incitation en droit du travail, l'employeur devait s'acquitter d'une taxe, égale à 2 % de la rémunération brute due au salarié depuis le début du contrat, au profit du service public de l'emploi. L'objectif de cette taxe visait, en l'absence d'obligation de reclassement à la charge de l'employeur, à financer les actions d'accompagnement du salarié.

546. - Cette figure contractuelle a cependant été retirée du paysage contractuel français, avant même que la Cour de cassation ne se prononce sur sa non-conformité à certains textes internationaux²⁰³², par la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 qui avait requalifié tous les contrats « nouvelles embauches » en contrat à durée indéterminée classiques.

²⁰³⁰ Ibid.

²⁰³¹ Ibid.

²⁰³² Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124, v. l'avis de l'avocat général Jacques Duplat, *Le contrat nouvelles embauches et les normes internationales du travail*, RDT 2008, p. 504.

547. - L'utilisation de l'argument de droit comparé par le juge et le contrat « nouvelles embauches ». L'argument de droit comparé peut-il motiver une décision judiciaire ? La réponse à cette question dans un système juridique de tradition civiliste, ou de droit codifié, est de prime abord être négative²⁰³³ ; le droit comparé ne fait pas par nature partie du droit positif. Cela n'a rien d'étonnant au vu du raisonnement construit par syllogisme et de la méthode déductive. Mais, si l'utilisation de la comparaison des droits par le juge français est traditionnellement marginale, des voix s'élèvent pour lui reconnaître une place grandissante dans les prétoires²⁰³⁴. L'apport du droit comparé dans le processus d'élaboration de la décision judiciaire n'est pas négligeable dans une perspective cognitive. L'évolution n'est certes pas des moindres²⁰³⁵ ; elle tendrait à coup sûr à perturber des habitudes et des méthodes ancrées dans la tradition judiciaire française : le juge français doit veiller au respect de la loi française²⁰³⁶ suivant un raisonnement syllogistique rigoureux. La référence non obligatoire²⁰³⁷ au droit étranger ou aux considérations extra-juridiques est un processus inhabituel et très rare au sein du raisonnement du juge français. L'expérience du contrat « nouvelles embauches » fait partie de ces rares exceptions à l'indifférence traditionnelle vis-à-vis de l'argument de droit comparé.

548. - Si à bien des égards, l'institution du contrat « nouvelles embauches » avait été largement imprégnée par des considérations comparatistes²⁰³⁸ au profit d'un raisonnement purement économique, sa vie contentieuse devant les juges avait fait, elle-aussi, naître un certain goût pour le droit comparé auprès des juges. Mais y figure une différence notable ;

²⁰³³ « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur », Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, p. 268.

²⁰³⁴ « Qu'elle soit, interne ou internationale, une juridiction ne peut être un lieu clos, c'est au contraire un carrefour, un carrefour circulaire où se croisent de manière ordonnée les décisions de justice qui construisent un droit en devenir permanent », G. Canivet, *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolence des juges*, consultable sur le site de L'association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF) : www.ahjucaf.org/Les-influences-croisees-entre.7177.html

²⁰³⁵ « Parler du droit comparé comme intégré dans l'œuvre judiciaire, c'est donc parler dans une certaine mesure d'un changement intellectuel en droit », H. P. Glenn, *Vers un droit comparé intégré ? RIDC*. 1999, p. 845.

²⁰³⁶ L'application d'une loi étrangère dans le cadre du droit international privé constitue le prolongement de l'application de la loi française ; celle-ci ayant elle-même prévu l'application du droit étranger.

²⁰³⁷ V., d'une manière générale sur cette question, S. Robin-Olivier, *La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des Etats membres de l'Union européenne*, in. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant. 2009, p. 141.

²⁰³⁸ On songe à l'omniprésence du modèle « danois » dans le discours du gouvernement de l'époque.

l'invocation du droit comparé avait servi d'argument pour mettre en cause la viabilité juridique du contrat « nouvelles embauches ». Certains ont farouchement critiqué ce dernier usage de la comparaison des droits. Ils y voyaient un détournement des fonctions du droit comparé pour justifier un parti pris²⁰³⁹ défavorable au contrat « nouvelles embauches »²⁰⁴⁰ sans raisonnement juridique fiable²⁰⁴¹. Trois décisions de justice – un jugement d'une juridiction du premier degré²⁰⁴², un arrêt de la Cour d'appel de Paris²⁰⁴³ et un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation²⁰⁴⁴ – illustrent parfaitement la mobilisation de la comparaison internationale²⁰⁴⁵ comme contre-argument par les juges afin d'enterrer la

²⁰³⁹ « Pauvre droit comparé ! L'appel à la convention OIT n° 158 a servi ici à pourfendre le seul contrat de travail en droit français inspiré par la « flexi-sécurité » qui imprègne la plupart des droits européens », P. Morvan, Une période de consolidation de deux ans n'est pas conforme aux exigences de la convention OIT n° 158, JCP S n° 29, 17 Juillet 2007, 1565. Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 18e ch., 6 juill. 2007, n° 06/06992, Proc. Rép. près TGI d'Évry et a. c/ De Wee : Juris-Data n° 2007-336602.

²⁰⁴⁰ « Les juges longjumellois se piquent ensuite de droit comparé afin de donner une plus grande crédibilité à leur requiem pour le CNE », P. Morvan, Contrariété de l'ordonnance du 2 août 2005 à la convention OIT n° 158, JCP S n° 21, 23 Mai 2006, 1424. Commentaire de la décision du Conseil de prud'hommes Longjumeau, 28 avr. 2006 : Juris-Data n° 2006-299086.

²⁰⁴¹ Le Professeur Patrick Morvan avait estimé que le jugement du Conseil de prud'hommes de Longjumeau du 28 avril 2006 sur l'incompatibilité entre le régime juridique de la rupture du contrat « nouvelles embauches » et la Convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail était « une vue de l'esprit et non la conclusion d'un raisonnement juridique », P. Morvan, Contrariété de l'ordonnance du 2 août 2005 à la convention OIT n° 158, JCP S n° 21, 23 Mai 2006, 1424.

²⁰⁴² « Que le conseil constate que **le Royaume-Uni**, dont le marché du travail est plus souple que le marché français, et dont l'économie, plus libérale et concurrentielle, en est nécessairement plus volatile, a récemment allongé la durée maximale de la période d'essai de 6 mois à un an ; Que la durée maximale nécessaire à l'appréciation des compétences du salarié est fixée par la plupart des accords collectifs entre un et six mois, selon le poste occupé ; Qu'une durée de deux ans pour des contrats exécutés en France, quel que soit le poste occupé, est déraisonnable au regard **du droit et des traditions tant interne que comparés** », Cons. prud'h. Longjumeau, 28 avr. 2006, Juris-Data n° 2006-299086. Souligné par nous. P. Morvan, Contrariété de l'ordonnance du 2 août 2005 à la convention OIT n° 158, op. cit. ; Sem. soc. Lamy 12 juin 2006, note F. Favennec-Héry.

²⁰⁴³ « Qu'il convient enfin de relever qu'aucune législation de pays européens, comparables à la France, n'a retenu un délai aussi long durant lequel les salariés sont privés de leurs droits fondamentaux en matière de rupture du contrat de travail », CA Paris 6 juillet 2007, n° 06/06992, JCP S. 2007, n° 1565, note P. Morvan, n° JurisData : 2007-336602. Souligné par nous.

²⁰⁴⁴ Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, Bull. civ. V, n° 146 ; RDT 2008, 504, avis J. Duplat ; RJS 2008, 775, rapp. J.-M. Béraud. « Une comparaison avec quelques pays européens permet de vérifier qu'aucun pays n'a adopté une législation équivalente à celle du CNE créant une période de consolidation aussi longue, qu'il s'agisse de pays ayant ratifié la Convention n° 158 ou de pays ne l'ayant pas ratifiée », Avis de l'avocat général Jacques Duplat, Le contrat « nouvelles embauches » et les normes internationales du travail, RDT 2008, p. 504. Souligné par nous.

²⁰⁴⁵ Qui reste, toutefois, compatible avec la tradition judiciaire française gardienne de l'application des normes juridiques nationales et internationales (ex. conventions de l'OIT) en vigueur. « [...] Le rôle du juge n'est pas d'appliquer les lois réelles ou supposées de l'économie, il est d'appliquer les lois tout court. Et s'il lui faut accompagner et favoriser les changements de la société dans laquelle il vit, c'est en veillant à ce que les relations de travail restent sous l'emprise du droit, c'est-à-dire, pour parler bref, qu'elles restent des relations civilisées », A. Supiot, *Pourquoi un droit du travail ?*, Dr. Soc. 1990, p. 492.

première expérience contractuelle (CNE) qui était censée promouvoir une « flexicurité à la française ».

c. L'attractivité du modèle du contrat à durée indéterminée : la création du CDI intérimaire

549. - L'attractivité du modèle de contrat à durée indéterminée : le CDI intérimaire.

Considérée comme un instrument de sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires, la création du contrat à durée indéterminée intérimaire²⁰⁴⁶ peut être comprise comme le signe de l'attachement de la législation travailliste française²⁰⁴⁷ – et européenne²⁰⁴⁸ – à la centralité de la figure du contrat à durée indéterminée et à l'emploi stable. La mise en place de cette nouvelle forme du contrat de travail exprime la volonté du législateur et des partenaires sociaux d'introduire plus de sécurité au sein des contrats par essence flexibles et précaires. Toutefois, cette mesure²⁰⁴⁹ ne peut être comprise sans faire le lien avec les autres dispositifs de flexibilisation du droit du travail créés par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. En effet, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, à l'origine du CDI intérimaire, institue, dans le sillage de l'édification progressive d'une flexicurité à la

²⁰⁴⁶ Le contrat à durée indéterminée intérimaire fait partie du paysage contractuel français depuis le 06 mars 2014, date à partir de laquelle l'arrêté d'extension (du 22 février 2014) de l'accord sur la sécurisation des parcours professionnels des intérimaires conclu le 10 juillet 2013 est entré en vigueur. V. G. Bargain, *Le CDI intérimaire, outil de sécurisation ou de flexibilité ? Prendre le droit du travail au sérieux*, RDT 2014, p. 522.

²⁰⁴⁷ « *Le contrat de mission, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice* » (Art. L. 1251-5, C. trav.) ; « *Le fait pour l'utilisateur de conclure un contrat de mise à disposition ayant pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, en méconnaissance de l'article L. 1251-5, est puni d'une amende de 3 750 euros. La récidive est punie d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros* » (Art. L. 1255-3, C. trav.).

²⁰⁴⁸ La conception européenne des contrats de travail est marquée par une préférence pour le contrat à durée indéterminée, dans la mesure où « *le bénéfice de la stabilité de l'emploi est conçu comme un élément majeur de la protection des travailleurs* », points 6 et 8 des considérations générales de l'accord-cadre du 19 mars 1999, annexé à la Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 relative au travail à durée déterminée ; v. aussi CJUE 26 févr. 2015, aff. C-238/14, *Commission c./ Grand-Duché de Luxembourg*, points 36 et 51 (S. Robin-Olivier, *Lutte contre le recours abusif aux contrats à durée déterminée: la Cour de justice consolide sa jurisprudence et confirme sa volonté de ne pas s'immiscer dans les réformes du droit du travail issues de la crise économique*, in. *Politique sociale de l'Union européenne*. Chronique 2015, RTD eur. 2015, p. 453 et s.).

²⁰⁴⁹ Insuffisante car elle prévoit la création de 20000 embauches en contrat à durée indéterminée (pour un nombre d'intérimaires en France de plus de 561 000, Données mensuelles CVS de juin 2015, statistiques de la DARES), s'étalant sur 3 ans à compter du 06 mars 2014 – date d'entrée en vigueur de l'accord sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires signé le 10 juillet.

française, un compromis entre flexibilité des conditions de travail et sécurité des salariés. Rappelons que l'Accord National Interprofessionnel – pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés – du 11 janvier 2013 a incité les interlocuteurs sociaux de la branche de travail temporaire à conclure un accord de branche pour créer un CDI intérimaire, afin que les entreprises de travail temporaire échappent²⁰⁵⁰ à la majoration de la cotisation chômage concernant les contrats de courte durée²⁰⁵¹. Fidèle à la tradition française en matière des contrats de travail, l'article 4 C de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 a exhorté la branche « intérim » à organiser « *les conditions d'emploi et de rémunération des intérimaires, qui seront titulaires d'un CDI, dans des conditions n'ayant ni pour effet ni pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise cliente, ni d'élargir, sans accord des parties signataires du présent accord, le champ de recours aux missions d'intérim* ». Entré en vigueur depuis le 4 mars 2014, l'accord sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires dicte le régime juridique du CDI intérimaire²⁰⁵². Or, cette quête de « stabilité dans la flexibilité » n'est qu'un leurre, dès lors que le salarié en contrat à durée indéterminée intérimaire doit être hyper-mobile et flexible sur un double plan : une mobilité géographique, dans un périmètre de 50 km ou, le cas échéant, déterminé par accord entre le salarié et son employeur²⁰⁵³, et une flexibilité professionnelle où le salarié peut occuper jusqu'à trois emplois qui seront dans la lettre de mission²⁰⁵⁴. La stabilité est principalement envisagée en termes de garantie minimale

²⁰⁵⁰ « Le slogan de la sécurisation des parcours professionnels dissimule en réalité l'optimisation économique recherchée par les entreprises de travail temporaire », G. Bargain, Le CDI intérimaire, outil de sécurisation ou de flexibilité ? op. cit., p. 524.

²⁰⁵¹ F. Bousez, CDD de courte durée : entre incitation et taxation, la modulation des taux de cotisation d'assurance chômage, JCP S., n° 28, 9 Juillet 2013, 1288.

²⁰⁵² Le CDI intérimaire est signé entre l'entreprise de travail temporaire (l'employeur) et le salarié intérimaire ; une lettre de mission est établie pour chaque mission dans une entreprise utilisatrice. Ayant un régime juridique presque calqué sur les dispositions relatives au travail temporaire, à l'exception de la période d'essai des missions d'intérim et de l'indemnité de précarité baptisée indemnité de fin de mission (IFM), le CDI intérimaire procure une garantie d'emploi au salarié au-delà du terme des missions. En dehors des missions, période appelée d'intermission, le salarié reste à la disposition de l'entreprise de travail temporaire et bénéficie d'une garantie minimale mensuelle de rémunération égale au moins au SMIC versée par son employeur. Durant les périodes d'intermission, le salarié peut être en congé payé ou en formation. Sur l'aspect sécurité, c'est le côté sociétal qui est à l'honneur, le CDI intérimaire permettra aux salariés de bénéficier de certains « privilèges » des gens en contrat à durée indéterminée classique, comme par exemple la souscription d'un crédit bancaire ou la signature d'un bail d'habitation.

²⁰⁵³ Art. 2-4 de l'accord sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires. Cet article est extrêmement vague sur point, il indique simplement que le périmètre de mobilité doit être déterminé « dans le respect » de la vie personnelle et familiale du salarié.

²⁰⁵⁴ « Le CDI liant le salarié intérimaire et l'ETT comporte notamment : - la description des emplois, dans la

mensuelle de rémunération qui est, elle-même, variable au gré des missions²⁰⁵⁵. Cette figure contractuelle flexible impose à son titulaire d'« être employable donc capable de « migrer » d'un emploi à un autre, réactif à l'image d'un marché du travail qui doit être « apte à réagir rapidement à l'évolution de l'économie » (TFUE, art. 145)²⁰⁵⁶ ».

550. - Mise en perspective comparative. Les références étrangères ont nourri les travaux préparatoires de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 instituant le CDI intérimaire²⁰⁵⁷. Élément essentiel du discours sur la nécessité de « moderniser » la législation travailliste, l'argument comparatiste constitue une donnée « légitimante » et persuasive qui se fonde sur la critique de « l'exception française » en matière de CDI intérimaire. Le syndicat des entreprises de travail temporaire, souhaitant la création de tel contrat, avait si bien exprimé cette idée, en soulignant que « les agences d'emploi d'Italie, d'Allemagne et des Pays-Bas ont, contrairement aux agences françaises, accès au contrat à durée indéterminée intérimaire²⁰⁵⁸ ».

551. - Par ailleurs, le CDI intérimaire préside d'une logique favorable à la consolidation de la régulation financière des relations de travail. Expérimenté aux Etats-Unis d'Amérique en matière de licenciement, le principe « pollueur-payeur » inspire la mise en place du CDI intérimaire ; les entreprises de travail temporaire doivent alimenter un fonds de sécurisation des parcours des intérimaires (FSPI)²⁰⁵⁹. Ces sommes serviront, notamment, au financement de la rémunération des périodes d'intermission et des formations proposées en intermission

limite de trois, correspondant aux qualifications qui seront fixées dans la lettre de mission », article 2-4 de l'accord sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires.

²⁰⁵⁵ Article 4-2 de l'accord sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires

²⁰⁵⁶ G. Bargain, *Le CDI intérimaire, outil de sécurisation ou de flexibilité ?*, op. cit., p. 524.

²⁰⁵⁷ « *Le support juridique du CDI intérimaire existe déjà dans certains pays européens, en particulier aux Pays-Bas, en Allemagne et en Italie. Il concerne 5 à 7 % des intérimaires néerlandais, alors qu'en Allemagne, il a été transformé en CDD en raison des déviances qui ont caractérisé le dispositif. En Italie, le CDI intérimaire est relativement récent* », Rapport n° 847 fait par M. Jean-Marc Germain (Tome I), au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, p. 228.

²⁰⁵⁸ Prisme (Professionnels de l'intérim, services et métiers de l'emploi) le magazine, *CDI intérimaire Zoom sur l'Allemagne, l'Italie et dans les Pays-Bas*, in. Dossier le CDI intérimaire ? n° 24 // 4e trimestre 2012, p. 6.

²⁰⁵⁹ « – par le versement de 10 % des salaires versés aux intérimaires en CDI pendant les périodes de mission [correspondant d'ailleurs au 10 % du salaire brut que l'entreprise de travail d'emploi doit verser au salarié intérimaire standard ou précaire : indemnité de fin de mission ou de précarité]... – par le versement d'une cotisation de 0,5 % de la masse salariale de l'ensemble des intérimaires, en contrat de travail temporaire et en CDI, avec application d'une franchise de 1 500 € par entreprise », article 5 de l'Accord du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires.

pour « entretenir » le capital humain ou l'employabilité du salarié. Enfin, pour soutenir l'attractivité du CDI intérimaire, le législateur français a fait passer la durée maximale des missions de ce dernier à 36 mois grâce à la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015²⁰⁶⁰. Pour soutenir l'attractivité du CDI intérimaire, les entreprises de travail temporaire ne déboursent en fin de compte que la cotisation de 0,5 % de leur masse salariale. La cotisation dérisoire, mais elle reflète la perméabilité du droit du travail français aux modes de régulation des relations de travail venus d'ailleurs, en l'occurrence le principe du droit américain de « *pollueur-payeur* ».

552. - Le processus de flexibilisation du contrat à durée indéterminée engagé en France depuis plusieurs années semble être irréversible. Les débats sur les réformes du droit du travail restent attachés au dogme selon lequel la protection assurée par le contrat à durée indéterminée est considérée comme l'une des causes majeures de l'inefficacité économique et sociale du modèle français de protection de l'emploi. Les réformes des autres droits nationaux du travail, largement dominées par des concessions à l'économicisme, ne font que nourrir les velléités des partisans du discours comparatiste dominant pour exiger le démantèlement des protections traditionnelles des salariés sur l'autel de la compétitivité.

2. La flexibilisation démesurée du droit des contrats de travail en droit comparé

553. - **Flexibilisation des contrats atypiques en droit comparé.** La crise économique que traverse l'Europe²⁰⁶¹ a servi de prétexte pour adopter des réformes libérales²⁰⁶² assouplissant le cadre réglementaire des contrats atypiques²⁰⁶³ dans plusieurs pays européens.

²⁰⁶⁰ Article 56 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

²⁰⁶¹ Sur l'impact de la crise économique sur les droits du travail en Europe, v. S. Laulom, E. Mazuyer, C. Tessier, C.-E. Triomphe, P. Vielle, *Crise : quelles évolutions du droit social en Europe ?*, ETUI Policy Brief, Politiques économiques, sociales et de l'emploi en Europe, n° 2/2012 ; *Quel droit social en Europe après la crise ? Rapport final du projet « Droit social en Europe après la crise »* - « what labour law and social protection in Europe in crisis », 2010, publié sur le site de ASTREES :

http://www.astrees.org/fic_bdd/article_pdf_fichier/1335340526_RAPPORT_TRANSVERSAL_REUNIFIE.pdf

²⁰⁶² V. not. A. Perulli, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, op. cit., p. 179 ; I. Schömann, Union européenne. Austérité : quels enjeux pour les droits sociaux ? *Chronique internationale de l'IRES* - n° 150 - juin 2015, p. 55, spéc., p. 63 et s. C. Lang, I. Schömann et S. Clauwaert, *Atypical forms of employment contracts in times of crisis*, Working Paper 2013.03, ETUI, Bruxelles, p. 27.

²⁰⁶³ Dont certaines garanties minimales sont d'ailleurs fixées par des directives de l'Union européenne visant

La quête de la reprise économique justifie une libéralisation des régimes juridiques régissant les contrats atypiques, telle est la ligne directrice adoptée par plusieurs législateurs nationaux. Par exemple, l'Espagne a permis en février 2012 aux salariés à temps partiel d'effectuer des heures supplémentaires ; elle a allégé en mars 2013 les cotisations sociales pesant sur les entreprises afin de les inciter à faire recours au travail à temps partiel pour embaucher des jeunes ; l'objectif visé est de faciliter l'entrée sur le marché du travail. Poursuivant pareilles ambitions, l'Italie avec la Loi n° 92 du 28 juin 2012 prend un tournant spectaculaire en libéralisant le recours aux contrats temporaires. Cette loi supprime, notamment, l'exigence d'une raison objective pour la conclusion d'un premier contrat à durée déterminée et élargit la liste des raisons objectives²⁰⁶⁴. De même, la loi n° 78/2014 de mai 2014 a accentué la libéralisation²⁰⁶⁵ du contrat à durée déterminée des contraintes juridiques²⁰⁶⁶ ; elle « *a changé radicalement la philosophie du contrat à durée déterminée : d'un contrat auquel on pouvait recourir seulement pour des raisons [bien précises]... on est arrivé à une libéralisation totale de ce contrat. En pratique, l'entreprise peut désormais passer une multiplicité de contrats à durée déterminée avec le même travailleur sans avoir l'obligation d'indiquer les motifs pour lesquels ce type de contrat a été choisi. La durée globale des contrats à durée déterminée est de 36 mois avec la possibilité de le prolonger en signant un nouveau contrat auprès des services de la Direction territoriale du travail pour 12 mois supplémentaires*²⁰⁶⁷ ». De surcroît, la flexibilisation des contrats atypiques s'accompagne dans le cas de l'Italie d'un renforcement de l'emprise du droit de la négociation collective sur la réglementation des contrats non standards ; il est désormais possible d'ajouter de nouvelles raisons objectives –

l'harmonisation des législations sociales des Etats-membres, v. par exemple, la Directive 1997/81/CE sur le travail à temps partiel ; la Directive 1999/70/CE sur travail à durée déterminée; la Directive 2008/104/CE relative au travail intérimaire.

²⁰⁶⁴ Avec une nette faveur, en vertu d'un décret du 4 octobre 2012, pour les entreprises innovantes - « start-up » - dont les CDD conclus durant les 4 premières années de leur création, seront considérés comme ayant une raison objective valide vis-à-vis des exigences légales imposées par la loi en la matière.

²⁰⁶⁵ F. Guarriello, *Le Jobs Act à l'italienne*, Sem. soc. Lamy 8 juin 2015, n° 1680, p. 5.

²⁰⁶⁶ Concernant la durée maximale des contrats à durée déterminée (Le plafond de droit commun en France pour le contrat à durée déterminée étant de dix-huit mois en vertu de l'article L.1242-8 du Code du travail), plusieurs pays européens ont opté, depuis le début de la crise, pour son allongement. La République Tchèque, l'Espagne, le Portugal et la Grèce ont, par exemple, fait le choix de passer de 2 à 3 ans pour la durée totale du contrat à durée déterminée. Pour un panorama comparatif des principales réformes concernant la flexibilisation des contrats atypiques en Europe – Espagne, Italie, Suède, Slovénie, Lituanie, Slovaquie, Finlande, Pologne, France, v. l'étude de C. Lang, I. Schömann et S. Clauwaert, *Atypical forms of employment contracts in times of crisis*, Working Paper 2013.03, ETUI, Bruxelles, p. 27.

²⁰⁶⁷ A. Serra, *Jobs act : une flexicurité à l'italienne ?* Métis Europe, 07 Mai 2015. Téléchargeable à l'adresse suivante : http://www.metiseurope.eu/jobs-act-une-flexicurite-l-italienne_fr_70_art_30113.html

permettant d'engager des salariés par le biais de contrats précaires – à celles déjà inscrites dans la loi en concluant des accords collectifs.

554. - La mise en place (partielle) du contrat de travail unifié, l'exemple du « Jobs Act » à l'italienne. La flexibilisation du contrat de travail de droit commun peut passer par la mise en place d'un contrat de travail unifié. L'objectif est encore une fois, l'amélioration de la législation protectrice de l'emploi et la sécurisation juridique des relations de travail. L'une des premières traductions pratiques de la théorie du contrat unifié est l'œuvre du législateur italien. En effet, le « Jobs Act » de 2014 a créé le contrat de travail à protection croissante²⁰⁶⁸, une « nouvelle figure contractuelle du contrat à durée indéterminée²⁰⁶⁹ ». Le projet de « Jobs Act » prévoyait, notamment, la création d'un « contrat unique d'insertion à durée indéterminée à protection croissante » pour les nouveaux entrants sur le marché du travail, une simplification de la législation du licenciement et la réduction du nombre des contrats précaires. Ce projet n'a pas fait l'unanimité au sein de la doctrine italienne favorable à la refonte du droit du travail. Selon le Professeur italien Pietro Ichino « le contrat unique d'insertion serait un pas en avant positif », tandis que « sur la réduction des formes contractuelles, il ne me semble pas que la priorité soit de supprimer ou d'interdire certains types de contrats. Le problème est d'en empêcher l'usage abusif destiné à contourner le droit du travail²⁰⁷⁰ ». L'avis du Professeur Pietro Ichino, l'un des architectes de la « flexicurité à l'italienne », rejoint les postulats traditionnels de l'analyse économique du droit du travail, soutenant l'idée que la diversité des contrats de travail est économiquement très utile, puisqu'elle répond aux spécificités structurelles de certaines activités économiques²⁰⁷¹. Adopté par une loi du 10 décembre 2014, le « Jobs Act » à l'italienne²⁰⁷² a finalement opté, entre autres, pour la création d'un « contrat à protection croissante » (*il contratto a tutele crescenti*) et le maintien, voire la libéralisation du recours aux contrats à durée déterminée. Solution envisageable par l'analyse économique du droit pour pallier au dualisme du marché

²⁰⁶⁸ Entré en vigueur le 7 mars 2015 décret-loi n° 23/2015.

²⁰⁶⁹ F. Guarriello, *Le Jobs Act à l'italienne*, Sem. soc. Lamy 8 juin 2015, n° 1680, p. 5.

²⁰⁷⁰ P. Ichino, « Le contrat unique d'insertion serait un pas en avant positif », *Les Echos*, 16/01/2014.

²⁰⁷¹ V. en ce sens J. Barthélémy, G. Cette et P-Y. Verkindt, *À propos du contrat unique*, JCP S, n° 6, 6 février 2007, pp. 3-4 ; *Contrat de travail, sécurisation des parcours professionnels et efficacité économique*, JCP S, n° 7, 13 février 2007, pp. 3-5 ; *À propos du contrat unique*, in. *Le contrat de travail*, Centre d'Études de l'Emploi (éd.), La Découverte, Coll. Repères, 2008, pp. 107-118.

²⁰⁷² F. Guarriello, *Le Jobs Act à l'italienne*, op. cit.

du travail²⁰⁷³, le contrat de travail unifié consisterait²⁰⁷⁴, à l'opposé du contrat unique dont l'objectif est de supprimer tous les contrats non standards, « à conserver tous les types de contrats et à prévoir des indemnités de rupture qui progresseraient avec l'ancienneté indépendamment de la nature du contrat²⁰⁷⁵ ». L'exception au schéma théorique du contrat de travail unifié est l'inexistence de taxation du licenciement²⁰⁷⁶. Ainsi, le contrat à protection croissante réduit-il les protections en cas de licenciement, tout en prévoyant des mécanismes incitatifs, normatifs et financiers, de stabilisation du salarié dans l'emploi qu'il occupe.

555. - Incitation financière et juridique. Sur le plan de l'incitation financière, le « *Jobs Act* » permet aux entreprises qui recourent à un contrat à protection croissante en 2015 de bénéficier d'un allègement total des cotisations sociales sur les trois premières années dans la limite d'un maximum de 8060 euros par an (plus de 24000 euros sur trois ans). S'agissant du volet juridique des incitations faites par le gouvernement italien, l'avancée est majeure pour les thuriféraires de la déréglementation du droit du licenciement. Cette nouvelle figure contractuelle facilite aussi bien la sortie du marché du travail, favorable à la rotation ou à la mobilité de la main d'œuvre, que la prévisibilité juridique et monétaire de l'acte de licencier. Avec ce nouveau contrat « *l'élaboration d'un droit du travail prévisible est arrivée, en Italie, à maturité, se nourrissant des vicissitudes qu'ont connues des dispositifs institutionnels similaires dans d'autres pays*²⁰⁷⁷ ». En effet, les conséquences juridiques d'un licenciement injuste du salarié sont préalablement connues : suppression de la possibilité pour le salarié de réintégrer l'entreprise après un licenciement illégitime – sauf motif discriminatoire, nullité

²⁰⁷³ Aux côtés, notamment, du contrat de travail unique, v. OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2014, p. 207 et s.

²⁰⁷⁴ Selon la littérature économique développée par l'OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2014, p. 213, citant des travaux de certains économistes français favorables à la mise en place du contrat de travail unique : Olivier Blanchard, Pierre Cahuc, Jean Tirole.

²⁰⁷⁵ OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2014, p. 213.

²⁰⁷⁶ Élément partagé avec le contrat de travail unique, les entreprises en cas de rupture du contrat de travail unifié devraient « *verser une taxe de licenciement aux autorités publiques mais seuls les licenciements discriminatoires ou ayant un motif prohibé seraient considérés comme abusifs. Si elle est fixée à un niveau suffisamment élevé, la taxe de licenciement permettrait de recouvrer des ressources pour mutualiser les coûts de réaffectation du personnel licencié et inciterait les entreprises à internaliser les coûts sociaux des licenciements, sans nécessité de réintégration des travailleurs. Cette solution aurait à l'évidence l'avantage de ne pas modifier le coût de rupture des contrats de courte durée, si bien que leur utilisation pour des tâches réellement temporaires ne serait pas plus lourde* », OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2014, p. 213.

²⁰⁷⁷ F. Martelloni, *Le Jobs Act : le chemin italien vers la sécurisation de l'entreprise (et de ses abus)*, in. *Le Jobs Act italien : quelles inspirations ?*, RDT 2015, p. 306. L'auteur fait allusion, notamment, à l'expérience française relative au feu contrat « nouvelles embauches », et au contrat à durée indéterminée de soutien aux employeurs (*contrato indefinido de apoyo a los emprendedores*) mis en place en Espagne par la loi 3/2012 du 6 juillet, portant mesures urgentes pour la réforme du marché de travail (v. sur ce contrat, E. M. Puebla, *La réforme 2012 du marché du travail en Espagne : la flexibilité jusqu'au bout*, RDT, 2012, p. 443).

expresse inscrite dans la loi – et « *prédétermination exacte du coût de licenciement abusif*²⁰⁷⁸ ». Rappelons que le droit à la réintégration après un licenciement injustifié²⁰⁷⁹, qui était applicable dans les entreprises ayant plus de 15 salariés et s’accompagnant d’une réparation financière (correspondant à un minimum de cinq mois de salaire), figurait à l’article 18 du Statut des travailleurs depuis 1970. Le « *Jobs Act* » remplace ce droit à la réintégration par l’allocation d’une indemnité dont le montant est calculé en fonction de l’ancienneté du salarié dans l’entreprise : deux mois de salaire pour chaque année de travail avec un plancher de 4 mois et un plafond de 24 mois.

556. - L’exemple espagnol : la flexibilisation du contrat à durée indéterminée par l’allongement de la période d’essai. La stratégie empruntée par l’Italie et la France, consistant en « *une réduction des droits du travailleur liés au contrat de travail*²⁰⁸⁰ », anime également l’action du législateur social espagnol. Manifestation de cette tendance favorable à l’introduction de « *nouvelles typologies contractuelles constitutives de « contrats de crise* »²⁰⁸¹ » qui gagne le modèle continental du droit du travail et surtout les pays de l’Europe du Sud²⁰⁸², la flexibilisation du contrat de travail standard à l’œuvre dans les récentes réformes du marché du travail espagnol prend la forme d’un allongement de la période d’essai avec la création²⁰⁸³ du contrat à durée indéterminée, initialement à temps plein²⁰⁸⁴, dit de soutien des entrepreneurs (*contrato indefinido de apoyo a los emprendedores*). Bénéficiant de flexibilité juridique – la durée dérogatoire de la période d’essai (un an) pendant laquelle la loi sur la protection contre le licenciement est inapplicable – et accompagné d’une incitation financière – aides fiscales et réductions des cotisations sociales –, ce contrat aidé²⁰⁸⁵, s’inscrivant dans le

²⁰⁷⁸ F. Martelloni, *Le Jobs Act : le chemin italien vers la sécurisation de l’entreprise (et de ses abus)*, in. *Le Jobs Act italien : quelles inspirations ?*, RDT 2015, p. 306.

²⁰⁷⁹ Déjà, la réforme *Fornero* (loi n° 92/2012) avait supprimé l’application automatique du droit à la réintégration dans la plupart des cas de licenciement. L’exception présentée par le cas de licenciement discriminatoire, d’ailleurs applicable dans plusieurs pays européens, implique le paiement de tous les salaires non-perçus depuis l’ouverture du procès ; l’indemnité complémentaire de 15 mois de salaire est également due si le salarié opte pour le choix de ne pas revenir en entreprise.

²⁰⁸⁰ A. Perulli, *Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme*, RDT 2015, p. 733.

²⁰⁸¹ A. Perulli, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, op. cit., p. 172.

²⁰⁸² Ph. Martin, *Le droit du travail en Espagne et en Italie. Convergences, divergences, singularités*, op. cit.

²⁰⁸³ Créé par l’article 4.1 de la Loi 3/2012 du 6 juillet 2012 portant mesures urgentes pour la réforme du marché de travail.

²⁰⁸⁴ Depuis décembre 2013, cette nouvelle figure contractuelle peut être conclue à temps partiel.

²⁰⁸⁵ Dont les critères de qualification sont semblables à ceux identifiés par la doctrine française V. sur la définition de la catégorie des contrats aidés, F. Bousez, A. Martinon, *Les contrats aidés en proie à la démesure*,

cadre de la politique de l'emploi, entend stimuler les embauches dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à cinquante salariés. Si l'Espagne emprunte avec le contrat de soutien des entrepreneurs, à l'instar de la France et de l'Italie, la voie de la flexibilisation du contrat standard visant à fluidifier le marché du travail, il reste cependant en retrait par rapport à ces deux derniers pays en ce qui concerne le volet de « sécurisation » des salariés. En effet, « *inséré dans une réforme globale du marché du travail espagnol dont le but principal est de flexibiliser et réduire les coûts du licenciement, le nouveau CDI de soutien aux entrepreneurs est destiné, plutôt qu'à stimuler le recrutement des chômeurs et la création d'emploi, à rendre plus fluide le marché, à augmenter les mobilités, les allers et retours entre travail et chômage, sans qu'en même temps on ait renforcé le réseau de sécurité qui devrait servir de contrepartie sur le terrain de la formation professionnelle ou de l'assurance chômage*²⁰⁸⁶ ».

557. - L'unification des conséquences financières de la rupture des contrats de travail. Le dualisme du marché du travail, ou la « *segmentation contractuelle*²⁰⁸⁷ », engendre inévitablement un éclatement du statut des salariés. Pour remédier à cette situation, la flexibilisation des contrats standards²⁰⁸⁸, tout particulièrement les règles fixant les indemnités de rupture²⁰⁸⁹, est l'une des pistes privilégiées, principalement dans des pays de tradition juridique anglo-saxonne : Irlande, Nouvelle Zélande et Royaume-Uni. Toutefois, il faut admettre que dans ces pays la pluralité des formes du contrat de travail a très peu d'effets négatifs sur la segmentation du marché du travail, dans la mesure où leurs droits du licenciement sont libéralisés : le contrôle judiciaire concerne essentiellement la sanction des motifs prohibés de licenciement (motif de discrimination par exemple) et le non respect des procédures. De plus, la législation travailliste de ces pays impose des règles relativement peu protectrices concernant l'utilisation de tous les contrats de travail, ce qui implique mécaniquement un recours moindre aux contrats de sous-traitance comme stratégie de

op. cit., p. 189.

²⁰⁸⁶ E. M. Puebla, La réforme du marché de travail espagnol et les juges, RDT 2015, p. 353.

²⁰⁸⁷ Selon la terminologie utilisée par l'OCDE, *Perspectives de l'emploi*, Chapitre 4 : « Emploi non régulier, sécurité de l'emploi et clivage du marché du travail », 2014, p. 208.

²⁰⁸⁸ « [...] pour éviter l'éclatement du statut des travailleurs en pièces disjointes et concurrentes, la flexibilité peut être intégrée ou réintégrée dans les contrats de travail standard », S. Robin-Olivier, *Les contrats de travail flexibles. Une comparaison internationale*, Fondation du Risque, Chaire « Sécurisation des parcours professionnels », 2014, p. 65.

²⁰⁸⁹ Visant, notamment, l'unification du montant des indemnités de rupture indépendamment de la nature du contrat de travail, standard ou précaire.

contournement des normes relatives à la rupture de contrat de travail²⁰⁹⁰. Aux côtés de ces pays de *commun law*, la Slovénie, pays de culture juridique romano-germanique, a récemment (réforme de 2013) fait le choix d'uniformiser le montant de l'indemnité de rupture pour tous les contrats et d'élargir, dans le même temps, la notion de licenciement légitime²⁰⁹¹.

558. - En définitive, et c'est là une leçon de la comparaison des droits, le mouvement de flexibilisation n'est qu'une expérimentation de formules contractuelles sans grande influence sur la segmentation du marché du travail – et la création d'emplois – ; le redressement dépend d'autres paramètres échappant en grande partie aux spéculations et incitations juridiques en matière d'allègement de la réglementation des contrats de travail. La segmentation du marché du travail n'est-elle plutôt pas le reflet d'une fracture grandissante au sein des économies développées entre, d'une part, les emplois qualifiés ou spécialisés, bien rémunérés occupés par des salariés dotés d'un fort potentiel d'employabilité leur permettant, le cas échéant, de s'engager dans des mobilités externes et, d'autre part, les emplois non-qualifiés à faible rémunération assurés par des salariés bénéficiant de peu d'actions de formation et faiblement mobiles.

559. - Les réformes nationales et étrangères cherchant à introduire une flexibilité au sein du contrat standard – tant par le biais du contrat nouvelles embauches que par le projet de contrat de travail unique pour la France – sont dominées par le primat de l'argument concurrentiel. Cette inscription du contrat à durée indéterminée dans une logique de flexibilisation, visant à assurer la fluidité du marché du travail, est également à l'œuvre avec la libéralisation du droit du licenciement.

B. L'assouplissement du droit du licenciement

560. - **Une mesure utile pour la régulation efficace du marché du travail.** Selon une opinion économique dominante, la déréglementation du droit de la rupture du contrat à durée indéterminée aurait des vertus considérables ; elle permettrait « *de rassurer les investisseurs,*

²⁰⁹⁰ OCDE, Perspectives de l'emploi, 2014, p. 214.

²⁰⁹¹ Ibid.

de relancer le marché du travail et la dynamique du réemploi, d'enrayer les procédures de licenciement pour motif personnel et de mieux réguler le recours aux contrats précaires²⁰⁹² ». Selon les rapports *Perspectives de l'emploi* de l'OCDE, les mesures « qui consistent en un assouplissement des règles relatives au licenciement des travailleurs permanents ont fait la démonstration de leur capacité à réduire le dualisme du marché du travail²⁰⁹³ ». Même si rien ne permet d'associer étroitement, en l'absence de croissance économique, les niveaux élevés de flexibilité de l'organisation juridique des marchés de l'emploi et les bonnes performances en matière de création d'emplois ou de recul du chômage, le fait de diminuer les garanties assurées par le respect du droit du licenciement atteindrait, d'après l'analyse économique comparée²⁰⁹⁴, un triple objectif : l'attractivité économique du contrat standard pour les entreprises, le redressement de la segmentation du marché du travail et l'amélioration de la protection de l'emploi. A l'aide de cet argumentaire purement économique – qui domine partout en Europe²⁰⁹⁵ – les réformes ayant trait à la rupture du contrat de travail en droit français rapprochent de plus en plus le « modèle » contractuel français de la rupture efficace du contrat (*efficient breach of contract*²⁰⁹⁶) du droit anglo-saxon, et plus particulièrement de la rupture discrétionnaire du contrat de travail (*employment at will* l'emploi le bon vouloir de l'employeur) du droit américain des relations individuelles de travail (*employment law*)²⁰⁹⁷.

²⁰⁹² P. Vivien, P. Prévosteau, Les procès-durs de licenciement économique : un droit protecteur ou contre-productif ? Dr. soc. 2013, p. 223.

²⁰⁹³ OCDE, *Perspectives de l'emploi*, Chapitre 4 : « Emploi non régulier, sécurité de l'emploi et clivage du marché du travail », 2014, p. 216.

²⁰⁹⁴ V. en ce sens OCDE, *Perspectives de l'emploi*, Chapitre 4 : « Emploi non régulier, sécurité de l'emploi et clivage du marché du travail », 2014, p. 157 et s.

²⁰⁹⁵ Un droit de licenciement de moins en moins protecteur partout en Europe. « On observe une tendance plus marquée à la déréglementation depuis cinq ans et, surtout, depuis le début de la crise financière. Durant cette période, plus d'un tiers des pays de l'OCDE – notamment le Danemark, la Pologne, la Slovaquie, l'Espagne, la Grèce, la France, les Pays-Bas, la Belgique, l'Allemagne, l'Italie et le Portugal – ont entrepris d'assouplir la réglementation des licenciements individuels ou collectifs », OCDE, *Perspectives de l'emploi* 2013, p. 100. V. également sur cette question I. Schömann, *Réformes du droit du licenciement en Europe : genèse et impact d'une flexibilisation programmée et exacerbée par la crise* (première partie), RDT 2015, p. 64 et p. 134 (Seconde partie) ; I. Schömann, *Union européenne. Austérité : quels enjeux pour les droits sociaux ?*, Chronique internationale de l'IRES - n° 150 - juin 2015, p. 55 et s.

²⁰⁹⁶ V., sur la théorie de l'inexécution efficace du contrat (*efficient breach of contract*), la synthèse de M. Fabre-Magnan, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis Droit, 3^{ème} éd. 2012, *spéc.*, pp. 720-722.

²⁰⁹⁷ Un rapprochement tant souhaité par la doctrine économique orthodoxe ; on songe notamment à la proposition de taxation des licenciements (P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, op. cit.) qui permettrait aux agents économiques (entreprises) de prévoir les conséquences financière de l'acte de licencier. Dès lors que le maintien de la relation contractuelle de travail est financièrement moins rentable l'impératif d'efficacité économique inciterait l'entreprise de rompre le contrat.

561. - La flexibilisation de la rupture du contrat de travail. Le législateur français, sous l'influence de la logique économique et de stratégies inspirées du modèle de flexicurité²⁰⁹⁸, tente d'introduire de nouveaux contrats à durée indéterminée afin d'assurer davantage de flexibilité en matière de rupture des contrats de travail. Le contrat première embauche (CPE)²⁰⁹⁹ et le contrat « nouvelles embauches » (CNE)²¹⁰⁰ en témoignent. Ces deux innovations juridiques visaient la neutralisation des règles de licenciement édifiées depuis 1973 (entretien préalable, motivation...etc.) durant les deux premières années après l'embauche ; elles ont suscité un mouvement social de contestation qui a finalement abouti à leur retrait de l'ordre juridique. A défaut de contrats spéciaux, par leur mode de rupture (CPE et CNE), ou d'une unification des contrats du travail (projet de contrat de travail unique²¹⁰¹), de nouvelles techniques de flexibilisation de la réglementation du contrat à durée indéterminée ont été introduites. Si la voie privilégiant les contrats nouvelles et premières embauches, qui avaient tenté de modifier d'une manière radicale le droit du licenciement, s'est « *avérée chaotique*²¹⁰² », la promotion de la rupture conventionnelle²¹⁰³ et des techniques de plafonnement des indemnités dues à l'occasion de la rupture sans cause réelle et sérieuse du contrat de travail constituent une autre manière plus élaborée et subtile de concevoir l'assouplissement du droit du licenciement et, partant l'amélioration de l'indice de

Dans cette optique, toute rupture du contrat devrait se résoudre en un paiement, prévisible, d'une somme d'argent (« *En droit de Common Law, le devoir de respecter un contrat signifie que vous devez prévoir de payer des dommages-intérêts si vous ne le faites pas, et rien de plus* », Oliver W. Holmes Jr., *The Path of Law*, Harv. L. Rev 1897, cité par M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, op. cit., p. 721). Cette appréhension économique de la rupture du contrat de travail remet terriblement en cause les fondements juridiques et moraux de la conception française de la force obligatoire du contrat (C. civ., art. 1134) et les sanctions qui lui sont attachées.

²⁰⁹⁸ M. Del Sol, La soumission grandissante du droit du travail à la logique économique dominante, op. cit. ; M. Del Sol, P. Turquet, Déréguler le licenciement pour mieux sécuriser les personnes : les ambiguïtés de la flexicurité - Retour sur le rapport Cahuc-Kramarz relatif à la « Sécurité sociale professionnelle », RDSS 2007, p. 528.

²⁰⁹⁹ Créé par l'article 8 de la loi 2006-396 du 31 mars 2006, dite loi pour l'égalité des chances, souhaitant faciliter l'accès des jeunes à la vie active en entreprise, et abrogé par la loi n° 2006-457 du 21 avril 2006.

²¹⁰⁰ Institué par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, finalement disparu du paysage contractuel français avec l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, qui a requalifié tous les CNE en contrat à durée indéterminée.

²¹⁰¹ P. Cahuc, F. Kramarz, *Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 55 et s.

²¹⁰² Ph. Martin, Flexibilité et sécurité. Le droit social français en quête de nouveaux équilibres, in. Ph. Auvergnon (dir.), *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?*, Presses universitaires de Bordeaux (2009), p. 203.

²¹⁰³ Issue de l'article 11 de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 et transposé par la loi du 25 juin 2008 de modernisation du marché du travail (C. trav., art. L. 1237-11 à L. 1237-16.).

législation protectrice de l'emploi. Ces deux mécanismes rendent, chacun à sa manière²¹⁰⁴, plus prévisibles les conséquences juridiques et financières de la rupture discrétionnaire du contrat de travail.

562. - La réception de la rupture discrétionnaire du contrat de travail. La progression de la logique calculatoire en droit du travail (ex. plafonnement de l'indemnisation prud'homale dans le cas d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse) va de pair avec l'esprit de la violation efficace de la norme juridique (le contrat de travail, étant lui-même une norme juridique dont la conclusion déclenche l'application d'un corpus spécifique de règles de droit). Cette technique, inspirée du droit des Etats-Unis, a prospéré initialement au sein des débats sur l'efficacité²¹⁰⁵ du droit commun des contrats²¹⁰⁶ avant de gagner, depuis plus d'une décennie, les rives du droit du travail²¹⁰⁷. Elle serait plus respectueuse de la liberté d'entreprendre des entreprises et plus adaptée au bon fonctionnement du marché. Selon les Professeurs Pascal Lokiec et Antoine Lyon-Caen « *la violation efficace de la règle de droit participe de la remise en cause de cette force contraignante [de la norme juridique]. C'est l'idée que la règle de droit doit pouvoir être violée, en payant, et qu'ainsi chacun doit avoir le choix de ne pas la respecter, moyennant compensation financière. Appliqué aux relations de travail, ce raisonnement signifie que les entreprises qui entendent réduire leurs effectifs pour diminuer leurs coûts ou, dans les cas les plus caricaturaux auxquels se rattache l'incertaine notion de « licenciement boursier », pour augmenter la valeur de l'action en bourse, doivent pouvoir le faire sans entrave, à la seule condition d'indemniser leurs salarié²¹⁰⁸ » ». La clé de voûte de cette construction théorique réside dans cette faculté de liquider financièrement toutes les obligations juridiques dès lors que cette opération est plus profitable monétairement. L'expérience du contrat « nouvelles embauches » relevait de la même logique ; cette figure*

²¹⁰⁴ Le recours à la rupture conventionnelle (C. trav., art. L. 1233-3) est l'une des stratégies efficaces d'évitement du licenciement pour motif économique (P. Lokiec, L'évitement du licenciement pour motif économique, in. Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 95, spéc., p. 101) qui permet en quelque sorte à l'employeur de prévoir préalablement son coût et de la proposer aux salariés dont il veut se séparer.

²¹⁰⁵ M. Mekki, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, RDC, 01 janvier 2010 n° 1, p. 383.

²¹⁰⁶ M. Fabre-Magnan, *Les obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis Droit, 3^{ème} éd. 2012, spéc. pp. 720-722.

²¹⁰⁷ V., sur le modèle économique de la rupture efficace du contrat de travail en droit français et en droit américain du travail, G. Bargain, Normativité économique et droit du travail, préf. A. Supiot, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2014, pp. 48-74.

²¹⁰⁸ P. Lokiec, A. Lyon-Caen, *Contre la violation efficace du droit du licenciement*, Sem. soc. Lamy, 2 avril 2012 n°1532, p. 6.

contractuelle inspirée du modèle nordique de flexicurité se rapprochait dans sa construction juridique, en libéralisant complètement la rupture pendant les deux premières années, du régime juridique de *l'employment at will*²¹⁰⁹ américain. Rappelons que le droit américain des relations individuelles de travail « *employment law* » est profondément marqué par l'octroi de prérogatives élargies à l'employeur ou par « *l'omnipotence patronale en l'absence de syndicat dans l'entreprise*²¹¹⁰ » au détriment des salariés. Très largement dominé par le pouvoir unilatéral de l'employeur, puisant sa légitimité dans son pouvoir de fixer les termes du contrat individuel de travail le liant au salarié et dans la nature sacrée de son droit de propriété, *l'employment law* est foncièrement façonné par l'imposante et l'emblématique doctrine de *l'employment at will*. Manifestation suprême de la suprématie des pouvoirs de l'employeur, la théorie de « *l'employment at will*²¹¹¹ » ou de « l'emploi discrétionnaire » donne à l'employeur la liberté de mettre fin au contrat de travail qui le lie au salarié à tout moment et sans aucune obligation de justification ; le salarié peut être licencié facilement pour un motif juste, un motif injuste ou sans aucun motif (« *for good cause, or bad cause, or no cause at all* »)²¹¹². Ce système de relations individuelles de travail, initialement construit en droit anglais durant le 18ème siècle et adopté aux Etats-Unis d'Amérique au 19ème siècle puis consolidé au 20ème siècle, prohibait toute limitation au droit (tirant sa légitimité de certains droits inscrits dans la Constitution : droit de propriété, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle et principe d'égalité) des parties de rompre unilatéralement le contrat de travail. Malgré quelques interventions législatives²¹¹³ et jurisprudentielles encadrant certaines

²¹⁰⁹ « *La particularité de ce contrat [nouvelles embauches], qui était aussi celle du CPE, tient au fait qu'il peut être rompu selon le bon vouloir des cocontractants. Comment ne pas y voir la traduction française de l'« employment at will » du droit américain ?* », P. Lokiec et S. Robin-Olivier, *Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi*, RDT 2006, p. 48

²¹¹⁰ E. Courtois-Champenois, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise. Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 425 et s.

²¹¹¹ Sur la théorie de *l'employment at will*, v. P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, Tome 1. PUF, coll. Thémis 2011, n° 260, p. 251 ; E. Courtois-Champenois, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise. Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain*, op. cit., n° 905, p. 425 et s. ; G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, op. cit., p. 65 et s.

²¹¹² « *Men must be left, without interference (...) to discharge or retain employees at will for good cause or for no cause, or even for bad cause without thereby being guilty of an unlawful act per se* », arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis, *Payne v. Western & Atlantic Railroad*. 81 Tenn. 507 (1884), p. 518. Cette solution parla suite formellement reconnue par l'arrêt *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908).

²¹¹³ Par ex. le National Labor Relations Act de 1935 pour la liberté syndicale ; le Civil Rights Act de 1964 prohibant les discriminations fondées sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité ; le Age Discrimination in Employment Act de 1967 contre les licenciements fondés l'âge du salarié ; le Americans with Disabilities Act de 1990 interdisant la rupture du contrat de travail fondée sur le handicap du salarié.

pratiques excessives et abusives, faisant appel, notamment, à la théorie de l'abus de droit, au droit anti-discrimination²¹¹⁴, à l'ordre public ou à la notion de bonne foi et d'équité (*covenant of good faith and fair dealing*)²¹¹⁵, la doctrine de *l'employment at will* est toujours érigée en principe fondamental en matière de rupture des relations de travail.

563. - Derrière les politiques de flexibilisation du droit du licenciement se logent des questions cruciales qui animent, depuis longtemps, le débat sur l'incertitude pesant sur les entreprises que symbolise l'intervention judiciaire. Cet aléa serait un facteur d'inefficience économique contre lequel, selon l'analyse comparée, il faut lutter afin de sécuriser les choix des entreprises en matière de gestion de la main d'œuvre et de promouvoir la création d'emplois.

§ 2 : La déjudiciarisation de la rupture du contrat de travail

564. - Le juge « destructeur » de l'emploi. Les récentes réformes du droit du travail entérinent certaines thèses de l'analyse économique comparée ayant pour objet la critique du droit jurisprudentiel du travail. L'action des juges est considérée comme une ingérence des pouvoirs publics qui complexifient l'imprévisibilité du coût de la norme travailliste. Cette « *méfiance à l'endroit du juge*²¹¹⁶ » part de l'idée que le contentieux des relations de travail emporte des conséquences négatives sur l'emploi. Un tel reproche conjugué, inlassablement, l'exception française en termes de judiciarisation excessive des relations de travail – argument comparatiste –, et nocivité économique de l'immixtion du juge travailliste – argument économique et concurrentiel. Occupant une place importante dans le débat public, ce double argumentaire est de plus en plus favorablement reçu par le législateur. La déjudiciarisation est présentée à la fois comme une incitation pour créer des emplois, et un

²¹¹⁴ V., sur les critiques adressées aux travaux de l'analyse économique comparée qui promeuvent, en s'inspirant du droit américain, une place grandissante au droit de la discrimination (qualifiée d'« *obsession de la discrimination* »), qui serait une alternative à l'inflation et à l'inefficacité économique des normes régissant la rupture du contrat de travail, Fr. Gaudu, *Des illusions des juristes aux illusions scientifiques*, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 101, *spéc.*, p. 109 et s.

²¹¹⁵ S. Robin-Olivier, *Les contrats de travail flexibles. Une comparaison internationale*, op. cit., p. 62 et s.

²¹¹⁶ M.-L. Morin, *L'office du juge : l'exemple du contrôle de la cause économique du licenciement*, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir.), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 156.

choix permettant le maintien ou la sauvegarde de l'emploi. Les stratégies varient mais le but reste identique : la délimitation des pouvoirs du contrôle judiciaire. Le phénomène de déjudiciarisation de la rupture du contrat de travail (A), manifestation de la sécurisation croissante des décisions patronales n'a eu de cesse de gagner le système juridique français ; plusieurs techniques s'y consacrant ont été adoptées depuis une dizaine d'années (B).

A. Le phénomène de déjudiciarisation

565. - Les arguments favorables à la déjudiciarisation. L'intervention judiciaire est présentée dans le débat public français comme un facteur de sur-réglementation des relations de travail qui dissuade les entreprises d'embaucher. Son formalisme contraste avec l'efficacité du pragmatisme des juges anglo-saxons²¹¹⁷. L'idée qui préside à de telle prise de position est simple : les surcoûts – indemnités et respect des délais et procédures – que pourraient générer une action devant la justice sociale et la hausse du taux de recours seraient une source de rigidité du marché de l'emploi avec « *un effet plus marqué à court terme sur les destructions que sur les créations d'emplois*²¹¹⁸ ». Cette grille de lecture, pointant souvent – mais d'une manière erronée – la singularité du système judiciaire français par rapport à ses homologues étrangers, est l'une des composantes essentielles du discours de l'analyse économique comparée ; elle manifeste une méfiance généralisée à l'égard de l'ensemble des règles de droit du travail. Selon cette opinion, les décisions des conseils de prud'hommes – et plus généralement toute la justice sociale – susciteraient une peur, en particulier chez les petites entreprises, qui freinerait l'embauche.

²¹¹⁷ Th. Kirat, La décision judiciaire, entre formalisme et pragmatisme, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p.145 et 254.

²¹¹⁸ H. Fraisse, F. Kramarz, C. Prost, Labor Disputes and Labor Flows (Conflits du travail et flux d'emploi), Insee, Document de travail, décembre 2014. Se basant sur des données tirées de l'ensemble des affaires introduites devant les conseils de prud'hommes entre 1996 et 2003, les analyses de H. Fraisse, F. Kramarz, C. Prost montrent qu'un taux élevé de procès et d'affaires gagnées par des salariés favorise la destruction d'emplois. L'un des leviers que proposent les auteurs précités afin de réduire les destructions d'emploi consiste à donner davantage d'importance à la phase de conciliation. V. sur la nécessité de donner plus d'importance aux modes alternatifs de résolution des conflits au sein, ou en dehors, de la procédure prud'homale, J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013, 139 et s.

Pourtant, certains travaux récents, s'inscrivant dans une approche pluridisciplinaire et comparative, présentent une analyse différente de la justice prud'homale française²¹¹⁹. Ces travaux suggèrent « *une causalité inverse de celle invoquée par ceux qui considèrent la jurisprudence du travail comme un frein à l'embauche. Ce ne sont pas les procès prud'homaux qui contribueraient à augmenter le chômage, mais la hausse de celui-ci qui provoquerait un recours plus élevé aux arbitrages judiciaires. Cet ordre de causalité est corroboré par l'analyse comparative*²¹²⁰ ».

566. - Réduire l'incertitude des interprétations jurisprudentielles. L'argument phare contre les protections judiciaires des salariés réside dans l'incertitude qui plane sur l'issue des affaires portées devant la magistrature sociale. Selon le Professeur Julien Icard « *l'idée générale qui préside à ce mouvement est qu'il faut favoriser le calcul sur l'interprétation. Une norme est susceptible d'interprétations variables, elle est donc instable, ce qui constitue un risque difficilement calculable par l'entreprise*²¹²¹ ». Les organisations patronales considèrent le contentieux comme un facteur d'insécurité juridique pesant sur les entreprises. Le contentieux, toujours plus important, serait nuisible à l'emploi « *dès lors que la jurisprudence n'est plus perçue comme veillant au contrôle de l'application du droit, mais comme étant une source possible de création de nouveaux droits. La modernisation et la clarification de la législation s'imposent pour garantir une bonne application de la loi et une réduction des interprétations jurisprudentielles*²¹²² ». Ainsi, le juge du travail porterait, selon les canons de l'analyse économique, une atteinte grave aux impératifs d'efficience et de prévisibilité, en raison de son manque de neutralité. Impartial, le juge serait plus enclin à prendre en considération les préoccupations d'ordre social en ignorant les raisons des choix des employeurs²¹²³, et plus généralement celles de l'économie. Ces « *préjugés idéologiques dont seraient porteurs les juges du travail*²¹²⁴ » nuiraient considérablement à toute opération

²¹¹⁹ Celle-ci est loin d'être une exception française en Europe : « *les conseils de prud'hommes sont loin de constituer une particularité française qui serait « sans comparaison avec ce qu'on connaît dans les autres pays européens »* (Laurence Parisot, 28 janvier 2014 sur i>Télé) », S. Schulze-Marmeling, Les conseils de prud'hommes : un frein à l'embauche ?, CEE, connaissance de l'emploi n°111, 2014, p. 2.

²¹²⁰ S. Schulze-Marmeling, op. cit., p. 3.

²¹²¹ J. Icard, Analyse économique et droit du travail, op. cit., p. 206.

²¹²² MEDEF, Moderniser le Code du travail. Les 44 propositions du MEDEF, 2004, p. 3.

²¹²³ *Contra* : J.-Y. Frouin, Protection de l'emploi du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail, JCP S, n° 9-10, 2 Mars 2010, 1088.

²¹²⁴ A. Perulli, Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme, op. cit., p. 738.

d'anticipation par le calcul – surtout en matière de rupture du contrat de travail²¹²⁵ – indispensable à la prise de décision au sein des entreprises. Par exemple, un barème fixant des plafonds pour les indemnités dues à un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse ou une taxe établie proportionnellement au nombre de licenciements prononcés sont généralement plus faciles à prévoir et à anticiper par l'entreprise. En d'autres termes, il faudrait combattre l'incertitude des interprétations des juges par une sécurisation juridique et financière des décisions des employeurs. Dans cette optique, les juges, « *agents chargés de la mise en œuvre ex post du droit*²¹²⁶ », ne seront plus « *considérés comme des agents perturbateurs, susceptibles de remettre en question les prédictions des décideurs économiques*²¹²⁷ ».

Au-delà de son impact négatif en termes de création d'emplois, cette imprévisibilité dont le juge serait la source principale entraverait également le rayonnement et l'attractivité économique du système juridique français dans son ensemble. Les acteurs économiques, tant nationaux qu'étrangers, répugnent, en tant qu'agents rationnels et calculateurs, les incertitudes liées à l'application de la réglementation travailliste, surtout celles relatives aux coûts financiers qui président à la prise de décision.

567. - Plusieurs réformes du droit du travail, issues pour une grande partie de la négociation interprofessionnelle et encouragées par certaines organisations économiques internationales²¹²⁸, œuvrent pour une réduction du droit d'ester en justice et engagent le droit français sur la voie de la déjudiciarisation.

²¹²⁵ La doctrine économique exige inlassablement depuis plusieurs années une limitation « *du jugement par le calcul* », par exemple, en matière des dommages et intérêts que pourrait générer un licenciement. V. J. Icard, La réforme de la rupture du contrat de travail, Cah. soc. 2015, n° 278, p. 544.

²¹²⁶ T. Sachs, Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique, Dr. soc. 2015, p. 1020.

²¹²⁷ Ibid.

²¹²⁸ Dans son chapitre « Protéger l'emploi, renforcer la flexibilité : un nouveau regard sur la législation sur la protection de l'emploi », le rapport « Perspectives de l'emploi » de l'OCDE 2014 relève qu'en « *France [...] La nouvelle législation raccourcit également le délai dans lequel il est possible d'engager une action pour contester un licenciement (délai qui reste cependant encore beaucoup plus long que le délai moyen en vigueur dans la zone OCDE, en particulier en cas de licenciement pour motifs personnels* », OCDE (2013), Protéger l'emploi, renforcer la flexibilité : un nouveau regard sur la législation sur la protection de l'emploi », in. Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2013, Éditions OCDE, consultable à l'adresse suivante : http://dx.doi.org/10.1787/empl_outlook-2013-6-fr, p. 101.

B. Les figures de la déjudiciarisation

568. - L'utilisation de l'argument de droit comparé a pu servir, ces dernières années, comme un appui pour promouvoir plusieurs réformes s'inscrivant dans le mouvement de déjudiciarisation des relations de travail. L'ambition d'« éviction du juge, ou à défaut l'encadrement de son pouvoir²¹²⁹ » s'est concrétisée par des réformes successives²¹³⁰ en matière de réduction des délais de recours, de raccourcissement des délais de prescription, d'utilisation du droit collaboratif et de techniques de plafonnement ou de fixation forfaitaire des indemnités dues en cas de licenciement.

569. - Le discours comparatiste et les délais de prescription. L'argumentaire économique, s'efforçant souvent de mobiliser les comparaisons internationales en sa faveur, occupe une place grandissante au sein du raisonnement du législateur français. Présentée comme un défi majeur à l'attractivité économique du modèle juridique français, la rhétorique de la concurrence des systèmes juridiques²¹³¹ constitue une justification puissante pour réclamer des réformes du droit positif en phase avec les exigences du monde économique. La réforme du droit de la prescription du 17 juin 2008 a été sensible à de tels discours conjuguant impératif d'efficacité économique et argument de droit comparé. Les travaux préparatoires illustrent à merveille la réception positive de cette démarche. Par exemple, dans un rapport déposé au Sénat, il a été admis, en faisant appel à l'argument comparatif pour réduire le délai de prescription de droit commun, qu'il faudrait insister sur « l'importance de la concurrence des systèmes juridiques en Europe et sur la nécessité, pour le droit français, de présenter une réelle attractivité par rapport aux autres législations nationales. De ce point de vue, un délai de prescription de droit commun de dix ans pourrait donc être jugé trop long au regard de ce

²¹²⁹ J. Icard, Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, Cah. soc. 2013, n° 254, p. 280.

²¹³⁰ V. d'une manière générale, J. Icard, Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, Cah. soc. 2013, n° 254, p. 280 ; M. Poirier, *A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ?* Dr. ouvr. 2013, p. 240, spéc. p. 245 et s.

²¹³¹ « Les États ont de plus en plus conscience de l'importance du facteur juridique dans leur politique économique structurelle », H. Bouthinon-Dumas, Existe-t-il un marché des systèmes juridiques ? in. R. Sefton-Green, L. Usunier, La concurrence normative. Mythes et réalités, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de Paris, volume 33, 2013, p. 36.

que prévoient, notamment, l'Allemagne et le Royaume-Uni²¹³² ». Cette synergie des arguments économiques et comparatistes a influencé le choix du législateur en faveur de la réduction des délais de prescription. Pour le rapport parlementaire précité, des liens sont établis entre invocation de modèles juridiques étrangers et réalisation d'objectifs aussi bien d'ordre juridique – sécurité juridique – qu'économique – croissance économique. Selon ce document de la Chambre Haute du Parlement français, « le délai trentenaire retenu par le droit français s'avère en fort décalage par rapport aux délais désormais retenus par nos principaux partenaires européens. Dans un tel environnement, la réduction de la durée du délai de prescription de droit commun ne pourrait donc que renforcer la sécurité juridique et, de ce fait, encourager l'activité économique²¹³³ ».

570. - La réception de cette analyse économique comparée est présente dans les réformes récentes du droit de la prescription applicable en droit du travail. Une première tentative – échouée²¹³⁴ – d'une politique de marginalisation du juge judiciaire a vu le jour avec l'Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, qui avait instauré le contrat de travail « nouvelles embauches ». Les actions en contestation de l'acte de rupture de cette première expérience de la flexicurité à la française en matière contractuelle²¹³⁵, voulant simplifier et sécuriser le droit du travail²¹³⁶, étaient enfermées dans un court délai de douze mois²¹³⁷, le délai commençant à courir à compter de l'expédition de la lettre recommandée avec accusé de réception de notification de la rupture. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile s'est engagée elle aussi dans cette voie, le délai de prescription de droit commun étant ramené de trente ans à cinq ans, un délai applicable aux actions relatives à la rupture du contrat de travail²¹³⁸. L'ambition de simplification, de sécurisation et d'unification du régime juridique de la prescription, visant en particulier le raccourcissement

²¹³² Rapport d'information sur le régime des prescriptions civile et pénale, par MM. J.-J. Hyst, H. Portelli et R. Yung, sénateurs, Documents parlementaires (Sénat), Session ordinaire 2006-2007, n/ 338 (22 février 2007), p. 84.

²¹³³ Ibid.

²¹³⁴ Par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, qui a requalifié les contrats « nouvelles embauches » en contrat à durée indéterminée.

²¹³⁵ « La nouvelle prescription évite, en matière de CNE, de laisser se pérenniser une situation contentieuse malsaine », C. Roy-Loustaunau, Le contrat nouvelles embauches : la flexi-sécurité à la française, Dr. soc. 2005, p. 1103 et s., spéc., n° 35.

²¹³⁶ P. Bouaziz, CNE : vous avez dit « sécurisation » ?, Sem. soc. Lamy. , 3 octobre 2005, n° 1230, p. 7.

²¹³⁷ Alinéa 4 de l'article 2 de l'Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005.

²¹³⁸ v. sur cette réforme R. de Quenaudon, La réforme du droit de la prescription : aspects de droit du travail, LPA, 2 avr. 2009, p. 53.

des délais²¹³⁹, telle qu'elle a été traduite dans la loi du 17 juin 2008 relative au droit de la prescription, a également inspiré la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi²¹⁴⁰. Cependant, le droit positif de la prescription s'est relativement écarté de l'idéal d'unification ; le droit commun – délai de cinq ans – est devenu quasiment une exception²¹⁴¹. Reste que la philosophie du raccourcissement des délais ou de la sécurisation juridique du droit de la prescription est dominée par des considérations économiques et concurrentielles, tout particulièrement les actions qui concernent la rupture du contrat de travail. En effet, selon le Professeur Julien Icard, « *la sécurité juridique s'entend [...] d'une sécurisation juridique de la situation de l'employeur, grâce à un raccourcissement des délais de prescription, notamment pour les actions en contestation intentées à l'occasion de la rupture d'un contrat de travail*²¹⁴² ». Au fond, l'idée, sans cesse remise au centre des débats sur le droit du travail, est de limiter le recours au juge, et partant son interventionnisme perturbateur qui génère de l'insécurité juridique, et « *donc économique pour les entreprises*²¹⁴³ », dans la gestion des rapports contractuels de travail. Le remède est de réduire le contrôle du juge qui porte sur la cause de la rupture du contrat de travail, et partant une déjudiciarisation des relations de travail dont procède aussi l'institution de la rupture conventionnelle.

²¹³⁹ En déployant la rhétorique de l'exceptionnalisme français, comparaison internationale à l'appui, le rapport parlementaire (n° 743) fait par le député Dominique Dord au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi portant modernisation du marché du travail de 2008 allait dans ce sens : « *S'agissant des délais, ceux de prescription de la contestation du licenciement semblent particulièrement longs en France – douze mois pour le licenciement économique, jusqu'à trente ans (en matière indemnitaire) sinon (!) –, quand de nombreux pays les ont réduits drastiquement : une semaine en Autriche, deux en Suède, trois en Allemagne...* », p. 10.

²¹⁴⁰ Article 21 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

²¹⁴¹ On en veut pour preuve la multiplication des délais de prescription : la prescription décennale pour l'action en réparation d'un dommage corporel subi à l'occasion du travail (art. 2226 du code civil) ; le délai de 5 ans concerne les actions en réparation du préjudice résultant d'une discrimination (C. trav., art. L. 1132-1 et L. 1134-5), en réparation du préjudice résultant d'un harcèlement moral (C. trav., art. L. 1152-1) et en réparation du préjudice résultant d'un harcèlement sexuel (C. trav., art. L. 1153-1) ; la prescription triennale s'applique aux actions en paiement des créances salariales (C. trav., art. L. 3245-1), en paiement des indemnités (C. trav., art. L. 3245-1) ; la prescription biennale pour les actions en contestation de l'exécution ou de la rupture d'un contrat de travail (C. trav., art. L. 1471-1), de la remise de documents (C. trav., art. L. 1471-1), en paiement de l'indemnité de licenciement (C. trav., art. L. 1471-1) et pour la demande de versement d'indemnités au titre de la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1471-1) ; la prescription annale pour les actions en contestation de la régularité ou de la validité d'un licenciement économique (C. trav., art. L. 1235-7), en contestation de la rupture ou du motif après adhésion à un contrat de sécurisation professionnelle (C. trav., art. L. 1233-67) et en contestation de l'homologation ou du refus d'homologation en cas de rupture conventionnelle (C. trav., art. L. 1237-14) ; enfin délai de 6 mois pour l'action en contestation des sommes mentionnées sur le solde de tout compte (C. trav. art. L. 1234-20).

²¹⁴² J. Icard, *Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?*, Cah. soc. 2013 n° 254, p. 280.

²¹⁴³ Ibid.

571. - Rupture conventionnelle. Après l'échec de la mise en place du contrat « nouvelles embauches », première tentative d'application de l'idée de flexicurité²¹⁴⁴ en droit du travail, les interlocuteurs sociaux²¹⁴⁵ et par la suite le législateur travailliste français²¹⁴⁶ se sont tournés vers l'instauration d'une nouvelle forme de rupture, en l'occurrence la rupture conventionnelle. Le débat sur la mise en place de la rupture conventionnelle comme mode de rupture autonome du contrat de travail a été animé par la mobilisation d'arguments opposés. Ceux en faveur de cette « innovation » juridique considèrent qu'elle constitue une réponse adéquate à l'insécurité juridique due au développement, porté par la pratique du droit du travail, de modes alternatifs de rupture du contrat de travail : rupture amiable, rupture d'un commun accord, plans de départ volontaire, résiliation conventionnelle...etc. Ainsi, le choix des partenaires sociaux, validé par le législateur dans le cadre de la procédure inscrite à l'article L. 1 du Code du travail, tendait de sécuriser les ruptures du contrat de travail par consentement mutuel.

572. - Rupture conventionnelle et argument de droit comparé. La comparaison des droits est une démarche souvent mobilisée afin d'accroître l'adhésion aux solutions proposées par les producteurs de la norme. Elle est à la fois un instrument d'orientation et d'argumentation des choix de politique législative. En témoigne l'exemple de la rupture conventionnelle, instaurée par la loi de modernisation du marché du travail²¹⁴⁷ du 25 juin 2008. A cet égard un rapport parlementaire cite, après avoir présenté quelques chiffres indiquant la forte contestation des ruptures du contrat de travail, certaines législations travaillistes étrangères²¹⁴⁸ (les Pays-Bas, le Royaume-Uni et le Chili) ayant choisi le règlement négocié de la fin du rapport de travail en faisant appel à une autorité

²¹⁴⁴ B. Gomel, D. Méda, Le CNE : une première expérience française de flexibilisation du CDI, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 51.

²¹⁴⁵ L'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail a été signé par trois organisations professionnelles patronales (MEDEF, CGPME et UPA) et quatre syndicats de salariés (CFDT, FO, CFTC et CFE-CGC).

²¹⁴⁶ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

²¹⁴⁷ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, transposant l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (Article 12 : Privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail).

²¹⁴⁸ Ibid. p. 56 : « *Sans exclure le recours postérieur au juge, la rupture conventionnelle instaurée par le présent article devrait permettre de le limiter, d'une part par construction puisqu'elle sera négociée, d'autre part grâce à la garantie apportée à travers une intervention administrative légère avec l'homologation. A cet égard, certains exemples étrangers montrent l'utilité de ce type d'intervention dès lors qu'elle est rapide et peu onéreuse* ».

administrative²¹⁴⁹. Trois arguments plaident en faveur d'une telle procédure, à savoir la négociation de la rupture ou des litiges nés de la rupture du contrat de travail la rapidité de la procédure – Royaume-Uni, Chili – et son coût peu onéreux – Royaume-Uni, Chili et Pays-Bas – et le recours à une autorité administrative au lieu de faire appel au juge – Royaume-Uni, Chili et Pays-Bas –. Le recours à l'argument de droit comparé accomplit parfaitement une fonction persuasive. Si la démarche comparative entreprise, sommairement, dans le cadre de ce rapport tend ouvertement à influencer, voire consolider²¹⁵⁰ les choix du législateur en matière sociale, elle ne dépossède pas ce dernier de ses pouvoirs. Ainsi, comme l'a très justement souligné un auteur, « *tant que la comparaison précède l'élaboration ou l'application de la norme et qu'elle s'inscrit dans une démarche d'ouverture au monde et de raisonnement juridique, elle n'est pas pathologique*²¹⁵¹ ». Toutefois, la logique qui sous-tend l'introduction de la rupture conventionnelle en droit du travail français, en l'occurrence une méfiance accrue vis-à-vis de l'interventionnisme des juges qui fausseraient la prévisibilité des employeurs²¹⁵², est occultée. C'est en cela que le fait d'invoquer des exemples étrangers, en citant dans la plupart des cas des statistiques²¹⁵³ souvent fragmentées et interprétées pour justifier des réformes, revient à exprimer une vision instrumentale et finalisée du droit comparé.

²¹⁴⁹ Téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r0789.pdf>

²¹⁵⁰ Dans la mesure où cette loi, transposant l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008 est la première application de la procédure des « lois négociées », codifiée aux articles L. 1 et suivants du Code du travail instaurée par la loi Larcher du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

²¹⁵¹ B. Fauvarque-Cosson, *Argument de droit comparé et sociologie juridique*, in. D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 77.

²¹⁵² V., notamment en ce sens, J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyses économiques, La documentation française, 2010, spéc. p. 186 : l'une des finalités majeures de certaines analyses économiques du droit est de « *remédier à une judiciarisation excessive dans le domaine des rapports de travail et accroître la sécurité juridique en matière de droit social* » ; P. Cahuc, S. Carcillo, *Les juges et l'économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne (http://www.institutmontaigne.org/res/files/publications/etude_juges_et_economie.pdf), p. 6 : « *Une enquête originale, réalisée en France en septembre 2011 auprès de magistrats professionnels et du grand public, révèle que les magistrats sont plus opposés à l'économie de marché que l'ensemble des Français. [...] les pays où la confiance dans l'économie de marché est moindre ont aussi une réglementation du travail plus rigoureuse, marquée par une plus forte intervention de l'État, qui laisse moins de champ à la négociation entre employeurs et employés. En outre, les enquêtes internationales montrent que les personnes qui se défient du marché soutiennent l'intervention de l'État pour limiter le champ d'action des entreprises. Ainsi, il est vraisemblable que la défiance des magistrats envers la concurrence et les entreprises ait influencé significativement leur jurisprudence particulièrement contraignante en matière de contrôle du licenciement économique* ». Souligné par nous.

²¹⁵³ « *La statistique prend le relais du droit comparé* », G. Lyon-Caen, Les apports du droit comparé au droit du travail, in. Livre du centenaire de la Société de législation comparée, tome 1, Un siècle de droit comparé en France. Les apports du droit comparé au droit positif français. SLC 1969, p. 320.

573. - La convention de procédure participative, une sécurisation des stratégies d'évitement du procès. Marquant le renforcement de « *la volonté d'éloigner les litiges du travail des conseils de prud'hommes*²¹⁵⁴ », l'introduction de la convention de procédure participative en droit français illustre également le recours à l'argument de droit comparé²¹⁵⁵ dans une logique d'évitement du juge. Définie par l'article 2062 du Code civil comme « *une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend* », la convention de procédure participative est un véritable mode de résolution des différends²¹⁵⁶. Lors de son institution en droit français par la loi du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires²¹⁵⁷, le législateur a fait le choix d'exclure le contentieux du contrat de travail de son champ d'application. L'exclusion fut considérée comme une spécificité culturelle ancrée²¹⁵⁸ de la réglementation « à la française » des relations de travail. Signe de la perméabilité croissante de l'ordre juridique français à la logique procédurale, contractuelle, consensuelle et négociation, la convention de procédure participative est l'une des figures de « *droit collaboratif* » ou de « *justice participative*²¹⁵⁹ » d'inspiration anglo-saxonne.

La résistance du contentieux du contrat de travail à cette procédure participative fut éphémère. Le vent des réformes récentes modifiant l'architecture du droit du travail français semble avoir changé la logique en appréciant différemment les raisons qui présidaient à un tel

²¹⁵⁴ D. Boulmier, Le volet prud'homal du projet de loi Macron : en « coup de force » mais sans « coup de jeune », Dr. soc. 2015, p. 430.

²¹⁵⁵ L'étude d'impact du projet de loi pour la croissance et l'activité (Tome 3) du 10 décembre 2014 mobilise l'argument de droit comparé pour justifier l'introduction (III de l'article 87 du projet de loi Macron) de la convention de procédure participative pour le règlement des litiges en droit du travail : « *Il s'agit d'un nouveau mode de négociation structurée, inspiré du droit collaboratif nord-américain* », p. 32.

²¹⁵⁶ « (...) dans notre droit continental, la *procédure participative* prend place dans le droit positif de plein pied à côté de la transaction ou de la médiation », A. Sauret, La *convention de procédure participative* : une nouvelle règle de traitement à l'amiable de certains différends survenant en droit social, Gaz. Pal. 05 mars 2011 n° 64, p. 33.

²¹⁵⁷ Loi n° 2010-1609, 22 déc. 2010, J O. 23 décembre 2010, p. 22552 (art. 37).

²¹⁵⁸ A. Bugada, La convention de procédure participative : pas en matière prud'homale !, Procédures n°3, mars 2011, comm. 104 : « *Le faible taux de conciliation interpelle cependant sur le sens de l'exception retenue par la loi qui, finalement, maintient une logique contentieuse frontale en ce domaine. C'est donc qu'au final, des transactions continueront d'être conclues, en dehors de ce nouveau processus normé, et que le contentieux individuel du travail restera un terrain peu propice à la résolution amiable des différends. Voilà bien un pli culturel bien ancré* ».

²¹⁵⁹ F. G'Sell-Macrez, Vers la justice participative ? Pour une négociation à l'ombre du droit, D. 2010, p. 2450.

rejet de ce mode alternatif de règlement des litiges (particularité des règles de droit du travail : lien de subordination et inégalité des parties au contrat de travail). L'article 258 de la loi « Macron »²¹⁶⁰ du 6 août 2015 abroge les dispositions du Code civil – alinéa 2 de l'article 2064 du Code civil²¹⁶¹ – qui mettaient « à l'abri²¹⁶² » les différends portant sur les relations individuelles de travail du domaine de la procédure participative. Celle-ci, justifiée par l'ambition « de réduire les délais de traitement des litiges²¹⁶³ » et de désengorger les conseils de prud'hommes, participe à la réalisation d'un certain « rêve » consistant à « voir le régime du rapport de travail abandonné au droit commun des contrats contenu dans le Code civil²¹⁶⁴ ».

Concrètement, le recours à cette procédure reste facultatif pour les deux parties au contrat de travail, à l'instar par exemple de la médiation et de la transaction²¹⁶⁵. Cependant, la convention de procédure participative a un coût puisque employeur et salarié sont obligés de faire appel à des avocats, contrairement à la procédure de conciliation prud'homale qui est gratuite. Par ailleurs, selon l'article 2065 du Code civil, tant que la convention de procédure participative est en cours, « elle rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige ».

²¹⁶⁰ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO 8 août 2015. L'article 258 de cette loi abroge également l'article 24 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, qui limite jusqu'ici la médiation conventionnelle (définie par le Code de procédure civile (art. 1530) comme « processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ») dans les différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail aux seules situations transfrontalières.

²¹⁶¹ « Toutefois, aucune convention [de procédure participative] ne peut être conclue à l'effet de résoudre les différends qui s'élèvent à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du code du travail entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient » (Art. 2064, al. 2, c. civ.). Avant la loi, dite *Macron*, du 6 août 2015, une interprétation *a contrario* de ce dernier alinéa 2 de l'article 2064 permet d'envisager l'application de cette figure du droit participatif pour résoudre les litiges collectifs du travail ou ceux de la sécurité sociale (S. Amrani-Mekki, *La convention de procédure participative*, D. 2011, p. 3007).

²¹⁶² F. Guiomard, *Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail*, RTD 2015, p. 628.

²¹⁶³ D. Boulmier, *Le volet prud'homal du projet de loi Macron : en « coup de force » mais sans « coup de jeune »*, Dr. soc. 2015, p. 430.

²¹⁶⁴ A. Jeammaud, *La réglementation du travail*, in. A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement, A. Mias (dir), *Dictionnaire du travail*, Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2012, p. 621.

²¹⁶⁵ En principe, selon l'article 2066 du Code civil, « faute de parvenir à un accord au terme de la convention, les parties soumettent leur litige au juge, elles sont dispensées de la conciliation ou de la médiation préalable le cas échéant prévue » ; toutefois la loi *Macron* a créé un nouvel alinéa qui rend cette dernière disposition inapplicable aux litiges en matière prud'homale (art. 2066 al. 3, C. civ.).

Le législateur semble donc de plus en plus favorable au recours, tant souhaité par une partie de la doctrine²¹⁶⁶, aux voies extrajudiciaires privilégiant les techniques de *soft law* d'essence conventionnelle pour la résolution des litiges du travail. En définitive, ces nouvelles dispositions expriment à la fois « *une défiance renouvelée envers [les juridictions sociales²¹⁶⁷, et] « la possibilité de faire advenir un marché de la médiation²¹⁶⁸ »*. A l'image de ce qui existe en droit anglo-saxon, la convention de procédure participative et la médiation conventionnelle sont une réponse « *partielle aux revendications de conquête de nouveaux marchés ardemment désirés par les professions judiciaires ou parajudiciaires²¹⁶⁹ »*.

574. - La déjudiciarisation de la rupture du contrat de travail en droit comparé. Les exemples anglais et italiens illustrent cette vieille revendication patronale, mais en poursuivant des voies différentes. Le droit anglais du travail a récemment utilisé deux techniques pour atteindre cet objectif : l'allongement de la période durant laquelle le droit du licenciement injustifié ne s'applique pas²¹⁷⁰ et l'augmentation des frais de justice²¹⁷¹. La première institue une période de carence de deux ans²¹⁷² qui permet aux employeurs de se soustraire à la législation protectrice contre les licenciements injustifiés, à l'exception de ceux portant atteinte à certaines libertés fondamentales²¹⁷³. Quant à la seconde technique, elle consiste à limiter l'accès à la justice sociale en exigeant le paiement d'une certaine somme d'argent variable selon les demandes introduites²¹⁷⁴.

²¹⁶⁶ J. Barthélémy et G. Cette, Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, La documentation française, 2013, p. 130 et s.

²¹⁶⁷ P. Cahuc, S. Carcillo, *Les juges et l'économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne.

²¹⁶⁸ D. Boulmier, op. cit.

²¹⁶⁹ F. Guiomard, Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail, op. cit., p. 628. L. Milet, La grosse arnaque, RPDS n° 846 Octobre 2015, p. 327 : « *Le recours à la procédure participative peut donc au final s'avérer une grosse arnaque pour le salarié. Mais elle ne sera pas perdue pour tout le monde car, visiblement, des petits malins ont flairé la bonne affaire en créant les structures adéquates qui concurrencent les prud'hommes* ». V. sur la question du développement des structures par-judiciaires de règlement des litiges du travail, H. Flichy, Création du Centre national d'arbitrage du travail : une innovation juridique au service des justiciables, JCP S 2015, Act. 204.

²¹⁷⁰ Unfair Dismissal and Statement of Reasons for Dismissal - Variation of Qualifying Period Order 2012.

²¹⁷¹ Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal Fees Order 2013.

²¹⁷² Le législateur anglais marque une préférence pour la technique d'éviction de la protection contre le licenciement, comme c'est le cas du contrat de salarié-actionnaire en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2013 (P. Lokiec, *Le contrat de salarié-actionnaire, Vers un droit du travail à double vitesse*, RDT 2014, p. 16).

²¹⁷³ Par ex. les convictions et appartenances politiques (Enterprise and Regulatory Reform Act 2013).

²¹⁷⁴ S. Robin-Olivier, Les contrats de travail flexibles. Une comparaison internationale, op. cit., p. 65.

575. - S'agissant du droit italien, la voie choisie est celle de la sécurisation du calcul des risques générés par la rupture du contrat de travail. Le législateur italien instaure des incitations financières positives au profit des salariés pour éviter le recours au juge. L'article 6 du décret-loi n° 23/2015 relatif au contrat à protection croissante, pris en application du *Jobs Act* de 2014, incite financièrement le salarié à « éviter le litige²¹⁷⁵ ». Cette nouvelle disposition introduit une nouvelle forme de conciliation extrajudiciaire. Désormais, les employeurs italiens peuvent proposer à leurs salariés une allocation d'un montant égal à un mois de salaire par année d'ancienneté (avec un minimum de 2 et un maximum de 18 mois de salaire) concernant la rupture de leurs contrats de travail ; en contrepartie les salariés renoncent à exercer une action en justice relative à la rupture de la relation contractuelle de travail. Un système, alléchant, permet d'offrir au travailleur, plus rapidement que selon les procédures en vigueur, une somme au titre d'indemnité d'un montant très proche de celui que le juge pourrait lui reconnaître. « Selon cette modalité, le licenciement, plutôt que de relever d'un jugement public, devient une affaire privée entre l'entreprise, le travailleur et le fisc²¹⁷⁶ ». Aux côtés de ce volet incitatif, le *Jobs Act* instaure un plafonnement des dommages et intérêts concernant les licenciements injustifiés²¹⁷⁷ qui réduit l'incertitude liée à l'interprétation judiciaire²¹⁷⁸. Désormais, la réparation due en cas de licenciement illégitime est fixée en fonction de l'ancienneté du salarié : au minimum de 4 mois de salaire et au maximum de 24 mois de salaire. Cette barémisation des indemnités répond favorablement aux demandes des entreprises soucieuses « de pouvoir provisionner les indemnités de licenciement²¹⁷⁹ ». Cette technique de plafonnement des indemnités dues suite à la rupture du contrat de travail semble inspirer le législateur français.

576. - Le plafonnement des indemnités judiciaires. Contrairement à plusieurs récentes réformes du droit du travail, le projet de loi, imposant un plafonnement des dommages et intérêts dans le cas d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, n'est pas issu d'un

²¹⁷⁵ F. Martelloni, *Le Jobs Act : le chemin italien vers la sécurisation de l'entreprise (et de ses abus)*, in. *Le Jobs Act italien : quelles inspirations ?* RDT 2015, p. 307.

²¹⁷⁶ A. Serra, *Jobs act : une flexicurité à l'italienne ?* op.cit.

²¹⁷⁷ « *Le contrat à durée indéterminée à protection croissante marque ainsi le début d'une nouvelle ère du droit du travail italien, avec un système de calcul précis et arithmétique de l'indemnité compensatrice pour les licenciements abusifs dans le but d'exclure toute considération subjective de la part des juges* », M. C. Degoli, *Du statut des travailleurs au Jobs Act : le nouveau barème en cas de licenciement abusif*, RDT 2015, 771.

²¹⁷⁸ P. Ichino, *Le jobs Act : de nouvelles normes, mais aussi une nouvelle culture du marché de l'emploi*, in. *Le Jobs Act italien : quelles inspirations ?* RDT 2015, p. 299.

²¹⁷⁹ F. Guarriello, *Le Jobs Act à l'italienne*, Sem. soc. Lamy 8 juin 2015, n° 1680, p. 5.

accord national interprofessionnel. La question est clivante ; elle oppose les organisations syndicales. Une pareille logique de barémisation a été introduite par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Cette loi, transposant l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, a imposé un plafonnement des indemnités en matière de conciliation prud'homale. L'article L. 1235-1 du Code du travail énonce à ce propos qu' « *en cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation et d'orientation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié*²¹⁸⁰. Le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre ». Ainsi, ces dernières dispositions prévoient des mécanismes susceptibles, en cas de réussite de la phase de conciliation, d'anticiper le risque des interprétations jurisprudentielles ; elles concourent à rendre davantage prévisibles les risques de la rupture du contrat de travail.

Avec le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, cette logique de prédétermination de l'indemnisation prud'homale intègre la phase judiciaire. Son objectif était de maîtriser l'incertitude du coût financier consécutif à la rupture illégitime du contrat de travail. L'approche française est identique à celle adoptée au début de 2015 par le *Jobs Act* italien : rendre financièrement calculable *ex ante* le risque d'une rupture du contrat de travail sans cause réelle et sérieuse et, par conséquent, réduire à néant l'incertitude d'un contrôle judiciaire *ex post* du motif de la rupture injustifiée. Le projet de loi « Macron » (article 266) entendait modifier le contenu de l'article L. 1235-3 du Code du travail en instituant des planchers et des plafonds d'indemnisation qui se calculent en fonction d'un double critère : l'ancienneté du salarié et les effectifs de l'entreprise (moins de vingt salariés, de vingt à deux cent quatre-vingt-dix-neuf salariés, ou trois cents salariés et plus)²¹⁸¹. Ce mécanisme de plafonnement des indemnités a été censuré par le Conseil Constitutionnel le 5

²¹⁸⁰ L'indemnité forfaitaire en cas d'accord de conciliation est fixée selon les dispositions de l'article D. 1235-21 du Code du travail.

²¹⁸¹ J. Icard, La réforme de la rupture du contrat de travail, Cah. soc. 2015 n° 278, p. 544 ; D. Baugard, Le plafonnement de l'indemnité des licenciements injustifiés ne peut pas varier selon les effectifs des entreprises, Dr. soc. 2015, p. 803.

août 2015²¹⁸². Les Sages admettent que le législateur puisse plafonner les dommages et intérêts alloués au salarié dont le contrat de travail est rompu par l'employeur sans cause réelle et sérieuse. Cette mesure attentatoire au principe de responsabilité, visant une évaluation financière forfaitaire du préjudice subi par le salarié, est justifiée, dans la mesure où le législateur poursuit des buts d'intérêt général : assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche²¹⁸³. Le principe d'un aménagement des conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée est conforme à la Constitution. Toutefois, le législateur ne pouvait retenir la taille de l'entreprise comme critère pour faire varier le montant de cette barémisation sans méconnaître le principe d'égalité. Selon le Conseil Constitutionnel, il faut retenir seulement les critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié pour faire varier les plafonds d'indemnisation ; il est ainsi reproché au législateur d'avoir opté pour un critère (taille de l'entreprise) sans rapport avec cet objet²¹⁸⁴.

La question de la barémisation des indemnités prud'homales²¹⁸⁵ ou de la suppression des planchers d'indemnisation domine toujours le débat sur la sécurisation de la rupture des contrats de travail, puisque le gouvernement a récemment manifesté son attachement à cette mesure phare dans le projet de loi « Travail ». L'instauration de l'indemnisation forfaitaire, dont rêvaient les partisans – principalement les promoteurs de l'analyse économique comparée du droit du travail qui revendiquent le respect des anticipation des employeurs²¹⁸⁶ – de la violation efficace de la règle de droit, a finalement été retirée de la loi n° 2016-1088 du 8

²¹⁸² C. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

²¹⁸³ « Cette prévisibilité du coût financier de la rupture illégitime devait permettre d'inciter les employeurs à l'embauche, puisque, et c'est bien là la logique de l'analyse économique orthodoxe, l'incertitude de la rupture détournerait l'employeur de l'embauche », J. Icard, La réforme de la rupture du contrat de travail, op. cit.

²¹⁸⁴ C. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, Considérant 152 : « Si le législateur pouvait, à ces fins [sécurité juridique et création d'emploi], plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ; que, si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; que, par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaît le principe d'égalité devant la loi ».

²¹⁸⁵ Notons que la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, n° 2015-990, du 6 août 2015, a introduit une faculté de fixer forfaitairement les dommages et intérêts dus suite à un licenciement sans cause réelle et sérieuse par référence à un barème indicatif établi par décret. Ce référentiel, fixant « le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles », s'impose au juge seulement si le salarié licencié et l'employeur en font conjointement la demande (C. trav., art. L. 1235-1).

²¹⁸⁶ G. Bargain, T. Sachs, *La tentation du Barème*, RDT 2016, p. 251.

août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Conclusion du Chapitre 2

577. - Si historiquement le droit contractuel du travail s'efforce de construire un équilibre entre besoins des entreprises et droits ou attentes des salariés sur le double plan individuel et collectif malgré les demandes émanant de personnalités plaidant pour la refonte de la pluralité des contrats de travail en un contrat de travail unique, la tendance actuelle constatée en droit français est plutôt favorable au *statu quo*, privilégiant la coexistence du contrat à durée indéterminée et des contrats précaires. Mais la cohabitation sur le marché du travail rime avec une flexibilisation accrue de la rupture du contrat à durée indéterminée. N'adoptant pas les positions « jusque-boutistes » de la doctrine de la Banque Mondiale – et des autres institutions économiques internationales – qui postulent que « *le marche du travail est à l'équilibre, et que cet équilibre est unique, avant l'«intervention» de la loi, qui doit donc être comprise comme perturbant la concurrence et distordant les résultats du jeu du marché*²¹⁸⁷ », les attaques contre le droit contractuel du travail ont pu, néanmoins, introduire des mécanismes juridiques visant le rapprochement des effets des contrats de travail tout en préservant la diversité contractuelle. S'installe un rapprochement dans la précarité de tous les contrats de travail au profit de la sécurisation juridique et financière des décisions de l'employeur, notamment, en termes de plafonnement des indemnités de rupture du contrat, même en cas de licenciement abusif (exemple italien), libéralisation du recours aux contrats précaires, flexibilisation du contrat réguliers, etc.

578. - La réduction de la dualité du marché du travail, et son corollaire l'amélioration de la législation protectrice de l'emploi, nécessitent une réponse complexe²¹⁸⁸ et multidimensionnelle, puisque les enjeux s'y attachant sont tellement entremêlés que la réponse juridique – par exemple la flexibilisation du contrat à durée indéterminée – est, à elle seule, dans l'incapacité de la résoudre. Les exemples du droit américain et du droit anglais en témoignent ; ces deux modèles, « *qui semblent avoir, avant les autres, inscrits la flexibilité au*

²¹⁸⁷ S. Deakin, J. Malmberg, P. Sarkar, *Droit du travail, chômage et part salariale: l'expérience de six pays de l'OCDE, 1970-2010*, Revue internationale du Travail (OIT), vol. 153, 2014 n° 1, p. 3. Ces auteurs anglais, critiques vis-à-vis de cette doctrine économique orthodoxe, citent le rapport *Doing Business 2008* de la Banque Mondiale de 2007 énonçant que « *les lois adoptées pour protéger les travailleurs leur portent souvent préjudice* ».

²¹⁸⁸ J. Le Goff, Introduction, in. M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir), *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, op. cit., p. 14.

*sein même des contrats standards*²¹⁸⁹ », ne parviennent pas à juguler le phénomène de segmentation du marché du travail²¹⁹⁰. Le cas anglais, par exemple, qui « *ne puise pas seulement l'accroissement de la flexibilité dans la réduction des droits attachés à l'emploi standard [mais] procède aussi par l'invention de nouveaux modèles contractuels*²¹⁹¹ », institutionnalise un contournement de la législation travailliste²¹⁹² ; il montre le maintien d'un dualisme prononcé du marché du travail en termes d'inégalité et d'écart de revenus entre catégories de travailleurs. Les Professeurs Jean-Claude Barbier et Robert Lindley relèvent, dans le cas anglais²¹⁹³, l'existence d'une configuration de la dualité du marché du travail très différente de celle adoptée en Europe continentale entre contrat à durée indéterminée et contrats temporaires : « *schématiquement, la Grande-Bretagne se différencie de tous les autres pays, dans la mesure où l'opposition entre des emplois précaires et non précaires s'y avère non pertinente. Les acteurs sociaux distinguent plutôt entre des « bad jobs » ou encore des « dead-end jobs » (emplois sans perspectives) et les autres. On peut faire l'hypothèse, à ce stade, de l'existence d'une norme « incorporée » chez les acteurs, acceptant ainsi des caractéristiques des emplois qui, sur le continent, seraient souvent considérés comme inacceptables*²¹⁹⁴ ».

²¹⁸⁹ S. Robin-Olivier, Les contrats de travail flexibles. Une comparaison internationale, op. cit., p. 62.

²¹⁹⁰ V. les rapports Perspectives de l'emploi de l'OCDE cités précédemment.

²¹⁹¹ S. Robin-Olivier, Les contrats de travail flexibles. Une comparaison internationale, op. cit., p. 65.

²¹⁹² Tel est le cas du nouveau contrat de salarié-actionnaire (*Employee-shareholder contract*), entré en vigueur depuis septembre 2013, qui établit, entre autres, une sorte d'échange monétaire entre l'attribution d'actions au salarié et la renonciation de ce dernier à la protection assurée par le droit du licenciement. P. Lokiec, *Le contrat de salarié-actionnaire, Vers un droit du travail à double vitesse*, RDT 2014, p. 16.

²¹⁹³ Dont la législation sociale est parfois citée comme une source d'inspiration (P. Morvan, *Pour le CNE et le CPE, au nom de l'inventivité*, RDT 2006, p. 165).

²¹⁹⁴ J.-C. Barbier, R. Lindley, La précarité de l'emploi en Europe, Centre d'Etudes de l'Emploi, Quatre Pages, n°53, 2002, p. 2.

Conclusion du Titre 1

579. - L'évolution des règles de droit du travail n'est pas sans poser quelques sérieuses interrogations sur son efficacité. L'exemple du contrôle de l'application du droit du travail en témoigne incontestablement. La décentralisation croissante de la négociation collective qui impliquerait l'existence d'un « corpus » de normes conventionnelles propres à chaque entreprise, compliquerait l'action de l'inspection du travail, et ne réduirait en rien « l'ingérence » du juge. Dans un pays, connu historiquement pour sa « *tradition abstentionniste*²¹⁹⁵ », comme la Grande-Bretagne, dont les taux de croissance et d'emploi sont souvent cités en exemple, « *le contentieux relatif au travail est nettement plus abondant qu'en France : avec 15000 spécialistes du droit du travail contre 10000 avocats en droit social en France*²¹⁹⁶ ». A la prolifération normative étatique se substitueraient un éclatement et une profusion des normes conventionnelles peu compatibles avec les exigences de clarté, de lisibilité, de sécurité et de simplification du droit du travail²¹⁹⁷.

580. - Changement de paradigme. Considérées comme des infléchissements du modèle français du droit du travail, ces nouvelles orientations – développement du droit conventionnel et flexibilisation du droit des contrats de travail – faites au nom de l'emploi « *à tout prix*²¹⁹⁸ » seraient contrebalancées par la mise en place de certains dispositifs visant la sécurisation des transitions professionnelles. Ainsi, dans cette dernière perspective, l'instabilité inhérente aux formes d'emploi exigées par le système économique du XXI^e siècle se substituerait-elle, selon certaines analyses économiques comparées, au modèle de l'emploi stable. A cette instabilité, la législation travailliste devrait s'acclimater. La norme travailliste se mue en instrument qui doit produire les effets économiques escomptés ; à défaut de réaliser un tel objectif, elle doit être modifiée. La mission de la règle travailliste est supposée poursuivre impérativement en premier lieu une finalité économique. Dans cette logique, l'instrumentalisation de la comparaison internationale est fortement sollicitée. Elle est

²¹⁹⁵ H. Collins, *Contre l'abstentionnisme en droit du travail*, Droit et Société, 6/1987, pp. 193-214.

²¹⁹⁶ J. Le Goff, Faut-il brûler le Code du travail ? Esprit, n° 419 novembre 2015, p. 117.

²¹⁹⁷ Ibid.

²¹⁹⁸ A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat, 9^{ème} éd. 2014, n° 55, p. 37 et s ; P. Lokiec, Il faut sauver le droit du travail ! Odile Jacob, coll. Corpus, 2015, p. 67 et s.

double : à l'instrumentalisation de la règle de droit à des fins purement économiques, répond une utilisation instrumentale du comparatisme.

581. - La « re-réglementation » des relations de travail. Un mouvement de « re-réglementation » traverse le droit du travail. Son objectif est d'assurer une grande fluidité du marché du travail. Légiférée ou issue du dialogue social, la « re-réglementation » des relations de travail se caractérise notamment par l'abandon²¹⁹⁹ de la réglementation des rapports de travail au droit commun (exemple de la convention de procédure participative²²⁰⁰) ou par la mise en place de stratégies d'éviction du juge²²⁰¹.

582. - La question essentielle du lien entre le droit comparé du travail et l'économie n'est pas véritablement nouvelle²²⁰². En effet, le droit du travail a été, dès le début de sa construction moderne, confronté à un double impératif : produire des règles juridiques d'organisation des relations de travail, qui devraient certes être humainement acceptables suivant plus ou moins l'idéal de progrès social, et concilier les exigences d'une économie de marché ouverte aux échanges et à la concurrence internationale²²⁰³. Si en soi la comparaison internationale est un outil qui assure plusieurs fonctions louables²²⁰⁴, les partisans du discours

²¹⁹⁹ A. Jeammaud, *La réglementation du travail*, in. A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement, A. Mias (dir), *Dictionnaire du travail*, Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2012, p. 621.

²²⁰⁰ V. F. Guiomard, *Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail*, RTD 2015, p. 628.

²²⁰¹ « Mais la défiance la plus profonde, c'est le juge qui en est la cible. De cette défiance il est une expression directe. L'Espagne, l'Italie et, à sa manière, la France sont portées à accueillir dans leur législation, le licenciement à coût donné, et avant tout, exempt de toute appréciation judiciaire. Négociation d'entreprise florissante et libérée, indifférence aux volontés individuelles des salariés, retrait des juges, ces mouvements ont une cohérence. Un marché du travail fluide, où circulent des travailleurs sans voix et d'où s'est dissipée l'ombre malfaisante des tribunaux : le rêve que caressent les tenants d'une certaine science économique orthodoxe, sera-t-il réalité de demain ? », A. Lyon-Caen, *Tendance*, RDT 2012, p. 185.

²²⁰² Paul Pic explorait, déjà en 1909, les voies du droit social comparé. Cet illustre auteur faisait des corrélations entre certaines règles de droit du travail (ex. la réglementation de la durée du travail journalière des femmes) et leurs justifications économiques (ex. productivité) dans une perspective comparative : « *les statistiques des fabriques anglaises et américaines, dans lesquelles les femmes ne travaillent que dix heures à dix heures et demie par jour, le prouvent péremptoirement [la non-proportionnalité de la productivité à la durée du travail]. La diminution de la durée de la journée de travail des femmes et des enfants, diminution imposée par la loi tant en Angleterre qu'aux États-Unis, n'a eu sur le développement de la production industrielle aucune influence fâcheuse, bien au contraire ; les statistiques ouvrières de ces deux Etats démontrent en effet que leur prospérité commerciale et industrielle n'a fait que progresser depuis la réglementation, que la production a augmenté, et que les salaires ont subi une progression équivalente* », P. Pic, *La protection légale des travailleurs et le droit international ouvrier*, Ed. Félix Alcan. 1909, p. 25. Disponible sur le site de la Bibliothèque Nationale de France : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k83981n/f5.image.r=droit%20ouvrier.langFR>

²²⁰³ N. Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, 1983, p. 103.

²²⁰⁴ M. Weiss, *The future of comparative labor law as an academic discipline and as a practical tool*, Comp.

comparatiste instrumentalisent les résultats des recherches internationales et les font parler²²⁰⁵ pour nourrir leurs propres thèses.

Labor Law & Pol'Y Journal, 2005 [Vol. 25:169].

²²⁰⁵ Un auteur, spécialiste des comparaisons internationales, qualifie cette pratique de la comparaison de « comparaison-ventriloque », P. Hassenteufel, Comparaison, in. L. Boussaguet et al. (dir.), Dictionnaire des politiques publiques, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2014, 4e éd., p. 148, spéc., p. 153.

Titre 2 : La logique de l'argument comparatiste

583. - Tentation comparative. L'étude des modèles juridiques étrangers n'est plus seulement considérée comme une simple activité doctrinale ou institutionnelle « non imposée », voire un « *art d'agrément, une sorte de divertissement*²²⁰⁶ », mais devient une démarche incontournable : le droit en général – et le droit du travail en particulier – est considéré, dans une conception utilitariste de « *droit-instrument*²²⁰⁷ » ou de « *droit-outil*²²⁰⁸ », comme un levier important pour affronter les défis de la concurrence économique mondialisée et de la préservation de l'emploi.

La doctrine comparatiste évoque, quant à elle, l'existence d'un « *impératif comparatif*²²⁰⁹ », d'un « *passage obligé*²²¹⁰ » ou d'un « *détour obligé* » par la comparaison pour éclairer les producteurs de la norme²²¹¹. Le comparatisme contribue également à rendre compte de la perméabilité croissante des systèmes juridiques : l'analyse comparatiste devient des plus stimulantes²²¹². Or, les fonctions et les usages de l'argument de droit comparé relèvent dans le cas du discours comparatiste dominant en droit du travail d'une logique normative et prescriptive, où prédominent à la fois une réduction de la norme sociale à sa seule fonction économique et une lecture concurrentielle de la comparaison des droits du travail ; celle-ci constitue un facteur déterminant au sein du discours favorable à la circulation inter-systémiques des normes juridiques jugées économiquement efficaces.

²²⁰⁶ X. Blanc-Jouvan, *Réflexions sur l'enseignement du droit comparé*, RIDC 1988, p. 152. L'auteur emploie ces mots pour décrire les usages du droit comparé au sein de l'enseignement et de la recherche juridique.

²²⁰⁷ « *On a souvent dit que le Droit du travail était un Droit instrument, un outil au service d'une politique économique et sociale ; bref une pure réglementation changeante selon la conjoncture* », G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, op. cit., p. 4.

²²⁰⁸ H. Muir-Watt, *Propos liminaires sur le prestige du modèle américain*, in. *Américanisation du droit*, Arch. phil. Droit, 45 (2001), p. 29, spéc., p. 32 et s.

²²⁰⁹ B. Fauvarque-Cosson, *Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ?*, in. *De tous horizons*, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, SLC. 2005, p. 69, spéc., p. 87 et s.

²²¹⁰ P. Hassenteufel, *De la comparaison internationale à la comparaison transnationale. Les déplacements de la construction d'objets comparatifs en matière de politiques publiques*, *Revue française de science politique* 2005/1 (Vol. 55), p. 113.

²²¹¹ Paul Pic évoquait, déjà en 1909, les usages bénéfiques du droit social comparé : « *Cette étude de droit social comparé nous fournira l'occasion de mettre en relief les importantes réformes, inspirées de l'idéal démocratique [...] et aussi d'indiquer les lacunes qu'appartient au législateur français de combler en s'inspirant de l'exemple des peuples voisins* », P. Pic, *La protection légale des travailleurs et le droit international ouvrier*, Ed. Félix Alcan. 1909, p. II.

²²¹² J.-B. Auby. *La globalisation, le droit et l'Etat*, op. cit., p. 78.

584. - Vers la construction d'un « *paradigme comparatiste* » en droit du travail. Quel est l'impact de la mobilisation du discours comparatiste, se qualifiant de « réformateur », sur l'évolution contemporaine du modèle français de droit du travail ? Le déploiement de l'argument comparatiste profite aujourd'hui d'une conjoncture socio-économique particulièrement favorable ; il bénéficie du climat propice aux phénomènes de métissage juridique, d'influences réciproques, de transmission et de circulation des normes juridiques entre les droits nationaux que provoque la globalisation²²¹³. La mobilisation de l'argument comparatiste par les acteurs politiques et économiques – tout particulièrement les groupes de pression ou leurs relais politiques²²¹⁴ nationaux et européens (Union européenne) – reste contestable. Les données comparatives sont souvent débarrassées des éléments de contextualisation ; elles sont mobilisées, essentiellement dans une perspective normative, pour soutenir une proposition de réforme ou pour écarter une règle du droit positif présentée comme inefficace et inadaptée aux mutations du monde économique. A l'observation de l'*activisme* du discours comparatiste dominant, l'on peut dessiner les contours d'un « *paradigme comparatiste* » en droit du travail (**Chapitre 1**). Ce dernier est marqué par l'utilisation sélective, instrumentale et opportuniste de l'argument de droit comparé et favorable à la circulation des modèles juridiques. Ce « *prisme circulatoire*²²¹⁵ » en matière de normes juridiques ou de modes de régulation des rapports sociaux est conforme à une lecture influente de l'ordonnancement des relations de travail, vis-à-vis de laquelle les pouvoirs publics semblent être attentifs, quitte à renier des éléments essentiels de « l'identité » du droit du travail. L'observation de cette dynamique du « *paradigme comparatiste* » permet, à défaut de pouvoir étudier d'une manière exhaustive toutes les manifestations de l'instrumentalisation de l'argument comparatiste, d'en saisir les grands traits et d'en comprendre certaines conséquences (**Chapitre 2**).

²²¹³ « [...] la globalisation juridique [...] se situe sans doute moins dans la formation des normes, leur contenu, leurs effets, que dans le processus de leur transmission, de leur circulation, de leur intrusion dans les systèmes juridiques », J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op. cit., p. 78.

²²¹⁴ « [...] le pouvoir politique ne fait pas des lois pour le plaisir de manifester sa puissance. Il est la source de la loi, mais la source ne jaillit que sous la pression des nappes d'eau souterraines qu'il est intéressant de découvrir [...] Toutes les forces sociales entrent en lutte pour sa création [la loi]. La loi n'est que l'expression de la force la plus impérieuse dont elle consacre le succès », G. Ripert, *Les forces créatrices de droit*, op. cit., p. 80.

²²¹⁵ A. Vauchez, *Le prisme circulatoire. Retour sur un leitmotiv académique*, *Critique internationale*, 2013/2 N° 59, p. 12.

Chapitre 1 : La construction du « *paradigme comparatiste* »

585. - Paradigme. Si l'intérêt théorique de l'analyse comparatiste en droit du travail – et du reste dans toutes les branches du droit – n'est plus à démontrer, son instrumentalisation dans le cadre de l'analyse économique comparée²²¹⁶ est sujette à controverse. Autant l'argument comparatiste peut être d'une utilité certaine, en respectant les fondamentaux de la méthode comparative, autant il peut servir certaines thèses néolibérales pour critiquer le droit du travail. L'une des contraintes défavorables à une comparaison approfondie est due, comme l'a souligné le Professeur Jean-Claude Barbier, à « *l'influence [...] très puissante des approches orthodoxes, néo-classiques, de l'économie dans l'ensemble du champ des sciences sociales [...] elle s'accompagne de l'extension de l'influence du « référentiel néo-libéral » dans le monde*²²¹⁷ ».

Le recours récurrent au comparatisme peut-il devenir un préalable nécessaire à toute analyse de la législation travailliste et prendre les allures d'un paradigme, « *compris comme un instrument scientifique admis pour un temps dans une communauté scientifique et lui servant à identifier des problèmes-types et les solutions qu'ils appellent*²²¹⁸ » ? Le prisme de l'analyse économique comparée obéit dans une certaine mesure à cette construction théorique de la notion de paradigme. Rappelons, d'une manière générale, que le paradigme se présente, d'après le Professeur Mustapha Mekki, « *comme un « idéal-type*²²¹⁹ » permettant de présenter de manière systématique la réalité. Il est un cadre théorique commun qui « pour un temps au moins, leur (les chercheurs) fournit des problèmes types et des solutions ». Ces chercheurs se

²²¹⁶ De loin la plus agissante.

²²¹⁷ J.-C. Barbier, *Marchés du travail et systèmes de protection sociale : pour une comparaison internationale approfondie*, Presses de Sciences Po, coll. Sociétés contemporaines, 2002/1 n° 45-46, p. 192.

²²¹⁸ F. Ost, *Quelle jurisprudence, pour quelle société ?*, in. *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2007, p. 30.

²²¹⁹ L'idéal-type est un concept sociologique théorisé par le sociologue allemand Max Weber. Le terme idéal ne désigne pas ici la notion de perfection, mais une idée qui sous-tend une méthode de recherche. « *Le type idéal est lié tantôt à un procédé de conceptualisation propre aux sciences sociales, tantôt à une volonté de réduction sélective de complexité, tantôt à une méthode particulière. En fait, le type idéal est un modèle* », J. Coenen-Huther, *Le type idéal comme instrument de la recherche sociologique*, *Revue française de sociologie* 3/2003 (Vol. 44), pp. 531-547. L'idéal-type « *constitue un instrument heuristique utile et fécond pour le chercheur en sciences sociales, qui sous-tend la comparaison* », C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales. Pratiques et méthodes*, La Découverte, coll. Guide repères, 2005 p. 76. Pour une utilisation de ce concept pour décrire la diversité des modèles nationaux du droit du travail, v., J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, op. cit., pp. 382-400 : « *S'il subsiste des différences notables [entre les différents droits nationaux du travail], que l'on peut essayer de ramener à quelques idéal-types, elles tiennent aux sources du travail et aux équilibres entre législation étatique, contrats collectifs et contrats individuels* » (p. 383).

*mettent d'accord sur un paradigme qui va orienter leurs recherches et leur servir de boussole. Un paradigme repose généralement sur un ensemble de principe de base, de valeurs et une certaine Vision du monde*²²²⁰ ».

586. - « *Paradigme comparatiste* ». Au risque de schématiser à l'excès, la construction du « *paradigme comparatiste* » interroge la capacité de la norme travailliste à satisfaire un certain nombre d'objectifs – principalement économiques – prédéterminés à l'aune des performances atteints en la matière par des pays concurrents. L'encadrement juridique des relations de travail est alors apprécié à la lumière des critères économiques ; il devrait être repensé conformément aux préceptes de la régulation marchande et s'aligner sur les législations étrangères identifiées comme efficaces. Toutefois, le « *paradigme comparatiste* » en droit du travail se distingue par plusieurs caractéristiques : superficialité du traitement de l'information comparative, instrumentalisation de l'argument comparatiste, hégémonie d'une vision des considérations économiques. Tous ces éléments d'identification de l'utilisation de l'argument comparatiste s'éloignent inévitablement des exigences de la méthode comparative, et compromettent la construction d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste (**Section 1**) : celui permettant d'offrir une image la plus proche possible de la réalité des droits étrangers; celui qui ne se contente pas de présenter la règle juridique à travers le seul prisme de l'analyse économique, qui n'isole pas la raison économique – qui n'est pas toujours univoque²²²¹ – de l'ensemble des facteurs sociaux déterminant l'action normative ; celui qui ne nie pas la complexité du contexte et des rapports se nouant entre les forces sociales sous-tendant tout « construit » juridique du *droit d'ici* et des *droits d'ailleurs*. Or, le discours comparatiste dominant en droit du travail est moins favorable à la construction d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste ; il est plutôt propice à l'émergence d'un « *paradigme comparatiste* » d'intimidation (**Section 2**).

²²²⁰ M. Mekki, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op. cit., p. 625.

²²²¹ T. Sachs, La raison économique en droit du travail. (2^e Partie) Une raison pluraliste, RDT 2011, p. 618.

Section 1 : L'émergence compromise d'un « *paradigme comparatiste* »

pluraliste

587. - La rhétorique comparatiste. La rhétorique est l'art de séduire par le discours²²²², l'art de bien dire de manière à persuader²²²³. Dans la littérature savante la rhétorique est « *l'étude des techniques discursives visant à provoquer ou à accroître l'adhésion à des thèses présentées à un certain auditoire*²²²⁴ » ; elle « *est l'art de dire quelque chose à quelqu'un ; l'art d'agir par la parole sur les opinions, les émotions, les décisions (...)*²²²⁵ ». Agissant d'une manière semblable à celles décrites par ces définitions savantes de la rhétorique, le discours comparatiste dominant vise à séduire, à faire pression, voire à tromper²²²⁶. Il y a dans la rhétorique comparatiste en droit du travail cette volonté de séduire, de convaincre et de peser sur la conduite²²²⁷ des destinataires – producteurs de la norme sociale – de l'information ou de l'argument comparatiste. La mise en œuvre de cette « *technique* » de séduction peut parfois induire en erreur, tant sur la norme juridique étrangère que l'on veut imiter que sur les faiblesses des règles du droit positif local que l'on dénonce. La rhétorique comparatiste peut ainsi être un instrument pernicieux. Les préconisations des tenants de l'analyse économique comparée du droit du travail sont surtout un plaidoyer intéressé et une arme rhétorique au service d'une vision de l'ordonnement des rapports de travail. Dans cette acception – instrumentale – de la comparaison des droits, l'invocation de l'argument de droit comparé est difficilement conciliable avec les finalités et les exigences méthodologiques de la science comparative. Cela constitue autant d'obstacles à l'émergence d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste en droit du travail (§ 1). Sensible à la complexité des contextes nationaux et à la diversité – voire la divergence – des techniques juridiques et valeurs

²²²² M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF 2001, p. 351.

²²²³ Selon le premier sens du dictionnaire Littré.

²²²⁴ C. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 1979, p. 114.

²²²⁵ F. Douay-Soublin, Rhétorique, *Encyclopædia Universalis* [en ligne].

²²²⁶ « *La rhétorique peut passer de l'art de convaincre à l'art de soumettre et de tromper* », M. Mekki, L'argument sociologique en droit : forces et faiblesses ?, in. D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 87, citant Platon, Protagoras, Gorgias, éditions G.-F., 451 d-452.

²²²⁷ Le mot argument signifie selon le dictionnaire Larousse, un « *Raisonnement, preuve destinés à appuyer une affirmation (Des arguments convaincants)* » ou un « *Moyen auquel on recourt pour convaincre quelqu'un, pour l'amener à modifier sa conduite* ».

promues par les différents acteurs du droit du travail et de leur enchevêtrement croissant, le paradigme pluraliste est d'autant plus conscient du « *potentiel* » normatif important de l'argument comparatiste (§ 2).

§ 1 : Les obstacles à l'émergence d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste

588. - Plan. Doté d'une force persuasive considérable, l'argument de droit comparé se transforme, aux mains du discours comparatiste dominant, en « *argument d'autorité*²²²⁸ » destiné à appuyer des projets de réformes ou à critiquer le droit en vigueur²²²⁹. A la lecture de certains travaux soutenant l'analyse économique comparée en droit du travail, on perçoit un renversement de la hiérarchie des fonctions traditionnelles du droit comparé²²³⁰. Le discours comparatiste favorise la prédominance de la fonction normative et prescriptive (**B**) au détriment de celle cherchant à approfondir ou à parfaire la connaissance du droit national (**A**). Cette hiérarchisation de priorités compromet la construction d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste de la diversité des droits du travail.

A. L'insuffisance de la fonction cognitive du discours comparatiste

589. - Utilités du droit comparé. Si les recherches comparatives concourent au dépassement de l'approche « légicentrique » et positiviste du droit, la logique qui préside à la mobilisation du discours comparatiste en droit du travail ignore le rôle du droit comparé en tant qu'instrument « *au service de la connaissance du droit*²²³¹ ». D'une démarche

²²²⁸ « *L'argument d'autorité invoque, à l'appui d'une thèse, une autorité, une source qui « fait autorité » [...] l'argument d'autorité est une erreur de raisonnement, un sophisme* », S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2015, p. 106.

²²²⁹ Certes, le droit comparé du travail permet, à condition de respecter une certaine méthodologie, de « progresser et de rechercher dans les droits des pays étrangers quelles sont les innovations qui y ont été introduites, afin d'examiner dans quelle mesure ces innovations peuvent servir au développement du droit national », A. Berenstein, *Le droit comparé du travail*, p. 13, disponible à l'adresse suivante : <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66441/6905>

²²³⁰ Privilégiant la fonction cognitive (fonction essentielle) à la fonction normative (fonction contingente) de la comparaison des droits (Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 14).

²²³¹ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, op. cit.

intellectuelle enrichissante, le comparatisme entre dans un jeu spéculatif visant à influencer les choix de ceux qui sont amenés à produire la norme sociale. Une grande partie de la littérature comparatiste porte un regard critique sur cette instrumentalisation du droit comparé. Car, l'ouverture sur les droits étrangers, Ô combien nécessaire à l'ère de la mondialisation, n'aurait des conséquences pratiques bénéfiques qu'à partir du moment où l'on se rend compte des limites intrinsèques de l'argument comparatiste. Cette mise en garde n'occulte pas les nombreux enseignements d'une pratique « saine » du droit comparé : celle qui part d'une lecture pluraliste aussi bien du phénomène juridique local qu'étranger ; celle qui interroge le « confort » des réflexes habituels. Selon le Professeur Horatia Muir Watt le droit comparé porte un « *message subversif [...] fort mais très simple : regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives — pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes. Ce n'est qu'au prix de cet enrichissement qu'on peut apprendre à comprendre l'autre, et, à terme, se comprendre soi-même*²²³² ».

590. - Amélioration de la connaissance. La comparaison participe indéniablement à l'amélioration de la connaissance du droit national. Son mérite est double : elle fournit des clés de compréhension « *des différences entre les droits jusqu'alors inconnues*²²³³ » et de la singularité du droit national²²³⁴. La finalité cognitive du droit comparé est « polluée » par l'obsession économique et la logique « *conséquentialiste* » du discours comparatiste dominant. Ce dernier assigne principalement à la comparaison des objectifs normatifs : la promotion de l'imitation de certains modèles juridiques étrangers viserait essentiellement à augmenter l'efficacité économique et sociale du droit national. A l'instar de l'évaluation, mise en place par certaines organisations internationales (OCDE, Banque Mondiale et Union européenne) qui sont les principales pourvoyeuses de l'information comparatiste brute ou manipulée²²³⁵, l'apport du discours comparatiste et économique dominant en droit du travail

²²³² H. Muir Watt, La fonction subversive du droit comparé, RIDC 2000, p. 506.

²²³³ Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, in. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir), *L'efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2010, p. 60.

²²³⁴ « *The perspective of studying a legal system from within is never sufficient... The knowledge of the functioning of other legal systems provides a new perspective: the possibility to assess one's own system from outside and thereby put it into the context of other experiences made elsewhere. This, in my view, is the only way to really identify the uniqueness of one's own system* », M. Weiss, The future of comparative labor law as an academic discipline and as a practical tool, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2005, p. 177.

²²³⁵ Cette information comparative est essentiellement fondée sur des statistiques et des comparaisons chiffrées

ne pourrait qu'être « *modeste*²²³⁶ » sur le plan de l'amélioration de la connaissance. L'exemple de comparaisons chiffrées menées selon le prisme évaluatif illustre les limites et lacunes du traitement de l'information comparative numérique. En effet, les analyses utilisant une approche numérique de droit comparé ne peuvent être qu'un point de départ pour des recherches plus poussées, qui porteront sur l'examen des conditions sociales, culturelles et économiques qui sous-tendent la spécificité des règles juridiques. Par conséquent, le droit comparé reste un exercice complexe qui exige une approche multidimensionnelle malgré l'utilisation de données statistiques pour saisir le phénomène juridique²²³⁷.

591. - Une communication altérée entre systèmes juridiques. La doctrine comparatiste voit dans le droit comparé du travail un « *exercice qui cultive la modestie*²²³⁸ » devant la complexité des particularismes nationaux. Rappelons toutefois la volonté (ambitieuse mais abandonnée aujourd'hui) de la doctrine comparatiste de créer un droit commun de l'humanité par le recours au droit comparé. Selon Edouard Lambert, la fonction du droit comparé est « *de rapprocher les droits frères ou parents dans la poursuite d'un idéal commun de progrès et de provoquer ainsi, en même temps qu'une plus rapide amélioration de chacun d'eux*²²³⁹ ».

Les recherches comparatives crédibles sont celles qui dépassent les controverses, nombreuses, s'attardant excessivement sur les détails d'un système juridique²²⁴⁰ sans une

(pour une critique du poids de l'argument statistique dans la gestion des politiques publiques et en droit comparé, v. respectivement R. Salais, Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance, *Revue française des affaires sociales* 1/ 2010 (n° 1-2), pp. 129-147; M. M. Siems, Numerical comparative law: do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity ?, *Cardozo J. Of Int'L & Comp. Law*, vol. 13, 2005, pp. 521-540) pour le compte des adeptes de l'analyse économique comparée des droits du travail.

²²³⁶ Y.-M. Laithier, L'efficacité économique et le droit comparé, op. cit., p. 60.

²²³⁷ « *Often a study using a numerical comparative law approach may only be a starting point for further research, which intends to look at the social, cultural and economic circumstances that underlie specific legal rules. therefore, comparative law remains complex despite using statistical evidence in law* », M. M. Siems, Numerical comparative law: do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity ?, op. cit., p. 540.

²²³⁸ « *comparative law is an exercise in developing modesty* », M. Weiss, The future of comparative labor law as an academic discipline and as a practical tool, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2005, p. 178

²²³⁹ E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Giard Paris, 1903, p. 903, téléchargeable à l'adresse suivante : <https://archive.org/details/lafonctiondudroi01lamb>. « *Le droit comparé a pour rôle de dégager, de la confrontation des systèmes juridiques qu'il compare, le fond commun de conceptions et d'institutions qui y est latent; de rassembler ainsi un dépôt de maximes communes à ces législations et de l'enrichir constamment par des empiètements successifs sur le domaine du particularisme* », E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, op. cit., p. 916.

²²⁴⁰ « *And it [droit comparé] has a further effect: it enables the development of a well-founded critical approach toward one's own system beyond the usual and mostly not very exciting controversies on details* », M.

logique d'ensemble. A défaut, les analyses portant sont vouées à être scientifiquement incomplètes et biaisées ; d'une manière générale « *le droit comparé a vocation à constituer un rôle de critique culturelle trop souvent laissé aux autres sciences sociales. L'émergence de courants nouveaux, les incohérences et les lacunes du droit positif national sont mieux perçues par le comparatiste que par celui qui ne s'affranchit pas des perspectives de son propre système. Le droit comparé enseigne la relativité des solutions adoptées par un système juridique donné et élargit l'horizon des choix possibles*²²⁴¹ ». Le discours comparatiste dominant, loin d'être inscrit dans cette dernière acception du comparatisme, rétrécit le champ du possible et occulte les fondements idéologiques et les conditions historiques de la naissance d'une règle de droit ; il privilégie les opérations de transmission de modèles juridiques – de préférence ceux auxquels l'on rattache une certaine performance économique – au détriment d'une véritable communication entre différents systèmes juridiques dont le droit comparé est l'un des instruments. Notons ici que la communication en général n'est pas seulement un processus de décodage, mais elle implique nécessairement une participation active du destinataire de l'acte ou du message : « [...] *l'aptitude à se représenter des représentations différentes des siennes est capitale*²²⁴² » dans une opération de communication entre systèmes juridiques ou dans un processus d'apprentissage. « *D'ailleurs, c'est bien pour cette raison que l'investigation historique et le droit comparé sont de précieux alliés de l'apprentissage du droit...ils permettent de percevoir les représentations que l'on se fait de tel ou tel mécanisme, de telle ou telle règle, de telle ou telle valeur... en d'autres lieux, et en d'autres temps, et du coup, nous permettent de prendre conscience de nos propres représentations...*²²⁴³ ».

592. - De l'amélioration de la connaissance au perfectionnement du droit national.

Traditionnellement, le droit comparé vise essentiellement à rendre accessibles et intelligibles les spécificités des systèmes juridiques étrangers afin de mieux comprendre celles du droit national. Il permet aussi de développer un savoir sur le Droit en général, voire de remplir des « *fonctions extra-juridiques* ». Celles-ci témoignent, selon le Professeur Raymond Legeais, «

Weiss, The future of comparative labor law as an academic discipline and as a practical tool, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2005, p. 178.

²²⁴¹ H. Muir Watt, *Le droit comparé*, Encyclopédie Universalis [en ligne].

²²⁴² M.-L. Mathieu-Izorche, *L'acte translatif de savoir, ou les forces créatrices de l'analogie*, in *Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, n° 35, p. 500.

²²⁴³ Ibid.

*d'une expérience, de choix moraux, qui peuvent conduire à se servir du droit comparé en philosophie ou dans une réflexion d'ensemble sur les sociétés. A cet égard, les systèmes de droit sont comme les langues, comme les religions, comme les littératures : ils reflètent les civilisations, contribuent à la culture ; ils sont des points d'appui majeurs pour la pensée*²²⁴⁴ ». Cette fonction cognitive n'est pas mise en valeur au sein de l'analyse économique comparée du droit du travail ; la mobilisation de l'argument de droit comparé a avant tout une visée pratique, politique ou normative. Les particularités²²⁴⁵ du droit national sont fréquemment relevées pour pointer sa faiblesse vis-à-vis des standards internationaux ou européens²²⁴⁶. La comparaison statistique prend ici toute son ampleur ; elle apparaît « *comme*

²²⁴⁴ R. Legeais, Grands systèmes de droit contemporains. Approches comparative, Litec, coll. Manuel, 2^e éd. 2008, spéc. Annexe 1 : Pour une introduction au droit comparé : développement du droit comparé et diversification de ses fonctions, p. 446.

²²⁴⁵ « *Les comparaisons internationales indiquent que la réglementation française du licenciement collectif est marquée par plusieurs particularités* », P. Cahuc, F. Kramarz, Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle, in. A. Jeammaud (dir.), Le droit du travail confronté à l'économie, op. cit., p. 58.

²²⁴⁶ Le « paradigme comparatiste » ne doit pas être confondu avec la notion de standard – en tant que notion juridique – et *a fortiori* avec l'expression de standards internationaux. Cette dernière concerne, souvent, des normes conçues par des organisations internationales : normes sociales, économiques, environnementales ou celles imposant le respect des droits de l'homme. Le pluriel s'impose dans cette dernière configuration. L'expression de standards internationaux ne correspond pas ici à la notion juridique de « *standard* » ; mais elle renvoie à certaines législations, « *références* » ou « *modèles* », dont le choix repose sur le critère d'efficacité économique. Le parti pris idéologique clairement assumé de certains standards économiques internationaux contrastent avec le standard juridique qui serait une référence floue, flexible et adaptable ou comme une « *une technique de formulation de la règle qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci* » (S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, LGDJ, 1980, p. 120). Le standard juridique est présenté comme une « *référence, celle qui délimite le champ du souhaitable et de l'admissible* » (B. Teyssié (dir), Standards, Principes et Méthodes en droit du travail, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011. p. 1). En effet, le concept de standard juridique : « *- implique un certain jugement moral ; - ne se réfère pas à une connaissance légale exacte appliquée strictement, mais au sens commun ; - n'est pas formulé de manière absolue et n'est pas pourvu d'un contenu précis mais est relatif aux temps, lieux et circonstances* » (S. Néron, *Le standard, un instrument juridique complexe*, JCP G, n° 38, 19 Septembre 2011, 1003, n° 10). En droit comparé la question de standards internationaux est le plus souvent traitée sous le prisme de l'harmonisation, voire de l'unification (A. Tunc, *Standards juridiques et unification du droit*, RIDC 1970, p. 247. Dans cet article Tunc cite, notamment, la définition du standard juridique d'Abdel Razzak Al-Sanhoury, père fondateur du droit arabe moderne et disciple préféré d'Edouard Lambert. Le standard juridique est présenté comme « *une grande ligne de conduite qui permet une certaine liberté d'action et une adaptation beaucoup plus souple aux circonstances variables de la vie sociale* » qui « *correspond à la complexité croissante de la vie et à l'insuffisance évidente des règles pour tout prévoir et tout régir* », A. Al-Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Préface Édouard Lambert 1925, cité par A. Tunc, *Standards juridiques et unification du droit*, RIDC 1970, p. 249). Rapportés à la science juridique comparative, les standards internationaux constitueraient un précieux instrument de travail dans la quête d'un droit commun universel, ou législatif selon le « *vieux rêve* » (Ch. Jamin, Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris, RIDC 2000, p. 733) d'Edouard Lambert qui voyait dans le droit comparé « *le seul moyen de parvenir à dégager des solutions objectivement justes* » (Ch. Jamin, Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité, op. cit.). Or, si les thuriféraires du discours comparatiste sont conscients de la force persuasive de la rhétorique de « *standards internationaux* »

*un puissant outil politique, formalisé et apparemment objectif. Un outil de gouvernement à certains égards, et de lutte entre pays pour l'imposition de modèles nationaux [...] Comme toute pratique sociale et politique, elle vise souvent à installer des palmarès et des classements relevant d'une intention de standardisation*²²⁴⁷ ».

593. - Plutôt que de permettre aux acteurs et destinataires de la norme travailliste d'obtenir des références fiables aux sources et pratiques réelles du droit étranger, le point de départ du discours comparatiste dominant est l'évaluation du droit national à la lumière des modèles étrangers en vue de le modifier ou de le « perfectionner ».

B. La prédominance de la fonction normative et prescriptive du discours comparatiste

594. - Analyser le droit du travail à l'aune du discours comparatiste s'inscrit avant tout dans une perspective normative. Carbonnier qualifiait cette pratique de la comparaison de politique de propagande : « *l'invocation de la législation comparée n'est souvent qu'instrument de propagande. Des statistiques fragmentaires, isolées, interprétées; une sociologie de tourisme; une psychologie par impression*²²⁴⁸ ». Le comparatisme sommaire n'aura donc pas une vocation cognitive ; il se veut résolument critique et prescriptif. Il procède à une analyse conflictuelle et purement économique de la diversité des systèmes

relatifs au droit du travail, qui sont dégagés sur la base de la performance économique de certains pays, leur démarche impose néanmoins des critères de sélection révélant leur parti pris et la place écrasante de la dimension économique. Au regard du contexte actuel de confrontation des systèmes juridiques et de concurrence normative, certains modes de régulation des relations de travail, présentés comme économiquement efficaces, sont érigés en standards internationaux. L'attractivité économique d'un pays serait le signe que ce dernier dispose d'un droit du travail économiquement efficace, dans la mesure où il consoliderait la compétitivité des entreprises et encouragerait par là même la création d'emplois. Dans cette perspective, on peut parler d'un standard européen – lorsque les instances de l'Union européenne évoquent par exemple le modèle danois de la flexicurité – ou international – lorsque l'OCDE classe les Etats sur la base d'indicateurs, on songe à celui mesurant la rigidité de la *Législation Protectrice de l'Emploi* (LPE). Généralement, le choix d'un standard auquel les législations travaillistes nationales doivent tendre, dépend avant tout de son caractère flexible – à la fois à l'entrée et à la sortie du marché du travail – et de sa capacité d'adaptation aux injonctions d'un environnement économique changeant. Pourtant la réalité des rapports de travail est autrement plus complexe et dépasse le simplisme de certaines grilles de lecture prenant appui sur des comparaisons internationales porteuses, au fond, de critique idéologique (« *Tout acte de comparaison constitue une critique idéologique d'un droit* », P. Legrand, Sur l'analyse différentielle des juriscultures, RIDC 1999, p. 1061) ou dénuées de neutralité axiologique.

²²⁴⁷ O. Join-Lambert, M. Kahmann, Y. Lochard, *Enjeux et usages de la comparaison internationale dans les publications de l'IRES*, La Revue de l'Ires 2012/2 (n° 73), p. 19.

²²⁴⁸ J. Carbonnier, *A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger*, in. Essais sur les lois, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 121.

juridiques ; les adeptes d'une telle approche mettent en question le droit national et préconisent, sans ménagement, de s'inspirer de certaines institutions juridiques étrangères qualifiées d'efficientes.

595. - La mobilisation de l'argument comparatiste de droit comparé permet d'octroyer une légitimité aux conclusions avancées par certaines études économiques, tout en minimisant le poids du caractère pluriel de la rationalité juridique aussi bien des normes travaillistes nationales que celles appartenant à d'autres systèmes juridiques. Ainsi, l'analyse économique comparée aboutit généralement à des recommandations à destination du législateur, et ne retient des modèles étrangers étudiés que les éléments qui consolident leur raisonnement – ou plutôt leur propagande²²⁴⁹ –. Leur démarche est sélective et instrumentale ; la mobilisation de la comparaison se présente avant « *tout comme un instrument de réforme du droit*²²⁵⁰ ».

596. - Investie d'une « *fonction subversive*²²⁵¹ », la comparaison peut être considérée à la fois comme une source d'un certain savoir portant sur le droit du travail et comme un vecteur d'un discours critique, de contestation ou de remise en cause du mode d'élaboration et du contenu des normes travaillistes. Une telle stratégie argumentative souffre souvent de sa tendance, largement observable dans le discours comparatiste d'intimidation, à être sélective et orientée. Malgré les insuffisances qui lui sont fréquemment reprochées, une telle pratique s'est pourtant épanouie ces dernières années. Ce comparatisme sommaire juge les différents droits du travail à la lueur de leur capacité à assurer un fonctionnement optimal du marché du travail.

597. - L'efficacité économique des normes travaillistes. Certaines institutions financières internationales font la promotion sur la scène internationale de la concurrence des systèmes juridiques. Les rapports *Doing business*²²⁵², *Perspectives de l'emploi*²²⁵³ et les recommandations adressées annuellement par l'Union européenne aux Etats membres, se fondent parfois sur un classement des droits nationaux en mesurant d'une manière chiffrée

²²⁴⁹ J. Carbonnier, A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger, op. cit. p. 121.

²²⁵⁰ P. Verge, Droits du travail comparé et identité du droit du travail, in. Le droit social comparé : pourquoi et comment ?, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994, p. 97.

²²⁵¹ H. Muir-Watt, La fonction subversive du droit comparé, RIDC, 2000, p. 503.

²²⁵² www.doingbusiness.org

²²⁵³ <http://www.oecd.org/fr/emploi/emp/perspectives-de-l-emploi-de-l-ocde-19991274.htm>

l'impact des règles de droit du travail sur la rigidité des marchés nationaux du travail. Source inestimable d'informations sur les différents droits nationaux du travail, ces rapports, présentés comme des données objectives et axiologiquement neutres, s'adressent directement aux législateurs nationaux ; leur visée normative est incontestable.

598. - Par ailleurs, les rapports *Doing business* de la Banque mondiale présentent le mérite, selon le Professeur Horatia Muir Watt, « *de provoquer un dialogue sur le problème de la compétition inter-systémiques, dans lequel le comparatiste peut jouer un rôle important pour éclairer et comprendre les conséquences du changement de paradigme des relations entre les divers droits étatiques*²²⁵⁴ ». Cette remarque pourrait concerner l'ensemble de la littérature comparatiste émanant des institutions économiques internationales. Cependant, les thuriféraires du discours comparatiste dominant s'inspirent fortement de l'analyse concurrentielle²²⁵⁵ des droits nationaux du travail. Ils adoptent en bloc la logique « *conséquentialiste* », quasi-systématique dans l'analyse économique comparée des droits²²⁵⁶, pour apprécier les normes juridiques et appeler à des réformes dans un sens précis. En revanche, si l'analyse économique comparée du droit stimule l'innovation²²⁵⁷ et incite à la comparaison – ou plus à la hiérarchisation – des systèmes juridiques, elle ne pourra pas faire l'économie de la rationalité juridique des règles de droit.

599. - Déviance. Le prisme purement économique du discours comparatiste dominant facilite le glissement vers des propositions normatives et perspectives, et nourrit une méfiance

²²⁵⁴ H. Muir Watt, *Le droit comparé et l'internationalisation du droit*, in. J. du Bois de Gaudusson (dir.), *Le devenir du droit comparé en France*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 99.

²²⁵⁵ Qui consiste à dire que « *si [...] deux ou plusieurs systèmes de règles sont disponibles pour un même ensemble d'actes nécessaires à la réalisation de certaines opérations économiques, les acteurs choisiront, toutes choses égales par ailleurs, celui qui leur impose le moins de contraintes* », O. Pfersmann, Existe-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques ?, in. J. Du Bois de Gaudusson et F. Ferrand (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM. 2008, p. 25. Selon cet auteur la concurrence des systèmes juridiques serait une expression qui « *visé l'extension des possibilités des choix de règles et leur développement, le problème de l'évolution souhaitable de ces choix et celui de leur rationalité économique* » p. 25.

²²⁵⁶ Toutefois, « *travailler sur le contenu économique des règles de droit et des institutions juridiques ne condamne pas à adhérer à l'idéologie de l'ordre concurrentiel* », T. 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*, Editions Frison-Roche, 2003, p. 349.

²²⁵⁷ En effet, « *les économistes soutiennent que la concurrence est la meilleure façon de stimuler l'innovation. Selon la célèbre formule de Hayek, la concurrence est une procédure de découverte* », E. Mackaay, Faut-il un code civil européen ? Une analyse économique, *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, p. 223, qui cite F. A. Hayek, « *Competition as a Discovery Procedure* », dans F.-A. Hayek (dir.), *New Studies in. Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1978, p. 179.

à l'égard du droit comparé en général ; celle-ci est « *essentiellement liée aux risques de déviations de la pratique de la comparaison*²²⁵⁸ ». Tel est le cas de l'appréciation de la norme travailliste à la lueur de ses effets économiques – logique « *conséquentialiste* »²²⁵⁹ – qui facilite la réalisation de son évaluation comparée, et partant l'établissement d'un *benchmarking* des droits nationaux du travail.

600. - Dessein normatif. La fonction essentielle de l'argument de droit comparé en droit du travail est de soutenir la logique économique. Indissociables, ces deux types de raisonnement sont utilisés pour appuyer certains remèdes – simplification²²⁶⁰ et déréglementation²²⁶¹ ou re-réglementation²²⁶² des relations de travail – aux maux du droit du travail français : complexité, insécurité juridiques et inefficience économique...etc. Le discours est bien rodé et redoutable. Les propositions normatives que ce double argument (argument comparatiste et argument économique) suscite sont nombreuses. Partageant des objectifs presque identiques, ces deux arguments aboutissent souvent à dresser le même constat : l'incapacité du modèle français actuel de droit du travail à s'adapter aux défis d'une économie moderne et compétitive.

601. - Prise de position. L'analyse comparatiste préconise une refondation du droit du travail ; elle instrumentalise l'argument de droit comparé pour justifier la soumission de la législation travailliste à l'économie et aux contraintes du marché, en écartant souvent du débat la question de la légitimité d'un tel parti-pris idéologique²²⁶³. En partant souvent d'une conception minimaliste de l'intervention étatique, le discours comparatiste tend à redessiner les finalités, les méthodes et le contenu des différentes sources – procéduralisation du droit étatique (norme centralisée) et substantialisation du droit conventionnel (norme décentralisée) – du droit du travail.

²²⁵⁸ B. Fauvarque-Cosson, *Argument de droit comparé et sociologie juridique*, op. cit., p. 76.

²²⁵⁹ J.-F. Cesaro, *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, op. cit.

²²⁶⁰ P. Lokiec, *Les idéologues de la simplification*, Sem. soc. Lamy. 18 mai 2015, n° 1677, p. 4.

²²⁶¹ A. Supiot, *Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise*, Dr. Soc. 1989, p. 195.

²²⁶² A. Jeammaud, *La réglementation du travail*, in. A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement, A. Mias (dir), *Dictionnaire du travail*, Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2012, p. 621.

²²⁶³ P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi*, RDT 2006, p. 48.

602. - Si l'argument économique trouve dans la littérature de l'analyse économique un appui, l'argument comparatiste est fréquemment sous-développé et instrumentalisé au besoin de projets politiques ; sa mobilisation dans le discours comparatiste relèverait d'une *posture incantatoire*. Sans une méthode comparative respectant les canons du droit comparé, « *la comparaison trompe davantage qu'elle n'éclaire*²²⁶⁴ », et fait, en réalité, « *le jeu d'un discours idéologique*²²⁶⁵ ».

603. - Le sous-développement de la fonction cognitive et la sur-dimension des prétentions normatives et prescriptives du discours comparatiste constituent des obstacles majeurs à l'émergence d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste. Celui-ci exige le respect des préalables fondamentaux de la science comparative

§ 2 : Les préalables d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste

604. - L'émergence d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste est conditionnée au respect, au moins, de deux préalables. Le premier est méthodologique, il est relatif à la crédibilité du discours comparatiste vis-à-vis de la théorie de droit comparé qui accorde une attention considérable à la contextualisation pour la compréhension du phénomène juridique (A). Le second, découlant du premier, concerne la dimension normative de la référence au « *législateur étranger*²²⁶⁶ » lorsque les conditions méthodologiques sont remplies ; la prise en compte du « *potentiel* » normatif de l'argument comparatiste est un préalable nécessaire pour affirmer le caractère sérieux de ce dernier (B).

²²⁶⁴ P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi*, RDT 2006, p. 48.

²²⁶⁵ Ibid.

²²⁶⁶ « *Mythe du législateur étranger* » J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige, 2004, p. 23.

A. La contextualisation

605. - Plurielle. L'éviction de la discussion des fondements juridiques humanistes du droit du travail est une caractéristique de l'analyse économique comparée majoritaire. « Prendre le droit du travail au sérieux suppose d'y voir l'un des piliers de l'état des personnes et non une variable d'ajustement des politiques économiques²²⁶⁷ ». Les règles de droit du travail ne peuvent pas être réduites à leur seule dimension technique – technique de médiation entre le capital et le travail indispensable pour la création de la fiction du marché du travail²²⁶⁸ ; il est essentiel, pour saisir leur génie, de faire référence aux valeurs, au demeurant plurielles, à la réalisation desquelles elles tendent. Les règles juridiques puisent leur raison d'être dans un certain nombre de valeurs reflétant les aspirations collectives auxquelles les choix politiques et économiques ne devraient pas être insensibles.

606. - Convergence. Ignorer la lecture plurielle, c'est ouvrir la voie devant le développement des thèses de convergence « compétitive » des droits nationaux. Ressort principalement de l'argument comparatiste – la méthode de *Benchmarking* défendue par des institutions internationales – c'est la création d'une illusion de convergence inéluctable des droits nationaux, qu'imposeraient la libéralisation des échanges et les mutations du système économique.

607. - Le discours comparatiste dominant sur le droit du travail ne peut que s'inscrire dans une logique de concurrence des législations nationales, celle qui voit dans la compétition un facteur de convergence spontanée des droits²²⁶⁹. Cela contraste avec une autre manière de concevoir les rapports entre systèmes juridiques, celle qui consiste à dire que la diversité des législations nationales est une source majeure d'innovations institutionnelles et d'émulation vertueuse et créative²²⁷⁰. Si l'harmonisation coordonnée – celle engagée sous les auspices des

²²⁶⁷ A. Supiot, Le droit du travail, mort ou vif ? Déclin ou essor du droit du travail, in. Ph. Waquet (dir.), 13 paradoxes en droit du travail, Sem. soc. Lamy, supp. n° 1508, 2011, p. 270.

²²⁶⁸ A. Supiot, Les notions de contrat de travail et de relations de travail en Europe, op. cit., p. 4.

²²⁶⁹ L. Usunier, R. Sefton-Green, Conclusion, La concurrence normative, mythe ou réalité ?, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, La concurrence normative. Mythes et réalités, op. cit., p. 259, spéc., 287 et s.

²²⁷⁰ A. Ogus, Economic analysis and comparative law, in. Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit, Société de législation comparée, 1999, p. 169.

organisations internationales²²⁷¹ – pourrait, dans certains cas²²⁷², être considérée comme attentatoire à la cohérence et à l’inventivité de l’action normative des législateurs nationaux, l’analyse économique comparée est, quant à elle, un vecteur de convergence non coopérative mais spontanée des droits. L’exemple de la flexicurité est particulièrement illustratif de la capacité de mobilisation et d’influence des tenants du discours comparatiste. A rebours de la prudence du droit comparé vis-à-vis de l’utilisation des droits « *d’ailleurs* » pouvant inspirer le droit interne, plusieurs idées véhiculées (flexicurité) par le discours comparatiste, « *apparaissent au contraire comme le résultat d’influences et d’intérêts multiples : des courants de pensée libéraux, d’une partie du patronat français, d’organisations internationales (OCDE) [...] Proches du pouvoir politique, ces économistes producteurs de théorie ont circulé à travers les différents forums et ont été les principaux promoteurs de l’usage massif du terme de flexicurité*²²⁷³ ».

608. - Droits et cultures. La défense de cette idée de convergence, dont l’objectif s’éloigne d’une harmonisation dans le progrès des droits nationaux comme celle promue par l’Organisation Internationale du Travail²²⁷⁴, méconnaît le génie national de chaque droit du travail. Le « *paradigme comparatiste* » pluraliste incite à ouvrir le champ de l’investigation comparative au-delà de la dimension économique du droit à son contexte social. Il appartient au comparatiste d’identifier et de se familiariser avec les idées implicites ou explicites au travers desquelles les règles juridiques sont pensées et mises en œuvre²²⁷⁵. Si l’analyse comparatiste portant uniquement sur des éléments relevant du système juridique *stricto sensu* est perçue par la doctrine comparatiste comme inapte à offrir une lecture satisfaisante et complète d’un droit étranger, qu’en est-il du discours comparatiste dominant fondé sur le prisme économique ? Peut-on saisir la complexité d’un droit étranger en délaissant l’étude du contexte, tant au stade de son élaboration que de celui de sa réalisation ?

²²⁷¹ B. Crettez, B. Deffains, Concurrence, harmonisation et unification des législations, in. B. Deffains, Eric Langlais (dir), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, De boeck, coll. Ouvertures économiques, 2009, p. 299.

²²⁷² G. Cornu, Un Code civil n’est pas un instrument communautaire, D, 2002, p. 351.

²²⁷³ D. Méda, La flexicurité à la française: un échec avéré, op. cit., p. 87.

²²⁷⁴ « Il [le Code international du travail : Conventions et Recommandations de l’OIT] ne constitue [...] pas une codification des législations nationales, son objet n’étant pas de rechercher un dénominateur commun des législations existantes, mais d’entraîner un progrès harmonisé des droits du travail nationaux », N. Valticos, Droit international du travail, op. cit., p. 647.

²²⁷⁵ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, op. cit., p. 105.

609. - La thèse culturaliste de la contextualisation. La mobilisation de l'argument comparatiste peut-elle porter sur des institutions ou de notions juridiques qui ne souscrivent pas au même référentiel culturel ? Celui qui se livre à l'exercice du comparatisme devrait avoir une connaissance suffisante des notions juridiques dans leur propre terreau local afin d'éviter les erreurs relatives à l'interprétation ; « *en appréhendant une autre réalité juridique que la sienne, le comparatiste risque en effet de déformer cette réalité dans laquelle le juriste national ne se trouve pas forcément*²²⁷⁶ ». La connaissance des contextes juridiques et extra-juridiques est indispensable à la compréhension du phénomène juridique étranger, mais aussi national. La thèse de la contextualisation insiste sur la complexité du droit et l'exigence d'en compléter l'étude par la connaissance de son environnement économique, social et politique²²⁷⁷. De surcroît, cette thèse exige une lecture dynamique du contexte du droit que le comparatiste étudie. Ainsi, « *la comparaison qui s'attache aux seules règles de droit positif, sera certainement plus superficielle que celle qui cherche à les replacer dans un contexte sociocognitif plus large*²²⁷⁸ ». Le prisme culturel conduit le comparatiste, en passant par les chemins de l'interdisciplinarité, à porter un regard sur tous les éléments extra-juridiques en vue d'appréhender en profondeur « *l'intelligence* », les soubassements et les ressorts de la norme juridique ; le Professeur Rodolfo Sacco évoque à ce sujet la question de la dimension muette du droit²²⁷⁹.

610. - La thèse culturaliste et la transformation exogène du système juridique²²⁸⁰. La thèse culturaliste, défendu par le Professeur Pierre Legrand²²⁸¹, porte un regard sceptique sur la politique de convergence coordonnée des droits nationaux²²⁸². Elle nie la possibilité de mener une politique du rapprochement des droits par une instance harmonisatrice supranational. En effet, l'approche culturaliste met en cause « *le cœur des théories du changement qui caractérisent les politiques du rapprochement des droits, fondées sur le*

²²⁷⁶ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 73.

²²⁷⁷ G. Lyon-Caen, *L'apport du droit comparé en droit du travail*, préc. ; X. Blanc-Jouvan, *Du bon usage de la méthode comparative en droit du travail*, préc. ; J.-P. Laborde, *Le droit comparé du travail à l'épreuve de la mondialisation*, préc. ; B. Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective*, RIDC, 2005, p. 39, spéc. p. 43.

²²⁷⁸ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 75.

²²⁷⁹ R. Sacco, *Le droit muet*, RTD civ. 1995, p. 783.

²²⁸⁰ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, op. cit., spéc., p. 257 et s.

²²⁸¹ P. Legrand, *Le droit comparé*, PUF, coll. QSJ, 2016.

²²⁸² P. Legrand, *Sens et non-sens d'un Code Civil Européen*, RIDC, 1996, p. 779.

*postulat d'une possible mise en convergence des droits au moyen d'instruments juridiques, support d'un droit commun*²²⁸³ ». Les tenants du courant culturaliste « *Law as culture* » retiennent une lecture « *singulière* » des rapports du droit à son contexte social. En faisant du droit un « *fait culturel total* », la thèse culturaliste « *renonce à penser l'autonomie relative d'un système juridique à son environnement*²²⁸⁴ ».

611. - Les thèses « contextualistes » insistent sur les limites des transferts d'institutions ou de règles juridiques – auxquels contribuent les phénomènes d'internationalisation et de régionalisation du droit²²⁸⁵ – d'un système juridique à l'autre²²⁸⁶. L'ambition harmonisatrice d'une organisation régionale se heurte à « *l'hétérogénéité des environnements socio-économiques nationaux*²²⁸⁷ ». Les relations qui se nouent entre le système juridique et les structures du système productif restent des plus complexes.

612. - Pour le discours comparatiste, ces questions d'ordre méthodologique et épistémologique sont largement éludées. Il importe que la mobilisation de l'argument de droit comparé soit un vecteur de légitimation d'une transformation voulue du système juridique. Le succès d'une telle démarche auprès des producteurs de la norme sociale n'est pas inenvisageable. L'analyse juridique de l'argument comparatiste sous le prisme des sources du droit y participe.

B. Le comparatisme, source du droit ?

613. - L'impératif comparatiste. Sans verser dans un idéalisme excessif du respect de la méthodologie comparative – une doctrine comparatiste évoque le caractère excessif de

²²⁸³ J. Porta, La réalisation du droit communautaire..., op. cit., p. 258.

²²⁸⁴ J. Porta, La réalisation du droit communautaire..., op. cit., p. 263.

²²⁸⁵ M. Weiss, The future of comparative labor law as an academic discipline and as a practical tool, *Comp. Labor Law & Pol'Y Journal*, 2005 [Vol. 25:169].

²²⁸⁶ Sur l'exemple du transfert du principe de droit continental de bonne foi en Angleterre *via* la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE L 95*, 21 avril 1993, v. S. Vigneron, Le rejet de la bonne foi en droit anglais, in. S. Robin-Olivier, D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, op. cit. G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law of How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, (1998) 61 *Modern Law Review*, p. 11.

²²⁸⁷ J. Porta, La réalisation du droit communautaire..., op. cit., p. 263.

l'obsession de la question méthodologique²²⁸⁸ – ou de l'incommensurabilité des droits, il est nécessaire de comprendre le discours de ceux qui mobilisent le comparatisme à travers la rhétorique de la concurrence des systèmes juridiques²²⁸⁹ ; l'impact normatif de cette dernière est tout sauf inexistant.

614. - Prendre le droit comparé au sérieux. Le droit comparé ne peut pas donner toutes les réponses. Pour paraphraser Madame Marie-Claire Ponthereau, les juristes, les producteurs de normes et tous ceux qui peuvent les influencer « *ne doivent pas tout attendre du droit comparé, mais ils doivent le prendre au sérieux*²²⁹⁰ ». Celui qui fait appel au comparatisme devrait s'armer d'une grande prudence ; puisque « *on ne peut comparer que ce qui est comparable et même s'il est bon de comparer pour s'inspirer, inspiration n'est pas transposition*²²⁹¹ ». Dans une perspective, la compréhension du droit est indissociable de son substrat culturel : « *s'inspirer des bonnes pratiques : oui. Dupliquer un modèle, non*²²⁹² ».

615. - Normativité. Cette prudence est d'autant plus requise en ce que l'argument comparatiste peut légitimement prétendre à être qualifié de source matérielle du droit. Il constitue une donnée qui peut influencer l'élaboration de la norme ou dans laquelle le législateur puise son inspiration, lorsque les forces sociales ou productrices de droit étatiques, infra-étatiques ou supra-étatiques, la mobilisent. La normativité persuasive²²⁹³ de l'argument comparatiste tisse indéniablement des liens avec les sources du droit, surtout dans une acception postmoderne de celles-ci. Rappelons que le droit postmoderne est, selon

²²⁸⁸ B. Fauvarque-Cosson, Development of comparative law in France, in. in. Reimann, R. Zimmermann (dir), The Oxford Handbook of Comparative law, Oxford University Press, 2008, p. 65.

²²⁸⁹ La « *mondialisation qui, bien plus qu'américanisation, signifie compétition et comparaison parfois cruelles et intenses où celui qui refuse de voir ce qui se passe ailleurs ne pourra pas être armé pour les défis qui s'annoncent* », A.-J. Bullier, *Le droit comparé est-il un passe-temps inutile ?* Revue de droit international et de droit comparé 2008, p. 172.

²²⁹⁰ M.-C. Ponthereau, Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique, RIDC 2005, p. 27.

²²⁹¹ S. Rabiller, L'introduction d'un service minimum dans les services publics de transport, in. F. Melleray (dir.), L'argument de droit comparé en droit administratif français, Bruylant, coll. Droit administratif/Administrative law, 2007, p. 201.

²²⁹² J.-E. Ray, La nécessaire métamorphose du droit du travail ?, Commentaire, n° 153, 2016, p. 129, spéc. p. 131.

²²⁹³ F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., spéc., p. 257 et s.

Carbonnier, un « *droit qui agit par la persuasion d'un modèle, non par commandement sans réplique*²²⁹⁴ ».

616. - La normativité du droit comparé : une « *normativité persuasive*²²⁹⁵ ». La fonction « *d'assistance à la décision*²²⁹⁶ » qu'assure le droit comparé²²⁹⁷ du travail²²⁹⁸ présume l'existence de liens entre ce dernier et la normativité. Celle-ci passe principalement par l'apport de la comparaison au processus de légitimation des choix des producteurs de la norme. Le droit étranger qualifié de *modèle*²²⁹⁹ par les tenants du discours comparatiste même si juridiquement il est dénué de toute impérativité en droit positif, n'en constitue pas moins une source de « *normativité persuasive*²³⁰⁰ ». Selon le Professeur François Brunet « [...] *il semble erroné de vouloir opposer l'impératif et le persuasif [...] il n'y a qu'une différence de degré entre l'impératif et le persuasif, et non pas une différence de nature : l'un comme l'autre expriment des « opinions », elles entendent toutes deux agir sur les esprits, mais selon des modalités distinctes*²³⁰¹ ».

Le fait, par exemple, de promouvoir l'efficacité économique d'un « *modèle* » étranger de régulation des rapports sociaux est la première étape d'un processus consistant à mettre en

²²⁹⁴ J. Carbonnier, sociologie juridique, op.cit. p. 146.

²²⁹⁵ F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit. p. 257.

²²⁹⁶ « [...] *celle d'aider à l'élaboration de la règle ou de la solution la plus adéquate, par l'information et la réflexion sur les expériences étrangères* », J.-P. Laborde, *Droit (social) comparé et littérature comparée, observations (trop) rapides*, op. cit., p. 350. « *L'argument scientifique [argument comparatif] est plutôt destiné à conforter un point de vue politique, à souligner le caractère peu excessif – ou au contraire fort novateur – de la réforme décidée* », J.-C. Javillier, *Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française*, Dr. soc. 1990, p. 661.

²²⁹⁷ « *Auxiliaire précieux de toute politique juridique, législative ou jurisprudentielle* », R. David, *Le droit comparé enseignement de culture générale*, RIDC 1970, p. 688.

²²⁹⁸ Déjà en 1909, Paul Pic vantait, en introduction de l'un de ses ouvrages, les mérites du droit social comparé : « *Cette étude de droit social comparé nous fournira l'occasion de mettre en relief les importantes réformes, inspirées de l'idéal démocratique, qu'a réalisées la troisième République, et aussi d'indiquer les lacunes qu'appartient au législateur français de combler en s'inspirant de l'exemple des peuples voisins* », P. Pic, *La protection légale des travailleurs et le droit international ouvrier*, éd. Félix Alcan, 1909, p. II (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k83981n/f5.image.r=droit%20ouvrier.langFR>). Souligné par nous.

²²⁹⁹ Le « modèle », notion maniable, désigne de manière imprécise une expérience étrangère servant de référence à reproduire ou à égaler (M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 187 et s. ; Ph. Auvergnon, *Modèles et transferts normatifs en droits du travail de pays africains*, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2005, p. 117 et s.) ; bref, une norme (mesure ou étalon) qui devrait guider l'action (A. Jeammaud, *La règle de Droit comme modèle*, D. 1990, p. 199 et s. spéc., n°9).

²³⁰⁰ « *La normativité persuasive se présente à ses destinataires comme une référence proposée ; l'usage de la référence de la signification n'est pas imposé : il reste entièrement volontaire. Cette normativité possède précisément un caractère persuasif en ce qu'elle prétend posséder une capacité à emporter la conviction* », F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 255.

²³⁰¹ *Ibid.*, p. 253.

perspective comparative le droit national, ou certaines de ses institutions ou règles, afin de vérifier s'il est conforme ou non au dit modèle. Le but souvent recherché – et c'est d'ailleurs la raison d'être de la mobilisation de la notion de *modèle* – est de relever, dans un premier temps, les conséquences auxquelles aboutirait le droit national ayant opté pour des choix normatifs différents de ceux opérés par le « *modèle* » étranger, et d'exhorter, dans un second temps, les acteurs du droit à s'inspirer de ce dernier. Si cette démarche comparative est enrichissante sur le plan cognitif, sa valeur persuasive sur le plan normatif ne doit pas être sous-estimée. En effet, « *la normativité non impérative peut se révéler particulièrement persuasive, c'est-à-dire particulièrement agissante dans les esprits, dès lors que son contenu est jugé digne d'être mobilisé dans le jugement*²³⁰² ». Cependant, le prisme de l'efficacité économique²³⁰³ dans l'analyse comparée des droits est pourvu de certaines limites tenant à son instrumentalisation²³⁰⁴ et à sa prise en compte déficitaire des autres objectifs poursuivis par la norme juridique.

617. - Il ne fait donc pas de doute que l'impact normatif de l'argument comparatiste est bien réel. Pour le Professeur Pierre Legrand « *il faut, sur le plan local même, compter avec le droit étranger. Celui-ci vaut, assurément, comme mérite de valoir a priori une création humaine, et il n'y a guère lieu de s'attarder à ce poncif. Mais il vaut, en outre, du point de vue du droit local, à titre normatif, soit en tant que discours certes pas obligatoire, mais doté d'une vocation persuasive*²³⁰⁵ ».

618. - C'est en partant de cette puissance persuasive que le discours comparatiste opère et construit sa stratégie : celle consistant à retenir la méthode d'analyse économique (orthodoxe) comparée comme seule grille d'appréciation et de décryptage des droits nationaux du travail. Le fait d'invoquer une série d'expériences nationales, souvent à l'aide de données statistiques prenant pour critère l'efficacité économique (maximisation quantitative des profits) des dispositifs juridiques, sans un détour par les facteurs contextuels de la réussite, réelle ou supposée, des dites expériences, arrangent tous ceux qui établissent, à dessein, des

²³⁰² F. Brunet, *La normativité en droit*, op. cit., p. 257.

²³⁰³ Bénéficiant d'une position hégémonique au sein du discours comparatiste sur le droit du travail.

²³⁰⁴ Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, op. cit., p. 63 et s.

²³⁰⁵ P. Legrand, *Au lieu de soi*, in. P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolution*, PUF, coll. Les voies du droit, 2009, p. 11, spéc., p. 23. Souligné par nous.

corrélations hâtives entre ce « *contraignant* » *corps de règles*²³⁰⁶ » de droit du travail et le manque de compétitivité du système économique français.

619. - Si plusieurs facteurs concourent à expliquer l'échec de la construction d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste, l'influente doctrine de l'analyse économique du droit du travail, tant nationale qu'internationale, contribuent à l'émergence d'un « *paradigme comparatiste* » d'intimidation.

Section 2 : L'émergence encouragée d'un « *paradigme comparatiste* » d'intimidation

620. - Déséquilibre et opportunisme. L'émergence d'un « *paradigme comparatiste* » d'intimidation en droit du travail peut être placée, au regard de la science comparative, sous le double signe du déséquilibre et de l'opportunisme. Le déséquilibre est manifeste lorsque l'on observe une dénaturation des fonctions de la comparaison des droits au profit d'une posture purement rhétorique. Les fonctions essentielles du comparatisme sont fréquemment méconnues et mises au service de la promotion d'un certain modèle de droit du travail. La rhétorique comparatiste sur les utilités du droit du travail est manipulatrice et opportuniste ; elle agit aussi bien sur le choix des systèmes juridiques étrangers promus au rang de modèles que dans la manière de présenter ces derniers. Le « *paradigme comparatiste* » d'intimidation se distingue ainsi par des usages opportunistes des résultats de la recherche comparative : bien qu'ils soient des vecteurs importants de la divulgation de l'information comparative, ces usages sont pour le législateur national, et surtout pour certains groupes de pressions, des instruments efficaces de propagande²³⁰⁷ et de *marketing* juridique²³⁰⁸ en faveur d'une idée du droit du travail. Avant de se pencher sur les usages du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation (§ 2), il conviendrait de livrer quelques éléments d'identification de ce dernier (§ 1).

²³⁰⁶ A. Fabre, Les uns contre les autres, Tribune, Dr. soc. 2016, 389.

²³⁰⁷ J. Carbonnier, A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger, in. Essais sur les lois, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 121.

²³⁰⁸ P. de Montalivet, La « marketisation » du droit. Réflexions sur la concurrence des droits, D. 2013, p. 2923.

§ 1 : L'identification du comparatisme d'intimidation

621. - Définition (essai) du comparatisme d'intimidation en droit du travail. Le comparatisme d'intimidation peut être défini comme l'analyse de l'efficacité économique et sociale des règles de droit du travail à l'aune des performances, réelles ou supposées, des législations étrangères ; il a pour mission de faire émerger de la confrontation – superficielle et nourrie d'éléments suggestifs dont la validité est très discutable – des différents droits nationaux les règles de droit les plus appropriées pour le bon fonctionnement du marché du travail en termes de fluidité et de dynamisme. Sa nature profonde et son point de départ apparaissent très clairement : la critique économique de la réglementation du travail. L'efficacité du comparatisme d'intimidation réside dans son rayonnement ou sa visibilité médiatique et son omniprésence dans le discours tant scientifique²³⁰⁹ que politique²³¹⁰.

622. - « Paradigme comparatiste » d'intimidation. Apprécier le droit du travail à travers le prisme du comparatisme d'intimidation sert la promotion d'un modèle alternatif de régulation des relations de travail. En partant systématiquement d'un critère presque unique d'analyse des différents droits nationaux, en l'occurrence l'efficacité économique de la norme sociale, le discours comparatiste encourage l'émergence d'un « *paradigme comparatiste* » d'intimidation en droit du travail. Dès lors que les valeurs auxquelles elle souscrit et ses limites méthodologiques ne sont pas indiquées et précisées, l'analyse comparatiste butte sur l'infranchissable question de sa neutralité. Le risque d'instrumentalisation est ainsi omniprésent comme en témoignent les écrits de Carbonnier : « *il existe un mythe du législateur étranger. Les gouvernements et les partis s'en servent comme d'un appât*²³¹¹ ». La difficulté principale réside dans l'utilisation détournée de la référence au droit étranger ou des interprétations qui en seront faites. Ce risque d'instrumentalisation est d'autant plus important

²³⁰⁹ P. Cahuc, F. Kramarz, J. Tirole et alii., *Pour un Jobs Act à la française*, Les Échos 30 mars 2015 ; Ph. Aghion, J. Tirole, P. Cahuc et alii., *Projet de loi El Khomri, une avancée pour les plus fragiles*, Le Monde 4 mars 2016 ; P. Cahuc, F. Kramarz, *De la Précarité à la Mobilité : vers une Sécurité Sociale Professionnelle*, Rapport au ministère d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, La Documentation française 2004. ; O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du CAE, n° 44, La Documentation française 2003.

²³¹⁰ « *Une analyse superficielle des contenus des discours politiques montre que la présence de l'argument de comparaison avec ce qui se fait ailleurs en Europe, et, de façon moindre, aux États-Unis, est devenue courante en Europe* », J.-C. Barbier, *Marchés du travail et systèmes de protection sociale : pour une comparaison internationale approfondie*, Sociétés contemporaines, 2002/1 no 45-46, p. 191.

²³¹¹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige, 2004, p. 23.

dans le cas des notes sur les droits étrangers souvent annexées aux rapports parlementaires. Celles-ci, principalement descriptive, sont rédigées par des agents diplomatiques et rarement par des spécialistes de droit comparé. Elles auraient toutefois une vertu pédagogique dans le travail législatif²³¹².

623. - Comparatisme d'intimidation. Le discours comparatiste dominant favorise la diffusion d'un « *comparatisme d'intimidation*²³¹³ ». Il fait largement fi des précautions scientifiques de la science comparative, précédemment mentionnées. Il symbolise une pratique « déviante²³¹⁴ » du droit comparé. Derrière cette acception fort critiquable, au regard aussi bien de cette science qu'est le droit comparé, que de l'équilibre si fragile entre les intérêts du capital et du travail qu'institue le droit du travail, des lignes directrices et des idées-forces sont décelables.

624. - Le comparatisme d'intimidation s'est considérablement développé depuis la diffusion massive des rapports *Doing Business*²³¹⁵ de la Banque mondiale²³¹⁶. Il concerne presque tous les domaines juridiques²³¹⁷. Dans ce contexte d'évaluation des législations nationales, les normes de droit du travail sont largement mises à mal. En effet, la libéralisation des marchés²³¹⁸ perturbe la cohérence et l'équilibre internes des ordres juridiques, et ce d'autant que l'évolution du droit du travail est indissociable des relations interdépendantes se tissant entre l'économie et le juridique, et de la forte dimension nationale de la régulation

²³¹² F. Rueda, Les « études de législation comparée » des assemblées parlementaires françaises : une utilisation pédagogique du droit comparé dans le travail législatif ?, in. M. Hecquard-Théron, Ph. Raimbault (dir), La pédagogie au service du droit, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques », 2011, p. 391.

²³¹³ Expression empruntée au Professeur Rémy Libchaber, qu'il emploie dans un article critiquant l'influence du *Trust* anglo-saxon sur l'introduction de la fiducie en droit français. R. Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, 2ème partie, Defrénois, 2007, p. 1194 et s., spéc., n° 37 : le comparatisme d'intimidation renvoie d'après cet auteur au raisonnement qui consiste à considérer que « *tout ce qui se fait ailleurs, dans des pays plus performants économiquement, est nécessairement justifié juridiquement* ». Souligné par nous.

²³¹⁴ B. Fauvarque-Cosson, Argument de droit comparé et sociologie juridique, op. cit., p. 76.

²³¹⁵ <http://français.doingbusiness.org/>

²³¹⁶ Considérée comme une forme de « *déviante de la comparaison* » consistant à « *comparer pour évaluer et classer les systèmes juridiques* », B. Fauvarque-Cosson, Argument de droit comparé et sociologie juridique, op. cit., p. 77 et s.

²³¹⁷ V. not. R. Vatinet, Présentation des travaux de l'Association Henri Capitant, Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale. Société de législation comparée, volume 1, 2006, RTD Civ. 2006, p. 845.

²³¹⁸ Fr. Gaudu, Libéralisation des marchés et droit du travail, Dr. Soc. 2006, p. 511.

de ces dernières. Devant le phénomène de libéralisation du commerce international²³¹⁹, le comparatisme d'intimidation ne se consacre qu'accessoirement à l'analyse de la complexité, des enjeux et des ressorts des mutations affectant les différents droits nationaux du travail ; il s'inscrit principalement dans une vision instrumentale et d'asservissement de l'argument comparatiste qui détourne la comparaison des droits de ses missions scientifiques initiales²³²⁰ ; son objectif est de servir un discours favorable à l'adoption des normes juridiques venues d'ailleurs²³²¹ qui seraient économiquement plus efficaces que celles issues du droit national. Les « déviances²³²² » de telle utilisation du droit comparé ont déjà fait l'objet d'analyses critiques sous la plume de Jean Carbonnier : « *De ce législateur étranger insaisissable au législateur étranger de la mythologie, qui ne discerne la ressemblance ? Rien n'y manque, ni la mystique, ni même la mystification. Car, entre les mains d'un gouvernement – ou de son opposition, tout aussi bien – l'invocation à la législation comparée n'est souvent qu'instrument de propagande. Des statistiques fragmentaires, isolées, interprétées; une sociologie de tourisme; une psychologie par impression – il n'en faut pas davantage pour accréditer les miracles du parangon lointain que l'on désire promouvoir. Et l'opinion publique de suivre²³²³ ».*

625. - Les arguments du comparatisme d'intimidation. Le comparatisme d'intimidation mobilise un discours rodé, au demeurant redoutable, sur l'inefficacité économique et sociale – en particulier en matière de création d'emploi²³²⁴ et surtout en temps de crise économique²³²⁵ – des règles de droit du travail²³²⁶. La liste de reproches est assez

²³¹⁹ A. Supiot, Justice sociale et libéralisation du commerce international, Dr. Soc. 2009, p. 131.

²³²⁰ Qui tendent « à une meilleure connaissance des systèmes juridiques divers, par l'étude des résolutions différentes qu'ils offrent à des problèmes juridiques identiques. Tous les droits modernes sont confrontés aux mêmes difficultés techniques et chacun d'eux est à même d'y faire face, au gré de ses règles de fonctionnement et des marges de liberté que sa structure juridique lui laisse. Cette activité fournit ainsi de précieuses informations sur le génie propre de chaque système et aide à sa compréhension intime », R. Libchaber, Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, op. cit., n° 37.

²³²¹ « [...] il est des droits venus d'ailleurs qui portent à notre droit un intérêt possessif. A la vérité, les droits venus d'ailleurs sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire, ni territoire : ils ont surgi d'abstractions », J. Carbonnier, Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 2006, p. 47.

²³²² B. Fauvarque-Cosson, Argument de droit comparé et sociologie juridique, op. cit., p. 77.

²³²³ J. Carbonnier, A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger, in. Essais sur les lois, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 121.

²³²⁴ P. Lokiec, Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi, op. cit.; J. Icard, Une lecture économique du projet de loi Travail, op. cit.

²³²⁵ « A vrai dire on peut se demander si toutes les mesures, même les plus innovantes, ne sont pas vouées à l'échec tant que les causes profondes de la crise n'auront pas été purement et simplement éradiquées. Et ses causes profondes ne se situent pas du côté du droit social mais bien plutôt du côté des pratiques boursières et

étouffée. Au discours sur la simplification²³²⁷ et la sécurité juridique²³²⁸ du droit du travail s'est ajoutée, plus récemment, la volonté de lutter contre les inégalités, créées par le dualisme du marché du travail, entre, d'une part, les salariés titulaires de contrat à durée indéterminée et ceux embauchés en contrats précaires (contrat à durée déterminée, contrat à temps partiel subi, contrat de travail temporaire) et, d'autre part, les salariés et les demandeurs d'emploi. Concernant ce dernier reproche – dualité du marché du travail –, la solution avancée consiste, paradoxalement, en une libéralisation du droit du licenciement. Les arguments, souvent avancés par les tenants du comparatisme d'intimidation pour justifier cette solution, peuvent être résumés en partant de l'exemple de la rhétorique très influente²³²⁹ développée par l'OCDE dans ses rapports annuels « *Perspectives de l'emploi* »²³³⁰. Cette organisation économique transcontinentale prétend qu'il existerait une corrélation positive entre le degré de protection de l'emploi (poste de travail) et celui du taux de chômage²³³¹, et qu'il serait bénéfique pour le bon fonctionnement du marché du travail et pour la création d'emploi d'engager des « *réformes structurelles* » – c'est-à-dire la flexibilisation des conditions d'entrée (embauche) et de sortie (licenciement) du marché du travail²³³².

financières », P.-Y. Verkindt, Regards sur le droit du travail français contemporain dans la crise économique et financière, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2012/2, p. 35.

²³²⁶ La critique embrasse tous les aspects du droit du travail : les sources (même les conventions de l'Organisation internationale du travail ne sont pas épargnées. V. pour une critique de ce discours patronal sur les normes internationales du travail, J. Mouly, *Faut-il dénoncer la Convention de l'OIT n° 158 sur le licenciement ?*, *Dr. soc.* 2015, p. 1) et les techniques d'élaboration (inefficacité du droit légiféré), le contenu (manque de flexibilité), le contrôle judiciaire (v. sur l'éviction du juge en droit du travail, M. Grévy, P. Henriot, *Le juge, ce gêneur...*, *RDT* 2013, p. 173 ; J. Icard, *Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?*, *Cah. soc.* 2013, n° 254, p. 280 et s.). V. dans une perspective comparative, O. Leclerc, O. Guamán Hernández, *Abécédaire comparé de l'ANI du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe ?*, *RDT* 2013, p. 204.

²³²⁷ P. Lokiec, Les idéologies de la simplification, op. cit.; M. Véricel, Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?, op. cit.

²³²⁸ T. Sachs, Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique, *Dr. soc.* 2015, p. 1019.

²³²⁹ Que partage également l'Union européenne. V. en ce sens les recommandations annuelles que la Commission adresse aux États membres (F. Canut, L'environnement européen de la flexisécurité, *Dr. soc.* 2014, p. 668 ; M. Schmitt, L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi, *RDT* 2014, p. 454).

²³³⁰ <http://www.oecd.org/fr/emploi/emp/>

²³³¹ V., pour une critique de cette doctrine de l'OCDE, R. Dalmaso, *Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique*, *Revue de l'IRES*, n° 82 - 2014/3, p. 37.

²³³² « *Il faudrait pouvoir simplifier et raccourcir les procédures de licenciement, en particulier pour les CDI. Une possibilité consiste à améliorer le fonctionnement de la justice prud'homale en raccourcissant les procédures et en augmentant significativement leur prévisibilité. Cette réforme renforcerait la sécurité juridique des employés et employeurs et la réduction des coûts de licenciement qui en résulterait aurait des effets positifs sur l'emploi* », OCDE, *Études économiques de l'OCDE*, France 2015, p. 35 et s.

626. - Le projet du comparatisme d'intimidation : la centralité du « prisme circulatoire²³³³ » des modèles juridiques. Le droit comparé éclaire et inspire le législateur. Il ne doit pas se substituer à lui. Il essaie d'étudier ce qui distingue un système juridique d'un autre en analysant leurs spécificités respectives (fonction cognitive²³³⁴). S'inscrivant dans le même ordre d'idées, les analyses comparatives en droit du travail tentent de développer une approche critique afin de débusquer les usages abusifs de la comparaison²³³⁵. S'il est traditionnellement présenté comme une méthode de connaissance critique du droit²³³⁶, ou comme une discipline ayant une fonction subversive²³³⁷, le droit comparé est considéré aussi comme une technique indispensable pour comprendre les ressorts du processus d'ouverture²³³⁸ des systèmes juridiques et de circulation des modèles juridiques²³³⁹. Or, le comparatisme d'intimidation prospère particulièrement sur ce dernier registre de la comparaison des droits en remplissant une double fonction : normative et prescriptive ; il plaide pour la promotion de la circulation des normes ou modèles juridiques d'ailleurs qu'il présente comme économiquement efficaces. En effet, le discours comparatiste majoritaire s'efforce, en utilisant la rhétorique de la globalisation²³⁴⁰ et l'appui de la politique de l'Union européenne, d'attacher à la « circulation des notions juridiques » une connotation positive chargée d'un ensemble d'implicites positifs ou de « préjugé optimiste²³⁴¹ ».

²³³³ L'expression est empruntée à Antoine Vauchez, *Le prisme circulatoire. Retour sur un leitmotiv académique*, Critique internationale, 2013/2 N° 59, p. 12.

²³³⁴ Fonction originelle et « essentielle » (v. not. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 14) de la comparaison des droits visant le perfectionnement de la connaissance du droit.

²³³⁵ « [...] the role of scholarship in comparative labor law most likely in the future will also consist in at least developing a critical approach toward the abuse of this fascinating method », M. Weiss, The future of comparative labor law as an academic discipline and as a practical tool, *Comparative Labor Law & policy Journal* 2005, p. 181.

²³³⁶ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991. Pour René David, le droit comparé contribue à dévoiler « la part d'hyperbole, de préjugé et de fiction » que comporte la théorie classique du droit national », R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Grands systèmes de droits contemporains*, Précis Dalloz, 10e éd, 1992, p. 4.

²³³⁷ H. Muir-Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, RIDC, 2000, p. 506.

²³³⁸ « L'idéologie de l'autosuffisance culturelle n'est autre chose que l'idéologie du retard », R. Sacco, Non, oui, peut-être, in. *Mélanges Christian Mouly*, tome 1, Litec, 1998, p. 165).

²³³⁹ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit., p. 116 et s.

²³⁴⁰ « [...] la circulation est le maître mot de la globalisation », C. Crewe, *La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe*, in. *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, coll. Mélanges, 2009, p. 506.

²³⁴¹ Une attitude semblable à celle observée dans le monde académique, v. A. Vauchez, *Le prisme circulatoire. Retour sur un leitmotiv académique*, Critique internationale, 2013/2 N° 59, p. 12.

627. - L'usage systématique de l'analyse économique comparée du droit d'obédience orthodoxe au sein des débats sur les réformes du droit du travail incite à l'émergence du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation.

§ 2 : Les usages incitant à l'émergence du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation

628. - Plan. L'émergence du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation doit être appréciée au regard de ses usages en droit du travail. Aux moins deux types d'usages peuvent être observés. D'une part ceux explicites qui sont les plus courants (**A**) et, d'autre part, les usages qu'on peut qualifier d'abusifs en ce qu'ils méconnaissent des règles élémentaires du droit comparé (**B**). Cette appréciation critique du discours comparatiste dominant est d'autant plus nécessaire que même les analyses comparatistes les plus sérieuses comportent une part d'erreur et un risque de manipulation, et qui dès lors doivent être utilisées avec une grande prudence. A ce sujet le Professeur Pierre Legrand n'hésite pas à rappeler la relativité de tout exercice comparatif : « *toute pensée juridique est relative, y compris celle du comparatiste. Celui-ci n'énonce pas des vérités mais une stratégie pour un enjeu, soit le rôle de la comparaison dans le droit qui détermine la place de la comparaison dans le droit*²³⁴² ». ».

A. Les usages explicites et courants de l'argument comparatiste

629. - Le regard porté sur les droits étrangers au sein du débat – initié par les tenants du comparatisme d'intimidation – sur le droit du travail français connaît des degrés d'intensité variables. Le traitement de l'information comparative peut prendre la forme d'une simple citation sommaire et descriptive (**1**) ; il peut également être plus poussé en se transformant en une véritable argumentation comparative – instrumentale – (**2**) destinée à emporter la conviction de ceux qui fabriquent la norme sociale. Dans ce dernier usage, le comparatisme n'entend pas saisir la particularité du droit français ; il sert davantage à pointer l'inadaptation

²³⁴² P. Legrand, *Sur l'analyse différentielle des juriscultures*, RIDC 1999, p. 1056. Souligné par nous.

de ce dernier aux défis du monde économique pour mieux plaider et faire accepter une réforme. En somme, il a une fonction de légitimation de la nécessité d'une réforme.

1. L'information comparative

630. - Edouard Lambert²³⁴³ critiquait au début du XX^e siècle la réduction de la comparaison à « *un simple recensement ou une simple statistique des diversités législatives*²³⁴⁴ ». Certaines analyses menées au prisme du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation illustrent à la perfection le prolongement des pratiques de la comparaison que dénonçait Lambert. Cette approche minimaliste du comparatisme, ne dépassant pas la simple mention de quelques éléments des législations étrangères, ne confère pas à l'argument de droit comparé une place centrale au sein de l'argumentaire que les uns ou les autres tiennent au sein des débats sur le droit du travail. Celui qui mobilise cette technique tend à faire, vaguement, apparaître grâce à l'information comparative l'existence de certaines tendances générales ou de solutions juridiques auxquelles le droit national adhère ou pas.

631. - Outil de communication. L'effet pervers de l'instrumentalisation de la comparaison est de réduire la référence au droit étranger à un simple élément de communication. Les références aux droits des « autres », investissant de plus en plus les travaux préparatoires du Parlement, les études des réseaux d'experts, les cercles de réflexions proches des groupes de pressions...etc., se contentent parfois d'indiquer très brièvement, en guise d'introduction les orientations ou les choix normatifs opérés à l'étranger.

632. - Le « législateur social », ouvert à l'argument comparatiste développé par certains savoirs (juridiques, économiques, sociologiques²³⁴⁵...etc.) sur le droit du travail

²³⁴³ Qui s'intéressait également au droit comparé du travail, v. E. Lambert, P. Pic, P. Garraud, *The sources and the interpretation of labour law in France*, Revue Internationale du Travail, vol. XIV, n° 1, 1926, pp. 1-36 ; E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, éd. Marcel Giard, 1921, réédité par Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005.

²³⁴⁴ E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Giard Paris, 1903, p. 917, téléchargeable à l'adresse suivante : <https://archive.org/details/lafonctiondudroi01lamb>

²³⁴⁵ M. Milet, L'argument sociologique au Parlement, in. D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 151.

instrumentalise lui-même, dans sa propre démarche, le recours à la comparaison dans le cadre des études de législation comparée. Certes, ces dernières suscitent l'intérêt des parlementaires pour les solutions juridiques étrangères, mais elles jouent, souvent, un rôle purement décoratif où aucun effort d'explication ou de mise en perspective comparative n'est fourni. L'invocation de la législation étrangère en vue de justifier, ou à l'inverse, de critiquer un dispositif juridique, constitue une ressource informative participant à la réalisation d'un objectif prédéfini. L'« arène » politique est par excellence le lieu de l'instrumentalisation de l'argument de droit comparé ; « (...) *l'utilisation des arguments tirés des droits étrangers qui est faite par les parlementaires, dans les rapports parlementaires et a fortiori dans les débats parlementaires, reste encore bien souvent rhétorique : il s'agit bien souvent d'arguments destinés à remporter une bataille...Mais n'est-ce pas la nature de l'activité politique ?*²³⁴⁶ ».

633. - L'expertise comparative internationale comme source d'information. Le succès de l'expertise internationale émanant des travaux des organisations internationales ne fait qu'encourager la diffusion de l'information comparative. Les résultats des analyses menées sous l'impulsion des institutions supranationales à caractère économique comme l'OCDE ou la Commission européenne, « *grands pourvoyeurs de données comparatives*²³⁴⁷ », sont utilisés dans le débat national comme une source de vérité (ou un argument d'autorité) qui devrait s'imposer aux producteurs de la norme sociale. Les comparaisons chiffrées, souvent suivies d'un classement ou *benchmarking* des législations nationales, constituent ainsi des références ou des repères – soustraites d'ailleurs à tout processus délibératif démocratique – incontournables pour ceux qui prétendent élaborer une réglementation travailliste efficace, juridiquement et économiquement.

²³⁴⁶ F. Rueda, Les « études de législation comparée » des assemblées parlementaires françaises : une utilisation pédagogique du droit comparé dans le travail législatif ?, *in*. M. Hecquard-Théron, Ph. Raimbault (dir), La pédagogie au service du droit, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques », 2011, p. 401.

²³⁴⁷ P. Hassenteufel, Comparaison, *in*. L. Boussaguet et al. (dir), Dictionnaire des politiques publiques, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2014, p. 148.

Cette catégorie d'informations comparatives soulève cependant quelques difficultés d'ordre méthodologique. L'une d'elles concerne le défaut « *d'extériorité de l'expert par rapport au décideur ... sa neutralité, son objectivité*²³⁴⁸ ».

La comparaison numérique ou d'indicateurs poursuit donc une visée autre qu'informatrice. Elle n'offre pas un outil qui facilite la compréhension, mais tend plutôt à « *formater, à installer la légitimité de « modèles », de politiques parfois au prix de l'évitement d'élucidation des problèmes et de débats sur les choix collectifs*²³⁴⁹ ». Ce « déficit » de légitimité et de neutralité qui plane sur l'expertise comparative internationale est un trait caractéristique du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation. Les documents et rapports officiels élaborés au sein de l'Union européenne fournissent une illustration de l'influence et de la puissance persuasive de ce genre d'expertises comparatives, surtout dans le cadre de la Méthode ouverte de coordination. Globalement, la comparaison nourrit au niveau européen en particulier « *le développement démesuré d'une information prévisionnelle prioritairement statistique, qui oriente les politiques publiques et plus généralement l'action des gouvernements*²³⁵⁰ ».

634. - L'utilisation de l'argument de droit comparé dans les travaux de l'analyse économique comparée ne peut qu'interpeller l'observateur attentif aux évolutions récentes du droit du travail. Le discours simplificateur diffusé par de nombreux acteurs (acteurs politiques, doctrine, institutions internationales (OCDE ou Union européenne), médias²³⁵¹) considère par exemple la « réussite » économique de certains pays (ex. modèle allemand²³⁵², modèle nordique...etc.) comme la résultante des réformes flexibilisant le marché du travail. La juxtaposition de monographies ou de notes descriptives et superficielles des différents

²³⁴⁸ V. Lasserre Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance, LexisNexis 2015, p. 26.

²³⁴⁹ O. Join-Lambert, M. Kahmann, Y. Lochard, Enjeux et usages de la comparaison internationale dans les publications de l'IRES, op. cit., p. 20.

²³⁵⁰ O. Join-Lambert, M. Kahmann, Y. Lochard, Enjeux et usages de la comparaison internationale dans les publications de l'IRES, op. cit., p.19.

²³⁵¹ Les dérives médiatiques du traitement de l'information comparative sont légion aujourd'hui : « *A une époque où l'intervention médiatique n'effraie pas, il y a une lex ferenda impliqué dans le moindre reportage* » J. Carbonnier, A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger, in. Essais sur les lois, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 121.

²³⁵² Pour une étude critique de l'instrumentalisation du « modèle » allemand, v. Ch. Blot, O. Chagny et Sabine Le Bayon, *Faut-il suivre le modèle allemand ?*, La Documentation française, coll. « Doc'en poche », série Place au débat, 2015.

droits nationaux du travail, menées souvent sans un éclairage sur les éléments de contexte²³⁵³, cède parfois la place pour le développement d'une autre figure du comparatisme d'intimidation : l'argumentation comparative.

2. L'argumentation comparative

635. - L'argument de la singularité du droit français par rapport aux autres droits.

Dans le cadre des travaux préparatoires, l'argument comparatiste sert à relever l'isolement du droit du travail français – ou sur un certain nombre de questions relatives à l'application de la législation de travail²³⁵⁴ – par rapport à ses homologues étrangers en vue de réclamer des réformes²³⁵⁵.

636. - La comparaison devient une stratégie argumentative pour tous ceux qui veulent faire libéraliser la régulation des relations de travail. Elle intervient aux côtés d'autres arguments tenant à des considérations économiques, sociales²³⁵⁶...etc. La matière des travaux préparatoires est significative²³⁵⁷.

²³⁵³ D'une manière générale, « réduire la comparaison à une collection de textes ou à une énumération des écoles et de leurs chefs de file revient à évacuer les facteurs constitutifs de chacun de ces éléments et altère délibérément les conditions d'une véritable comparaison », S. Simitis, Un débat International, in. A. Jeammaud (dir), Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2005, p. 150. Souligné par nous.

²³⁵⁴ V. par exemple, S. Rabiller, *L'introduction d'un service minimum dans les services publics de transport*, in. F. Melleray (dir), L'argument de droit comparé en droit administratif français, Bruylant, coll. Droit administratif/Administrative law, 2007, p. 191 ; v. égal. P. Cahuc, S. Carcillo, *Les juges et l'économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne : « un examen attentif des pratiques internationales en la matière montre que rares sont les pays où les pouvoirs publics ont un pouvoir discrétionnaire leur permettant de remettre en cause les licenciements pour motif économique dès lors que ce motif est bien réel, c'est-à-dire non lié à des raisons inhérentes à la personne [...]. Le motif économique est en général défini de manière assez peu précise, contrairement à ce qui se passe en France où la définition est particulièrement pointilleuse », p. 15.

²³⁵⁵ « [...] le dialogue social est parfois enserré dans un cadre très formel qui ne favorise pas la recherche de solutions. Les comparaisons internationales montrent que notre pays se caractérise par une culture de défiance qui n'est positive ni au plan social, ni au plan de la performance économique », Étude d'impact sur le projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, avril 2015, p. 15. Souligné par nous.

²³⁵⁶ Toutefois, « certains arguments se prêtent mieux que d'autres au détour comparatiste » (J.-P. Laborde, *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?*, op. cit., p. 15), comme c'est le cas de l'argument économique (compétitivité, emploi et investissement étranger...) en droit du travail.

²³⁵⁷ A l'instar de ce qui se fait généralement aujourd'hui dans le processus de production du droit au sein duquel il est fait place à une « pluralité de types d'arguments : économique, financier, historique, comparatiste,

637. - Travaux préparatoires et « *paradigme comparatiste* ». Analyser, voire évaluer le droit du travail au prisme du « *paradigme comparatiste* » peut s'inscrire dans une tendance contemporaine tendant à mobiliser « *un certain nombre de données de divers ordres afin de s'assurer de la pertinence de l'action engagée en prédisant les effets*²³⁵⁸ ». L'argument comparatiste – tel qu'il est mobilisé dans le processus d'élaboration de la règle de droit : exposés des motifs, projets et propositions de lois, rapports parlementaires, études d'impact,...etc. – vise principalement à emporter l'adhésion au projet auquel il apporte son soutien en présentant des données comparatives descriptives et brutes. En revanche dans un contexte de globalisation économique, d'internationalisation du droit et de perméabilité des systèmes juridiques, le rôle de la comparaison peut pour la première fois ne pas être « *purement décoratif*²³⁵⁹ ».

638. - A côté de cet usage qui s'apparente à « *une sociologie de tourisme*²³⁶⁰ » fort critiquable, les partisans du « *paradigme comparatiste* » essaient également, à l'instar de l'argument sociologique, d'« *expliquer des corrélations, des régularités, ou encore, des tendances*²³⁶¹ » qui transcendent parfois les spécificités des contextes nationaux²³⁶².

écologique, sanitaire, éthique, etc. tous ces arguments ont vocation à être mobilisés de diverses manières et avec une intensité variable pour chacune des études d'impact. Ils ont ceci de commun qu'ils viennent alimenter la discussion sur le bien-fondé de la réforme envisagée », S. Gerry-Vernières, *L'argument sociologique dans les études d'impact*, in. D. Fenouillet (dir.), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 168.

²³⁵⁸ S. Gerry-Vernières, *L'argument sociologique dans les études d'impact*, op. cit., p. 168.

²³⁵⁹ H. Muir-Watt, *Le droit comparé et l'internationalisation du droit*, in. J. du Bois de Gaudusson (dir.), *Le devenir du droit comparé en France*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 101.

²³⁶⁰ J. Carbonnier, *A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger*, in. Essais sur les lois, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 121.

²³⁶¹ S. Gerry-Vernières, *L'argument sociologique dans les études d'impact*, op. cit., p. 171.

²³⁶² À titre d'illustration, on peut citer l'étude d'impact du projet de loi pour la croissance et l'activité (NOR: EIXN1426821L/Bleue-1), du 10 décembre 2014, qui fait, dans le II de son article 87, la promotion des modes extrajudiciaires de règlement de litiges (médiation et conciliation) avant la saisine du juge – visant à l'abrogation de l'article 24 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative réservant la médiation conventionnelle dans les différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail aux seuls cas des transfrontaliers – dans la mesure où « *il s'agit là d'une tendance globale en matière civile, commerciale et sociale en France et dans l'Union européenne* ». Selon cette nouvelle disposition, en vigueur depuis la promulgation de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, n° 2015-990 du 6 août 2015, JO 7 août, « *les parties seront autorisées à saisir le conseil de prud'hommes d'une demande d'homologation judiciaire d'accords portant également sur des litiges internes. Cette disposition ne pourra donc que favoriser le recours à une médiation ou une conciliation dans un cadre extrajudiciaire puisqu'elle apportera une sécurité juridique aux accords issus de ces processus. Ce recours à la médiation et la conciliation extrajudiciaires ne restera qu'une faculté ouverte aux parties* ». Dans la même vaine, l'étude d'impact mobilise l'argument de droit comparé pour justifier

639. - Une utilisation sélective de la comparaison dans l'élaboration de la loi. Dans le cadre des études d'impact l'argument de droit comparé est mobilisé pour défendre les choix politiques du gouvernement. Il joue accessoirement un rôle de diffusion des informations sur les droits étrangers.

640. - Etude d'impact et simplification du droit. Les études d'impact²³⁶³, constituant l'un des instruments d'élaboration d'une réglementation dite intelligente, reflètent une conception économique et libérale de la production normative : « *il ne s'agit pas tant de limiter le nombre de normes que d'obliger l'Etat à élaborer une législation lui permettant de faire des économies*²³⁶⁴ ». Sans remettre complètement en cause cet outil de rationalisation de la production normative, les motivations de ce choix opéré par le législateur méritent d'être discutées²³⁶⁵. Si l'objectif peut paraître louable, il porte les traces d'une conception de l'intervention étatique. En effet, sous l'influence du discours économique principalement théorisé par le courant de *Law and Economics* de l'école de Chicago, le « *stock* » de normes juridiques d'origine étatique doit être drastiquement réduit. La cure serait un catalyseur pour la productivité économique et permettrait de drainer les investisseurs étrangers. L'approche économique de la production normative débouche inéluctablement sur un « *darwinisme normatif*²³⁶⁶ », profitant aux choix normatifs favorables à une gestion financière des relations sociales.

641. - Limites. Tant dans les travaux préparatoires que dans le discours dominant sur le droit du travail, le « *paradigme comparatiste* » trouve ses limites. Les lacunes du

l'introduction en droit du travail français (III de l'article 87 du projet de loi Macron) de la convention de procédure participative pour le règlement des litiges : « *Il s'agit d'un nouveau mode de négociation structurée, inspiré du droit collaboratif nord-américain* ». Comme si la seule référence au droit américain, archétype selon la doctrine néolibérale d'un droit favorable aux affaires, suffisait à présumer l'efficacité de cette disposition.

²³⁶³ Initialement réservé aux réglementations environnementales, le recours à des études d'impact a été généralisé à tous les projets de lois par la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. Désormais tous les projets de loi doivent être « *accompagnés d'une étude d'impact, réalisée par le Gouvernement, définissant les objectifs poursuivis, exposant les motifs du recours à une nouvelle législation, l'état actuel du droit dans le domaine visé, l'articulation du projet avec le droit européen, l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales des dispositions du projet et les modalités d'application envisagées ainsi que leurs conséquences* », v. not. sur cette question S. Gerry-Vernières, L'argument sociologique dans les études d'impact, op. cit., p. 165 et s.

²³⁶⁴ A.-S. Donolle, Les études d'impact : une révision manquée, RFDC, 2011, p. 513.

²³⁶⁵ V. en ce sens S. Paryer, *Le discours et la lutte contre l'inflation normative*, Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif, 2014, pp. 49-73.

²³⁶⁶ Pour une critique du « *darwinisme normatif* », v. A. Supiot, Le droit du travail bradé sur le « marché des normes », Dr. Soc. 2005, p. 1087.

comparatisme d'intimidation sont nombreuses. A titre illustratif, plusieurs propositions de lois ne font que de la citation comparative, dépourvues de véritables analyses de droit comparé²³⁶⁷. Les rapports parlementaires, aussi bien de l'Assemblée Nationale que du Sénat, se contentent de faire référence à la comparaison en avançant, pour défendre la promotion d'un nouveau dispositif juridique, le fait que ce dernier ait été adopté par un certain nombre de pays européens²³⁶⁸. Descriptive et instrumentale, l'analyse comparatiste se contente dans ces cas d'invoquer de façon allusive des références étrangères. Or, la compréhension des modèles étrangers de droit du travail ou de relations professionnelles nécessite que l'on saisisse au préalable leur construction, la tradition juridique et la culture des relations professionnelles qui les a engendrés. Brandir des modèles étrangers afin d'étayer des positions dogmatiques, sans saisir leur intelligence interne, compromet certainement la fonction cognitive (fonction essentielle ou principale) du droit comparé²³⁶⁹. Une règle juridique ne peut être intelligible que si elle est resituée dans son terreau historique et socioculturel d'origine.

642. - Instrumentalisation. A l'opposé de la linguistique juridique qui constitue « *un langage spécialisé*²³⁷⁰ », dont la maîtrise est difficilement accessible aux non-juristes, le discours comparatiste « propagandiste »²³⁷¹ en droit du travail est largement façonné par des non juristes. Il s'intègre dans une démarche plus globale avec des enjeux qui dépassent le seul aspect juridique de la réglementation des relations de travail, la comparaison n'est pas seulement une démarche intellectuelle poursuivant un objectif cognitif²³⁷² et utilement

²³⁶⁷ Par ex. la Proposition de loi n° 2165 de MM. Gérard Cherpion et Christian Jacob relative à la simplification et au développement du travail, de la formation et de l'emploi du 24 juillet 2014 vise, dans son article 2, à revenir aux 39 heures par semaine en donnant la « *priorité aux accords dans les entreprises par rapport aux accords de branche en ce qui concerne la majoration des heures supplémentaires. En effet, la France fait partie des pays où les salariés à temps plein ont une durée annuelle du temps de travail parmi les plus faibles d'Europe. Afin de redynamiser la croissance, qui est seule créatrice d'emploi, la proposition de loi traite d'un des tabous de la vie économique de notre pays, à savoir les 35 heures* » (p. 4).

²³⁶⁸ On peut citer ici l'exemple du CDI intérimaire : « *Le support juridique du CDI intérimaire existe déjà dans certains pays européens, en particulier aux Pays-Bas, en Allemagne et en Italie. Il concerne 5 à 7 % des intérimaires néerlandais, alors qu'en Allemagne, il a été transformé en CDD en raison des déviations qui ont caractérisé le dispositif. En Italie, le CDI intérimaire est relativement récent* », Rapport n° 847 fait par M. Jean-Marc Germain (Tome I), au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, p. 228. Sur les problématiques posées par l'instauration du CDI intérimaire, v. G. Bargain, Le CDI intérimaire, outil de sécurisation ou de flexibilité ? Prendre le droit du travail au sérieux, RDT 2014, p. 522.

²³⁶⁹ Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 14.

²³⁷⁰ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2005, n° 2, p. 16.

²³⁷¹ J. Carbonnier, A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étrange, op. cit., p. 121.

²³⁷² « [...] la comparaison ne relève pas que de l'intellection. Elle est aussi affaire d'impact et d'ébranlement. Elle doit émouvoir », P. Legrand, Sur l'analyse différentielle des jurisprudences, RIDC, 1999, p. 1062.

subversif²³⁷³ ; elle est une affaire de stratégie dépassant la simple observation des droits étrangers. Ainsi, la compréhension des usages de l'argument de droit comparé supposerait de s'intéresser aux producteurs et aux destinataires de tel argument. Celui qui utilise la comparaison devrait dévoiler ses intentions. Or, certains tenants du discours comparatiste sur le droit du travail français font davantage parler la comparaison en faveur de choix économiques et politiques préconçus ; ils l'utilisent comme prétexte afin de plaider en faveur des thèses prétendant promouvoir le changement et la modernisation du droit du travail contre les forces sclérosantes du conservatisme²³⁷⁴.

643. - Le « comparatisme de l'influence »²³⁷⁵. L'importance du recours et du rôle à la comparaison « *comme technique d'argumentation*²³⁷⁶ » semble double dans le cadre du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation : d'une part, il permet pour les acteurs de trouver une légitimité pour leurs préconisations, d'autre part, l'argument comparatiste est considéré comme un instrument indispensable pour expliquer et engager des réformes législatives : « *la référence au droit comparé fournit presque toujours matière à un argument d'autorité. Le détour par l'étranger n'est jamais gratuit, ni dans son principe, ni dans la direction qu'il prend. Mis au service d'une thèse particulière, il convoque un ou plusieurs systèmes juridiques soigneusement choisis, sans doute parce qu'ils ont valeur d'exemple, mais surtout en raison de l'influence, voire de la domination qu'ils exercent sur leur environnement*²³⁷⁷ ». Ainsi, la manipulation de l'argument comparatiste d'intimidation assume une fonction de communication semblable à celle des techniques de la communication politique.

644. - Cette manière de manipuler l'argument de droit comparé révèle une certitude : la comparaison des droits ne joue pas pleinement son rôle bénéfique dans le processus d'édiction de la norme.

²³⁷³ L'ambition subversive de la comparaison des droits est « *de nature à libérer le raisonnement juridique de certains carcans conceptuels sclérosants en ouvrant la porte à d'autres grilles de lecture* », H. Muir-Watt, La fonction subversive du droit comparé, RIDC, 2000, p. 503.

²³⁷⁴ O. Join-Lambert, M. Kahmann, Y. Lochard, *Enjeux et usages de la comparaison internationale dans les publications de l'IREs*, La Revue de l'Ires 2012/2 (n° 73), pp. 13-43.

²³⁷⁵ J.-P. Laborde, Le droit social comparé : pourquoi et comment ?, op. cit., p. 13.

²³⁷⁶ Ibid.

²³⁷⁷ J.-P. Laborde, Le droit social comparé : pourquoi et comment ?, op. cit., p. 15.

645. - Au sein de ce jeu d'influences, les analyses développées selon les canons du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation en droit du travail se caractérisent par la mobilisation de certaines techniques qui excellent dans l'usage abusif de la comparaison.

B. Les usages abusifs de l'argument comparatiste : la greffe juridique

646. - L'invocation des modèles juridiques étrangers comme stratégie de justification de propositions de réformes, les demandes de transplantation ou de « greffe juridique », se sont multipliées ces dernières années pour plusieurs raisons. La globalisation économique et la fulgurante montée en puissance de la rhétorique de la compétitivité, désormais enjeu commun pour les interlocuteurs sociaux²³⁷⁸ et l'Etat, au sein des débats sur la réglementation de travail ne peuvent que soutenir l'opportunisme de la doctrine du comparatisme d'intimidation. L'un des abus consiste à solliciter la transplantation²³⁷⁹ d'une institution juridique étrangère en droit national (1). Les illustrations de cet usage du droit comparé sont nombreuses ; on se contentera d'évoquer les propositions plaidant pour la création en France des conseils d'entreprise à l'image de ceux existant en Allemagne (2).

1. Quelques données théoriques

647. - Influences croisées. Une loi immuable et indéformable est difficilement concevable dans nos sociétés postindustrielles marquées par la prolifération des normes juridiques et l'ouverture du droit interne aux « droits d'ailleurs » (étatiques et supra-étatiques). L'évolution des catégories juridiques du droit du travail français en témoigne. Gérard Lyon-Caen relevait ainsi : « *Je crois que ce qui est remarquable en droit du travail, c'est le constant renouvellement des catégories qui est dû à l'influence des pays voisins....A*

²³⁷⁸ C. Sauviat, C. Serfati, La compétitivité de l'industrie française : évolution des débats, initiatives et enjeux, IRES, document de travail n° 04, mai 2013.

²³⁷⁹ Pour un spécialiste du droit comparé du travail « *l'idée de transplantation n'est [...] plus dans l'air du temps et, dans la plupart des cas, on se borne à parler d'une simple source d'inspiration* », X. Blanc-Jouvan, *L'influence du Code civil sur les codifications étrangères récentes*, in. Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec. 2004, p. 480.

*propos de l'influence des pays voisins, chose très frappante en ce qui concerne les catégories juridiques du droit du travail, j'ai longtemps pensé qu'un seul avait influencé la France. J'ai révisé un peu mon point de vue. Je pense que deux pays nous ont influencés, l'Angleterre, pays de la révolution industrielle, et l'Allemagne, pays de la paix sociale*²³⁸⁰ ». Ce constat dressé n'inscrit sans doute pas les influences étrangères reçues par le droit du travail français dans un processus de greffe juridique²³⁸¹ auquel ce dernier serait le terrain ; il reflète plutôt l'ouverture du législateur français aux idées qui inspirent les droits d'ailleurs. La doctrine comparatiste en est d'ailleurs convaincue : « *ce qui se produit surtout dans le monde actuel nous paraît être moins un transfert de normes qu'un transfert d'idées, d'influences. L'expérience de différents pays montre qu'on ne trouve presque pas de transplantations à l'état pur et que les normes transférées sont plus ou moins modifiées*²³⁸² ». La description correspond dans le langage des comparatistes à la technique d'hybridation, celle qui présuppose l'existence d'une « *interaction suffisamment réciproque*²³⁸³ » entre la norme d'ailleurs et le droit local, à l'opposé de la transplantation ou de la notion de réception²³⁸⁴ qui

²³⁸⁰ G. Lyon-Caen, *La pertinence des catégories juridiques du droit du travail*, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2001, p. 120.

²³⁸¹ La notion de « greffe juridique » est définie comme « *une technique de droit comparé consistant à introduire dans un système juridique un élément provenant d'un autre système juridique dans lequel il a démontré son utilité et son bon fonctionnement* », A.-J. Arnaud (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2^{ème} éd. LGDJ. 1993, p. 273. Sur le caractère aléatoire du succès de la greffe juridique les réflexions savantes de Montesquieu, l'un des pères fondateurs du droit comparé, datant du XVIII^e siècle restent toujours d'une grande actualité. Il décrivait le succès de la greffe juridique comme « un très grand hasard » (Montesquieu, De l'Esprit des Lois, Livre I (Des Lois en général), Chapitre III (Des Lois positives). Consultable sur le site de la Bibliothèque nationale de France : ftp://ftp.bnf.fr/555/N5550771_PDF_1_-1DM.pdf

²³⁸² S. Ivanov, Sur les études comparatives en droit du travail, RIDC, 1985, p. 388.

²³⁸³ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit* (II). *Le pluralisme ordonné*, Seuil, coll. La couleur des idées, 2006, p. 103.

²³⁸⁴ « *Notion unilatérale, quasi-coloniale* », J. Carbonnier, Conclusion, in. Boissonnade et la réception du droit français au Japon, RIDC, n° 1991, p. 424. « *Tandis que l'acculturation peut se limiter à une institution, ou même à une règle isolée, la réception est un phénomène global. C'est l'ensemble d'un système juridique étranger qui est reçu, introduit, intégré par la société nationale, du moins, est-ce le principe [...] L'explication est tantôt politique, tantôt économique [...]* », J. Carbonnier, Sociologie juridique, op. cit., p. 384. Pour René David, l'explication – un petit peu idéaliste – de l'opération de réception serait plutôt essentiellement juridique. René David considérait que la réception d'un droit d'ailleurs peut s'expliquer parfois par l'existence d'une culture juridique commune ou d'une volonté de faire la promotion d'un certain nombre de valeurs : « *ce qui est essentiel dans la réception d'un système [...] ce n'est pas l'adoption des règles particulières de ce droit, mais c'est plutôt l'adoption des catégories et concepts de ce droit, des principes qui l'inspirent, des méthodes qui sont celles de ses juristes* », R. David, *Le droit comparé, Droits d'hier, Droits de demain*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1982, p. 185.

Par ailleurs, selon le style remarquablement imagé de Carbonnier, la réception du droit étranger se distingue de l'opération d'emprunt : « *Une chose est de boire quelques gouttes de vin étranger, autre chose de changer de peau ; tandis que l'emprunt de règles ou même d'institutions se laisse doser au poids des avantages et des inconvénients, la réception demande au droit récepteur un abandon total du corps et de l'esprit* », (J. Carbonnier, préface à la thèse de A. C. Papachristos, La réception des droits privés étrangers comme phénomène

s'intègre traditionnellement dans une vision hiérarchique et hégémonique²³⁸⁵ des relations entre systèmes juridiques.

648. - En plaçant pour la transplantation juridique, les analyses menées sous l'égide du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation réactualisent cette approche conflictuelle des rapports entre les systèmes juridiques. De la sorte, elles contribuent au renforcement d'une opinion répandue limitant le recours à la comparaison des droits à la fonction de recherche des institutions, normes ou solutions modèles, « *aussi appelée fonction d'importation/d'exportation*²³⁸⁶ »²³⁸⁷.

649. - « *Legal Transplant* » (**transplantation juridique**). Plusieurs analyses comparatistes considèrent que le progrès du droit se fait principalement grâce aux imitations réciproques auxquelles se livrent les législateurs nationaux. Selon le Professeur Alan Watson, théoricien de la notion de *Legal Transplant* (transplantation juridique)²³⁸⁸, la greffe juridique serait l'un des vecteurs essentiels d'échanges entre cultures juridiques et la « *première source de développement juridique à travers le monde*²³⁸⁹ ». Le « voyage » d'une règle juridique ou d'une institution est, dans cette optique, parfaitement concevable ; le droit peut donc être dissocié de son substrat politique, économique, social...etc.²³⁹⁰. L'opération d'emprunt

de sociologie juridique, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 142, 1975, p. XVI, cité par C. Pérès, La réception du droit souple par les destinataires, in. Le droit souple, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2009, p. 97.

²³⁸⁵ « Avec le progrès de la globalisation, les pratiques d'emprunt et de mimétisme institutionnel prennent une nouvelle dimension. Les processus de production des référentiels s'internationalisent, la lutte des Etats pour imposer leur propre vision du monde devient plus cruciale. Le développement des comparaisons internationales n'est pas étranger à cette recherche d'hégémonie », B. Jobert, Politique de comparaison, in. M. Lallement, J. Spurk (dir), Stratégie de la comparaison internationale, éd. CNRS, 2003, p. 325.

²³⁸⁶ G. Igl, *Le droit social comparé, pourquoi et comment ?*, in. Le droit social comparé : pourquoi et comment ? Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994 p. 21.

²³⁸⁷ La logique de l'importation de bonnes pratiques est généralement critiquable dans le domaine des sciences sociales : « *Là comme ailleurs les bonnes pratiques ne s'importent pas. Elles s'élaborent à partir de ce que l'on est* », R. Salais, Du bon (et du mauvais) emploi des indicateurs dans l'action publique, in. A. Supiot (dir.), Protection sociale et travail décent, Sem. soc. Lamy 2006, supp., n° 1272, p. 81 ; R. Salais, Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance, Revue française des affaires sociales 1/ 2010 (n° 1-2), pp. 129-147.

²³⁸⁸ Chef de fil de « *l'école des pro-greffes* », C. Valcke, *La greffe juridique en droit comparé*, in. *Internalisation du droit, internalisation de la justice*, 3^{ème} congrès de l'association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), 21-23 juin 2010 Cour Suprême du Canada Ottawa, p. 86, spéc., p. 91 et s. (http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf/Internalisation_du_droit.pdf).

²³⁸⁹ Ibid.

²³⁹⁰ « *The recipient system does not require any real knowledge of the social, economic, geographical and political context of the origin and growth of the original rule* », A. Watson, Legal Transplants and Law reform, Law Quarterly Review 1976, p. 79. V. égal. sur cette question, du même auteur, Legal Transplants, 2nd éd.,

juridique est, selon cet auteur, une démarche économiquement efficiente et une source féconde pour toute réforme législative²³⁹¹. Faisant abstraction de la diversité et de la pluralité des valeurs la thèse de Watson fournit un argument solide pour « *ceux qui conçoivent le droit, les différents droits existant de par le monde comme partageant un fondement philosophique universel*²³⁹² » ; parmi eux, figurent les adeptes de l'analyse économique du droit qui présentent l'impératif de l'efficacité économique comme un fondement universel qui devrait sous-tendre la règle juridique, et par conséquent les initiatives de greffe juridiques. Dans cette optique, on pourrait aisément établir une filiation entre le discours d'efficacité économique – conjuguant argument concurrentiel et argument comparatiste – en droit du travail et la théorie de « *Legal Transplants* ».

650. - L'analyse comparative des différents concepts appelle à une grande prudence pour ne pas succomber à des conclusions générales. Dans un article publié en 1974, Otto Kahn-Freund avait mis en évidence les dangers de telles dérives²³⁹³ ; selon cet auteur, les particularismes nationaux constituent des obstacles majeurs d'une « *legal transplantation* » (transplantation légale) d'un système juridique à un autre. Le droit du travail, surtout dans sa dimension relative aux relations collectives de travail, illustre à merveille l'influence grandissante des aspects culturels (politiques, sociétaux, historiques...etc.) vis-à-vis desquels la démarche comparative devrait être attentive, nonobstant la dilution progressive des frontières et la perméabilité accrue des droits nationaux aux influences venues « *d'ailleurs* ». De la sorte, toute tentative de greffe juridique, ou d'utilisation de l'argument de droit comparé, si elle n'est pas accompagnée d'une connaissance suffisante du contexte légal, social et politique du pays importateur, court un risque de rejet²³⁹⁴. Cette mise en garde

University of Georgia Press, 1993 ; Comparative law and legal change, Cambridge Law Journal 1997, p. 321.

²³⁹¹ « *In most places at most times borrowing is the most fruitful source of legal change* », A. Watson, Aspects of Reception of Law, American Journal of Comparative Law, 1996, p. 335 : « It goes without saying that practical utility is the basis for much of a reception of law. It is simply economically efficient to borrow ».

²³⁹² C. Valcke, *La greffe juridique en droit comparé*, op. cit., p. 91.

²³⁹³ O. Kahn-Freund, *On Uses and misuses of comparative law*, The Modern Law Review, V. 37, January 1974, n° 1, pp. 1-27, pour le droit du travail, v., *spéc.*, p. 20 et s.

²³⁹⁴ O. Kahn-Freund, *On Uses and misuses of comparative law*, op. cit., p. 27: « [...] *any attempt to use a pattern of law outside the environment of its origin continues to entail the risk of rejection. The consciousness of this risk will not, I hope, deter legislators in this or any other country from using the comparative method. All I have wanted to suggest is that its use requires a knowledge not only of the foreign law, but also of its social, and above all its political, context* ».

méthodologique prodiguée par Otto Kahn-Freund ne devra toutefois pas dissuader les producteurs de la norme sociale de faire appel aux multiples atouts du droit comparé²³⁹⁵.

651. - Le soubassement politique de l'idée de migration juridique. Si la migration d'une institution juridique est possible entre systèmes juridiques, c'est essentiellement, parce qu'elle est l'expression d'une décision souveraine des autorités étatiques locales utilisant une « *technologie importée pour des raisons de stratégie législative*²³⁹⁶ ». Les emprunts volontaires de règles venues d'autres ordres juridiques sont rendus possibles par l'intervention du pouvoir politique ; « *chaque ordre juridique peut intégrer des contenus valides dans des ordres différents : si un système intègre telle ou telle donnée d'un autre, celle-ci sera valide dans le système qui l'intègre, en tant que règle de ce système, en raison des règles de ce système qui ont permis cette opération et non en raison de la nature intrinsèque de la règle intégrée ou en vertu des règles du système dont elle provient*²³⁹⁷ ». Par exemple, une norme travailliste appartenant à un droit étranger qui y a produit des effets positifs sur le plan socio-économique – taux de chômage, paix sociale, absence de conflits collectifs, maximisation des profits...etc. – n'intégrera légalement un autre droit national du travail qu'en respectant les procédures d'élaboration de normes juridiques en vigueur dans ce dernier. Dans ce processus, qui précède toute opération de migration, de transposition ou de « *greffe juridique* » qu'il réside l'intérêt d'une étude sur la circulation de modèles juridiques visant à saisir les véritables motivations des acteurs du droit du travail²³⁹⁸.

652. - Equivalence conceptuelle et fonctionnelle. L'une des questions théoriques fondamentales de la comparaison des droits est de savoir si les concepts et institutions comparés assument des fonctions équivalentes. Certaines institutions de droit du travail n'ont pas toujours leurs équivalents fonctionnels ou notionnels à l'étranger alors que la comparaison porte sur des systèmes juridiques traversés par des mouvements communs et subissent des influences similaires (globalisation de l'économie, flexibilisation des marchés du travail, précarisation du salariat, décentralisation de la négociation collective et privatisation de

²³⁹⁵ O. Kahn-Freund, *On Uses and misuses of comparative law*, op. cit., p. 27: « *The consciousness of this risk will not, I hope, deter legislators in this or any other country from using the comparative method* ».

²³⁹⁶ J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, p. 418.

²³⁹⁷ O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, RIDC 2001, p. 277.

²³⁹⁸ « *La notion de transferts de droit appelle une analyse, au cas par cas, des acteurs de ces processus sociopolitiques qui font usage du droit* », J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, op. cit., p. 418.

l'élaboration de la norme sociale...etc.). L'exercice comparatif doit surmonter un défi capital relatif aux ressemblances terminologiques qui cachent souvent des dissemblances conceptuelles et fonctionnelles importantes. Cette mise en garde préalable, nécessaire pour la validité de la recherche comparative, n'empêche pas l'étude des notions en apparence (appellation) différentes, mais qui pourraient répondre à des besoins similaires ou remplir des fonctions semblables. Si la comparaison de certaines institutions du droit du travail des pays industrialisés – ayant presque le même degré de développement socio-économique et partageant des références culturelles communes – pose moins de difficultés, des problèmes d'équivalence peuvent subsister. En somme, une norme travailliste, considérée comme efficiente dans un pays A n'engendrera pas nécessairement les mêmes effets dans un pays B. La transplantation et l'acclimatation d'un « *droit venu d'ailleurs* », selon la célèbre expression de Carbonnier²³⁹⁹, ne sont pas des opérations parfaitement maîtrisables²⁴⁰⁰ ; pis encore, elles peuvent s'avérer préjudiciables à la cohérence du système juridique « importateur ».

653. - Par exemple, le comité d'entreprise français et le conseil d'entreprise allemand « Betriebsrat » participent, certes, tous les deux à l'expression des intérêts des salariés au sein de l'entreprise ; mais la composition, les compétences et les pouvoirs respectifs sont différents. Deux comparatistes allemands, K. Zweigert et H. Kötz suggèrent, pour la faisabilité de la comparaison, que le comparatiste focalise ses recherches sur l'identification des buts et des fonctions se cachant derrière la diversité des techniques et des énoncés normatifs. Pour ces deux auteurs, le droit comparé ne doit pas se contenter d'étudier les seules différences apparentes entre les dispositifs juridiques nationaux (normes, institutions et concepts), puisque c'est davantage dans les spécificités de la pensée juridique qui les sous-tend que l'on peut découvrir les différences²⁴⁰¹. Cette perspective est riche d'enseignements ; elle exige une approche pluridisciplinaire, puisque la comparabilité ou la non-comparabilité des droits s'inscrit dans une approche sociétale qui devient elle-même objet d'analyse.

²³⁹⁹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2006, p. 47 : « [...] *il est des droits venus d'ailleurs qui portent à notre droit un intérêt possessif. A la vérité, les droits venus d'ailleurs sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire, ni territoire : ils ont surgi d'abstractions* ».

²⁴⁰⁰ « *En d'autres termes, on peut arracher la fleur, mais pour l'implanter et la faire fleurir ailleurs elle doit retrouver les mêmes conditions de sol et de météorologie* », G. Igl, *Le droit social comparé, pourquoi et comment ?*, in. *Le droit social comparé : pourquoi et comment ? Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 1994 p. 21.

²⁴⁰¹ K. Zweigert et H. Kötz, *An introduction to Comparative Law*, 3^{ème} édition, Oxford, 1998, p. 70.

654. - La réussite d'une transplantation juridique exige au préalable un travail d'explication et de vérification de la compatibilité des dispositions greffées avec le tissu normatif et sociétal local pour prévenir et réduire le risque d'un éventuel rejet²⁴⁰². Cette étape est largement ignorée dans le cadre du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation, où les normes et institutions étrangères sont choisies pour leur capacité, réelle ou supposée, à atteindre un objectif particulier (économique). L'exemple des propositions prônant l'importation de l'institution du conseil d'entreprise allemand « Betriebsrat » en France, comme remède à l'inefficacité du droit des institutions représentatives du personnel, illustre cette vision tronquée.

2. L'exemple du conseil d'entreprise

655. - Représentation des salariés. Le système français de relations professionnelles se distingue en matière d'organisation du dialogue social et de représentation des salariés au sein de l'entreprise par l'existence de deux blocs d'instances représentatives du personnel distincts²⁴⁰³ : les instances de négociation et de revendication d'un côté, les instances de concertation ou de participation de l'autre. Cette séparation correspond à la coexistence au sein du droit français d'un système reposant sur un double canal de représentation des salariés²⁴⁰⁴ : une représentation syndicale et une représentation élective. Ce système dualiste,

²⁴⁰² « Il est douteux que l'on puisse emprunter correctement une norme ou un modèle sans une information plus ou moins précise sur son efficacité dans le pays d'origine. Cela vaut aussi bien pour les systèmes juridiques de même type que pour les systèmes contrastés. La valeur réelle d'une norme ou d'un modèle juridique dans son mécanisme « natal » doit être étudiée et testée sous tous les aspects. C'est d'autant plus important qu'en cours de transfert il est utile de dégager les avantages et les faiblesses éventuelles de la norme ou du modèle en conservant les uns et en supprimant les autres dans la mesure du possible et de trouver des moyens appropriés pour leur application réelle », S. Ivanov, Sur les études comparatives en droit du travail, RIDC, 1985, p. 388.

²⁴⁰³ V. pour une présentation historique et comparative de cette question, J. Le Goff, *Petit traité de droit du travail : droit du travail et société. Les relations collectives de travail*, Tome 2, P.U.R., 2002, pp. 30-55 ; C. Dufour, A. Hege, *Evolutions et perspectives des systèmes de négociation collective et leurs acteurs : six cas européens : Allemagne, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suède*, IRES 2010.

²⁴⁰⁴ Ce système dualiste ou à double canal s'oppose au système moniste ou à canal unique, se caractérisant par une représentation syndicale unitaire ayant vocation à négocier des accords d'entreprise, qui prévaut notamment en Angleterre et aux Etats-Unis. Sur les limites de cette distinction et l'apport du droit de l'Union européenne, S. Laulom, *Les évolutions contrastées des systèmes nationaux de représentation des travailleurs dans l'entreprise*, in S. Laulom (dir.), *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 279 et s. ; S. Laulom, *Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie et France)*, in M.-A. Moreau (dir.), *La représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière du droit*

encadré par des règles d'origine législative²⁴⁰⁵, organise l'action et les prérogatives – information, consultation, participation, négociation collective – d'une pluralité d'acteurs : représentants syndicaux et élus du personnel. Cependant, les frontières des fonctions et des modes de création de ces deux représentations des salariés ne sont pas parfaitement hermétiques. Plusieurs évolutions législatives en attestent. Depuis la loi expérimentale du 12 novembre 1996²⁴⁰⁶, consolidée par celles du 4 mai 2004²⁴⁰⁷ et du 20 août 2008²⁴⁰⁸ et récemment modifiée par la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015²⁴⁰⁹ et celle du 8 août 2016²⁴¹⁰, les représentants élus (les représentants élus du personnel au comité

comparé, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires 2012, p. 113.

²⁴⁰⁵ Cette construction dualiste est largement l'œuvre de l'interventionnisme étatique structurant traditionnellement, grâce au rang constitutionnel de la liberté syndicale (« *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* », alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946) et du principe de participation (« *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* », alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946), les relations professionnelles (J. Dirringer, Les sources de la représentation collective des salariés Contribution à l'étude du droit, Préf. E. Dockès, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2015). La loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015, dite loi *Rebsamen*, consolide la logique de dérogation conventionnelle – qui concernait dans le droit antérieur des exceptions limitées : ex. la conclusion d'accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou le regroupement des informations périodiques dans les entreprises d'au moins 300 salariés (C. trav., art. L. 2323-61) – et de l'accord majoritaire dans l'organisation du dialogue social, marquant une rupture avec la conception traditionnelle de l'ordonnancement des relations collectives de travail (droit des accords collectifs, droit de l'information et de la consultation, droit de la représentation syndicale). En somme, le législateur social accorde aux interlocuteurs sociaux au sein de l'entreprise le droit de réaménager et de déterminer eux-mêmes les règles du dialogue social. L'accord collectif majoritaire devient la « *clé d'une restructuration de la représentation élue du personnel dans les entreprises de plus de 300 salariés* » (nouveau titre IX, « Regroupement par accord des institutions représentatives du personnel », C. trav., art. L. 2391-1 à L. 2394-1) (C. Nicod, *La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration*, RDT, 2015, p. 549), et permet désormais, dans certaines limites et à certaines conditions, de modifier la temporalité et le périmètre des obligations de négocier pesant sur l'entreprise (A. Fabre, *Réforme des obligations de négocier dans l'entreprise : l'âge de raison ?* Dr. soc. 2015, p. 882). « *Voilà maintenant qu'il [le droit des relations collectives de travail] suit le même chemin que des corps de règles nettement plus coutumiers de cette technique (droit du temps de travail, droits des licenciements pour motif économique, etc.) en voyant pas moins de deux questions centrales basculer dans le champ du négociable : l'architecture des institutions représentatives du personnel et la configuration des obligations de négocier. On pourrait y voir une preuve supplémentaire de l'extension grandissante de la dérogation conventionnelle à la loi, portée par le même objectif d'adaptation des règles applicables aux entreprises* », A. Fabre, *Réforme des obligations de négocier dans l'entreprise : l'âge de raison ?* Dr. soc. 2015, p. 888.

²⁴⁰⁶ Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, transposant l'Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995.

²⁴⁰⁷ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

²⁴⁰⁸ Loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

²⁴⁰⁹ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. v. B. Gauriau, La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, Dr. soc. 2015, p. 878 : « *La loi nouvelle propose trois options : accord négocié avec des élus mandatés, approuvé par référendum ; accord négocié avec des élus non mandatés, validé par la commission de validation dans la branche ; accord négocié avec un non élu mandaté, approuvé par référendum* ».

²⁴¹⁰ La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la

d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou les délégués du personnel²⁴¹¹) peuvent, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, être habilités à négocier des accords collectifs. Un autre élément de ce rapprochement réside dans l'apport majeur de la loi du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale, qui relie la légitimité et la capacité des représentants syndicaux à défendre les intérêts des salariés et à négocier des accords collectifs à leur audience électorale obtenue aux élections professionnelles dans l'entreprise. En somme, comme l'a relevé le Professeur Corinne Sachs-Durand, « *les réformes des vingt dernières années ont rendu les rôles des uns et des autres plus complexes et ont créé des interférences nouvelles entre les institutions présentes dans l'entreprise, à tel point que l'on peut se demander si ces évolutions n'annoncent pas la naissance, à plus ou moins long terme, d'une institution unique*²⁴¹² ».

656. - La fusion²⁴¹³ des institutions représentatives du personnel : la création du conseil d'entreprise²⁴¹⁴. Cette idée d'instance unique de représentation du personnel séduit le

sécurisation des parcours professionnels.

²⁴¹¹ C. trav. Art. L. 2232-21 et s.

²⁴¹² C. Sachs-Durand, Syndicat et institutions représentatives dans l'entreprise : les prémices d'un nouveau système ?, in. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz, 2015, p. 831.

²⁴¹³ Une partie de la doctrine travailliste française déplore le caractère timide et incomplet des réformes successives qui permettent le regroupement des instances de représentation du personnel (B. Teyssié, *Pour une réforme du droit de la représentation du personnel dans l'entreprise*, in. *Droits du travail Emploi Entreprise*, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 231, spéc., p. 237). Pour le Professeur Bernard Teyssié « *un authentique regroupement d'instances suppose d'aller plus loin, jusqu'à la suppression d'une des instances en concours. Il pourrait en être ainsi en ce qui concerne le duo que forment le comité d'entreprise et le CHSCT par suppression de ce dernier et transfert de ses compétences au premier, enrichi d'une commission spécialisée dévolue aux questions d'hygiène, de santé et de sécurité. Ainsi prendrait fin le chassé-croisé des consultations du comité d'entreprise et du CHSCT* » (B. Teyssié, *Pour une réforme du droit de la représentation du personnel dans l'entreprise*, op. cit.). V. également, sur cette dernière proposition de fusion, J.-F. Cesaro, A. Martinon, B. Teyssié, *Du CHSCT à la commission santé et sécurité du comité d'entreprise*, JCP S, n° 25, 21 juin 2011, 1291 : « *Entre comité d'entreprise et CHSCT des rapports de concurrence se sont établis. Ils s'accompagnent d'une sensible aggravation de la complexité de gestion de l'entreprise. Rationaliser la mécanique de l'information et de la consultation des représentants du personnel sur le triptyque formé de l'hygiène, de la sécurité et des conditions de travail s'impose. Une refonte du dispositif doit être opérée. Elle passe par la substitution au CHSCT d'une commission spécialisée du comité d'entreprise : la commission santé et sécurité* ». Rappelons que cette proposition doctrinale a été reprise par le patronat lors des négociations nationales interprofessionnelles – qui ont d'ailleurs échoué à aboutir à un accord –, initiées conformément à la procédure de l'article L. 1 du Code du travail, relatives, selon le document d'orientation envoyé (29 juillet 2014) par le gouvernement aux organisations patronales et syndicales, « à la qualité et l'efficacité du dialogue social dans les entreprises et à l'amélioration de la représentation des salariés ». Le Medef avait, notamment, suggéré la suppression du CHSCT qui serait remplacé par une commission au sein du conseil d'entreprise. V. sur le déroulement et les différentes propositions faites par les acteurs sociaux lors de ces négociations, J. Freyssinet, *La modernisation du dialogue social*, LaSaire (Laboratoire Social d'Actions d'Innovations de Réflexions et d'Échanges) Note n° 46, mars 2015.

²⁴¹⁴ M. de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministère des affaires sociales et du Travail et de la Solidarité, La Documentation Française 2004, proposition n° 24. R. Hadas-Label, Pour un

patronat français²⁴¹⁵ qui propose la création d'un conseil d'entreprise sur le modèle du « Betriebsrat » allemand²⁴¹⁶. Les organisations patronales et les cercles de réflexions²⁴¹⁷, qui gravitent autour d'elle, n'ont eu de cesse de réclamer la création d'une instance unique de représentation de la collectivité du travail au sein de l'entreprise qui se dénommerait conseil d'entreprise. Le centre des jeunes dirigeants milite depuis les années 1980 pour l'instauration d'un conseil d'entreprise, une instance qui regrouperait les prérogatives des représentants syndicaux, délégués du personnel, comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail et comité d'entreprise²⁴¹⁸. Le conseil d'entreprise serait ainsi la seule institution représentative du personnel reconnue au sein de l'entreprise. Les fonctions de consultation et de négociation des accords collectifs appartiendraient à une seule instance. Lors des négociations nationales qui ont précédé la loi du 17 août 2015, le projet de création d'un conseil d'entreprise a été présenté comme une réponse pour l'amélioration et la rationalisation des institutions représentatives du personnel. Selon l'idée défendue par les partisans d'une telle « greffe » du « Betriebsrat » allemande²⁴¹⁹, la création d'une instance unique de dialogue, de concertation, de consultation et de négociation aux compétences élargies contribuerait à simplifier et à

dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales, rapport au Premier ministre, La Documentation française, mai 2006, p. 106. La doctrine travailliste reste divisée sur cette question de fusion des instances représentatives du personnel, v. not. F. Petit, *Pour la mise en place d'un « conseil d'entreprise », accompagnée de la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, RDT 2010, p. 80 ; contra., D. Boulmier, *Les syndicats, commis de cuisine de la malbouffe sociale*, Dr. soc. 2015, p. 861.

²⁴¹⁵ Rappelons que le patronat français « depuis qu'il a proposé l'élection des premiers délégués du personnel (stipulée par les accords de Matignon en 1936) » a toujours opté, « à l'échelon de l'entreprise, pour une représentation élue par le personnel [qui] conduit à faire prévaloir la solidarité d'entreprise sur la solidarité professionnelle entre salariés appartenant à des entreprises différentes », A. Supiot, *Le droit du travail*, PUF, coll. QSJ. 2016, p. 83.

²⁴¹⁶ P. Lokiec, *Suspendre les seuils sociaux, à quoi bon ?*, Sem. soc. Lamy, n° 1643, 2014, p. 11 ; M. Le Friant, *Un conseil d'entreprise inspiré du droit allemand ?* Sem. soc. Lamy, 10 novembre 2014, n° 1651, p. 3 ; P. Rémy, *Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?* Dr. soc. 2015, p. 974.

²⁴¹⁷ V. pour une étude portant ces organisations, M. Rabier, *Organisations patronales en France et en Europe*, Dares, coll. Document d'études, n° 130 décembre 2007.

²⁴¹⁸ V. récemment, *Dialogue social, l'entreprise pour tous* (mai 2000) et *Dialogue social, instaurer une culture de négociation dans les entreprises* (avril 2003) ; « *Le centre des jeunes dirigeants réclame une instance unique de représentation du personnel* », *Chef d'entreprise magazine*, n° 38, mai 2009.

²⁴¹⁹ Notons que l'idée d'une institution représentative unique existe dans plusieurs droits étrangers ; on songe à la RSU (représentation syndicale unitaire) italienne mise en place dès le seuil de 15 salariés. Les RSU, ayant vocation à conclure les accords d'entreprises avec l'employeur, « reflètent la tradition italienne du modèle de représentation à canal unique car dans cet organisme confluent les représentants des travailleurs et des syndicats » (L. Tebano, *Représentativité syndicale et négociation collective*, RDT 2006, p. 336 et s.), elles sont composées pour un tiers de délégués représentant les organisations syndicales représentatives et pour deux tiers d'élus sur liste syndicale.

rendre efficace le droit des institutions représentatives du personnel et améliorerait, *in fine*, la compétitivité des entreprises.

657. - Dans le même ordre d'idées, les contraintes qu'imposent les seuils sociaux freineraient la croissance des entreprises françaises, surtout celles de taille petite et moyenne²⁴²⁰ ; une réforme de ces seuils aurait un effet positif significatif sur l'emploi²⁴²¹. Les instances de l'Union européenne incitent les autorités françaises à prendre des mesures allant dans ce sens. La diffusion de telles idées entretient des croyances infondées sur l'existence de corrélations entre seuils sociaux et compétitivité des entreprises²⁴²². Dans les recommandations du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2014, on pouvait lire qu'« *une attention particulière devrait être accordée aux dispositions réglementaires du code du travail ou aux règles comptables liées à des seuils spécifiques qui entravent la croissance des entreprises françaises. Il est possible que ces dispositions contribuent aux difficultés qu'éprouvent les PME à atteindre la taille qui leur permettrait d'exporter et d'innover*²⁴²³ ». Pour remédier à cette situation, la France devrait donc « *éliminer les obstacles réglementaires à la croissance des entreprises, notamment en*

²⁴²⁰ Recommandation du Conseil (13.5.2015 COM(2015) 260 final) concernant le programme national de réforme de la France pour 2015 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2015 : « *La France devrait prendre des mesures résolues pour supprimer les seuils réglementaires prévus par le droit du travail et les réglementations comptables qui limitent la croissance de ses entreprises, au premier rang desquelles les PME* » (considérant 12). Le Conseil de l'Union européenne recommande que la France s'attache, au cours de la période 2015-2016, à « *d'ici à la fin de 2015 éliminer les obstacles réglementaires à la croissance des entreprises, notamment en révisant les critères de taille fixés dans la réglementation pour éviter les effets de seuil* ». (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/csr2015_france_fr.pdf).

²⁴²¹ Un leitmotiv purement idéologique : l'Espagne a adopté la règle du gel des seuils, mais sans aucun effet favorable sur l'emploi. D'ailleurs, « *c'est la Commission européenne qui a d'abord suggéré, au début de l'année (2014) et au conditionnel, que les seuils sociaux puissent être un frein au développement économique* », J.-M. Pernot, Notre système de représentation ne peut produire de compromis, Sem. soc. Lamy, 20 octobre 2014, n° 1648, p. 3.

²⁴²² Selon l'économiste Jacques Freyssinet, « *le coût et la complexité engendrés par les seuils constituent de longue date un leitmotiv du discours patronal. Le thème réapparaît dans le manifeste « 1 million d'emplois... c'est possible ! » rendu public par le MEDEF à la veille de l'ouverture des négociations. Il y est affirmé que « revoir les seuils » (sans autre précision) « pourrait permettre de créer entre 50 000 et 100 000 emplois sous trois ans » (sans aucune justification du chiffre) [...] Le chiffrage d'un effet sur l'emploi de la suppression des seuils sociaux constitue un exemple instructif de manipulation de l'opinion. La seule étude rigoureuse réalisée en France par l'INSEE porte sur les années 2005 et 2006. Les auteurs expliquent les raisons pour lesquelles ils ne jugent pas possible de calculer un effet emploi, mais seulement un effet sur la distribution des entreprises par tranches de taille au voisinage des seuils* », J. Freyssinet, *La modernisation du dialogue social*, Cahiers Lasaire (Laboratoire Social d'Actions d'Innovations de Réflexions et d'Échanges) Note n° 46, mars 2015, p. 9 (http://www.lasaire.net/fr/news/les-notes/6/la-modernisation-du-dialogue-social_159.html).

²⁴²³ Recommandation du Conseil du 8 juillet 2014 concernant le programme national de réforme de la France pour 2014 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2014 (considérant n° 13), ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32014H0729\(09\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32014H0729(09))).

*revoquant les critères de taille fixés dans la réglementation dans le but d'éviter les effets de seuils*²⁴²⁴ ». Cette situation est paradoxale, puisque les attaques contre les seuils ignorent que la mise en place de seuils était justement conçue pour alléger un certain nombre d'obligations pesant sur les petites et moyennes entreprises. Ce souci d'allègement des obligations légales et comptables relatives aux institutions représentatives de salariés anime également le législateur allemand ; celui-ci, en effet, « reconnaît que les dispositions relatives aux IRP constitueront des charges lourdes pour les petites entreprises qui, par voie de conséquence, nécessitent des allègements pour éviter une bureaucratisation disproportionnée²⁴²⁵ »

658. - La tentation du comparatisme ou l'invocation abusive du modèle allemand. Seul l'exemple allemand a réellement focalisé l'attention des promoteurs de la fusion des institutions représentatives des salariés pour créer un « conseil d'entreprise » à la française. Il a fait l'objet d'une sur-médiatisation ; il est souvent cité dans les rapports, de plus en plus nombreux, sur le droit du travail. L'argumentaire développé par les défenseurs d'une telle architecture de la représentation du personnel au sein de l'entreprise comporte, souvent, un survol simpliste du système allemand de relations professionnelles et une utilisation sélective de l'argument comparatiste en réduisant, par exemple, l'efficacité du dialogue social en Allemagne à l'existence d'une seule instance de représentation. En résulte une image erronée de la réalité et de la sophistication des rapports se nouant entre les acteurs sociaux (représentants de salariés et employeur) dans les entreprises allemandes. La description de l'expérience allemande est idéalisée en surestimant ses avantages et en minorant ses inconvénients²⁴²⁶. Le projet patronal (Medef) de créer un conseil d'entreprise mis sur la table des négociations sur la modernisation du dialogue social d'octobre 2014 – février 2015²⁴²⁷ « n'est qu'une pâle copie du système allemand²⁴²⁸ », dans la mesure où il ne le dote d'aucun pouvoir de codécision²⁴²⁹ ; la clé de voûte du système allemand – l'institution d'un certain

²⁴²⁴ Ibid., recommandation n° 3.

²⁴²⁵ A. Seifert, Les seuils sociaux en Europe, Allemagne, RDT 2015, p. 207.

²⁴²⁶ A. Seifert, Vers une érosion des institutions représentatives des travailleurs, l'exemple de la République Fédérale d'Allemagne, in. M.-A. Moreau (dir), La représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière du droit comparé, Dalloz coll. Thèmes et Commentaires, 2012. 173.

²⁴²⁷ J. Freyssinet, *La modernisation du dialogue social*, Lasaire (Laboratoire Social d'Actions d'Innovations de Réflexions et d'Échanges) Note n° 46, mars 2015, spéc., p. 11 et s.

²⁴²⁸ P. Lokiec, Il faut sauver le droit du travail ! op. cit., p. 152.

²⁴²⁹ En Allemagne, « la loi sur la constitution de l'établissement confère au conseil d'établissement (qui doit être mis en place à partir de 5 salariés) des pouvoirs plus ou moins importants, selon les questions en cause (dite sociales, personnelles et économiques). Sur certaines questions (sociales en particulier), le conseil va jusqu'à

nombre d'équilibres de pouvoir fondés sur la confiance²⁴³⁰ – demeure ainsi largement négligée²⁴³¹.

659. - Alternatives. S'inspirant du droit allemand, le législateur français a accordé, avec la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, le droit aux représentants de salariés de participer, avec voix délibérative, à la gouvernance des grandes entreprises²⁴³², marquant ainsi un pas, timide²⁴³³, vers un système de codétermination²⁴³⁴. Cette « greffe de la

disposer de droits de codétermination qui le placent à égalité avec l'employeur, au point qu'il peut prendre, comme lui, l'initiative de la mesure (un changement d'horaire collectif par exemple) et saisir en cas de désaccord l'instance d'arbitrage », P. Rémy, *Hollande : Le « Schröder Français », dix ans plus tard ? Quelques enseignements tirés du droit allemand*, op.cit., p. 202 et s.

²⁴³⁰ « Le mécanisme clé de l'adaptabilité du « modèle allemand » peut dès lors se résumer à un grand principe organisateur : la confiance », I. Bourgeois, *De la capacité de l'Allemagne à se réformer, Regards sur l'économie allemande – bulletin économique du CIRAC*, 116-117 (2015), p. 28.

²⁴³¹ « Le Betriebsrat... est tenu d'une obligation de « collaboration confiante » et de paix sociale absolue. Cet aspect d'une négociation « confiante » a pu séduire le Medef, mais cela n'épuise pas les droits importants reconnus par la loi à cette instance, à faire pâlir d'envie nos institutions représentatives du personnel ! », M. Le Friant, *Un conseil d'entreprise inspiré du droit allemand ?*, Sem. soc. Lamy, 10 novembre 2014, n° 1651, p. 3.

²⁴³² Rappelons que les seuils d'effectif prévus pour désigner des administrateurs salariés au conseil d'administration ou de surveillance par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 (10000 salariés à l'échelle mondiale ou 5000 salariés en France) ont été revus à la baisse par la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. Désormais, « dans les sociétés qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins mille salariés permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins cinq mille salariés permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français et à l'étranger; il est stipulé dans les statuts que le conseil d'administration comprend [...] des administrateurs représentant les salariés. » (Article L. 225-27-1 du Code de commerce). G. Auzero, *La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance*, Dr. Soc. 2013, p. 740. Pour une approche économique, v. P.-Y. Gomez, X. Hollandts, *La représentation des salariés aux conseils d'administration. Enjeux, obstacles et préconisations*, RDT 2015, p. 451 ; D. Gallois-Cochet, *Loi relative au dialogue social et à l'emploi : représentation obligatoire des salariés au conseil d'administration ou de surveillance*, Dr. sociétés 2015, Comm. 197.

²⁴³³ Le nombre de représentants des salariés à ces instances délibératives est particulièrement faible. Il est d'au moins deux dans les sociétés dont le nombre d'administrateurs est supérieur à douze, et au moins un s'il est égal ou inférieur à 12 (Article L. 225-27-1 du Code de commerce). On est loin du système allemand de la cogestion (Mitbestimmung). En effet, « le droit allemand connaît trois modalités de cogestion : la « cogestion paritaire » de la loi de 1951 qui concerne les entreprises du secteur minier et sidérurgique employant plus de 1000 salariés et dont le champ d'application est, par la force des choses, de plus en plus réduit ; la « cogestion d'un tiers » prévue à l'origine par la loi de la constitution de l'établissement de 1952 et désormais régie par une loi de 2004, qui impose une représentation des travailleurs à hauteur d'un tiers dans les conseils de surveillance des sociétés de capitaux occupant au moins 500 salariés. Et, enfin et surtout, la cogestion « paritaire » de la loi de 1976 qui concerne les sociétés de plus de 2000 salariés sur le territoire allemand, laquelle correspond en fait à une « fausse parité » puisque le président du conseil de surveillance est un représentant des actionnaires qui dispose de deux voix en cas de partage », P. Rémy, *Hollande : Le « Schröder Français », dix ans plus tard ? Quelques enseignements tirés du droit allemand*, in P. Lokiec, O. Leclerc, A. Guamán Hernández, P. Rémy, *Regards sur l'ANI*, RDT 2013, p. 202 et s.

²⁴³⁴ Ce dispositif esquisse, selon le Professeur Frédéric Géa, « le germe d'un système de codécision. Discrètement, il fait émerger une conception – encore tout à fait balbutiante, bien sûr – où la procéduralisation avance, à visage masqué, sur le chemin de la participation des représentants des salariés à la décision économique comme sur celui de la décision négociée en matière de gestion du personnel », F. Géa, *Vers un*

*codétermination dans le système de relations professionnelles français*²⁴³⁵ » inspirée du droit allemand « *se pose de plus en plus, comme un correctif à la décentralisation de la production normative*²⁴³⁶ ». Contrairement à la conception allemande d'une instance unique de représentation²⁴³⁷, cette « innovation » institutionnelle française, issue du dialogue social interprofessionnel²⁴³⁸, ne présente que très vaguement les traits d'un système de relations professionnelles et de gouvernance simple, efficace – exigeant peu de seuils sociaux !²⁴³⁹ – et privilégiant l'équilibre²⁴⁴⁰ des pouvoirs des parties prenantes – salariés et actionnaires – de l'entreprise. L'autre dispositif alternatif à l'instauration d'un conseil d'entreprise réside dans la faculté, ouverte depuis 1993²⁴⁴¹, de mettre en place une délégation unique du personnel

nouveau modèle de droit du travail ? À propos de l'ANI du 11 janvier 2013, *in*. Dossier spécial « L'ANI à l'ombre du droit », Sem. soc. Lamy, n° 1569, 2013, p. 6. Finalement, il faut noter que derrière certains apports de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2014 en matière de participation des représentants de salariés à la prise de décision au sein de l'entreprise et la proposition patronale de créer un conseil d'entreprise – d'ailleurs à l'opposé de la conception patrimoniale et contractuelle de l'entreprise traditionnellement bien ancrée dans la culture sociale en France – on pourrait lire, en filigrane, l'idée de transfert de risques aux salariées. Car, « *il s'agit [...] d'une redistribution radicale des risques, traditionnellement assumés par les actionnaires en économie de marché, et qui sont désormais transférés aux salariés. La logique de l'ANI [sur la compétitivité des entreprises et la sécurisation de l'emploi du 11 janvier 2013] revient en quelque sorte à étendre au facteur travail (autant que faire se peut) les propriétés de liquidité dont les marchés financiers ont doté le capital, même si les salariés ont pu en contrepartie être gratifiés d'un certain nombre de « sécurités » dans une logique « donnant-donnant »* », C. Sauviat, C. Serfati, *La compétitivité de l'industrie française : évolution des débats, initiatives et enjeux*, IRES, document de travail n° 04, mai 2013, p. 32.

²⁴³⁵ Ch. Clerc, G. Béliet, Quel avenir pour une codétermination à la française ? RDT 2014, p. 600.

²⁴³⁶ P. Lokiec, Il faut sauver le droit du travail ! Odile Jacob, coll. Corpus, 2015, p. 152.

²⁴³⁷ Rappelons que l'Allemagne fait partie du système de double représentation ou système dualiste ; la représentation de salariés dans l'entreprise est assurée par une instance élue (conseil d'entreprise) coexiste avec une représentation syndicale de revendication et de négociation qui intervient à l'extérieur des murs de l'entreprise (branche), S. Laulom, Les évolutions contrastées des systèmes nationaux de représentation des travailleurs dans l'entreprise, *in*. S. Laulom (dir.), *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 279 s. Ce système à double canal de représentation n'empêche pas pour autant la syndicalisation des représentants élus du personnel. « *L'expérience allemande montre la pertinence d'une répartition des modes de représentation par niveaux, la négociation de branche restant l'apanage exclusif de la représentation syndicale, celle de l'entreprise reposant prioritairement sur des membres élus par le personnel de l'entreprise, agissant en tant que tels et bénéficiant d'une légitimité effective auprès des salariés de l'entreprise, ce qui n'exclut nullement une appartenance syndicale personnelle pour environ les trois quarts d'entre eux* », R. Lasserre, *La réforme du dialogue social en France : les enseignements de l'expérience allemande*, Regards sur l'économie allemande – bulletin économique du CIRAC, 116-117 (2015), p. 41.

²⁴³⁸ ANI du 11 janvier 2013 : « *pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés* ».

²⁴³⁹ Contrairement à une idée répandue dans les débats français sur les seuils sociaux, les lois régissant les relations professionnelles en Allemagne imposent des seuils d'effectif ; « *les seuils d'effectif en droit du travail allemand révèlent une grande hétérogénéité et prolifération sauvage* », A. Seifert, *Les seuils sociaux en Europe, Allemagne*, RDT 2015, p. 205 et s. Souligné par nous.

²⁴⁴⁰ T. Mühlbach, Le dialogue social en Allemagne : l'équilibre du système dual de relations industrielles, *in*. Ph. Martin (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux 2007, p. 249.

²⁴⁴¹ Loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la

(DUP). Rappelons à cet égard que la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015 marque un pas supplémentaire dans la direction d'une fusion des institutions représentatives du personnel²⁴⁴². Désormais dans les entreprises de moins de 300 salariés (ce seuil était au auparavant de 200 salariés) l'employeur peut constituer une (DUP) délégation unique du personnel regroupant le comité d'entreprise, les délégués du personnel et le CHSCT. Les entreprises d'au moins 300 salariés peuvent créer, par accord collectif majoritaire, une instance négociée de regroupement des institutions représentatives du personnel²⁴⁴³.

660. - A cette réticence du législateur français d'étendre les pouvoirs de participation des représentants du personnel dans la prise de décision – économique et stratégique – au sein de l'entreprise²⁴⁴⁴, correspondent des propositions doctrinales intéressantes, s'inspirant du modèle allemand, visant la création d'une institution unique de représentation de salariés, sans pour autant se réclamer d'une quelconque greffe complète du Betriebsrat (conseil d'entreprise) ou de cogestion (Mitbestimmung). Après avoir dressé le constat « évident » d'un partage délicat, voire d'une confusion²⁴⁴⁵ des domaines de compétences et un rapprochement

formation professionnelle.

²⁴⁴² Sur les apports de la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015, v. Revue Droit Social, dossier spécial « loi *Rebsamen* » du numéro de novembre 2015, p. 850 et s.

²⁴⁴³ C. trav., art. L. 2391-1.

²⁴⁴⁴ Cependant, plusieurs dispositifs récents permettent de constater l'émergence d'une participation des représentants de salariés, dotés d'un pouvoir de négocier des accords collectifs d'entreprise, à certaines décisions des employeurs (ex. Accords de maintien de l'emploi, PSE négocié), M. Poirier, À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ? Dr. ouvr. 2013, p. 242. De la sorte, « *si – ce qui est, d'après nous, probable – l'évolution de notre modèle de droit du travail constitue désormais une ambition d'autant plus largement partagée qu'elle est déjà à l'œuvre, cette transformation devra, tôt ou tard, passer par la consécration d'un système de codécision, quand bien même ce changement prendrait à rebours notre histoire, voire une certaine culture* », F. Géa, Vers un nouveau modèle de droit du travail ? op. cit., p. 7.

²⁴⁴⁵ V. cependant certains apports de la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015 tendant à « *restituer au système français de représentation du personnel sa dualité* » (J. Dirringer, Bienvenu dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique, Dr. ouvr. 2016, p. 56, spéc., p. 61 et s.). Deux exemples illustrent cette « réorientation » : l'article L. 2323- 2 du Code du travail disposant désormais que « *les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à l'avis du comité d'entreprise* », et l'article L. 2332-21-1 du même Code qui donne, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, la priorité aux représentants élus du personnel expressément mandatés par les syndicats représentatifs de négocier des accords collectifs ; ces derniers doivent être approuvés « *par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral* ». Notons également à ce propos que depuis le 1^{er} janvier 2016 que « *les délais impartis au comité d'entreprise pour rendre son avis dans le cadre des consultations récurrentes sont, sauf dispositions législatives spéciales, négociés avec les délégués syndicaux, dans le cadre d'un accord d'entreprise, et non plus, comme c'est actuellement le cas, avec le comité d'entreprise. Ce n'est qu'à défaut de délégué syndical que ces délais sont négociés avec le comité d'entreprise. Est-ce à dire que les organisations syndicales veulent reprendre la main et*

des moyens des instances élues et syndicales au sein de l'entreprise²⁴⁴⁶, Madame le Professeur Corinne Sachs-Durand présente deux scénarios plausibles de la mise en place d'une institution représentative unique. Le premier concerne la création d'une institution « codécisionnelle » dont la réalisation « demeure pour le moment délicate à mettre en œuvre à court terme dans notre contexte français²⁴⁴⁷ », puisque la codécision rencontre, dans le climat social français, dominé traditionnellement par une conception conflictuelle des relations sociales, de fortes résistances chez les employeurs. Le second scénario, plus réaliste et proche des évolutions récentes du droit français des institutions représentatives du personnel²⁴⁴⁸, porte sur la mise en place « d'une institution unique, consultative et négociatrice », dont les membres « pourraient être élus, sur la liste syndicale de préférence, comme actuellement. Ce système garantit à la fois une mise en place démocratique qui est dans la culture de notre pays et permet une présence syndicale dans l'institution, indispensable pour conserver un regard critique extérieur à l'entreprise et animer la négociation²⁴⁴⁹ ».

D'autres universitaires préconisent également la création d'une institution représentative unique élue au sein de l'entreprise²⁴⁵⁰. Par exemple, le Professeur René Lasserre plaide, en vue de remédier aux contradictions du dialogue social à « la française » (pluralisme syndical, faible représentativité et la moindre légitimité des organisations au plan de l'entreprise), pour la création d'une instance unique « mixte » inspirée de la « formule allemande de la représentation élue²⁴⁵¹ ». La création de cette instance, à partir d'un certain seuil d'effectif, au sein de laquelle siègeraient représentants élus et délégués syndicaux dotés de larges prérogatives (notamment en matière de négociation collective) permettrait de « satisfaire à l'objectif éminemment souhaitable d'un renforcement de représentativité du syndicalisme

ne pas laisser trop le champ libre aux élus pour négocier ? », B. Gauriau, La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, Dr. soc. 2015, p. 880.

²⁴⁴⁶ C. Sachs-Durand, *Syndicat et institutions représentatives dans l'entreprise : les prémices d'un nouveau système ?*, in. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz, 2015, p. 829, spéc., pp. 831-834.

²⁴⁴⁷ C. Sachs-Durand, *Syndicat et institutions représentatives dans l'entreprise : les prémices d'un nouveau système ?*, op. cit., p. 836.

²⁴⁴⁸ V. not., l'apport de la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015

²⁴⁴⁹ C. Sachs-Durand, *Syndicat et institutions représentatives dans l'entreprise : les prémices d'un nouveau système ?*, op. cit., p. 837.

²⁴⁵⁰ F. Petit, Pour la mise en place d'un « conseil d'entreprise », accompagnée de la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux, RDT 2010, p. 80.

²⁴⁵¹ R. Lasserre, *La réforme du dialogue social en France : les enseignements de l'expérience allemande*, Regards sur l'économie allemande – bulletin économique du CIRAC (Centre d'information et de recherche sur l'Allemagne contemporaine), 116-117 (2015), p. 41.

*français, de lui donner la possibilité d'agir et de démontrer sa crédibilité au contact direct des salariés, c'est-à-dire en premier lieu sur le terrain de l'entreprise*²⁴⁵² ».

661. - Prudence. Assurément, l'argument comparatiste tel qu'il a été mobilisé par les promoteurs du conseil d'entreprise « à la française » n'a pas joué le rôle bénéfique que le droit comparé pourrait jouer. L'exemple allemand a servi plutôt d'alibi pour exiger des acteurs syndicaux ou politiques des concessions en matière des droits accordés aux représentants du personnel au sein de l'entreprise. Cet usage instrumental et opportuniste de l'argument comparatiste risque de se reproduire concernant d'autres normes ou institutions de droit du travail²⁴⁵³. En revanche, il ne faut pas réduire le regain d'intérêt pour la comparaison internationale : l'idée, par exemple, de créer une instance unique de représentation dans les entreprises donne aux acteurs du droit du travail l'occasion d'observer comment les autres systèmes juridiques répondent au besoin de représentation et aux droits de participation des travailleurs. Cette ouverture est certes indispensable au travail des producteurs de la norme sociale au XXI^{ème} siècle, mais tout projet de réforme d'inspiration étrangère doit manipuler avec une grande prudence²⁴⁵⁴ et une extrême parcimonie²⁴⁵⁵ la technique de la greffe juridique ; comme le souligne un spécialiste allemand de droit comparé du travail, « [...] *il faut être extrêmement prudent quand l'objectif est de transférer des structures d'un système du droit du travail dans d'autres pays. [...] on ne peut presque jamais transférer des institutions en les séparant du contexte original, on ne peut que transférer des fonctions*²⁴⁵⁶ ».

²⁴⁵² R. Lasserre, La réforme du dialogue social en France : les enseignements de l'expérience allemande, op. cit., p. 41.

²⁴⁵³ Comme l'ont avoué certains récents rapports sur le droit du travail : « *au-delà de ces comparaisons globales, il est tentant de regarder plus spécifiquement les pratiques développées dans des pays à la fois proches institutionnellement et ayant des performances économiques et sociales plus satisfaisantes que les nôtres. Les systèmes de relations sociales en Allemagne ou dans les pays nordiques sont bien souvent invoqués comme modèles* », J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, septembre 2015, p. 45.

²⁴⁵⁴ « *Un droit n'existe et ne subsiste que dans un équilibre délicat avec le terroir social d'où il est issu. Déplacez-le : les conséquences sont imprévisibles, pour lui-même comme pour le système récepteur* », J. Carbonnier, L'apport du droit comparé à la sociologie juridique, in. Livre du centenaire de la Société de législation comparée, tome 1, Un siècle de droit comparé en France. Les apports du droit comparé au droit positif français. SLC 1969, p. 78.

²⁴⁵⁵ C. Valcke, *La greffe juridique en droit comparé*, op. cit., p. 86.

²⁴⁵⁶ M. Weiss, Le droit comparé et la Transformation du Droit du Travail en Europe Centrale et de l'Est, in, Le droit social comparé : pourquoi et comment ? Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994 p. 31.

La démarche qui fait appel à la technique de transplantation juridique pour créer un conseil d'entreprise est partielle. En refusant d'envisager une institution du droit étranger dans sa complexité et sa globalité, toute la part idéologique et politique de la norme étrangère, essentielle pour comprendre son « intelligence » intrinsèque, échappe au débat. Les éléments extra-juridiques, ou « *formants juridiques*²⁴⁵⁷ », sont ainsi occultés dans la construction de l'argumentaire des acteurs nationaux voulant importer des dispositifs étrangers. Dans pareille spéculation intellectuelle, les limites de l'argument de droit comparé sont rapidement atteintes²⁴⁵⁸. A rebours de la « *tentation comparative*²⁴⁵⁹ » qui mythifie, à dessein, certains « modèles » juridiques étrangers²⁴⁶⁰, une « expérience » comparative constructive permet de porter un regard neuf sur son propre droit²⁴⁶¹, et « *invite, d'une part, à réviser certains enseignements traditionnels concernant sa structure même et, d'autre part, à s'interroger sur les raisons de cette différence*²⁴⁶² ».

²⁴⁵⁷ R. Sacco, Legal Formants : a dynamic approach to comparative law, in *American Journal of Comparative Law*, n° 343, 1991; R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1991, spéc., pp. 33-39.

²⁴⁵⁸ « *Le droit du travail – comme toute autre discipline du droit – est le produit de développements politiques, économiques et culturels de chaque pays. Par exemple, le système de participation des travailleurs via le comité d'établissement [conseil d'établissement] en Allemagne ne peut être compris qu'au regard des événements qui se déroulèrent au 19^{ème} siècle... seule cette perspective historique permet d'expliquer les nombreux compromis réalisés par le droit à ce sujet. La même démonstration pourrait être faite pour toute autre institution du droit du travail en Allemagne. En bref : seule une analyse historique qui intègre tous les facteurs, dans toutes leurs dimensions, du développement d'une société peut expliquer les institutions contemporaines* », M. Weiss, *Le droit comparé et la Transformation du Droit du Travail en Europe Centrale et de l'Est*, in, *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?*, op. cit., p. 29.

²⁴⁵⁹ P. Lokiec, *Suspendre les seuils sociaux, à quoi bon ?* Sem. soc. Lamy, n° 1643, 2014, p. 12.

²⁴⁶⁰ « [...] le droit comparé, ou plutôt l'engouement pour le droit comparé devenu phénomène sociologique. Les voyageurs voient des choses merveilleuses [...] Il existe un mythe du législateur étranger. Les gouvernements et les partis s'en servent comme d'un appât. C'est un procédé de publicité triangulaire : vous devez voter telle loi parce qu'elle fait déjà le bonheur d'autres pays. Il y faut des pays exemplaires (industriels, en général, et industriels). Chacun à sa spécialité : l'Angleterre pour l'habeas corpus, le Japon pour le droit du travail, la Suède pour la famille décontractée, etc. Quelquefois, le droit comparé est remanié pour être rendu plus persuasif : du droit étranger le contexte est escamoté, des détails sont omis », J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige, 2004, p. 23. Souligné par nous.

²⁴⁶¹ « *Parce qu'il puise ses racines dans une histoire singulière, le droit allemand ne saurait constituer un quelconque modèle pour le droit français. En revanche, la comparaison permet d'affiner nos propres distinctions et catégories d'analyse et, ce faisant, nous permet de mieux comprendre notre propre droit et ses évolutions* », P. Rémy, *Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?*, op. cit., p. 976.

²⁴⁶² H. Muir Watt, *Le droit comparé*, Encyclopédie Universalis [en ligne]. « [...] on peut dire que la méthode comparative est utile mais que sa validité dépend de la rigueur avec laquelle on en définit les termes. Moyen de découvrir des rapports, elle peut susciter des hypothèses, mais elle ne constitue pas en elle-même une véritable explication », M. Grawitz, *Méthodes de sciences sociales*, Dalloz, coll. Précis, éd. 11, 2001, p. 421. V. également, O. Join-Lambert, M. Kahmann, Y. Lochard, *Enjeux et usages de la comparaison internationale dans les publications de l'IRES*, *La Revue de l'Ires* 2012/2 (n° 73), pp. 13-43.

Conclusion du Chapitre 1

662. - La construction problématique du « *paradigme comparatiste* » en droit du travail. Selon les Professeurs Pascal Lokiec et Sophie Robin-Olivier, « *le mouvement en cours [flexibilisation du droit du travail] peut s'analyser comme une relecture du droit du travail au filtre d'une argumentation économique, ou plus exactement d'une certaine théorie économique*²⁴⁶³ », aujourd'hui largement dominante. Celle-ci manipule la comparaison, et adopte souvent une posture normative et prescriptive ; occupant une place considérable dans les débats publics, elle nourrit la réflexion des producteurs de normes juridiques – ou de ceux qui peuvent les influencer (groupes de pression) – d'éléments de langage, d'expertises et de préconisations ; ses critères – mobilité des travailleurs, fluidité du marché du travail.... – sont utilisés comme des objets pour la comparaison des droits nationaux. Prétendant offrir des garanties pour une évaluation « scientifique » des normes juridiques, le recours aux experts et spécialistes est d'ailleurs indissociable de l'essor du droit postmoderne²⁴⁶⁴.

La science comparative tient compte de l'ancrage culturel des systèmes juridiques qui dépasse la seule dimension économique ; surtout que « *le droit social est un droit à vocation universaliste, qui ne peut se passer d'une approche totale des problèmes*²⁴⁶⁵ ». Si le droit du travail est sensible à l'argument de droit comparé – démarche indispensable dans un contexte de perméabilité croissante des différents producteurs de la norme sociale à la problématique des « avantages comparatifs » –, les postulats adoptés par le « *paradigme comparatiste* » d'intimidation, fondés sur la doctrine économique majoritaire, débouchent souvent sur une remise en cause du droit du travail. Au-delà des atteintes portées aux principes du débat démocratique, l'influente analyse économique comparée nuit à l'émergence d'une pratique saine de l'usage de la comparaison des droits.

²⁴⁶³ P. Lokiec et S. Robin-Olivier, Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi, RDT 2006, p. 48

²⁴⁶⁴ « [...] grâce à l'essor des technologies de l'information et de la communication, les décideurs publics disposent en effet d'une information incomparablement plus étendue, mais aussi instantanément mobilisable et immédiatement exploitable. Encore faut-il cependant que cette information soit traitée : l'existence de situations problématiques [...] conduira à faire appel à des « experts » ou à des « sages » pour éclairer le sens des décisions ; la décision politique s'abrite alors derrière le savoir qui est censé garantir sa légitimité et son bien fondé au regard de l'intérêt général », J. Chevallier, Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ?, in. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz 2015, p. 91.

²⁴⁶⁵ G. Lyon-Caen, Les apports du droit comparé au droit du travail, in. Livre du centenaire de la Société de législation comparée, tome 1, Un siècle de droit comparé en France. Les apports du droit comparé au droit positif français. SLC 1969, p. 317

Est réellement en jeu avec le « *paradigme comparatiste* » d'intimidation, le passage d'un « *comparatisme savant* » à un « *comparatisme vulgaire*²⁴⁶⁶ », ou à « *une pratique sauvage du droit comparé*²⁴⁶⁷ ».

663. - La construction compromise d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste. Le discours comparatiste dominant en droit du travail explore des voies nouvelles de réflexion, établit des liens de causalité et des corrélations et formule des hypothèses voire prescrit des solutions, qui sont difficilement conciliables avec les exigences d'un certain nombre de règles méthodologiques. Celles-ci sont souvent bafouées lorsque l'argument de droit comparé est inscrit dans une logique instrumentale et normative. L'étude des usages de la comparaison permet de conforter l'idée que la construction d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste crédible reste aléatoire.

664. - Si les analyses conduites sous le prisme du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation dressent, du point de vue de l'ouverture du droit français aux expériences étrangères, un bilan décevant, force est de constater qu'elles restent elles-mêmes à un stade superficiel de l'utilisation de la méthode droit comparative. Elles utilisent l'argument comparatiste, à partir d'une connaissance souvent incomplète et approximative des droits étrangers²⁴⁶⁸, pour inciter à la réforme du droit du travail et à la circulation des modèles juridiques étrangers²⁴⁶⁹.

²⁴⁶⁶ J. Carbonnier, A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger, in. Essais sur les lois, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 121 et s.

²⁴⁶⁷ A. Supiot, *La mondialisation se fait-elle au détriment de l'Etat Providence ?*, Interview, L'invité des Matins, France Culture 23.05.2013 (<http://www.franceculture.fr/emissions/invite-des-matins/alain-supiot>).

²⁴⁶⁸ A. Lyon-caen, *Vérité au-delà des Pyrénées*, RDT 2016, p. 125.

²⁴⁶⁹ Ph. Aghion, J. Tirole, P. Cahuc et alii., *Projet de loi El Khomri, une avancée pour les plus fragiles*, Le Monde 4 mars 2016. V. contra., A. Lyon-caen, *Vérité au-delà des Pyrénées*, RDT 2016, p. 125.

Chapitre 2 : La dynamique du « *paradigme comparatiste* »

665. - « *Le prisme circulatoire*²⁴⁷⁰ ». Le droit comparé est aujourd'hui considéré comme une technique indispensable pour comprendre les phénomènes d'interpénétration, de rapprochement des systèmes juridiques²⁴⁷¹ et de circulation des modèles juridiques²⁴⁷². Le déploiement du discours comparatiste constitue un terrain propice pour observer les dérives des stratégies poussant à l'excès la logique circulatoire des normes juridiques. Il permet aussi d'élargir les perspectives classiques de l'appréhension du phénomène juridique local et d'enrichir le discours juridique des forces productrices du droit²⁴⁷³.

666. - Se nourrissant de la rhétorique de la globalisation, les analyses menées sous le prisme du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation assument une fonction normative et prescriptive ; en « décontextualisant » certaines notions juridiques et en faisant l'apologie de la circulation des idées²⁴⁷⁴ et de l'ouverture des systèmes juridiques, elles suggèrent l'importation de « *recettes étrangères* » en vue de perfectionner le cadre juridique. A l'instar d'une partie de la doctrine comparatiste étrangère²⁴⁷⁵, les tenants de l'analyse économique

²⁴⁷⁰ A. Vauchez, *Le prisme circulatoire. Retour sur un leitmotiv académique*, Critique internationale, 2013/2 N° 59, p. 12.

²⁴⁷¹ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, th., préc. Rappelons que le rapprochement des droits nationaux fut l'objectif ultime de la comparaison pour les pères fondateurs du droit comparé contemporain en France : Raymond Salleiles et Edouard Lambert (E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, op. cit., spéc. pp. 903 et 916). Ces deux Professeurs voyaient dans l'unification des droits et la circulation des solutions juridiques une manifestation du progrès du Droit en général (pour une présentation de la doctrine de ces deux auteurs, v. Ch. Jamin, *Le vieux rêve de Salleiles et de Lambert Revisitée*, RIDC, 2000, p. 733). Cette vision idéaliste – réalisation d'un droit commun de l'humanité ou d'une unification des droits – du rôle du droit comparé, que d'aucuns qualifient de « *chimère* » (J. Carbonnier, *sociologie juridique*, op.cit. p. 21), n'a cependant rien à voir avec les présupposés ni les ambitions des projets du comparatisme d'intimidation.

²⁴⁷² J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, op. cit. p. 116 et s.

²⁴⁷³ H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, RIDC 2000, p. 506.

²⁴⁷⁴ L'idée d'un « préjugé positif » de la circulation des savoirs préoccupe les chercheurs en sciences sociales. L'historien allemand Heinz-Gerhard Haupt parle, dans sa lecture critique du *Palgrave Dictionary of Transnational History*, d'un « préjugé positif de l'échange et de la circulation » et d'une « tendance à écrire l'histoire de ces interconnexions comme une histoire de succès et comme une démonstration de la multiplication des relations productives et positives entre différentes parties du monde²⁴⁷⁴ » (H.-G. Haupt, *Une nouvelle sensibilité : la perspective « transnationale »* Une note critique, Cahiers Jaurès, 2011/2 N° 200, p. 178), cité par A. Vauchez, *Le prisme circulatoire. Retour sur un leitmotiv académique*, Critique internationale, 2013/2 N° 59, p. 12.

²⁴⁷⁵ Considérant que la principale source d'évolution des droits nationaux réside essentiellement dans l'emprunt de modèles étrangers ayant démontré leur efficacité. L'explication souvent avancée de ce phénomène de transfert de normes juridiques d'un pays à l'autre serait l'efficacité économique, v. U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, Univ. of Michigan Press, 1997. Pour une approche critique de cette dernière analyse, v. Y.-M. Laithier, *L'efficacité économique et le droit comparé*, in. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès

comparée du droit du travail tiennent souvent un discours de justification des opérations d'emprunt ou de transplantation juridique, dès lors qu'elles sont considérées comme économiquement efficaces. En revanche, les questions relatives aux conditions d'accueil ou d'intégration des normes juridiques « *venus d'ailleurs* » par le « corps social » local sont rarement traitées. C'est en sens que l'on peut parler de dynamique du « *paradigme comparatiste* » dominant. Celle-ci est déclenchée sous la double action de l'instrumentalisation de l'argument comparatiste et de la prévalence d'une lecture économique²⁴⁷⁶ du droit du travail.

Afin d'essayer de saisir les contours de cette dynamique, il convient dans un premier temps d'en identifier quelques manifestations (**Section 1**), et dans un second temps de tenter d'en mesurer la portée ; les orientations principales de la circulation de certaines notions (ex. flexicurité), se traduisent par l'émergence d'un cadre conceptuel commun sur la scène européenne ; elles énoncent un changement de paradigme du droit du travail²⁴⁷⁷, s'articulant autour d'un droit du marché du travail en construction (**Section 2**).

Section 1 : La circulation

667. - Construit essentiellement autour d'une représentation économique – orthodoxe – des rapports travail–réglementation des relations de travail, le « *paradigme comparatiste* » d'intimidation plaide pour la circulation de certaines notions juridiques entre les différents systèmes juridiques. De cette migration, dont les « *passeurs*²⁴⁷⁸ » sont multiples, ces notions ressortent remodelées. A l'analyse, la promotion de la circulation de certaines conceptions étrangères de régulation des relations de travail – ou plus précisément une certaine interprétation partielle et partielle de celles-ci – apparaît comme dogmatique, suspecte et

(dir), *L'efficacité économique en droit*, Economica, coll. Etudes juridiques 2010, p. 49 et s.

²⁴⁷⁶ J. Icard, Une lecture économique du projet de loi Travail, op. cit.

²⁴⁷⁷ J.-Y. Kerbourc'h, De la protection de l'emploi à la protection des transitions professionnelles : les changements de paradigmes du droit du travail, Cahiers philosophiques 2008/4 (N° 116), p. 25-40.

²⁴⁷⁸ L'expression est empruntée à P. Rémy, S. Robin-Olivier, Les migrations jurisprudentielles, facteurs de développement du droit international du travail ?, in. M-A. Moreau, H. Muir Watt, P. Rodière (dir), Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2010, p. 65.

manipulatrice. De telles démarches « *déviantes* » jettent bien évidemment la suspicion et portent atteinte à la crédibilité de l'utilisation de l'argument de droit comparé.

L'étude de l'ensemble des exemples issus du phénomène de circulation des normes juridiques dépasse largement le cadre de cette étude. Sans prétention à l'exhaustivité, cette dernière porte sur des exemples de circulation des modèles juridiques significatifs. L'idée de flexicurité, offrant une conception globale qui se veut refondatrice des structures juridiques des rapports travail–droit du travail (§ 1) et les notions d'autonomie collective et de contrat de travail unique (§ 2) offrent des thématiques auxquelles la logique circulatoire du « paradigme comparatiste » attache de nos jours une grande importance.

§ 1 : La circulation de notions « structurantes » : l'exemple de la flexicurité

668. - Au-delà de l'utilisation instrumentale et critiquable de l'argument comparatiste, les analyses menées selon le « *paradigme comparatiste* » d'intimidation abordent le phénomène de circulation de notions juridiques d'une manière distincte de celle adoptée par la science comparative. Aux précautions, réserves et hésitations traditionnelles du droit comparé vis-à-vis des opérations d'importation des solutions juridiques²⁴⁷⁹ étrangères, correspond l'inégal engouement du prisme du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation pour la circulation inter-systémique ; ne sont pas seulement en jeu des normes juridiques ; c'est parfois toute une manière de repenser les rapports de travail et l'organisation juridique du marché du travail²⁴⁸⁰. Tel est le cas de la notion – structurante – de flexicurité.

Les instances de l'Union européenne jouent toujours un rôle de « *passeur* » ou de facilitateur officiel de la circulation de la notion de flexicurité, principalement par le biais de la diffusion des expériences nationales considérées comme faisant partie de la stratégie de flexicurité qu'il conviendrait de généraliser au sein des Etats membres (A). Sur ce plan, une

²⁴⁷⁹ Sur cette question, v. J. Porta, La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité, op. cit., spéc., p. 245 et s. ; A. Le Quinio, Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles, LGDJ. Coll. Thèses Fondation Varenne, 2011, spéc., pp. 131-150.

²⁴⁸⁰ Fr. Gaudu, L'organisation juridique du marché du travail, Dr. Soc. 1992, p. 941.

synergie remarquable s'est mise en place entre les législateurs nationaux et l'Union européenne (B).

A. L'Union européenne, vecteur de circulation de la notion de flexicurité

669. - Définition. La notion de flexicurité est dotée d'un fort potentiel polysémique²⁴⁸¹, elle reçoit plusieurs définitions selon le champ scientifique dans lequel elle est étudiée (analyses économiques, sociologiques et de science politique). C'est un « *terme un peu passe-partout : la flexisécurité, présentée comme un nouvel équilibre entre les besoins de l'entreprise et les droits des salariés*²⁴⁸² ». La Commission européenne envisage la flexicurité²⁴⁸³ comme une stratégie intégrée ayant pour objectif l'amélioration simultanée de la flexibilité et de la sécurité sur le marché du travail. Ces deux éléments de la notion de flexicurité doivent se conjuguer en vue de profiter aux employeurs et aux travailleurs²⁴⁸⁴. Conçue aux Pays-Bas, puis reprise par les acteurs politiques et sociaux au Danemark²⁴⁸⁵, la stratégie de la flexicurité peut être considérée comme un exemple de circulation réussie de notions juridiques en matière sociale. Qualifiée de « *centre de gravité*²⁴⁸⁶ » de la Stratégie européenne pour l'emploi²⁴⁸⁷, la flexicurité est au cœur de l'agenda social de l'Union européenne visant, notamment, à la modernisation du droit du travail²⁴⁸⁸. Inspirée

²⁴⁸¹ « L'ambiguïté du terme « flexicurité » est si marquée qu'elle en paraît volontaire. S'agit-il d'instaurer une plus grande flexibilité de l'emploi, ou de réintroduire de la sécurité là où celle-ci a de facto disparu ? », Fr. Gaudu, La « sécurité sociale professionnelle » : un seul lit pour deux rêves ? Dr. soc. 2007, p. 393.

²⁴⁸² J.-E. Ray, *L'accord d'entreprise majoritaire*, Dr. soc. 2009, p. 887.

²⁴⁸³ L'articulation entre flexibilité/sécurité a été introduite pour la première fois lors de la présentation des lignes directrices pour l'emploi en 1998 (Résolution du Conseil européen du 15 décembre 1997, Doc. n° 13200/97). La flexicurité constitue également un sujet d'étude au sein de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) ; elle a fait l'objet de benchmarking (voir par exemple le rapport « *Employment Outlook* » de l'OCDE 2004, p. 97).

²⁴⁸⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Vers des principes communs de flexicurité : Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité (COM/2007/0359 final), 27 juin 2007, p. 5.

²⁴⁸⁵ B. Conter, *Origines et impacts de la flexicurité*, Courrier hebdomadaire du CRISP, 11 oct. 2011, n° 2095-2096, pp. 5-64.

²⁴⁸⁶ J.-C. Barbier, « Stratégie de Lisbonne » : les promesses sociales non tenues. op. cit. p. 17. L'auteur définit la flexicurité comme « *un système stylisé d'interactions – voire, de complémentarités – entre plusieurs institutions sectorielles du marché du travail et de la protection sociale* », p. 18.

²⁴⁸⁷ Appelée également MOC sociale ; c'est-à-dire l'application de la méthode ouverte de coordination de l'union européenne en matière sociale (F. Canut, *L'environnement européen de la flexisécurité*, Dr. soc. 2014, p. 668, spéc., p. 670).

²⁴⁸⁸ Dans sa communication du 3 juin 2009 « Un engagement commun en faveur de l'emploi », la Commission

vaguement²⁴⁸⁹ des règles d'organisation du marché du travail danois – en vigueur à la fin des années 1990 et début des années 2000 –, la conception de la flexicurité adoptée par la Commission européenne a été érigée en modèle prenant la forme d'une prescription²⁴⁹⁰ adressée à l'ensemble des Etats membres.

Depuis son adoption par l'Union européenne, la flexicurité a toujours été caractérisée par la priorité des objectifs économiques (2). Cette prédominance de l'aspect économique de la flexicurité, initialement prévue dans le cadre de la Stratégie de Lisbonne (2000-2010) a été réitérée par la Stratégie Europe 2020, où la politique de flexicurité est mobilisée comme l'un des instruments permettant d'atteindre les objectifs économiques et budgétaires de l'Union européenne (1).

1. La nouvelle gouvernance européenne, facteur d'imposition de la stratégie de la flexicurité

670. - L'architecture institutionnelle et procédurale de la mise en œuvre de la circulation de la notion de flexicurité²⁴⁹¹. La Commission européenne met sous une étroite surveillance les réformes nationales du droit du travail dans le cadre de sa Stratégie Europe 2020 en faveur de la croissance. Dans le cadre de la Méthode ouverte de coordination (MOC)²⁴⁹², la Stratégie européenne pour l'emploi (SEE) a franchi, avec la réforme du cadre

européenne estime que la flexicurité est « *la meilleure formule pour moderniser les marchés du travail et accroître leur capacité d'adaptation, renforcer la compétitivité et préparer la reprise* » (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Un engagement commun en faveur de l'emploi /* COM/2009/0257 final */).

²⁴⁸⁹ La flexicurité ressemble à une « *notion attrape-tout, décrivant de façon discursive – un mécanisme social décontextualisé de résolution des contradictions majeures du marché du travail et du rapport salarial* », J.-C. Barbier, Un seul lit pour deux rêves. Six ans après, que reste-t-il de la flexicurité ?, in. Droits du travail. Emploi. Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 44.

²⁴⁹⁰ Officiellement, les instances de l'Union européenne continuent d'utiliser le terme recommandation, nonobstant l'intégration des lignes directrices relatives à l'emploi au sein des grandes orientations des politiques économiques (GOPE), dont le respect est mis sous une surveillance renforcée de plus en plus contraignante (M. Schmitt, *L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi*, RDT 2014, p. 454, spéc., 460).

²⁴⁹¹ M. Schmitt, *L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi*, RDT 2014, p. 454, spéc., 460 ; F. Canut, *L'environnement européen de la flexisécurité*, op. cit., spéc., pp. 669-671.

²⁴⁹² V. Supra., n° 166 et s.

procédural du semestre européen, une étape importante vers une normativité complète : dans la perspective de la nouvelle gouvernance économique de l'Union européenne, visant « à *déceler, à prévenir et à corriger les évolutions économiques problématiques pouvant freiner la croissance et mettre les économies*²⁴⁹³ » des Etats membres en péril, l'Union européenne a renforcé, grâce à deux « *paquets législatifs* » européens adoptés par le Conseil et le Parlement européen en 2011 et 2013²⁴⁹⁴, le caractère contraignant du semestre européen en assortissant les obligations pesant sur les Etats membres de lourdes sanctions. Rappelons que le semestre européen est une procédure annuelle destinée à renforcer la coordination des politiques, non seulement économiques et de l'emploi mais également des politiques budgétaires (depuis 2011) menées par les États membres et les institutions de l'Union européenne. Il est composé de quatre étapes en ce qui concerne la stratégie européenne pour l'emploi²⁴⁹⁵ : des lignes directrices pour les politiques de l'emploi²⁴⁹⁶, des priorités et objectifs communs, sont adoptés par le Conseil sur proposition de la Commission et en accord avec les Etats membres ; le rapport conjoint sur l'emploi (RCE) fondé sur une analyse de la situation de l'emploi en Europe²⁴⁹⁷, sur la mise en œuvre des lignes directrices pour les politiques de l'emploi et sur une analyse du tableau de bord d'indicateurs en matière sociale et d'emploi, publié par la Commission et adopté par le Conseil de l'UE ; les programmes nationaux de réforme (PNR) sont présentés par les Etats membres et analysés par la Commission, qui vérifie s'ils sont conformes à la stratégie Europe 2020. Sur la base de l'évaluation des PNR, la

²⁴⁹³ V. la rubrique du site de la Commission européenne consacrée à sa politique de surveillance en matière économique et financière (http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/index_fr.htm).

²⁴⁹⁴ Appelés « six pack » (JOUE L 306 du 23 novembre 2011) et « two pack » (JOUE L 140 du 27 mai 2013). Entré en vigueur le 13 décembre 2011, le « six pack », composé de cinq Règlements (UE. n°1173/2011 à 1177/2011, 16 nov. 2011) et d'une directive (n° 2011/85, 8 nov. 2011) a pour objectif de renforcer le Pacte de stabilité et de croissance et la coordination des politiques économiques. Le « two pack », entré en vigueur le 30 mai 2013, ne remplace pas les différents mécanismes de la gouvernance économique, son objectif est de les compléter en mettant davantage l'accent sur leur caractère contraignant en renforçant, tout particulièrement, le contrôle de la Commission européenne sur les budgets nationaux.

²⁴⁹⁵ V. la page dédiée à la Stratégie européenne pour l'emploi sur le site de la Commission européenne : <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=fr>

²⁴⁹⁶ Au nombre de quatre en matière d'emploi (formant la partie II des lignes directrices intégrées Europe 2020) : Ligne directrice n° 5 : Stimuler la demande d'emplois ; Ligne directrice n° 6 : Améliorer l'offre d'emplois, les qualifications et les compétences ; Ligne directrice n° 7 : Améliorer le fonctionnement des marchés du travail ; Ligne directrice n° 8 : Favoriser l'inclusion sociale, combattre la pauvreté et promouvoir l'égalité des chances (Décision (UE) 2015/1848 du Conseil du 5 octobre 2015 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres pour 2015).

²⁴⁹⁷ Dans sa Décision (UE) 2015/1848 du 5 octobre 2015 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres pour 2015, le Conseil de l'Union européenne fait explicitement référence à la flexicurité comme instrument de réduire la segmentation du marchés du travail : « *Ligne directrice n° 7 : Améliorer le fonctionnement des marchés du travail Les États membres devraient tenir compte des principes de flexibilité et de sécurité (ci-après dénommés les « principes de flexisécurité »)* ».

Commission publie une série de rapports analysant les politiques économiques de chacun des Etats membres et formule des recommandations par pays.

671. - Afin de contribuer au renforcement mutuel de la flexibilité et de la sécurité, l'Union européenne incite les Etats membres à construire leurs politiques publiques en matière sociale en partant des quatre composantes de la flexicurité. Cette dernière « *tend [...] à devenir le nouveau sésame de l'Union européenne* ²⁴⁹⁸ ». Or, la discipline budgétaire qu'impose l'Union européenne laisse planer des doutes sur l'enthousiasme de cette dernière en ce qui concerne deux composantes de la flexicurité, considérées comme des leviers indispensables de sécurisation des travailleurs, en l'occurrence le renforcement des politiques actives du marché du travail et la modernisation des systèmes de sécurité sociale. Ces deux composantes de la flexicurité est génératrices de dépenses importantes susceptibles d'obérer la capacité des Etats membres à assurer l'équilibre de leur budget. Les Etats membres sont censés tenir compte des recommandations formulées par le Conseil lorsqu'ils établissent leur budget ou prennent des décisions relatives à leurs politiques économiques, d'emploi, d'éducation, etc. ; les programmes nationaux de réforme et les programmes de stabilité ou de convergence font l'objet d'évaluation étroite de la part de l'Union européenne. Le Rapport Conjoint sur l'emploi (RCE) de 2011 reflétait cette emprise des objectifs économiques et budgétaires ; il insistait sur la rentabilité des politiques nationales de flexicurité. Pour le Conseil de l'Union européenne, il convient de renforcer les quatre composantes de la flexicurité (dispositions contractuelles flexibles et fiables, politiques actives du marché du travail (PAMT), mise en place de stratégies d'apprentissage et de formation tout au long de la vie et modernisation des systèmes de sécurité sociale²⁴⁹⁹) d'améliorer la flexibilité et la sécurité en privilégiant les réformes les plus rentables²⁵⁰⁰.

672. - Le caractère contraignant des orientations budgétaires de l'Union européenne en matière de politiques publiques imprime une forte dimension économique à la notion de flexicurité.

²⁴⁹⁸ Ch. Ramaux, Flexicurité : quels enjeux théoriques ?, op. cit., p. 15.

²⁴⁹⁹ Communication de la Commission européenne « Vers des principes communs de flexicurité: Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité » (COM/2007/0359 final), 27 juin 2007.

²⁵⁰⁰ Rapport conjoint sur l'emploi adopté par le Conseil de l'Union européenne du 8 mars 2011 (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st07/st07396.fr11.pdf>)

2. Une conception économique de la flexicurité

673. - La circulation du travail sur le marché du travail. Les discours dominants sur la nécessité de consolider la flexicurité sont indissociables des critiques fondées sur l'inefficacité sociale et économique des règles de droit du travail. Ces dernières seraient un frein majeur à la mobilité sur le marché du travail. L'approche de la flexicurité part d'une analyse de la régulation des relations travail dont le point d'ancrage n'est pas l'entreprise²⁵⁰¹, mais le marché du travail.

La politique européenne de la flexicurité puise son inspiration dans les modèles danois²⁵⁰² et néerlandais²⁵⁰³ – et récemment dans celui de l'Allemagne²⁵⁰⁴ en matière de flexicurité interne –, dont les performances ont été souvent citées comme le résultat d'un marché du travail fluide et peu réglementé. L'idée principale est de créer les conditions propices – assouplissement des contraintes juridiques encadrant l'entrée et la sortie du marché de l'emploi – en vue d'accélérer la mobilité des travailleurs entre les entreprises. En effet, l'approche économique de la flexicurité, telle qu'elle est développée par l'Union européenne, « se focalise sur la circulation du travail sur le marché le travail²⁵⁰⁵ ». Penser la relation travail-droit du travail à l'aune de la politique européenne de la flexicurité « c'est inscrire dans les esprits que la flexibilité est la caractéristique inaugurale de l'emploi, sa première

²⁵⁰¹ À l'instar de « l'idée de sécurisation des trajectoires professionnelles », la flexicurité « peut aboutir à une remise en cause des mécanismes et raisonnements fortement ancrés dans les relations de travail. Elle conduit à une logique personnelle de gestion de carrière et non plus à une démarche d'appartenance à l'entreprise », F. Favennec-Héry, La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ?, Dr. soc. 2007, p. 1107 ; « [...] les thèses sur la flexicurité invitent, par construction, à sortir de l'entreprise », Ch. Ramaux, Flexicurité : quels enjeux théoriques ? Economie et Institution, n° 9, 2^{ème} semestre 2006, p. 31.

²⁵⁰² K. Sondergard, La flexicurité danoise – et tout ce qui l'entoure, Chronique internationale de l'IRES, n° 110, 2008, p. 49 ; H. Caune, « Le modèle danois et la flexicurité européenne » Une « stratégie à deux bandes » de persuasion par l'expertise, Gouvernement et action publique, 2014/2 N° 2, p. 55-79.

²⁵⁰³ M. Wierink, Pays-Bas 15 ans après la flexisécurité, l'hyperflexibilité, Chronique internationale de l'IRES - n° 147 - septembre 2014, p. 62.

²⁵⁰⁴ Entendant donner un nouveau souffle à la flexicurité, depuis sa Communication de la Commission du 23 novembre 2010 « Une stratégie pour des compétences nouvelles et des emplois : une contribution européenne au plein emploi » (COM(2010) 682 final.), la Commission européenne érige, par exemple, en modèle les dispositifs allemands de flexibilité interne négociée qu'il conviendrait de généraliser au sein des autres Etats membres de l'Union. V. M. Schmitt, L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi, RDT 2014, p. 460.

²⁵⁰⁵ G. Bargain, Normativité économique et droit du travail, préf. A. Supiot, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2014, n° 475, p. 207.

*qualité*²⁵⁰⁶ » ; partant de ce postulat, le cadre juridique régissant l'utilisation de la force de travail devrait lui aussi être flexible. Il suffit de lire, par exemple, le texte des recommandations de l'Union européenne – faites dans le cadre de la MOC sociale²⁵⁰⁷ intégrée au semestre européen – portant sur les programmes nationaux de réforme (PNR) français pour s'en rendre compte. La recommandation du Conseil du 29 mai 2013 a salué les efforts du législateur (projet de loi de sécurisation de l'emploi²⁵⁰⁸) et des partenaires sociaux français (accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013²⁵⁰⁹) qui constituent « *une avancée vers un marché du travail plus fluide* », dans la mesure où ils renforcent les droits des travailleurs, améliorent la sécurité juridique des licenciements et offrent une plus grande souplesse aux employeurs²⁵¹⁰.

Cependant, les dispositions issues de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 ont, selon les instances de l'Union européenne, des effets incertains sur les performances du marché du travail ; la France devrait « *prendre des mesures supplémentaires pour lutter contre la rigidité du marché du travail, et plus particulièrement à prendre des mesures pour réformer les conditions des accords de maintien de l'emploi en vue d'accroître leur utilisation par les entreprises en difficulté*²⁵¹¹ ». Le même constat est fait à l'occasion des recommandations du 14 juillet 2015 le Conseil de l'Union européenne recommande que la France s'attache, au cours de la période 2015-2016, à « *réformer le droit du travail afin d'inciter davantage les employeurs à embaucher en contrats à durée indéterminée*²⁵¹² ; faciliter, aux niveaux des entreprises et des branches, les dérogations aux dispositions juridiques générales, notamment en ce qui concerne l'organisation du temps de travail ;

²⁵⁰⁶ Ch. Ramaux, *Flexicurité : quels enjeux théoriques ?*, Economie et Institution, n° 9, 2^{ème} semestre 2006, p. 29.

²⁵⁰⁷ « *Douce en apparence, contraignante en réalité* », F. Canut, L'environnement européen de la flexisécurité, Dr. soc. 2014, p. 670.

²⁵⁰⁸ Donnant naissance à la loi de sécurisation de l'emploi n°2013-504 du 14 juin 2013, JO 16 juin 2013

²⁵⁰⁹ P.-H. Antonmattei, Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : acte II de la flexisécurité à la française, D. 2013, p. 577.

²⁵¹⁰ http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/swd2013_france_en.pdf

²⁵¹¹ Recommandation du Conseil du 8 juillet 2014 concernant le programme national de réforme de la France pour 2014 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2014 (2014/C 247/09).

²⁵¹² Pour tenter de répondre à cette recommandation de la l'Union européenne, le législateur français a envisagé d'introduire un système de barémisation des indemnités prud'homales – à travers la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques n° 2015-990, du 6 août 2015 –, une mesure qu'a été censurée par le Conseil constitutionnel (C. const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques), v. J. Icard, *La réforme de la rupture du contrat de travail*, Cahiers sociaux, 01 octobre 2015 n° 278, p. 544 ; D. Baugard, *Le plafonnement de l'indemnité des licenciements injustifiés ne peut pas varier selon les effectifs des entreprises*, Dr. soc. 2015, p. 803.

*réformer la loi portant création des accords de maintien de l'emploi d'ici à la fin de 2015 en vue d'accroître leur utilisation par les entreprises*²⁵¹³.....».

674. - Sécurité (s). La notion de flexicurité appelle au renforcement de la protection du travailleur par le jeu de la reconnaissance d'un ensemble de droits – ou sécurités sur le marché du travail – attachés à sa personne²⁵¹⁴ avec des liens distendus vis-à-vis de sa qualité de salarié. « *Selon ce modèle, flexibilité et sécurité ne s'opposent pas mais sont complémentaires, en ce sens qu'elles impliquent un déplacement de la sécurité basée sur la stabilité de l'emploi en entreprise (job security) vers un concept de sécurité lié aux politiques de l'emploi et aux nouveaux droits sociaux acquis hors de l'entreprise (employment security)*²⁵¹⁵ ». Cette perspective renvoie à l'idée d'un droit du travail minimaliste ; elle est, par ailleurs, quasiment identique à celle qui anime le modèle de la flexicurité, tel qu'il est défendu par l'organisation patronale européenne « Business Europe²⁵¹⁶ » et l'Union européenne²⁵¹⁷, favorable à une protection dans l'emploi²⁵¹⁸ en vue d'assurer une meilleure préservation de l'emploi et de la compétitivité des entreprises, puisque aujourd'hui on protège plus le poste de travail que la personne au travail. Pour la Confédération Européenne des Syndicats (CES), l'accent devrait davantage être mis sur la recherche d'un équilibre optimal juste et acceptable entre les besoins et les intérêts – parfois conflictuels – des entreprises et des travailleurs, devant s'inscrire dans une dimension plus globale d'une Union européenne durable avec plus d'emplois de meilleure qualité. La notion de qualité de l'emploi ne saurait, selon la Confédération

²⁵¹³ Modifiée par la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, n° 2015-990, du 6 août 2015, JO 7 août 2015, v. P.-H. Antonmattei, *Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif*, Dr. soc. 2015, p. 811.

²⁵¹⁴ « *Mais que veut-on dire par « protéger la personne » ?* », F. Gaudu, La « sécurité sociale professionnelle » : un lit pour deux rêves ?, Dr. soc. 2007, p. 400.

²⁵¹⁵ A. Perulli, Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme, op. cit., p. 732.

²⁵¹⁶ « [...]la flexicurité devrait être composée d'un droit du travail moins contraignant et d'une variété de contrats, de politiques actives du marché du travail et de politiques d'apprentissage tout au long de la vie ainsi que de systèmes d'allocations de chômage qui réduisent les périodes de chômage à un minimum », Intervention de M. Philippe de Buck, secrétaire général de Business Europe, à la conférence des parties prenantes de la Commission sur la flexicurité, 20 avril 2007, cité par M. Keune et P. Pochet, Flexicurité en Europe : une approche critique, Revue de l'IRES, avr. 2009, p. 112.

²⁵¹⁷ Dans sa Communication de 2007 sur les principes de la flexicurité, la Commission européenne considère que « *la protection de l'emploi (job) étant devenue nuisible à l'emploi, il importe de lui substituer une protection des transitions d'un emploi à un autre (employment), grâce à la souplesse des dispositions contractuelles, et de permettre aux personnes de passer très rapidement d'un emploi à un autre* », D. Méda, La flexicurité peut-elle encore constituer une ambition pour l'Europe ?, op. cit., p. 98.

²⁵¹⁸ Permettant de passer d'une culture de sauvegarde de l'emploi à celle de création de l'emploi qui est, par conséquent, essentielle pour la réduction des facteurs d'exclusion sociale en Europe.

Européenne des Syndicats, faire l'économie des règles protectrices fondamentales des salariés : centralité du contrat à durée indéterminée, renforcement des droits attachés aux contrats précaires, amélioration conjointe du niveau (ex. revenus) de la prise en charge des travailleurs au sein des stratégies d'activation des politiques de l'emploi. La préservation de l'emploi ne devrait donc pas sacrifier la sécurisation des salariés ou les règles protectrices de l'emploi (poste de travail) sur l'autel des politiques de « l'emploi à tout prix ». De plus, la Confédération Européenne des Syndicats s'est montrée très réticente à l'égard de toute modélisation ou de l'imposition d'un modèle unique de la flexicurité. Elle estime que la flexicurité « *ne concerne pas un modèle de réglementation et d'organisation du marché, ni une recette de performance économique, et ne concerne pas un simple choix entre protection de l'emploi et politiques de l'employabilité des travailleurs* »²⁵¹⁹.

675. - Remède au dysfonctionnement du marché du travail. Le modèle de la flexicurité, comme il est forgé par les instances de l'Union européenne, insiste sur la correction des dysfonctionnements des marchés du travail européens en rassemblant deux objectifs – faisant déjà partie des préconisations de l'OCDE du début des années 1990 – : flexibilisation de l'organisation juridique des marchés du travail, principalement la flexibilité des contrats de travail, et amélioration du capital humain par l'augmentation des niveaux de qualification des travailleurs²⁵²⁰.

676. - Modernisation de la régulation du marché du travail. L'association de la flexicurité et de l'objectif de modernisation du marché du travail constitue la matrice commune à partir de laquelle l'évaluation et la réforme futures des droits nationaux du travail devraient s'effectuer. Les dispositions protectrices de l'emploi – ensemble de règles, légales

²⁵¹⁹ Avis de la confédération européenne des syndicats relatif à la consultation des partenaires sociaux européens sur le livre vert de la Commission européenne Com (2006) 708 final « Moderniser et renforcer le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle ». Disponible à l'adresse : <http://www.etuc.org/a/3556>

²⁵²⁰ Consistant « à revêtir de vieilles idées d'habits neufs », D. Méda, *La flexicurité peut-elle encore constituer une ambition pour l'Europe ?*, op. cit., p. 103. Ce modèle théorique de la régulation du marché du travail s'inspire de la théorie de la « destruction créatrice » de l'économiste Joseph Schumpeter. « *Les deux objectifs correspondent à la représentation du fonctionnement idéal du marché du travail sous la figure de la « destruction créatrice » chère à Schumpeter : il importe de laisser disparaître les emplois non rentables et de permettre aux salariés de retrouver au plus vite un autre emploi ; et ce, en instaurant les incitations nécessaires pour qu'ils ne s'installent pas dans le chômage ou l'inactivité et en comptant sur la formation pour leur permettre d'entretenir leur employabilité* », B. Gomel, D. Méda, E. Serverin, *Ruptures du contrat de travail, ruptures d'emploi. Perspectives pluridisciplinaires*, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 4.

ou conventionnelles, encadrant et limitant le recours aux contrats précaires (contrat à durée déterminée, contrat à temps partiel, contrat de travail temporaire...) et les licenciements des salariés – apparaissent désormais comme des entraves au bon fonctionnement du marché du travail. Celui-ci, actuellement segmenté et rigide, gagnerait en efficacité en libéralisant les conditions d'entrée et de sortie de l'emploi salarié. Les règles relatives à l'embauche et aux licenciements des salariés sont tellement contraignantes et « *surprotectrices* » des travailleurs titulaires de contrat standard (*insiders*), qu'elles ne participent pas à la création d'emplois et aggravent la situation des travailleurs atypiques (*outsiders*). Ainsi se déploie l'explication phare de la politique européenne de flexicurité sur laquelle le projet de loi Travail de 2016, dit projet loi El Khomri, a fondé sa structure argumentative. Cette manière de s'interroger sur les relations entre création de l'emploi et législation protectrice de l'emploi conduit rapidement sur leur incompatibilité²⁵²¹. En d'autres termes, les postulats traditionnels sur lesquels s'est fondée la législation protectrice de l'emploi (LPE), selon le vocabulaire de l'OCDE²⁵²², ne sont plus d'actualité et devraient évoluer devant les changements structurels induits par la libéralisation des marchés nationaux²⁵²³ et l'évolution technologique.

677. - Un « Deal » déséquilibré : sécurisation des parcours professionnels contre fluidité du marché du travail²⁵²⁴. La rhétorique de la flexicurité véhicule parfois, en ce temps de crise économique, l'idée de la nécessité de flexibilités inconditionnelles – par exemple, l'abandon des règles encadrant le licenciement – ou avec des contreparties minimales. De la sorte, le projet de la flexicurité « *est donc encore la revendication d'un pouvoir moins encadré, déguisée cette fois en soi-disant « échange* »²⁵²⁵ ». Le volet sécurité devrait être conçu selon le modèle européen de la flexicurité à partir des contraintes du marché du travail ; quitte à dévaloriser la qualité de vie ou de travail ou, à force de

²⁵²¹ D. Méda, *Flexicurité : quel équilibre entre flexibilité et sécurité ?*, Dr. Soc. 2009, p. 763.

²⁵²² A partir de la fin des années 1980 les rapports de certaines organisations économiques, l'OCDE et la Banque mondiale, ont commencé à utiliser la terminologie de législations protectrices de l'emploi (LPE). L'OCDE, par exemple, poursuit, depuis son rapport *Job's Study*, une voie qui préconise la nécessité d'introduire davantage des mesures de flexibilité et d'adaptation de la LPE, la baisse des charges qui augmentent le coût du travail et entravent la compétitivité des entreprises et la modernisation des systèmes de protection sociales, D. Méda, *Flexicurité : quel équilibre entre flexibilité et sécurité ?*, op. cit. p. 763.

²⁵²³ F. Gaudu, *Libéralisation des marchés et droit du travail*, Dr. Soc. 2006, p. 513.

²⁵²⁴ « [...] il s'agit d'un « deal », fluidité de l'emploi contre sécurité. Les parcours professionnels dont il est question sont attachés à la personne indépendamment de l'emploi qu'elle occupe », F. Favennec-Héry, *La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ?* Dr. soc. 2007, p. 1105.

²⁵²⁵ E. Dockès, *La flexibilité de la cravache*, in. E. Mazuyer (dir.), *Les flexibilités en droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 111.

déréglementer le droit des contrats de travail, à précariser l'emploi sur le marché du travail. En d'autres termes, la flexicurité vise à construire un ensemble de dispositifs de sécurisation des personnes en vue à la fois de s'adapter et de permettre une flexibilisation croissante, voire permanente, du travail.

678. - La suprématie de l'évaluation économique et budgétaire des politiques publiques nationales – y compris celle de l'emploi – au sein de la nouvelle gouvernance économique de l'Union européenne incite les Etats membres à adopter une vision économique de l'idée de flexicurité. Sur le plan national, cette dernière fait aussi l'objet d'une utilisation instrumentale : elle vise à satisfaire des revendications anciennes sur la liste des « rénovateurs » du droit du travail. De cette double instrumentalisation, européenne et nationale, l'esprit originel de la notion de flexicurité n'en sort pas indemne.

B. La réception de la notion de flexicurité

679. - Le discours de la flexicurité véhiculé, tant par certains acteurs nationaux que par l'Union européenne, sert à créer une émulation – pour ne pas dire une concurrence normative – entre les différents Etats membres qui tend à favoriser la convergence de leurs normes sociales. Pour autant, au-delà de l'unité de la conception économique de la flexicurité que suggère l'Union européenne, les législateurs nationaux la reformulent selon leurs besoins. La nature imprécise, voire ambiguë des notions mobilisées par l'Union européenne permet aux acteurs nationaux de donner une kyrielle de déclinaisons de la stratégie de flexicurité, engendrant nécessairement une transformation de la version initiale de cette dernière (2). Ainsi, les acteurs nationaux du droit du travail brandissent-ils, à titre presque incantatoire, l'idée commode de la flexicurité – voire toutes les notions fort imprécises qui gravitent autour : sécurisation des parcours professionnels, modernisation et sécurisation du droit du travail... – afin de légitimer des choix politiques (1). Selon un spécialiste néerlandais de la flexicurité, les législateurs peuvent élaborer plusieurs « *versions fort différentes de la flexicurité en l'utilisant comme une bannière pour promouvoir leurs vues sur la réforme du*

*marché du travail*²⁵²⁶ ». Derrière cette divergence – de façade – des traductions nationales de l'idée de la flexicurité, chaque Etat se retrouve confronté aux contraintes qu'impose la crise économique ; Celles-ci débouchent pour le moment sur des « *évolutions davantage subies que véritablement négociées entre patronat et syndicats*²⁵²⁷ », s'éloignant du compromis social à l'origine des expériences nationales – danoise et hollandaise – les plus réussies de l'idée de flexicurité²⁵²⁸.

1. Une notion instrumentalisée

680. - François Gaudu²⁵²⁹ soulignait dans ses écrits la dimension tactique et instrumentale de l'usage du discours de la flexicurité par les différents acteurs du droit du travail français et européens. Cet usage instrumental offre l'impression que la mobilisation de la notion de flexicurité « *apparaît comme l'habillage nouveau de revendications anciennes*²⁵³⁰ » datant des années 1980²⁵³¹, en l'occurrence la flexibilisation de la rupture du contrat de travail

²⁵²⁶ M. Keune, Flexicurité : le nouveau remède aux problèmes du marché européen du travail, *in*. Bilan social de l'Union européenne 2007, ETUI 2008 p. 180.

²⁵²⁷ C. Spieser, La fin du modèle de flexicurité face à la résilience des modèles nationaux ? Syndicats et négociations sur l'emploi en Allemagne, en France et en Italie, *Revue Politique européenne*, 2013/4 n° 42, p. 90. On songe, notamment, à la loi n° 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, du 6 août 2015, et à la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015.

²⁵²⁸ L'exemple danois montre que, au-delà de la conception européenne de la flexicurité, se résumant à la recherche d'un équilibre entre les dispositifs de flexibilité et de sécurisation, l'enjeu principal réside dans la construction de consensus *via* un dialogue social entre des acteurs sociaux forts, autonomes et représentatifs. Cet élément indispensable pour la réussite du projet de la flexicurité est faiblement présent dans les pratiques de concertation sociale à l'œuvre dans les nouveaux adhérents à l'Union européenne. V. en ce sens, J.-F. Macours, *La flexicurité : panacée européenne à la crise de l'emploi ?*, *in*. S. Gilson, Ch.-E. Clesse (dir.), *Actualités en droit social européen*, Larcier, 2010, p. 123. En France, par exemple, le pluralisme syndical, patronal et salarial, rend également difficile la construction, aussi bien au niveau de l'entreprise qu'au niveau interprofessionnel, de compromis social majoritaire.

²⁵²⁹ Fr. Gaudu, *Des illusions des juristes aux illusions scientistes*, *op. cit.* ; La « sécurité sociale professionnelle » : un seul lit pour deux rêves ?, *op. cit.* ; De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité, *op. cit.* ; L'accord sur « la modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail, *op. cit.* V. pour une présentation de la pensée de François Gaudu sur ces sujets, J.-C. Barbier, Un seul lit pour deux rêves. Six ans après, que reste-t-il de la flexicurité ?, *in*. *Droits du travail. Emploi. Entreprise*, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 37.

²⁵³⁰ D. Méda, La flexicurité peut-elle encore constituer une ambition pour l'Europe ?, *op. cit.*, p. 103.

²⁵³¹ V. Forest, M. Julien, Analyse du discours patronal sur la flexibilité. Une lecture juridique et économique, *in*. E. Mazuyer (dir.), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 19.

standard, l'allégement de l'encadrement de l'usage des contrats atypiques et le renforcement de l'autoréglementation de l'entreprise²⁵³².

681. - De surcroît, l'invocation des modèles étrangers sert fréquemment à soutenir des prises de position favorables au versant flexibilité de la flexicurité. Par exemple, les partisans de la flexicurité, convoquant les performances économiques et sociales du modèle danois au sein du débat social français, oublient souvent de mettre en évidence la cohérence sociétale solidaire qui sous-tend la flexicurité au Danemark, laquelle repose essentiellement sur un compromis entre le pouvoir politique et les syndicats²⁵³³. Ils mobilisent ainsi cette notion – « *attrape-tout*²⁵³⁴ » – de flexicurité dans des sens et avec des intentions fort différentes de son esprit originel. Dans ce pays nordique, la flexibilité et la sécurité fonctionnent comme des mécanismes qui se soutiennent mutuellement pour la régulation du marché du travail, en s'appuyant aussi bien sur une tradition politique nationale de pactes sociaux que sur l'existence d'un réseau institutionnel adéquat²⁵³⁵ (prélèvements fiscaux, services publics performants, tradition corporatiste, système de protection sociale et d'indemnisation du chômage généreux²⁵³⁶). L'exemple danois montre également que « *la sécurité n'est pas forcément une barrière à la flexibilité du marché du travail, mais qu'elle peut au contraire la créer et l'augmenter. La sécurité et la confiance aident apparemment à faire face aux changements. La volonté et la capacité de s'adapter se trouvent augmentées et les salariés sont mieux disposés à l'égard de la flexibilité*²⁵³⁷ ». L'idée sous-jacente est que la protection des travailleurs peut créer un climat de confiance²⁵³⁸ permettant de négocier la flexibilité²⁵³⁹.

²⁵³² Dans son considérant n° 14, la recommandation du 14 juillet 2015, concernant le programme national de réforme de la France pour 2015 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2015, considère que « *la France souffre d'une segmentation de son marché du travail [...] Les mesures prises pour réduire le degré de segmentation du marché du travail, en particulier le relèvement des cotisations sociales sur les contrats de très courte durée, n'ont pas permis d'infléchir la tendance. Réviser le cadre juridique régissant les contrats de travail pourrait aider à réduire la segmentation. Les réformes menées récemment n'ont donné aux employeurs que peu de possibilités pour déroger aux accords de branche par des accords d'entreprises. Cela limite la capacité des entreprises à moduler leurs effectifs en fonction de leurs besoins...* ».

²⁵³³ J.-C. Barbier, Au-delà de la « flex-sécurité », une cohérence sociétale solidaire au Danemark, in Serge Paugam (dir.), Repenser la solidarité, l'apport des sciences sociales, PUF, coll. Le lien social, 2007, pp. 473-490.

²⁵³⁴ J.-C. Barbier, Le voyage des idées politiques : une exploration européenne, op. cit.

²⁵³⁵ H. Jørgensen, *Danemark : la fin de l'union flexibilité sécurité?*, in A. S. Pascual (dir.), La flexicurité : mutation symbolique de la notion de sécurité, Revue Les Politiques sociales, 2012, p. 68.

²⁵³⁶ Revue récemment à la baisse ; la durée maximale d'indemnisation du chômage a été ramenée de quatre à deux ans, avec un taux de remplacement atteignant 90% plafonné à 2407 euros/mois.

²⁵³⁷ K. Sondergard, *La flexicurité danoise – et tout ce qui l'entoure*, Chronique internationale de l'IRES, n°

682. - L'importation²⁵⁴⁰ de la notion de flexicurité en France. La flexicurité constitue « *une véritable aubaine argumentative²⁵⁴¹* » pour les tenants de l'analyse économique comparée du droit du travail ; elle fait l'objet d'une opération d'exemplification intensive. Le modèle nordique en est l'illustration parfaite ; il joue en retour un rôle primordial et persuasif dans la circulation de l'idée de flexicurité.

683. - En partant d'une lecture purement économique de la régulation des relations de travail « *le législateur entend désormais changer de paradigme en concentrant ses efforts sur la protection des transitions professionnelles²⁵⁴²* ». Pour ce faire, les partisans de la flexicurité, dont la protection des transitions professionnelles est l'une des composantes, plaident pour une réforme structurelle de l'organisation juridique du marché du travail²⁵⁴³, tout particulièrement le droit du travail. Cette stratégie est essentiellement fondée sur une lecture économique redoutable opposant, d'un côté, les salariés titulaires de contrat standard et les salariés titulaires de contrat atypiques ou temporaire, et de l'autre, les salariés et les demandeurs d'emploi²⁵⁴⁴. Pour sortir de ces dilemmes, le droit du travail devrait changer radicalement de perspective, et se dissoudre dans un ensemble de dispositifs juridiques et de prise en charge des risques sociaux visant à mettre en place un droit des transitions ou de circulation sur le marché axé sur la mutualisation²⁵⁴⁵ de la sécurisation de la personne sans

110, 2008, p. 50.

²⁵³⁸ Reposant sur le contrat comme mode d'action, la confiance mutuelle entre partenaires sociaux est aussi une caractéristique principale de la réussite du système allemand de relations professionnelles, surtout en ce qui concerne la négociation de la flexicurité interne (« *Le mécanisme clé de l'adaptabilité du « modèle allemand » peut [...] se résumer à un grand principe organisateur : la confiance* », I. Bourgeois, De la capacité de l'Allemagne à se réformer, Regards sur l'économie allemande – bulletin économique du CIRAC, 116-117 (2015), p. 28).

²⁵³⁹ Le rapport « Au-delà de l'emploi » (1999), préparé sous la direction du Professeur Alain Supiot, notait à cet effet que « *la question fondamentale qui se pose aujourd'hui n'est pas celle de la « flexibilisation » (déjà largement engagée dans un certain nombre de législations européennes), mais celle de l'harmonisation des nouveaux impératifs de libération du travail avec le besoin non moins impératif qu'a tout travailleur de jouir sur la longue durée d'un véritable état professionnel, qui libère justement ses capacités d'initiatives individuelles* », A. Supiot (dir.), Au-delà de l'emploi, op. cit., p. 56.

²⁵⁴⁰ D. Méda, La flexicurité peut-elle encore constituer une ambition pour l'Europe ?, Formation emploi, n° 113/2011, pp. 97-109 ; D. Méda, *La flexicurité à la française: un échec avéré*, in. A. S. Pascual (dir.), La flexicurité : mutation symbolique de la notion de sécurité, Revue Les Politiques sociales, 2012, p. 86.

²⁵⁴¹ Ch. Ramaux, Flexicurité : quels enjeux théoriques ?, op. cit., p. 15.

²⁵⁴² J.-Y. Kerbourc'h, De la protection de l'emploi à la protection des transitions professionnelles : les changements de paradigmes du droit du travail, Cahiers philosophiques 2008/4 (N° 116), p. 25.

²⁵⁴³ D. Méda, La flexicurité peut-elle encore constituer une ambition pour l'Europe ?, op. cit., p. 104.

²⁵⁴⁴ « Le droit du travail qui réglait la situation des hommes au travail – est utilisé pour en donner à ceux qui n'en ont pas », G. Lyon-Caen, Un droit sans papiers d'identité, Arch. phil. droit 41 (1997), p. 188.

²⁵⁴⁵ « *Le projet de flexicurité se traduit par une extension [du régime de responsabilité fondée sur la*

référence à la protection de l'emploi. L'influence d'une telle orientation doit beaucoup, sans doute, au fait que certains pays, ayant construit lentement et en accord avec les partenaires sociaux des compromis sociaux fondés sur l'idée de flexicurité²⁵⁴⁶, réussissent, malgré un haut niveau de fluidité du marché du travail, à préserver un taux d'emploi plus élevé que ceux réalisés dans des Etats dotés de forte législation de protection de l'emploi.

684. - Face au modèle de flexibilisation maximale des relations de travail à l'anglo-saxonne, la flexicurité offre certes un cadre cognitif alternatif – qui est bien sûr tout sauf immuable, dont la réussite dépendra des arrangements et des équilibres construits nationalement – pour repenser les relations travail-droit du travail. Mais, loin de cette préoccupation légitime et dont la réponse reste à « *inventer*²⁵⁴⁷ », la mobilisation de la notion de flexicurité, dans le cadre du comparatisme d'intimidation, est loin de s'inscrire dans un jeu de complémentarité équilibré entre flexibilité et sécurité.

2. Une notion transformée

685. - Une transformation inévitable. La circulation de la flexicurité n'est pas sans conséquences sur sa conception initiale. En effet, « dans le voyage de la flexicurité, la notion s'est éloignée radicalement de ses significations précises d'origine danoise et néerlandaise²⁵⁴⁸ », puisque les différentes traductions nationales actuelles, répondant aux spécificités des contextes nationaux²⁵⁴⁹, sont fort diversifiées et s'attachent davantage au volet

mutualisation] vers le droit du travail, où est traditionnellement à l'œuvre un autre régime, mettant l'accent sur la responsabilité individuelle de l'employeur », A. Lyon-Caen, T. Sachs, ADN d'une réforme, RDT 2013, p. 165.

²⁵⁴⁶ « [...] il est très important de reconnaître combien le fait que le Danemark et les Pays-Bas – pays encore considérés comme appartenant au modèle social-démocrate à l'époque – ont été érigés en modèles, a compté dans l'adoption de la notion de flexicurité (ou au moins dans la moindre résistance opposée originellement à son introduction dans certains pays) », D. Méda, La flexicurité peut-elle encore constituer une ambition pour l'Europe ?, op. cit., p. 103

²⁵⁴⁷ Ph. Lefebvre, Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010), Revue Entreprises et Histoire, 2009, n° 75, p. 45, spéc. p. 71 et s.

²⁵⁴⁸ J.-C. Barbier, Le voyage des idées politiques : une exploration européenne, in. A. S. Pascual (dir), La flexicurité : mutation symbolique de la notion de sécurité, Revue Les Politiques sociales, 2012, p. 64. V. égal., pour une présentation des « Modèles de la flexicurité », F. Canut, *L'environnement européen de la flexisécurité*, op. cit., pp. 671-672.

²⁵⁴⁹ S. Laulom, *De la flexicurité à de nouvelles flexibilités*, in. S. Laulom, E. Mazuyer, C. Tessier, C.-E. Triomphe, P. Vielle, *Quel droit social en Europe après la crise ?*, Rapport final du projet « Droit social en Europe après la crise » - « what labour law and social protection in Europe in crisis », 2010, publié sur le site de

flexibilité au détriment de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des travailleurs. L'idée de flexicurité est amenée inéluctablement à évoluer et à changer de visage²⁵⁵⁰ lorsque les réformes nationales entreprises en son nom, sous la « *surveillance renforcée*²⁵⁵¹ » mise en place dans le cadre de la nouvelle gouvernance économique de l'Union européenne, perturbent les équilibres lentement construits entre les fonctions assurées par le droit du travail²⁵⁵². Le « *projet de flexicurité* », tel qu'il est conceptualisé et entrepris en France, du moins depuis la loi de modernisation²⁵⁵³ du marché du travail du 11 juin 2008, implique que à « *la protection dans l'emploi se substitue une protection sur et par le marché, laquelle repose sur une double logique : celle d'une fluidité accentuée de la circulation de la main d'œuvre - gage d'efficacité économique et donc d'augmentation du volume d'emploi - d'un côté, celle de la sécurisation des parcours professionnels – laquelle vise à amortir les conséquences négatives de la première – de l'autre*²⁵⁵⁴ ». Cette conception de la flexicurité s'écarte de la référence initiale que constituaient les versions danoise et néerlandaise ; ces dernières sont issues « *d'un compromis social et non d'une vision a priori du marché du travail*²⁵⁵⁵ ». Autrement dit, ces deux modèles nordiques ont en commun le rôle central joué par le dialogue social en tant qu'instrument de construction et de légitimation²⁵⁵⁶ des dispositifs inspirés par la logique de flexicurité. De même, l'équilibre à trouver entre flexibilité et sécurité est conçu dans une perspective différente de celle initiée en droit français ; car, « *la flexibilité ne constitue pas un préalable que les dispositifs de sécurité*

ASTREES, p. 12, disponible à l'adresse suivante :

http://www.astrees.org/fic_bdd/article_pdf_fichier/1335340526_RAPPORT_TRANSVERSAL_REUNIFIE.pdf

²⁵⁵⁰ Toutefois, il est possible de percevoir des évolutions communes partagées par les droits du travail nationaux prétendant s'inscrire dans la stratégie de flexicurité (par ex. la déclinaisons nationales du contrat de travail unique – en Italie et en Espagne –, la décentralisation de la négociation collective favorable à une « *corporisation* » de la régulation des relations de travail au niveau de l'entreprise), v. sur ce sujet, A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, RDT 2015, p. 170.

²⁵⁵¹ M. Schmitt, L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi, op. cit., p. 461.

²⁵⁵² « *Droit de l'organisation d'un curieux marché [du marché du travail], droit de la régulation de la concurrence entre entreprises – mais sans doute entre travailleurs aussi – droit de l'encadrement des conflits, droit de la citoyenneté du producteur-consommateur, le droit du travail change parce que les équilibres entre ses fonctions changent et qu'entre elles des tensions s'expriment* », A. Lyon-Caen, Ce que François Gaudu nous dit, in. Droits du travail. Emploi. Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 10.

²⁵⁵³ Faisant écho au Livre vert de la Commission, « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle » du 22 novembre 2006, au sein duquel la Commission plaidait pour la mise en place de la flexicurité.

²⁵⁵⁴ A. Lyon-Caen, T. Sachs, ADN d'une réforme, RDT 2013, p. 164.

²⁵⁵⁵ F. Canut, L'environnement européen de la flexisécurité, op. cit., p. 672.

²⁵⁵⁶ J.-F. Macours, *La flexicurité : panacée européenne à la crise de l'emploi ?*, in. S. Gilson, Ch.-E. Clesse (dir), Actualités en droit social européen, Larcier 2010, p. 112.

*devraient équilibrer. Plus largement, dans les pays nordiques, l'anticipation des restructurations et l'aide au changement sont des éléments essentiels de la flexisécurité, sans doute plus que la flexibilité du marché du travail. Il s'agit avant tout de faciliter les transitions*²⁵⁵⁷ ».

686. - Flexicurité(s). L'ancrage national des déclinaisons de la flexicurité est un gage pour sa réussite, permettant de s'éloigner du spectre du rejet de la greffe juridique²⁵⁵⁸ ; mais, encore faut-il créer les conditions favorables à son accueil²⁵⁵⁹. Le Professeur Fernando Valdés dal Ré a pu noter l'importance de la contextualisation dans toute tentative d'emprunt de notions venues d'ailleurs en matière de politiques de l'emploi : « *la grande diversité des environnements [nationaux] dans lesquels s'inscrivent les systèmes de droit du travail des Etats membres de l'Union européenne voue à l'échec toute tentative d'exporter dans l'ensemble de cet espace géographique, non pas seulement les bonnes pratiques en matière d'emploi, mais, ce qui est autrement ambitieux, un modèle cohérent et unitaire de conciliation de la flexibilité et de la sécurité*²⁵⁶⁰ ». L'exemple des pays de l'Est, ayant récemment intégré l'Union européenne démontre la difficile acclimatation de la flexicurité dans des contextes nationaux marqués par une construction récente des législations sociales, inspirées des modèles de l'Europe occidentale.

687. - La « flexicurité à la française²⁵⁶¹ ». La flexicurité est devenue une pièce maîtresse et une référence obligée des discours réformistes, dépassant les clivages politiques nationaux.

²⁵⁵⁷ F. Canut, L'environnement européen de la flexisécurité, op. cit., p. 672.

²⁵⁵⁸ C. Valcke, *La greffe juridique en droit comparé*, in. Internalisation du droit, internalisation de la justice, op. cit.

²⁵⁵⁹ « *Construction politique, la flexicurité représente initialement une série de compromis marquant un point d'équilibre dans des contextes nationaux bien précis, aux Pays-Bas et au Danemark* », C. Spieser, La fin du modèle de flexicurité face à la résilience des modèles nationaux ? Syndicats et négociations sur l'emploi en Allemagne, en France et en Italie, *Revue Politique européenne*, 2013/4 n° 42, p. 74 ; v. égal. B. Conter, Origines et impacts de la flexicurité, op. cit. ; F. Canut, L'environnement européen de la flexisécurité, op. cit., spéc., pp. 671-672.

²⁵⁶⁰ F. Valdés dal Ré et F. Gaudu, Le Livre vert de la Commission européenne pose-t-il de bonnes questions ?, *RDT* 2007, p. 72.

²⁵⁶¹ L'utilisation de cette expression est de plus en plus répandue. V. not. Le rapport d'information de l'Assemblée Nationale n° 2462 sur « la flexicurité à la française », présenté par le député Pierre Morange le 28 avril 2010 ; G. Auzero, L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une « flexisécurité à la française », *RDT* 2008, p. 152 ; P.-H. Antonmattei, *Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : acte II de la flexisécurité à la française*, D. 2013, p. 577.

La construction d'une flexicurité à la « française » constitue un leitmotiv commun à plusieurs réformes du droit du travail, nonobstant les alternances politiques.

688. - En évoquant les grandes réformes menées en matière sociale depuis 2013 – auxquelles on peut adjoindre celle de 2008²⁵⁶² –, le gouvernement français se dit engagé à mettre « *en place, brique après brique, une « flexisécurité à la française », c'est-à-dire plus de capacité d'adaptation et de souplesse pour les entreprises et plus de protection pour les salariés à l'occasion de leurs transitions professionnelles, notamment les périodes de chômage*²⁵⁶³ »²⁵⁶⁴.

689. - De nombreuses réformes, récentes ou en cours, confortent l'idée d'une « flexicurité à la française ». On peut citer plusieurs exemples visant à la « sécurisation des parcours professionnels²⁵⁶⁵ » des travailleurs : les réformes de la formation professionnelle²⁵⁶⁶, du service public de l'emploi²⁵⁶⁷, la portabilité des droits à la formation ou de la prévoyance complémentaire de santé et la « rechargeabilité » des droits au chômage, la mobilité externe

²⁵⁶² La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

²⁵⁶³ Zoom sur la réforme du marché du travail, in. Programme national de réformes : mise en œuvre et approfondissement « Les réformes de la France EN ACTES », Trajectoires des finances publiques 2015-2017, février 2016, p. 10 (<http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/action/piece-jointe/2016/02/programme-national-de-reformes-france.pdf>)

²⁵⁶⁴ Notons que les différents plans nationaux de réforme (PNR) – envisagés comme réponses aux lignes directrices relatives à la MOC sociale intégrée au sein de la stratégie Europe 2020 – se fondent sur les différentes réformes du droit du travail français menées ces dernières années (par ex. la loi du 11 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, la loi 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques n° 2015-990 du 6 août 2015, la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015). Le dernier PNR en date est consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/presentation-programme-national-reforme-2015>

²⁵⁶⁵ Sur la polysémie et les finalités attachées à la notion de sécurisation des parcours professionnels, v. F. Favennec-Héry, La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ?, Dr. soc. 2007, p. 1105 ; F. Guiomard, La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion, RDT 2013, p. 616.

²⁵⁶⁶ La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

²⁵⁶⁷ Loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi. Cette loi a pour objectif de faire face aux évolutions structurelle du marché du travail en favorisant la mise en œuvre d'un service public de l'emploi plus efficace mettant le demandeur d'emploi au cœur du système. Elle vise également à se mettre en accord avec les réformes des politiques de l'emploi et des politiques sociales de l'Union européenne, et obéissent à une logique d'activation renforcée des demandeurs d'emploi ; il s'agit dans le cadre de la MOC sociale « *d'assurer une convergence des Etats sociaux vers un modèle d'« État social actif » misant sur le retour à l'emploi, nouvelle finalité des politiques de soutien aux demandeurs d'emploi et allocataires de minima sociaux, dont les instruments privilégiés sont la généralisation de l'accompagnement et l'intéressement au retour à l'emploi* », M. Béraud, A. Eydoux, *Le service public de l'emploi à l'épreuve des réformes et de la généralisation de l'accompagnement*, Informations sociales 1/2012 (n° 169), p. 56.

sécurisée²⁵⁶⁸, la création du compte personnel d'activité (qui entrera en vigueur le 1er janvier 2017 et permettra à chaque personne, en vue de sécuriser son parcours professionnel, de rassembler dès son entrée sur le marché du travail et tout au long de sa vie professionnelle, indépendamment de son statut, ses droits sociaux personnels)²⁵⁶⁹. D'autres exemples de l'expérimentation française de la notion de flexicurité furent éphémères. Le contrat « nouvelles embauches », inspiré du droit du travail danois fut une illustration topique de la flexibilisation du licenciement, rapidement enterré en 2008, en raison de sa contrariété à la convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail²⁵⁷⁰. Rappelons, à propos de ce dernier exemple, que la flexibilisation du droit des contrats de travail reste un thème central de la politique européenne de flexicurité pour lutter contre la « préoccupante » segmentation du marché du travail français²⁵⁷¹; une lutte qui devrait passer par « la révision du cadre juridique régissant les contrats de travail²⁵⁷² » en vue de le moderniser et de le sécuriser.

690. - Sécurisation²⁵⁷³. D'après la conception dominante de la flexicurité, la conclusion du contrat de travail doit cesser d'être considérée comme l'acte déclenchant l'application d'un statut protecteur (mettant le salarié dans une situation de « mineur social »²⁵⁷⁴), pour devenir un simple outil de gestion du personnel débarrassé des contraintes d'entrée et de sortie de l'emploi, en vertu du principe de fluidité du marché du travail²⁵⁷⁵ promu par l'analyse

²⁵⁶⁸ Apports majeurs du volet « sécurité » de la loi n°2013-504 de sécurisation de l'emploi, du 14 juin 2013.

²⁵⁶⁹ Art. 38 de la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. « *Le CPA ne concernera pas que les salariés mais l'ensemble des actifs, y compris les agents publics et les travailleurs indépendants, garantissant ainsi la portabilité des droits quels que soient les changements d'emploi et de statut* », Exposé des motifs de la loi Travail n° 2016-1088 du 8 août 2016.

²⁵⁷⁰ B. Gomel, D. Méda, *Le CNE : une première expérience française de flexibilisation du CDI*, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir.), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 37.

²⁵⁷¹ Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2013 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour la période 2012-2017 du 29 mai 2013 (COM(2013) 360 final), considérant 15.

²⁵⁷² Recommandations du 14 juillet 2015 concernant le programme national de réforme de la France pour 2015 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2015 (recommandation n° 6).

²⁵⁷³ Le néologisme « sécurisation » envahit les débats et réformes relatifs au droit du travail (F. Favennec-Héry, *La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ?*, Dr. soc. 2007, p. 1106). Sur l'ambivalence du mot « sécurisation » souvent invoqué pour défendre des thèses différentes (ex. sécurisation des parcours professionnels des travailleurs ; sécurisation des décisions patronales ou de la rupture du contrat de travail ; sécurisation de l'emploi (poste de travail), sécurisation dans l'emploi,...), v. O. Leclerc, O. Guamán Hernández, *Abécédaire comparé de l'ANI du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe ?*, RDT 2013, spéc., p. 208 ; F. Canut, *L'environnement européen de la flexisécurité*, op. cit., spéc., pp. 668 et 671.

²⁵⁷⁴ B. Boublil, A propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du droit du travail, Dr. soc. 1986, p. 239.

²⁵⁷⁵ Devant encourager une « *mobilité ascensionnelle* » des travailleurs (Communication de la Commission européenne « Vers des principes communs de flexicurité », op. cit., p. 5).

économique orthodoxe du droit du travail²⁵⁷⁶. Autrement dit, la protection ou la sécurité²⁵⁷⁷ des travailleurs devrait se concevoir autrement. Ainsi « à l'idée de protection se substituerait désormais celle de sécurisation [...] l'enjeu s'étend alors au droit de la sécurité sociale puisque la considération des risques sociaux est placée au cœur de cette idée de sécurisation²⁵⁷⁸ » au sein de laquelle la personne occupe une place primordiale.

691. - Le travail du législateur français, glissant²⁵⁷⁹ de l'affirmation des « droits des salariés à celle des droits de l'homme²⁵⁸⁰ », devrait accompagner ce changement de paradigme²⁵⁸¹ de la régulation des relations travail-droit du travail. En ce sens, l'association patronale Entreprise et Progrès propose de transformer le Code du travail en un « *Code de la personne au travail* » ; sa mise en place, nécessitant « *des politiques et une gestion des ressources humaines dont le respect du Code actuel du travail ne permet pas de démultiplier les effets au bénéfice des salariés* »²⁵⁸², consisterait à accompagner le travailleur de ses débuts dans le monde du travail à sa retraite. En d'autres termes, il faudrait dédramatiser le fait d'être licencié ou de perdre son emploi²⁵⁸³.

Cette vision de la régulation des relations de travail rejoint le mouvement de « fondamentalisation » du droit du travail. Selon le Professeur Antoine Mazeaud « *le droit du*

²⁵⁷⁶ J. Icard, Analyse économique et droit du travail, op. cit., spéc. pp. 206 et s., et p. 317 et s. ; J. Icard, Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, Cah. soc. 2013, n° 254, p. 280.

²⁵⁷⁷ La sécurité « *représente bien plus que l'assurance de garder son emploi. Il s'agit de donner aux individus les compétences qui leur permettent de progresser dans leur vie professionnelle et de les aider à trouver un nouvel emploi. Il s'agit aussi de leur donner des indemnités de chômage adaptées pour faciliter les transitions. Enfin, cela inclut aussi des possibilités de formation pour tous les travailleurs* », Communication de la Commission « Vers des principes communs de flexicurité », op. cit., p. 5.

²⁵⁷⁸ G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, préf. A. Supiot, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2014, p. 472.

²⁵⁷⁹ Sur les dangers de ce glissement, v. P. Lokiec, Le travailleur et l'actif, Dr. soc. 2009, p. 1017 : « *Le droit du travail, comme d'autres pans du droit privé, abrite un droit des personnes dont la place ne cesse de croître. Son émancipation par rapport au droit du travail est nécessaire si l'on veut éviter que le second, au prix d'un glissement du salarié vers la personne, ne devienne un simple chapitre du premier* ».

²⁵⁸⁰ B. Teyssié, *Un nouveau droit du travail ?*, JCP S, n° 26, 30 juin 2015, 1234, n° 21 et s.

²⁵⁸¹ J.-Y. Kerbourc'h, De la protection de l'emploi à la protection des transitions professionnelles : les changements de paradigmes du droit du travail, Cahiers philosophiques, 2008/4 (N° 116), p. 25-40.

²⁵⁸² <http://entrepriseprogres.com/>

²⁵⁸³ « *Afin que les risques ne se concentrent pas sur les personnes les plus fragiles, une première mesure consiste à limiter au maximum les conséquences négatives d'un changement de poste. La perte des droits attachés à un emploi peut devenir un obstacle à un changement nécessaire. Il importe donc d'attacher autant que possible les droits à la personne, non à l'emploi* », M. Camdessus, *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La Documentation française, 2004, p. 97.

travail s'insère aujourd'hui dans « le droit commun des libertés et droits fondamentaux ». Au-delà du salarié, c'est la personne qu'il convient de juridiquement protéger²⁵⁸⁴ ». Des auteurs soutiennent que cette métamorphose est due au délitement des formes traditionnelles de régulation collective du travail, et à l'intensité des conséquences de la révolution cybernétique²⁵⁸⁵. C'est donc une « re-réglementation » des relations de travail, bousculant inéluctablement les frontières et la cohérence traditionnelles du droit du travail, qui est à l'œuvre de nos jours au nom de la flexicurité.

692. - Certaines mesures nationales (licenciement injustifié contre indemnisation forfaitaire, allongement de période d'essai, contrat de travail unique, libéralisation du recours aux contrats atypiques, prévalence de décisions patronales dans la négociation collective de gestion, assouplissement des mécanismes de flexibilité interne...etc.²⁵⁸⁶) mises en œuvre au nom de la flexicurité s'écartent de « cet équilibre entre flexibilité de l'emploi et droits des salariés audacieusement améliorés qui donne naissance au terme de flexicurité²⁵⁸⁷ ». Elles ne sont pas envisagées comme des instruments d'exception de gestion sociale de la crise économique ; elles tendent plutôt à se pérenniser. La traduction des principes de la flexicurité correspond à l'octroi de droits minimaux de protection sociale en contrepartie de l'organisation flexible du marché du travail (contrats précaires et flexibilisation de la rupture du contrat standard)²⁵⁸⁸. Les politiques nationales de l'emploi « recourent à un certain artifice²⁵⁸⁹ » pour inscrire leurs actions dans des « parcours de flexicurité²⁵⁹⁰ », alors qu'en

²⁵⁸⁴ A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat, 9^{ème} éd. 2014, n° 60, p. 41.

²⁵⁸⁵ J.-E. Ray, *Métamorphoses du droit du travail*, Dr. Soc. 2011, p. 1162.

²⁵⁸⁶ Conseil d'orientation pour l'emploi, *Les réformes des marchés du travail en Europe*, Rapport de synthèse, 5 novembre 2015.

²⁵⁸⁷ Fr. Gaudu, De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité, *Formation emploi*, 101/2008, p. 75 ; L'accord sur « la modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail ?, Dr. soc. 2008. 267.

²⁵⁸⁸ S. Laulom, De la flexicurité à de nouvelles flexibilités, in. S. Laulom, E. Mazuyer, C. Tessier, C.-E. Triomphe, P. Vielle, *op. cit.*

²⁵⁸⁹ S. Laulom, De la flexicurité à de nouvelles flexibilités, *op. cit.*, p. 13 : « [...] l'analyse des évolutions des droits nationaux (...) permet de démontrer une crise certaine de ce concept [flexicurité], tant il paraît aujourd'hui incapable d'assurer aux salariés une sécurité minimale ».

²⁵⁹⁰ Dans le cas français, les partenaires sociaux, surtout côté des syndicats de les salariés, préfèrent parler de dispositions de « sécurisation du parcours professionnel » et de « modernisation du marché du travail » plutôt que de « flexicurité ». Des observateurs étrangers ont fait la même constatation, ils considèrent qu'en France « les partenaires sociaux n'intègrent pas spontanément la « flexicurité » dans leurs agendas ». Ce constat, révèle en fait l'inappétence des syndicats vis-à-vis du terme de « flexicurité ». E. Voss, A. Dornelas, A. Wild, A. Kwiatkiewicz, *Dialogue social européenne 2009 – 2011 : Partenaires sociaux et flexicurité sur les marchés du travail contemporains*. Rapport de synthèse de l'Etude conjointe des partenaires sociaux européens (CES, BUSINESSSEUROPE, l'UEAPME et le CEEP) visant à évaluer la mise en œuvre des principes communs de

réalité le volet sécurité des salariés est de plus en plus sacrifié sur l'autel²⁵⁹¹ de la compétitivité et des pressions extérieures très fortes²⁵⁹² (Union européenne, marchés financiers).

693. - Cependant, le débat sur la flexicurité pose des interrogations essentielles sur les instruments adéquats ; les acteurs du droit du travail « *sont appelés aujourd'hui à inventer de nouveaux concepts pour faire face aux défaillances du contrat de travail et aux renouvellements du travail*²⁵⁹³ » ; ils devraient ainsi dépasser « *la seule relation classique du travail reconnue dans le contrat salarié-employeur*²⁵⁹⁴ ». Plusieurs rapports français partent de ce même constat, mais inscrivent leurs propositions dans des perspectives différentes. Dans tous les cas, leur objectif est de prendre en considération la variété des statuts d'un parcours professionnel en vue de « *gérer au mieux les mobilités et transitions d'un état professionnel à un autre*²⁵⁹⁵ ».

694. - Alternative (à inventer). Le dépassement de la conception traditionnelle de l'organisation juridique du marché du travail est nécessaire pour répondre aux défis imposés par le développement croissant de la flexibilité du travail. Le Professeur Alain Supiot défendait, dans son rapport *Au-delà de l'emploi de 1999* (rapport « Supiot »), une conception plus large de la sécurisation. Le rapport proposait de créer un « *état professionnel des personnes* », à l'image de l'état civil des personnes, qui garantirait « *la continuité d'une trajectoire plutôt que la stabilité des emplois*²⁵⁹⁶ » en créant des « *garanties statutaires*²⁵⁹⁷ »

flexicurité et le rôle des partenaires sociaux dans ce processus. 2011, p. 106. Disponible sur l'adresse suivante : <http://resourcecentre.etuc.org/Flexicurity-87.html>

²⁵⁹¹ A. Serrano Pascual, M. Paz Martín Martín, C. Jesús Fernández Rodríguez, *La flexicurité: mutation symbolique de la notion de sécurité*, Les politiques sociales, n° 3 & 4 / 2012, pp. 4-10.

²⁵⁹² « *Fortement encouragées dans le cadre de la nouvelle gouvernance européenne, l'élaboration et la conduite de réformes du marché du travail ont pu être exigées comme contrepartie au versement d'une aide financière en Irlande, au Portugal et dans une moindre mesure en Espagne. A une pression exercée par la Troïka, s'est ajoutée celle des marchés financiers pour lesquels la conduite de réformes structurelles constituait de fait une condition au maintien de taux d'intérêt à un niveau raisonnable* », Conseil d'orientation pour l'emploi, *Les réformes des marchés du travail en Europe*, op. cit., p. 5.

²⁵⁹³ Ph. Lefebvre, *Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010)*, op. cit., p. 45.

²⁵⁹⁴ J.-C. Le Duigou, *La sécurité sociale professionnelle. Une utopie réaliste*, *Analyses et documents économiques (CGT)*, n° 98, février 2005, p. 44-49. Cette proposition syndicale plaide pour l'inscription du « *droit à l'emploi dans une vision nouvelle du travail impliquant la reconnaissance d'un droit à la mobilité professionnelle, à l'organisation d'une carrière diversifiée, à la définition de formes de travail complémentaire* ».

²⁵⁹⁵ Ph. Lefebvre, *Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010)*, op. cit., p. 73.

²⁵⁹⁶ A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi*, op. cit., p. 97.

pour le travailleur dans les phases de transition entre plusieurs emplois. Ces nouvelles sécurités peuvent prendre forme avec l'élaboration « *de droits et de catégories juridiques nouvelles, qui sont autant des signes de la gestation d'un statut des travailleurs qui ne repose plus sur la détention d'un emploi, mais sur la continuité d'un état professionnel au-delà de la diversité des emplois occupés. L'originalité de ce nouveau statut est d'ajouter à l'organisation statique de la relation de travail une organisation dynamique des transitions entre des situations de travail successives*²⁵⁹⁸ ». De la sorte, les sécurités en question traversent toute la vie active des travailleurs, de l'embauche avec un droit d'accès à l'emploi aux modalités de rupture de contrats de travail avec des dispositifs d'accompagnement (ex. droit au reclassement) en passant par des mobilités ou des flexibilités, internes et externes, avec des garanties en termes d'adaptation des qualifications et des compétences professionnelles des travailleurs.

695. - Le mouvement de circulation de notions juridiques, auquel participent activement les analyses menées sous l'emprise du « *paradigme comparatiste* » d'intimidation, concerne des notions opérationnelles dont le contenu est plus précis que celui de l'idée de la flexicurité. Elles sont d'ailleurs souvent présentées comme des instruments nécessaires pour la réalisation des objectifs de cette dernière : notions d'autonomie collective (comprise comme un renforcement du dialogue social au sein de l'entreprise²⁵⁹⁹) et de contrat de travail unique²⁶⁰⁰.

²⁵⁹⁷ « Dans son intitulé même, la flexicurité suggère que la flexibilité de l'emploi tend à s'imposer comme nouvelle norme qu'il conviendrait d'accepter en l'accompagnant de mesures qui sécurisent les travailleurs entre deux emplois. Notons que ces thèses posent, ce faisant, une question que l'on peut juger à bien des égards pertinente : celle des garanties statutaires à offrir à la main-d'œuvre entre deux emplois », Ch. Ramaux, *Flexicurité : quels enjeux théoriques ?*, op. cit., p. 11.

²⁵⁹⁸ A. Supiot (dir), *Au-delà de l'emploi*, op. cit., p. 57.

²⁵⁹⁹ Pour le gouvernement français, la construction de la « flexicurité à la française » devrait passer par le renforcement de la négociation collective : « Notre système de relations sociales et sa pratique vont désormais être revus en profondeur. Il s'agit de redéfinir dans le code du travail ce qu'est le socle commun de nos principes fondamentaux [en citant le rapport Badinter de 61 principes fondamentaux du droit du travail rendu le 25 janvier]. Le reste sera renvoyé à la négociation collective. L'objectif est double : simplifier et alléger la norme, tout en ouvrant le champ des négociations collectives, afin de donner aux entreprises plus de souplesse dans leur gestion », Zoom sur la réforme du marché du travail, in. Programme national de réformes : mise en œuvre et approfondissement « Les réformes de la France EN ACTES », Trajectoires des finances publiques 2015-2017, février 2016, p. 11.

²⁶⁰⁰ V. par exemple, la Communication de la Commission européenne au Parlement européenne, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 23 novembre 2010 « Une stratégie pour des compétences nouvelles et des emplois : une contribution européenne au plein emploi », COM(2010) 682 final., p. 5 : « dans les marchés du travail fortement segmentés, une piste prometteuse à explorer pourrait être d'étendre le recours à des dispositions contractuelles à durée indéterminée prévoyant une période d'essai

§ 2 : La circulation de notions « opérationnelles »

696. - Deux exemples peuvent être cités pour illustrer la circulation de notions opérationnelles. La fascination exercée par les législations sociales étrangères consacrant une autonomie normative des acteurs sociaux²⁶⁰¹ (A) et le retour récurrent dans le débat tant national qu'europpéen de l'idée d'instaurer un contrat de travail unique (B) sont, depuis plus d'une décennie, inséparables des débats sur les voies de construction du modèle de flexicurité « à la française ». Si l'idée de flexicurité et celle de contrat de travail unique sont d'apparition récente, l'autonomie collective des partenaires sociaux est l'une des questions essentielles de la réflexion sur les sources du droit du travail datant du début du XX^e siècle²⁶⁰².

A. La notion d'autonomie collective

697. - Les problématiques, fort intéressantes²⁶⁰³, soulevées par l'autonomie normative collective des acteurs sociaux ne datent pas d'aujourd'hui. Les débats nationaux et étrangers du début du XX^e siècle coïncidant avec la naissance du droit du travail moderne en témoignent. L'actualité de la notion d'autonomie collective est due essentiellement aux pressions des promoteurs d'un droit du travail conventionnel – et d'une manière générale de l'impuissance des pouvoirs publics de résoudre les problèmes du dysfonctionnement de l'économie et du marché du travail – ; elle n'est pas sans lien avec la dynamique de

suffisamment longue et une progressivité des droits en matière de protection ».

²⁶⁰¹ Les traductions nationales, diverses et variées, de l'idée de flexicurité ont été souvent menées avec la participation active des interlocuteurs sociaux (Y. Chassard, J.-Y. Kerbourc'h, *Les institutions de la flexicurité*, La Revue de l'Ires 2009/4 (n° 63), p. 77-103, spéc., p. 100 : « Tous les pays qui ont mis en œuvre le modèle de la flexicurité (pays scandinaves, Pays-Bas) l'ont fait sous l'impulsion des partenaires sociaux »).

²⁶⁰² M. Coutu, *Autonomie collective et pluralisme juridique : Georges Gurvitch, Hugo Sinzheimer et le droit du travail*, in. D. Roux (dir.), *Autonomie collective et droit du travail. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Verge*, Les Presses de l'université Laval, Québec, 2014, pp. 73-104 ; H. Sinzheimer, La théorie des sources du droit et le droit ouvrier. Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique. Travaux de la première session 1934-1935, Le problème des sources du droit positif. Recueil Sirey 1934, pp. 73-79. Disponible sur le site de la Bibliothèque Nationale de France, Gallica Bibliothèque numérique. L'auteur défendait l'idée d'un droit non-étatique en Allemagne au début du XX^e siècle.

²⁶⁰³ V. not. S. Yannakourou, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur. Étude comparée du droit italien et du droit français de la représentation syndicale*, LGDJ, coll. Thèses, 1995 ; C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Préf. A. Mazeaud, LGDJ, coll. Thèses, 2006 ; M. Schmitt, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Préf. A. Supiot, PUAM, coll. Berthold Goldman, 2009.

contractualisation dans laquelle s'est engagé le droit du travail français depuis quelques décennies. L'instrumentalisation de la notion d'autonomie collective par les partisans de l'analyse économique comparée et par la loi (voyant dans la participation des organisations professionnelles à l'œuvre législative²⁶⁰⁴ une manière d'échapper à sa fonction traditionnelle de promotion de la condition sociale des salariés et un outil pour l'adaptation du marché du travail à ses choix économiques et sociales) est aujourd'hui une réalité.

Le comparatisme d'intimidation s'appuie souvent sur le droit allemand du travail. Il plaide pour la circulation du « *modèle* » allemand de l'autonomie collective et sa transposition en droit français. Afin de tenter de saisir la complexité, les postulats et les aléas inhérents à tel projet de transposition d'un élément d'un droit étranger, il convient de présenter la notion d'autonomie collective (1) avant d'esquisser les contours de sa version française (2).

1. Présentation de la notion d'autonomie collective

698. - La pluralité des acceptions de la notion d'autonomie collective.
Transposition²⁶⁰⁵ au niveau collectif de l'acception française de la théorie d'autonomie de la volonté²⁶⁰⁶ – pierre angulaire du droit privé des contrats²⁶⁰⁷ –, l'autonomie collective²⁶⁰⁸ est

²⁶⁰⁴ Par exemple, via l'article L. 1 du Code du travail issu de la loi Larcher, dite de modernisation du dialogue social, du 31 janvier 2007. « [...] *l'autonomie collective n'est pas une philosophie, mais un instrument au gré des politiques* », A. Mazeaud, Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001, Dr soc. 2003, p. 361.

²⁶⁰⁵ « *La notion d'autonomie collective est transposée de l'autonomie de la volonté dans le contrat. Elle évoque la possibilité, pour les représentants des salariés (en général les syndicats) de conclure des accords collectifs qui vont régir la collectivité représentée, la branche professionnelle (le syndicat s'entendra alors avec un groupement d'employeur) ou le personnel de l'entreprise (le syndicat s'entendra alors avec l'employeur)* », Fr. Gaudu (mis à jour par R. Vatinet), Droit du travail, Dalloz, coll. Cours, 5^e éd. 2013, p. 262.

²⁶⁰⁶ Puisque un parallèle peut facilement être fait entre la reconnaissance de la force normative de la volonté individuelle (contrat) et celle de la volonté collective (convention collective) ; toutes les deux ne produisent d'effets juridiques qu'avec la permission de la loi, selon la formule utilisée par l'article 1134 du Code civil : « *Les conventions **légalement** formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » (« *Les contrats **légalement** formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* », C. civ. art. 1103 selon l'Ordonnance du 10 février 2010 portant réforme du droit des contrats).

²⁶⁰⁷ Mais avec une nette différence sur le plan de l'analyse juridique puisque « *la représentation collective des salariés pose un problème qu'ignore la représentation d'un mandant par son mandataire. En droit civil, le représenté existe avant et indépendamment du représentant. Tandis qu'en droit social, c'est l'institution d'un représentant qui fait accéder à la vie juridique la collectivité représentée* », A. Supiot, Le droit du travail, PUF, coll. QSJ, 2016, p. 83.

²⁶⁰⁸ La reconnaissance d'un espace d'autonomie collective est l'une des manifestations de la spécificité et de

l'une des principales manifestations de la convergence des systèmes nationaux de relations professionnelles. Madame le Professeur Silvana Sciarra a relevé, dans son rapport sur l'évolution de la négociation collective en Europe, que les différents pays de l'Union européenne accordent des prérogatives normatives²⁶⁰⁹, variables d'un système juridique à l'autre, aux acteurs sociaux. Se démarquant des concepts individualistes de coloration libérale du droit civil des contrats, la notion d'autonomie collective reçoit des déclinaisons infiniment variées selon les traditions nationales : qu'il s'agisse de « *Tarifautonomie* » en Allemagne, de « *collective bargaining* » aux Etats-Unis d'Amérique ou de « *contratacion* » ou d'autonomie collective (en Italie), « *la capacità de la collectività [représentants de salariés et employeurs] à créer des normes qui vont la régir est reconnue. Il y a donc autonomie (ce n'est pas l'État qui décide), mais une autonomie collective (l'accord n'est pas laissé à l'appréciation des individus)*²⁶¹⁰ ». Dans une perspective de pluralisme juridique, « *le concept d'autonomie collective au sens littéral indique le processus selon lequel une collectivité se rend source de ses propres normes juridiques*²⁶¹¹ » ; une sorte d'ordre normatif « *socioprofessionnel*²⁶¹² » qui cohabite avec l'ordre juridique étatique. Il permet aussi de mettre en exergue, par exemple, la « préexistence » de la liberté de négociation collective à l'intervention du droit étatique – une intervention par contre indispensable à la reconnaissance du droit à la négociation collective – ; cette liberté – originelle – de négociation collective n'est donc pas subordonnée à la structure légale de la négociation collective inscrite dans les différents

l'autonomie du droit du travail français par rapport au droit civil, v. G. Lyon-Caen, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, RDT Civ. 1974, p. 229. En effet, « *l'autonomisation de la dimension collective des relations de travail dans la pensée juridique, et l'attribution aux salariés d'aires d'autonomie collectives, participent d'un même mouvement, d'une même consécration de l'autonomie du collectif, qui imprègne profondément l'ensemble du droit du travail. Toute la spécificité technique de ce droit réside dans l'invention de cette dimension collective, comme seconde dimension de l'analyse juridique de la relation de travail* », A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige. 2^e éd., 2007, p. 124.

²⁶⁰⁹ S. Sciarra, *The evolving structure of collective bargaining in Europe. 1990-2004*, op. cit., spec. pp. 18-32 : dans son rapport général, cet auteur relève l'existence de plusieurs articulations possibles entre le droit légiféré et les accords collectifs : la négociation pré-législative – *Collective agreements precede legislation* – (ex. France, Grèce, Irlande, Italie, Suède..) ; la supériorité du droit légiféré vis-à-vis des accords collectifs – *Statute law is hierarchically superior to collective agreements* – de plus en plus revisitée et amoindrie par les différentes réformes dites de *modernisation* du droit du travail ; la complémentarité de la loi et de la convention collective – *Statute law and collective agreements are complementary sources* – (ex. notamment dans les cas de transpositions nationales des directives européenne et d'accords collectifs dérogatoires ((France, Danemark, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède,...)).

²⁶¹⁰ F. Gaudu (mis à jour par R. Vatinet), *Droit du travail*, op. cit., p. 262.

²⁶¹¹ S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentation syndicale*, LGDJ, coll. Thèses, 1995, p. 15.

²⁶¹² S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentation syndicale*, op. cit., p. 15.

Codes ou lois portant sur le droit des relations collectives de travail ; elle est indissociable de la liberté syndicale et de la liberté d'association²⁶¹³. Pour le Professeur Alain Supiot, la liberté syndicale vise, aux côtés du droit de grève et de la liberté de négociation collective, à « rétablir sur le plan collectif l'égalité entre employeurs et salariés qui fait défaut sur le plan individuel²⁶¹⁴ ».

699. - Expression d'un équilibre des forces au niveau collectif. La revendication d'une autonomie collective visait historiquement l'instauration d'un équilibre au plan collectif face à la puissance de la partie patronale. L'autonomie collective « *constitue avant tout une manifestation extra-étatique du droit social, susceptible toutefois d'être renforcée par l'intervention de l'Etat. En ce sens l'autonomie collective n'est pas synonyme d'une simple autonomie des partenaires sociaux, à laquelle elle se voit souvent assimilée dans une perspective « neutre » par rapport aux conflits opposant le patronat et le salariat. L'autonomie collective représente historiquement la volonté d'une collectivité de travailleurs s'érigeant en contrepoids effectif face à la volonté individuelle du patron (agissant directement ou par l'intermédiaire d'une association d'employeurs, d'un cartel, etc.)*²⁶¹⁵ ».

700. - D'une manière générale la notion d'autonomie collective peut avoir, au moins, deux sens. Dans une acception forte, l'autonomie collective renvoie à la « *capacité originaires des acteurs professionnels de produire des normes juridiques qui engagent les travailleurs*²⁶¹⁶ » avec, notamment, la supériorité de la norme négociée collectivement vis-à-

²⁶¹³ Cette distinction entre droit à la négociation collective et liberté de négociation collective à l'aune du concept d'autonomie collective a été théorisée au Canada par le Professeur Pierre Verge. Pour une présentation des travaux de cet auteur, v. G. Vallée, *La contribution scientifique de Pierre Verge à l'affirmation et à la recomposition du droit du travail*, in. D. ROUX (dir), *Autonomie collective et droit du travail. Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Verge*, Les Presses de l'université Laval, Québec, 2014, pp. 1-56. « *Le rapport collectif a la capacité de conduire à un régime de travail établi par les parties à ce rapport. Ce régime lie ces dernières, de même que les personnes et, dans certains cas, les entités qu'elles représentent. Les principaux acteurs liés à un milieu de travail établissent eux-mêmes des normes de travail qui y règnent. Ainsi est-il possible de parler d'« autonomie collective », par contraste avec la norme étatique, dont l'origine est externe à ce milieu* », P. Verge, G. Trudeau, G. Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, éd. Thémis, Montréal, 2006, p. 125.

²⁶¹⁴ A. Supiot, *Le droit du travail*, Puf, coll. QSJ, 2016, p. 81.

²⁶¹⁵ M. Coutu, *Autonomie collective et pluralisme juridique : Georges Gurvitch, Hugo Sinzheimer et le droit du travail*, in. D. ROUX (dir), *Autonomie collective et droit du travail. Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Verge*, Les Presses de l'université Laval, Québec, 2014, p. 99.

²⁶¹⁶ S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentation syndicale*, op. cit., p. 3.

vis des contrats individuels de travail²⁶¹⁷ et l'abstentionnisme étatique. Elle exprime également « *la reconnaissance d'un domaine constitutionnellement²⁶¹⁸ réservé à la négociation collective²⁶¹⁹* ». Dans une version moins volontariste ou « *dans sa forme atténuée* », l'autonomie collective « *ne s'affranchit pas d'une tutelle exercée par l'État ; elle est la capacité laissée par le législateur aux partenaires sociaux d'élaborer eux-mêmes des règles normatives, ce que les Allemands appellent volontiers l'effet erga omnes²⁶²⁰* ».

701. - Au-delà de la richesse des discussions doctrinales et de la diversité des approches nationales, l'invocation de l'autonomie collective ne peut être appréhendée sans évoquer des débats que suscite une lecture économique de la régulation des relations de travail opposition norme publique et norme conventionnelle. Cette opposition est depuis quelques décennies un thème central du débat social au sein de plusieurs pays européens²⁶²¹ (bien qu'elle ne soit pas nouvelle²⁶²²).

702. - L'approche économique et instrumentale de l'autonomie collective. Les thuriféraires du discours comparatiste tiennent des propos alarmants sur l'inefficacité du cadre juridique des relations sociales ; le système français obéirait à un schéma obsolète de la production de la norme sociale datant de la période de naissance de l'Etat providence et du compromis fordiste laissant peu de place à l'autonomie collective des interlocuteurs sociaux. Alors qu'une autonomie collective plus ample, telle qu'elle est consacrée par certains droits étrangers du travail, garantirait l'adaptabilité et l'efficacité économique et sociale. Face à ce

²⁶¹⁷ Solution adoptée, notamment, par les droits américain et canadien du travail.

²⁶¹⁸ Ce que refuse toujours le législateur français. V. sur cette question, M. Le Friant, A. Jemmaud, Une réforme constitutionnelle, pour quelle « autonomie collective » ?, *in*. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 133 ; Ch. Radé, Pour une réforme constitutionnelle ambitieuse du dialogue social, *in*. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 155.

²⁶¹⁹ C. Fourcade, L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale, *op. cit.*, p. 2.

²⁶²⁰ A. Mazeaud, Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001, *op. cit.*, p. 361.

²⁶²¹ « *Major changes observed in recent years in labour law concern the relationship between law and collective agreements [...] It reveals a tension between legal and contractual regulations* », S. Sciarra, The Evolution of Labour Laws in the European Union 1992-2003, Rapport général pour la Commission européenne 2005, p. 61.

²⁶²² H. Sinzheimer, *La théorie des sources du droit et le droit ouvrier*, annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, travaux de la première session 1934-1935, *Le problème des sources du droit positif*, Recueil Sirey 1934, pp. 73-79. Article disponible sur le site de la Bibliothèque Nationale de France, Gallica Bibliothèque numérique. L'auteur défendait l'idée d'un droit non-étatique en Allemagne au début du XX siècle.

constat, plusieurs législateurs nationaux, sous la double pression de l'action de l'Union européenne et de la crise économique et sociale, tentent de revisiter leurs modes d'élaboration des règles de droit du travail en faveur d'une autonomie accrue des acteurs sociaux.

703. - Une autonomie collective de plus en plus revendiquée. Soutenue par la littérature de l'analyse économique comparée du droit du travail, la revendication d'une autonomie collective a pour objectif le passage d'un modèle « étatiste » à un modèle d'autorégulation des relations de travail ; le processus est à l'œuvre dans plusieurs pays européens depuis plusieurs années²⁶²³. Les tenants d'une telle conception de l'autonomie collective militent pour l'idée d'un transfert ou d'une délégation des compétences du législateur en matière sociale aux acteurs sociaux. Grâce à la place qu'elle réserve au droit conventionnel²⁶²⁴, l'autonomie collective des partenaires sociaux remédierait à la rigidité et à la complexité de la loi en apportant des solutions efficaces adaptées aux fluctuations et mutations des activités économiques et du monde du travail. Deux techniques largement convoitées par l'analyse économique comparée présideraient à la réussite de ce projet. Tout d'abord, un droit conventionnel efficace devrait aller de pair avec l'idée de subsidiarité, une idée d'inspiration communautaire²⁶²⁵. Celle-ci, parée de toutes les vertus par le patronat, revient à conditionner l'action des pouvoirs publics en matière sociale à l'échec des partenaires sociaux à élaborer des normes conventionnelles²⁶²⁶. Ensuite, les lois devraient rester supplétives par rapport aux conventions collectives²⁶²⁷ à l'instar du système allemand²⁶²⁸.

²⁶²³ A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Rapport pour la Commission européenne, Flammarion 1999, p. 143.

²⁶²⁴ Pour une opinion qui défend, en invoquant le « modèle » allemand, l'efficacité économique et la supériorité de la convention collective non seulement eu égard de la loi mais, également, vis-à-vis du contrat individuel de travail. V. J. Barthelemy et G. Cette, *Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel*, *Revue française d'économie* 2010, pp. 137-165.

²⁶²⁵ M. Le Friant, *Collective Autonomy : Hope or Danger ?*, *Comparative Labor Law & policy Journal*, 2013, p. 640.

²⁶²⁶ Dans la position commune du 16 janvier 2001, « *le MEDEF, très offensif, prône une subsidiarité de la loi au regard de l'accord, le processus législatif ne devant être engagé qu'en cas de refus ou d'échec des négociations, préalables à toute initiative législative dans le domaine social* », A. Mazeaud, *Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001*, *Dr soc.* 2003, p. 361.

²⁶²⁷ « *La loi ne serait plus que supplétive, et s'appliquerait par défaut aux entreprises qui ne souhaitent pas ou ne parviennent pas à négocier un accord* », *Petit livre jaune du Medef, 1 Million d'emploi... c'est possible. Les propositions du Medef, Comment relancer la dynamique de création d'emplois en France ? Quels activateurs possibles de croissance ?*, Septembre 2014, p. 33.

²⁶²⁸ P. Rémy, *Quelles convergences dans le champ du droit du travail (observations sur les droits français et allemand dans le contexte communautaire*, *in*. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les*

704. - Une autonomie collective institutionnalisée en droit de l'Union européenne en vue de pallier l'essoufflement de l'action législative traditionnelle. Peut-on parler d'autonomie collective des partenaires sociaux européens au sein de l'Union européenne ? Plusieurs textes traduisent la réception de la notion d'autonomie collective. Le dialogue social bipartite, propulsé dès le milieu des années 1980 par la Commission sous la Présidence de Jacques Delors, en est une manifestation ; il constitue une source professionnelle du droit social communautaire dont la procédure est formalisée aux articles 154 et 155 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (ex-articles 138 et 139 du TCE)²⁶²⁹. Il est aujourd'hui considéré comme l'un des outils de promotion de la « *réglementation intelligente*²⁶³⁰ » au sein de l'Union européenne. Ces textes confèrent une sphère de liberté pour l'expression de l'autonomie collective des partenaires sociaux et un espace de concertation sociale. L'article 155 § 1 TFUE (ex-art. 139 § 1 TCE) institue le droit des organisations européennes de salariés et d'employeurs d'établir des relations conventionnelles²⁶³¹ : « *le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords* »²⁶³². Les partenaires sociaux européens ont la liberté d'engager des négociations, de déterminer leurs objets et de décider de leurs résultats dans des accords.

705. - Le droit social de l'Union européenne accueille et organise plusieurs manières d'expression des volontés collectives²⁶³³. Ces dernières peuvent être la manifestation soit d'une aptitude normative autonome²⁶³⁴ – les acteurs sociaux européens peuvent s'engager d'une manière spontanée dans des négociations indépendamment de toute initiative ou

droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit, Bruylant. 2008, p. 384.

²⁶²⁹ S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris et M. Del Sol, *Droit social européen et international*, PUF, coll. Thémis, 2e éd., 2013, p. 55 et s ; B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, coll. Manuel, 5^e éd. 2013, p. 367 et s.

²⁶³⁰ S. Robin-Olivier, Mieux légiférer en matière sociale : la réglementation intelligente confrontée à l'objectif d'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail, in. F. Péraldi-Leneuf et S. de la Rosa (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la « meilleure législation »*, éd. Pédone, 2013, p. 97 et s.

²⁶³¹ A. Lyon-Caen, Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire, *Dr. soc.* 1997, p. 74.

²⁶³² En vertu de l'article 155 § 1 du TFUE, « *l'ordre communautaire admet la possibilité pour les acteurs sociaux européens de négocier des accords selon un processus autonome* », Ch. Vigneau, *Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire*, op. cit., p. 661.

²⁶³³ C. Hablot, Le dialogue social au sein du processus législatif européen, in. B. Teyssié (dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2014, p. 30.

²⁶³⁴ Cependant, les acteurs sociaux européens ne disposent pas d'une aptitude normative originaire, Ch. Vigneau, *Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire*, RTD Eur. 2002, p. 661 et s.

consultation initiée par la Commission européenne²⁶³⁵ –, soit d'une délégation – « *imparfaite*²⁶³⁶ » – du pouvoir normatif aux acteurs sociaux européens dans le cadre de l'article 154 du TFUE. Des auteurs distinguent l'autonomie-fonction de l'autonomie-liberté²⁶³⁷. La première associe les partenaires sociaux européens à la réalisation des objectifs et projets des instances européennes, tandis que la seconde érige les organisations syndicales et patronales en « *législateurs européens*²⁶³⁸ ». L'autonomie collective permet aux partenaires sociaux européens de participer aussi bien au processus d'élaboration de la législation communautaire qu'à sa mise en œuvre aux niveaux nationaux (art. 155 § 2 TFUE²⁶³⁹).

706. - L'idée-force qui sous-tend la conception communautaire d'autonomie collective est que l'efficacité économique des marchés du travail européen et des Etats membres ne pourrait être garantie qu'à travers la mise en place d'un système d'autorégulation ou de co-régulation fondé sur une culture de négociation et de contrat²⁶⁴⁰.

707. - L'autonomie collective en Allemagne. Le « modèle » allemand est souvent présenté comme l'archétype d'une autonomie collective réussie, dotée d'une « *capacité adaptative*²⁶⁴¹ », qui contraste avec la conception française du dialogue social en ce qu'il instaure une subsidiarité de l'intervention de l'Etat par rapport à la négociation collective. Ce principe de subsidiarité n'est que la conséquence de la reconnaissance de l'autonomie collective des « *communautés professionnelles*²⁶⁴² ». Le rôle de l'Etat est de s'assurer du bon

²⁶³⁵ Les articles 154 et 155 du TFUE imposent à la Commission européenne, lorsqu'elle entend faire une proposition en matière sociale, une phase de consultation des acteurs sociaux européens ; une consultation pouvant se transformer en négociation collective de dimension sectorielle ou interprofessionnelle.

²⁶³⁶ Ch. Vigneau, Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire, RTD eur. 2002, p. 661.

²⁶³⁷ M. Schmitt, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, PUAM, coll. Berthold Goldman, 2009. Sur les différentes approches nationales de l'autonomie collective, v. Ch. Vigneau, *Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire*, op. cit., p. 653.

²⁶³⁸ A. Supiot, Avant-Propos, in. M. schmitt, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, PUAM, coll. Berthold Goldman, 2009, p. 7.

²⁶³⁹ « *La mise en œuvre des accords conclus au niveau de l'Union intervient soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres [transposition négociée], soit, dans les matières relevant de l'article 153, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission [prenant la forme de directive ou règlement]* ».

²⁶⁴⁰ B. Teyssié, *Construction européenne et droit du travail*, in, V. Heuzé et J. Huet (dir.), *Construction européenne et Etat de droit*, Ed. Panthéon-Assas Paris II, coll. Colloques 2012, p. 241.

²⁶⁴¹ R. Lasserre, *La réforme du dialogue social en France : les enseignements de l'expérience allemande*, Regards sur l'économie allemande – bulletin économique du CIRAC, 116-117 (2015), p. 30.

²⁶⁴² « *Le droit du travail a toujours été conçu comme le droit des communautés professionnelles (entreprises, syndicats, branches). Le rôle de l'État est de fixer le cadre institutionnel dont ces communautés ont besoin pour gérer elles-mêmes leurs affaires, mais non de décider à leur place* », A. Supiot, *Le droit du travail*, op. cit., p. 20.

fonctionnement de l'autonomie collective en s'abstenant, en principe, d'intervenir dans le processus de réglementation des conditions de travail. L'action normative de l'Etat est donc « en principe « subsidiaire », en tout cas sur les matières qui relèvent des termes de l'échange sur le marché du travail (salaire et durée du travail autre que maximale en particulier²⁶⁴³ ». A la lumière de cette présentation, on saisit que l'objectif de ceux qui prônent une « rhénanisation²⁶⁴⁴ » de la régulation des relations de travail en France (sans pour autant chercher à créer les conditions indispensables à sa réussite²⁶⁴⁵) est le démantèlement des cadres réglementaires hétéronomes²⁶⁴⁶. « L'omniprésence codificatrice de l'Etat et la prééminence de la loi dans la régulation sociale²⁶⁴⁷ » nuirait, selon une grille de lecture de concurrence des systèmes juridiques, à la compétitivité du droit français, et partant à l'économie et à l'emploi.

708. - L'érosion des modèles de référence²⁶⁴⁸. Modèle de référence hier, éprouvée au contact des difficultés économiques et instrumentalisée aujourd'hui en vue de flexibiliser les

²⁶⁴³ P. Rémy, Quelles convergences dans le champ du droit du travail (observations sur les droits français et allemand dans le contexte communautaire, in. S. Robin-Olivier, D. Fasquelle (dir.), Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit, Bruylant. 2008. p. 383.

²⁶⁴⁴ Fr. Gaudu, *L'avenir du droit du travail*, in. Ph. Waquet (dir), *13 paradoxes en droit du travail*, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011, p. 277.

²⁶⁴⁵ « *Le droit allemand nous livre, à l'heure des réformes, plusieurs enseignements pour le droit français souvent à rebours de ceux que l'on tire d'une analyse en termes de « modèle ». S'agissant du rapport loi et convention collective, le droit allemand nous montre que pour présenter une « garantie de justesse » sur le marché du travail, au point de rendre ensuite la loi subsidiaire et supplétive, la convention collective doit être négociée par des syndicats qui ne sont pas représentatifs des salariés, mais puissants par rapport à la partie patronale. Et à cet égard, le droit allemand nous enseigne aussi que si la légitimité élective (aussi forte soit-elle) de l'acteur améliore incontestablement sa représentativité, elle n'a rien à voir avec le rapport de force dans la négociation* », P. Rémy, *Le droit à la participation* en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, op. cit., p. 985. La question, ou plus exactement de la vérification de la puissance des interlocuteurs sociaux est cardinale pour l'élaboration d'un système de régulation sociale conventionnelle équilibré et juste ; car « *la participation purement formelle de syndicats « impuissants » au dialogue social, qui est la pratique courante au niveau de l'UE et dans de nombreux Etats membres, ne sert qu'à donner une légitimation politique aux gouvernements* » (G. Bosch, Baisse du taux de couverture de la négociation collective et creusement des inégalités de revenus : une comparaison entre cinq pays de l'Union européenne, *Revue internationale du Travail*, vol. 154, n° 1, 2015, p. 73) et à accrédi ter les décisions patronales (M. Poirier, A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ?, Dr. ouvr. 2013, p. 240).

²⁶⁴⁶ « *Le code du travail serait l'illustration de l'économie administrée et réglementaire dans laquelle se situe notre pays, très différente des pays anglo-saxons, des pays scandinaves et de l'Allemagne dont le droit législatif beaucoup plus réduit donne de grands espaces à la négociation* », J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie septembre 2015, p. 31.

²⁶⁴⁷ R. Lasserre, *La réforme du dialogue social en France : les enseignements de l'expérience allemande*, op. cit., p. 34.

²⁶⁴⁸ Fr. Gaudu, *L'accord sur « la modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail*, op. cit. p. 267.

relations de travail, l'autonomie collective est réclamée au niveau de l'entreprise²⁶⁴⁹ pour créer des normes sociales, qui ne sont nécessairement favorables salariés, avec l'accord des interlocuteurs syndicaux. « *Ainsi des systèmes étrangers [Allemagne et Italie²⁶⁵⁰] qui semblaient illustratifs des vertus d'une assez ample « autonomie collective » ont perdu de leur attrait sur ce point [amélioration des conditions de travail]. Leur exemple ne plaide plus en faveur d'une extension du rôle de la négociation collective²⁶⁵¹ » ». L'évolution du « modèle » allemand en témoigne parfaitement²⁶⁵². En effet, le système allemand des négociations collectives subit des mutations importantes²⁶⁵³, indépendamment de toute modification du statut juridique du droit de la négociation collective ou des conseils d'entreprises « *Betriebsrat* », par l'apparition de « *mécanisme de déréglementation de fait²⁶⁵⁴* ». En effet, le pourcentage des travailleurs allemands ne bénéficiant d'aucune convention collective relative au salaire a augmenté de 25% à 42 % dans l'ouest de l'Allemagne et de 40 % à 55 % dans l'est de l'Allemagne entre 1998 et 2012²⁶⁵⁵. Cet affaiblissement du pouvoir collectif de régulation des conditions de travail – externalisation, l'adhésion des entreprises sans liaison à la convention collective, pouvoirs croissants des syndicats de métiers – est, d'ailleurs, «*

²⁶⁴⁹ Alors que traditionnellement l'autonomie collective a été construite au niveau de la branche professionnelle.

²⁶⁵⁰ Dans les textes constitutionnels de ces deux pays l'autonomie collective des partenaires sociaux est reconnue. L'article 39 de la constitution Italienne du 27 décembre 1947 dispose que « *l'organisation syndicale est libre. Il ne peut être imposé aux syndicats d'autre obligation que leur enregistrement auprès des services locaux ou centraux, suivant les dispositions de la loi. Les syndicats sont enregistrés à condition que leurs statuts prévoient une organisation interne se fondant sur une base démocratique. Les syndicats enregistrés ont la personnalité juridique. Ils peuvent, représentés de façon unitaire en proportion du nombre de leurs inscrits, conclure des conventions collectives de travail ayant un effet obligatoire pour tous les membres des catégories professionnelles que la convention concerne* ». En Allemagne, l'article 9 alinéa 3 de la loi fondamentale du 23 mai 1949 énonce que « *le droit de fonder des associations pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques est garanti à tous et dans toutes les professions. Les conventions qui limitent ou tendent à entraver ce droit sont nulles et les mesures prises en ce sens sont illégales* ».

²⁶⁵¹ Pour un panorama de l'évolution critique de quelques expériences nationales traditionnellement favorables à l'autonomie collective dans un contexte de crise économique, v. M. Le Friant, A. Jeammaud, *Une réforme constitutionnelle pour quelle « autonomie collective » ?*, in. Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, 2014, p. 133 ; M. Le Friant, *Collective Autonomy : Hope or Danger ?*, Comparative Labor Law & policy Journal, 2013, p. 627.

²⁶⁵² A. Seifert, Vers une érosion des institutions représentatives des travailleurs, l'exemple de la République Fédérale d'Allemagne, in. M.-A. Moreau (dir.), La représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière du droit comparé, Dalloz coll. Thèmes et Commentaires, 2012, p. 173.

²⁶⁵³ P. Rémy, Le « droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, op. cit., spéc. n° 22.

²⁶⁵⁴ M. Knuth, *Les réformes du marché du travail et le « miracle de l'emploi » en Allemagne*, Comité économique et social européen, 2014, p. 17 (http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/germany_xl_fr.pdf)

²⁶⁵⁵ Situation contre laquelle le législateur allemand est récemment intervenu en instaurant un salaire minimum légal. V. A. Seifert, *L'emploi décent. Le débat sur un salaire minimum en Allemagne*, in. *Droits du travail. Emploi. Entreprise*, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, pp. 47-62.

beaucoup plus important que les mesures de déréglementation plutôt symbolique « à la marge » du marché du travail qui ont été mises en œuvre dans le cadre des réformes Hartz²⁶⁵⁶ ». Selon un observateur du droit du travail allemand, « l'autonomie collective a de plus en plus de mal à s'imposer (normativement), en particulier dans les services, les secteurs à bas salaires plus généralement et dans certaines régions, notamment de l'est de l'Allemagne²⁶⁵⁷ ».

709. - Convergence. L'attraction exercée par les techniques étrangères est telle qu'une partie des acteurs sociaux et politiques souhaitent les imiter, non pas en vue d'atteindre « l'idéal » d'une autodétermination du monde du travail²⁶⁵⁸, mais pour accroître la place de la négociation collective par rapport à la loi dans la régulation des relations de travail. Une telle posture demeure discutée et discutable pour plusieurs raisons. Invoquant au soutien de leur thèse les droits étrangers, connus historiquement pour leur culture de compromis social, les tenants d'un abstentionnisme étatique semblent à la fois mal comprendre les caractéristiques profondes de certains modèles étrangers et ignorer les évolutions touchant ces dits modèles. Le Professeur Jacques Le Goff note, à propos de cette « *fascination* » pour les droits collectifs d'ailleurs, qu'elle « *est d'autant plus contestable qu'en réalité ces modèles [ex. anglo-saxon, nordique et rhénan] incluent tous, dans le cadre néo-corporatiste (...) une présence non seulement significative de l'Etat mais croissante depuis l'entrée dans la période de crise [...]; partout le poids de l'Etat s'est accru ainsi qu'en témoignent les pactes sociaux qui l'associent en qualité de partenaire de référence, en même temps que s'accroissent, à l'inverse, la tendance à la décentralisation. La distance entre des systèmes, il y a peu encore*

²⁶⁵⁶ M. Knuth, *Les réformes du marché du travail et le « miracle de l'emploi » en Allemagne*, Comité économique et social européen, Groupe des travailleurs, 2014, p. 19.

²⁶⁵⁷ P. Rémy, « Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, op. cit.

²⁶⁵⁸ À l'image des idéaux qui animaient la doctrine sociale allemande au début du 20^e siècle, V., M. Le Friant, *Collective Autonomy: Hope or Danger ? Comparative Labor Law & policy Journal*, 2013, p. 627; M. Le Friant, A. Jeammaud, Une réforme constitutionnelle, pour quelle « autonomie collective » ?, in *Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 133 ; M. Coutu, *Autonomie collective et pluralisme juridique : Georges Gurvitch, Hugo Sinzheimer et le droit du travail*, in D. ROUX (dir.), *Autonomie collective et droit du travail. Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Verge*, Les Presses de l'université Laval, Québec, 2014, pp. 73-104.

*fort contrastés, se réduit progressivement au profit d'une convergence vers des modèles mixtes selon des dosages variables*²⁶⁵⁹ ».

710. - S'inscrivant, principalement, dans une perspective de recherche de flexibilités, la diversification contemporaine des modes d'élaboration de la norme travailliste offre un terrain approprié pour observer la convergence des droits nationaux du travail. Si certaines tendances (décentralisation de la négociation collective, multiplication des accords dérogatoires...²⁶⁶⁰) déstabilisent les structures traditionnelles des droits nationaux du travail, il serait « *illusoire* » de soutenir que ces derniers « *sont appelés à se fondre dans un modèle unique*²⁶⁶¹ » ; « *mais chacun y fait face à sa manière, en puisant dans son génie propre*²⁶⁶² » national.

2. Les contours de l'autonomie collective « à la française »

711. - **L'autonomie collective à la française**²⁶⁶³. Dans le système juridique français les acteurs sociaux peuvent participer aussi bien à l'élaboration des normes conventionnelles que des normes non conventionnelles²⁶⁶⁴ (ANI-Loi²⁶⁶⁵). L'élaboration conventionnelle des normes sociales, au renforcement de laquelle contribuent certains droits et libertés fondamentaux de l'Homme salarié (liberté syndicale, droit de grève, droit à la négociation collective), ambitionne de construire une égalité²⁶⁶⁶ des pouvoirs des acteurs sociaux au plan collectif.

²⁶⁵⁹ J. Le Goff, *Petit traité de droit du travail : droit du travail et société. Les relations collectives de travail*, Tome 2, P.U.R. 2002, p. 530.

²⁶⁶⁰ A. Perulli, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, RDT 2015, p. 170, spéc., p. 177 et s.

²⁶⁶¹ A. Supiot, *Le droit du travail*, op. cit., p. 29.

²⁶⁶² Ibid.

²⁶⁶³ P. Rémy, *Le droit à la participation* » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, *Dr. soc.* 2015, p. 986.

²⁶⁶⁴ P.-Y. Verkindt, *La volonté en droit du travail*, in. B. Teyssié (dir.), *La cause en droit du travail*, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2013, p. 203.

²⁶⁶⁵ A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat, 9^{ème} éd. 2014, n° 56, p. 38 et s.

²⁶⁶⁶ « *Le modèle français de relations collectives a en effet englobé, et non écarté, les valeurs d'égalité et de liberté individuelle du Code civil. Cela s'exprime dans la notion typiquement française de « droit ou liberté individuelle s'exerçant collectivement », qui permet de qualifier aussi bien la liberté syndicale que le droit de grève ou le droit à la négociation collective. Car ces droits et libertés sont au service d'une même ambition : rétablir sur le plan collectif l'égalité entre employeurs et salariés qui fait défaut sur le plan individuel* », A. Supiot, *Le droit du travail*, op. cit., p. 81. Cette conception française, « individualiste » de la titularité des droits et libertés collectifs de travail n'est par partagée par le droit allemand. « *La grève (et le lock-out) étant, comme*

712. - La conception française de l'autonomie normative collective des acteurs sociaux ne consacre que la « *forme atténuée*²⁶⁶⁷ » de l'idée d'autonomie collective. L'action normative des interlocuteurs sociaux « *ne s'affranchit pas de la tutelle*²⁶⁶⁸ » des pouvoirs publics. Or, la version d'autonomie collective, adoptée par les adeptes du « tout-contractuel », aménage une place prépondérante à la négociation collective d'entreprise ; celle-ci est considérée comme un instrument efficace pour l'amélioration de la compétitivité, puisqu'elle offrirait une autonomie nécessaire au bon fonctionnement des entreprises. Pour combler les lacunes de la régulation étatique, l'autonomie collective à la « française²⁶⁶⁹ » conduit à élargir constamment les « *frontières du négociable*²⁶⁷⁰ » en revoyant à la baisse les contours de l'ordre public social et de son corollaire le principe de faveur^{2671 2672}. L'autonomie collective est marquée du sceau du « *synallagmatisme*²⁶⁷³ », de « *l'empilement des systèmes dérogatoires*²⁶⁷⁴ », et par

l'autonomie collective, directement garantis sous l'article 9, alinéa 3 [de la Loi fondamentale allemande (Grundgesetz ou GG) de 1949] selon la Cour constitutionnelle fédérale, c'est, d'abord, le syndicat - et non pas le salarié individu - qui est titulaire du droit de grève. Ensuite, le syndicat ne peut déclencher une grève que dans le but d'obtenir la conclusion d'une convention collective - et donc uniquement sur des matières qu'elle est susceptible de réglementer », P. Rémy, *Le droit à la participation* en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, op. cit., spéc., n° 16.

²⁶⁶⁷ A. Mazeaud, *Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux*, depuis la Position commune du 16 juillet 2001, *Dr soc.* 2003, p. 361.

²⁶⁶⁸ Ibid.

²⁶⁶⁹ « [...] *l'autonomie collective à la française* », c'est-à-dire d'élargir le champ du négociable et de multiplier les domaines dans lesquels la convention collective peut déroger à la loi dans un sens qui ne soit pas nécessairement plus favorable au salarié », P. Rémy, *Le droit à la participation* en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ?, op. cit., n° 79. Souligné par nous.

²⁶⁷⁰ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, préf. F. Gaudu, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2007, p. 99.

²⁶⁷¹ Qualifié de « *bras armé de l'ordre public social* » par le Professeur C. Radé (*La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale*, Dr. Ouvr. 2010, p. 319). Dans sa décision du 29 avril 2004 (C.C. 2004-494 D. C., 29 avril 2004, R. p. 91), le Conseil constitutionnel a jugé que « *le législateur peut laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, de branches professionnelles et des entreprises* ». La loi du 4 mai 2004, dite loi *Fillon*, marque une évolution majeure de l'articulation des normes conventionnelles, en réduisant considérablement le champ d'application du principe de faveur au profit de la décentralisation de la négociation collective dérogatoire. La décision du 29 avril 2004 qui a refusé de « *constitutionnaliser le principe de faveur, [et] valide un niveau de négociation – les entreprises – où les syndicats sont les plus faibles et où par conséquent les dérogations autorisées ont le plus de « chance » d'être défavorables aux salariés et il affaiblit le rôle protecteur et unificateur de la loi en abandonnant à ces accords d'entreprises la détermination correcte du droit du travail* », D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, coll. Montchrestien 10^e éd., 2013, n° 571 p. 517. Souligné par nous.

²⁶⁷² Par ex. les apports de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 consolidés par la loi du 6 août 2015, dite loi *Macron*, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

²⁶⁷³ Sur les incidences du développement accéléré des accords dérogatoires répondant au mouvement de flexibilisation sollicitée par les entreprises, ou l'émergence d'un « *ordre public dérogatoire* » réduisant la portée du principe de faveur, v. F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, op. cit., spéc., p. 239 et s.

²⁶⁷⁴ A. Supiot, *La loi Larcher ou les avatars de la démocratie sociale*, Dr. Soc., 2010, p. 525.

conséquent, de la fragilisation des droits des salariés²⁶⁷⁵. De la sorte, la conjugaison de l'aspect dérogatoire du droit conventionnel et de la dimension procédurale des règles étatiques éloigne la conception française de l'autonomie collective de l'idéal d'un progrès social ou d'égalisation qualitative des conditions du travail dans le progrès, au profit du dogme du « *tout conventionnel* ²⁶⁷⁶ ».

713. - Une double instrumentalisation de l'autonomie collective. Le renforcement de la légitimité – élective – des interlocuteurs sociaux et l'extension du champ de leur autonomie normative établissent une hiérarchie entre le droit légal et le droit conventionnel au profit de ce dernier, afin de répondre aux exigences contemporaines de flexibilité et de compétitivité. Cette logique de substitution n'éclaire que partiellement la complexité des débats²⁶⁷⁷ qui devraient avoir lieu autour de l'autonomie collective des partenaires sociaux. A ce propos le Professeur Alain Supiot note que « *la question ne saurait être de remplacer la loi par la convention ; elle est d'adapter aux nécessités du temps les termes de leur inévitable combinaison* ²⁶⁷⁸ ».

²⁶⁷⁵ « *L'aspect contractuel de ces actes collectifs tend alors à prendre un sens nouveau dans la mesure où les engagements pris par les parties contractantes vont se répercuter sur les salariés eux-mêmes qui, d'une certaine façon, vont se trouver engagés, et non seulement bénéficiaires de la convention* », F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, op. cit., p. 355.

²⁶⁷⁶ P. Lokiec, « Qui dit conventionnel dit juste ! ». L'avènement d'un nouveau dogme, JCP G 2015, 282.

²⁶⁷⁷ Sur l'instrumentalisation de la négociation collective par la loi, v. G. Loiseau, A. Martinon, *La négociation paradoxale*, Cah. soc. 2014 n° 262, p. 213 : « *La négociation est accusée d'un autre mal : la liberté conventionnelle serait une parade. En dépit de la tendance apparemment libérale, s'insinue l'idée que la négociation collective serait le signe d'une fausse liberté [...] À force d'encadrer le choix, les thèmes et le contenu de la négociation, il faudrait prendre garde à ne pas transformer la négociation collective en chambre d'enregistrement de la loi. La rencontre des volontés formalise certainement un accord... mais la convention sans liberté est-elle encore un accord ?* ». Souligné par nous. La mise de la négociation collective sous la tutelle de l'Etat explique d'ailleurs « *la nature duale de l'accord collectif, à la fois contrat entre les parties signataires et acte réglementaire à l'égard des salariés* », P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, Tome 1. PUF, coll. Thémis 2011, n°43, p. 45. « [...] *les pouvoirs publics, même s'ils ont beaucoup abandonné aux partenaires sociaux, n'entendent pas perdre complètement le contrôle du champ disciplinaire dans lequel ils s'ébattent... avec cet effet paradoxal que l'espace de liberté ouvert aux acteurs privés dans le cercle des relations de travail s'accompagne souvent du jeu de contraintes, à base d'obligations, vérifications et injonctions, facteurs d'ambiguïté : ne flotte ni la seule bannière de la liberté contractuelle ni le seul étendard de la puissance publique. L'érosion de la norme par cette dernière édictée, marquée du sceau de l'intérêt général, ne s'est pas encore accompagnée du triomphe total de la norme privée née, par le jeu d'accords, de la conjonction d'intérêts particuliers* », B. Teyssié, *Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail*, JCP S, n° 39, 22 septembre 2015, 1326, spéc. n° 6. V. aussi, F. Canut, P.-Y. Verkindt, *Négocié sous contrainte. Un nouveau visage de la négociation collective en France ?*, in. *Droits du travail Emploi Entreprise*, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 241.

²⁶⁷⁸ A. Supiot, *La loi dévorée par la convention ?*, in. Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé*, Publications des Facultés Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 641. V. égal. G. Lyon-Caen,

714. - La dépendance de l'autonomie normative des acteurs sociaux des règles hétéronomes. Historiquement, la construction de l'autonomie collective en France est mise sous la tutelle de l'Etat. L'autonomie collective, expression traditionnelle d'une conception pluraliste du droit, ne s'est pas développée en France « *contre, ou en dehors de l'hétéronomie, mais bien au contraire en son sein, dans une aire garantie par l'Etat*²⁶⁷⁹ ». Une partie de la doctrine travailliste française reconnaît cette dépendance de l'autonomie collective vis-à-vis du pouvoir étatique²⁶⁸⁰. Le système français de relations professionnelles aménage ainsi une répartition des prérogatives normatives dont l'équilibre et la cohérence sont aujourd'hui éprouvés.

715. - Une autonomie collective encadrée. En France la conception de l'autonomie normative subordonne la participation des partenaires sociaux à la production normative au respect de conditions imposées par l'ordre étatique ; la loi lui aménage un cadre d'exercice et des limites. L'une de ces contraintes est l'exigence de représentativité des organisations professionnelles²⁶⁸¹ habilitées à prendre part dans le processus d'élaboration des normes sociales. Celle-ci est fortement corrélée²⁶⁸² à la consolidation de la capacité des acteurs

L'état des sources du droit du travail. Agitations et menaces, Dr. Soc. 2001, p. 1031 : « [...] la bataille (d'idées) faisait rage (sous l'étendard de la « refondation sociale ») et opposait deux thèses antagonistes, celle des partisans de l'autonomie conventionnelle, celle des défenseurs de la suprématie de la loi, expression de la souveraineté du peuple. Il n'y a ni vainqueurs ni vaincus ». Souligné par nous.

²⁶⁷⁹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, op. cit., p. 137.

²⁶⁸⁰ V. not. G. Lyon-Caen, *À propos d'une négociation sur la négociation*, Dr. ouvr. 2001, p. 1 ; A. Mazeaud, *Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001*, Dr. soc. 2003, p. 361 ; Ph. Martin, Introduction, in. Ph. Martin (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux, 2007, p. 5 ; Ph. Martin, *Le dialogue social : de nouvelles perspectives pour l'autonomie collective en France ?*, in. Ph. Martin (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, op. cit., p. 271 ; C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Préf. A. Mazeaud. LGDJ, coll. Thèses, 2006 ; A. Supiot, *La loi Larcher ou les avatars de la démocratie sociale*, Dr. Soc., 2010, p. 525.

²⁶⁸¹ Les partenaires sociaux italiens ont, le 10 janvier 2014, adopté en ce sens un accord interprofessionnel sur la représentativité syndicale, visant à rendre applicable l'accord du 31 mai 2013 sur la démocratie sociale et la représentativité syndicale. Signé à l'unanimité, cet accord détermine les règles applicables pour sélectionner les syndicats habilités à signer des conventions collectives sectorielles. Désormais, seuls les syndicats représentatifs, accueillant au moins 5 % (un chiffre déterminé par un organe certificateur externe sur la base de deux données : le nombre de cotisants et le score obtenu lors des élections professionnelles qui se déroulent au sein des entreprises pour élire les représentants des syndicats au sein de la représentation syndicale unitaire) du nombre total de salariés du secteur couvert par la convention de branche, peuvent participer aux négociations de branche. V. sur cette question, D. Rudelli, L. Uhring, *Aperçu rapide, A l'international*, JCP S, 2014, act. 122.

²⁶⁸² « *One tendency seems to go into the direction of strengthening the legal ground on which voluntary sources must rely and establishing legal principles of representativity for the purpose of negotiating binding agreements* », S. Sciarra, *The evolving structure of collective bargaining in Europe. 1990-2004*, Draft General Report, 2005, p. 36 [http://eprints.unifi.it/archive/00001151/01/General_Report_\(Sciarra\).pdf](http://eprints.unifi.it/archive/00001151/01/General_Report_(Sciarra).pdf)

sociaux à négocier des accords contraignants, créateurs d'un « *Droit objectif*²⁶⁸³ ». Elle est d'autant plus importante que les acteurs sont appelés à participer à la création de règles qui n'apportent pas nécessairement de nouvelles protections aux salariés²⁶⁸⁴. Les critères de reconnaissance d'une véritable capacité (juridique) à négocier et à conclure des accords collectifs au profit des syndicats représentatifs²⁶⁸⁵ se sont durcis, depuis que le champ du « *négociable* » en droit du travail est autorisé à couvrir des domaines anciennement réservés au droit légiféré²⁶⁸⁶.

²⁶⁸³ L'autonomie contractuelle collective des partenaires sociaux, selon le Professeur Pierre Rodière, « *sert un pouvoir normatif, créateur de droit objectif, et non pas un pouvoir contractuel, créateur de droits subjectifs* », P. Rodière, La convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle, Litec, 1987, p. 245. Le Droit objectif est « *l'ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société* », G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, coll. Quadrige, 2011, p. 370. Pour Carbonnier « *si le droit (objectif) nous permet de faire quelque chose, nous avons le droit (subjectif) de le faire* », J. Carbonnier, Droit et passion du droit sous la V^e République, Flammarion, coll. Champs essais, 1996, p. 124.

²⁶⁸⁴ « *La situation a changé lorsque, en 1981, la représentation et la négociation collective ont commencé de servir d'instrument de gestion et d'adaptation des salariés aux besoins des entreprises. Il est alors devenu difficile d'admettre que des syndicats dont l'implantation dans le secteur privé est fantomatique puissent valablement conclure des accords qui avaient un coût parfois très lourd pour les salariés* », A. Supiot, Le droit du travail, PUF, coll. QSJ. 2016, p. 85. Souligné par nous.

²⁶⁸⁵ La preuve de la représentativité des syndicats de salariés est subordonnée, depuis la loi de rénovation de la démocratie sociale du 20 août 2008, au respect de sept critères (le respect des valeurs républicains, l'indépendance, l'ancienneté, la transparence financière, l'audience, l'influence, les effectifs d'adhérents et les cotisations) cumulatifs communs à tous les niveaux de négociation (C. trav., art. L. 2121-1 et s.). Le droit antérieur était fondé sur une présomption irréfragable de représentativité bénéficiant aux syndicats affiliés aux cinq confédérations syndicales (CGT, CFDT, FO, CFTC et CFE-CGC) reconnues représentatives depuis un arrêté du 31 mars 1966. En supprimant la présomption de représentativité, la loi du 20 août 2008 érige le nouveau critère fondé sur l'audience électorale en clé de voûte du nouveau système. Ayant un caractère d'ordre public absolu, le critère de l'audience électorale détermine les syndicats représentatifs en se basant sur le taux des suffrages obtenus par ces derniers lors des élections des titulaires aux comités d'entreprises ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel : au niveau de l'entreprise et de l'établissement (C. trav., art. L. 2122-1 : au moins 10 % des voix), au niveau de la branche (C. trav., art. L. 2122-5 à L. 2122-8 : au moins 8 % des voix calculé par l'addition des scores obtenus par le syndicat dans les différentes entreprises de la branche) et au niveau national et interprofessionnel (C. trav., art. L. 2122-9 à L. 2122-10 : au moins 8 % des suffrages exprimés selon le même mode de calcul appliqué au niveau des branches). En revanche pour mesurer l'audience des organisations syndicales concernant les entreprises de moins de onze salariés, le législateur a prévu un dispositif spécial se mettant en place au niveau régional pour élire les syndicats représentatifs, fort différent des élections du comité d'entreprise ou de la délégation du personnel (art. L. 2122-10-1 à L. 2122-10-11). V. P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations collectives de travail*, Tome 2. PUF, coll. Thémis 2011, n°40, p. 39 et s ; F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, op. cit., n° 106 et s. La loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015 a fait le choix, à compter du 1^{er} juillet 2017, d'instituer des commissions territoriales représentatives en dehors de l'entreprise dont les membres sont désignés par les organisations professionnelles représentatives (F. Petit, *Vers une représentation universelle des salariés*, Dr. Soc. 2015, p. 873).

²⁶⁸⁶ « *L'écart ne cesse donc de se creuser entre la capacité civile, qui est reconnue de droit à tout syndicat, et la capacité de conclure des conventions collectives, qui dépend de la constatation d'une représentativité suffisante au moment de cette conclusion* », A. Supiot, *En guise de conclusion : la capacité, une notion à haut potentiel*, in. A. Supiot et S. Deakin, *Capacitas, Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market*

716. - Représentativité renforcée et vérifiée des partenaires sociaux. Evolution capitale dans l'histoire des relations professionnelles et « *refondatrice de toutes nos relations collectives*²⁶⁸⁷ », la nouvelle réforme de la représentativité syndicale, issue de la loi du 20 août 2008, vise à établir un lien étroit entre la qualité de l'interlocuteur syndical et la validité de l'accord collectif. La sélection des syndicats habilités à négocier (qui se fait désormais, principalement, sur la base de leur audience électorale, et participe à « *un redéploiement des forces syndicales*²⁶⁸⁸ », « *a été pensée à l'aune d'une réflexion sur la nécessité d'un renforcement du rôle de la négociation collective, renforcement auquel participe également le resserrement des conditions de validité des accords collectifs, à travers la promotion de l'exigence majoritaire*²⁶⁸⁹ »). L'acquisition de la qualité représentative des acteurs syndicaux est conçue dans cette perspective pour consolider la place et la légitimité de la négociation collective dans le processus de production des normes de droit du travail en prenant pour modèle la démocratie politique. Témoignant d'un déplacement du centre de gravité des relations professionnelles vers l'entreprise, marquant aussi une volonté d'atténuer la distinction entre représentation élue et représentation syndicale²⁶⁹⁰, la loi du 20 août 2008, en assignant à l'audience électorale des syndicats une mission de garantir l'élaboration démocratique des règles conventionnelles, participe à la construction d'un nouveau modèle du droit du travail. « *Ce nouveau modèle qui se met en place devrait toutefois s'éloigner fortement du modèle traditionnel. Les élections sociales se déplacent de la profession ou de l'interprofession vers l'entreprise, ce qui correspond à une tendance générale des relations professionnelles en France comme en Europe*²⁶⁹¹ ». Cette évolution, à l'œuvre depuis la loi du 4 mai 2004²⁶⁹², renforce les prérogatives normatives des acteurs sociaux, tout particulièrement ceux situés au niveau de l'entreprise²⁶⁹³ ; elle inverse « *la pyramide conventionnelle au*

economy, Hart, 2009, p 167.

²⁶⁸⁷ J.-E. Ray, Une mue salutaire, pour que la France épouse son temps, Dr. Soc. 2013, p. 664.

²⁶⁸⁸ L. Pécaud-Rivolier, F. Petit, Le redéploiement des forces syndicales. Enjeux et mesures de l'audience électorale, Dr. Soc. 2010, p. 1168.

²⁶⁸⁹ G. Borenfreund, Représentativité syndicale et négociation collective, Dr. Soc. 20013, p. 300.

²⁶⁹⁰ Désormais la désignation du délégué syndical est conditionnée au franchissement d'un seuil de 10 % des voix obtenues au premier tour des élections (C. trav., art. L. 2122-1).

²⁶⁹¹ J.-P. Le Crom, Les élections sociales : essor ou déclin ?, in. O. Leclerc et A. Lyon-Caen (dir), L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 40.

²⁶⁹² Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

²⁶⁹³ Manifestation d'une « *nouvelle religion de proximité* », J.-E. Ray, *Droit du travail. Droit vivant 2013/2014*, éd. Liaisons, 22ème éd. 2013, p. 40.

*bénéfice de l'accord d'entreprise*²⁶⁹⁴ ». Aussi la production normative conventionnelle décentralisée semble-t-elle être plus efficace économiquement et la plus à même de permettre les adaptations nécessaires aux fluctuations du contexte socio-économique des entreprises²⁶⁹⁵. Si dans la tradition du droit du travail français la maîtrise de la négociation collective ne doit pas être laissée entre les mains des partenaires sociaux, les réformes récentes se tournent vers une nouvelle configuration qui consacre, à l'instar du droit américain du travail²⁶⁹⁶, la prédominance de l'entreprise comme lieu privilégié d'élaboration de la norme travailliste, risque de faciliter « *l'accroissement de la part de l'unilatéralisme patronal dans la négociation d'entreprise*²⁶⁹⁷ » ; les accords collectifs d'entreprise consistent parfois « *en réalité à doter le projet élaboré par la partie employeur d'une parure conventionnelle*²⁶⁹⁸ ».

717. - Représentativité des organisations patronales. Côté patronal²⁶⁹⁹, la question de la représentativité, « *longtemps ignorée du législateur*²⁷⁰⁰ », a récemment retenu l'attention des pouvoirs publics. Depuis la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale²⁷⁰¹ modifiée par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016²⁷⁰², la représentativité des organisations patronales doit être vérifiée, en ce qu'elle fait l'objet de règles comparables à celles régissant la représentativité des syndicats de salariés, à l'exception de celles relative à l'audience électorale ; l'audience des organisations patronales est désormais mesurée en fonction du nombre d'entreprises ou organisations

²⁶⁹⁴ G. Borenfreund, Représentativité syndicale et négociation collective, Dr. Soc. 2013, p. 300.

²⁶⁹⁵ V. en ce sens, J. Barthélémy, G. Cette, Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail, Dr. Soc. 2013, p. 17.

²⁶⁹⁶ V. not. X. Blanc-Jouvan, *L'entreprise et le droit du travail: l'exemple du droit américain*, Dr. Soc. 2005, p. 152. V. supra. 467 et s.

²⁶⁹⁷ S. Nadal, Œuvrer à l'amélioration de la régulation conventionnelle des salaires : les propositions du Centre d'Analyse Stratégique, RDT 2012, p. 710. Souligne par nous.

²⁶⁹⁸ S. Nadal, Œuvrer à l'amélioration de la régulation conventionnelle des salaires : les propositions du Centre d'Analyse Stratégique, RDT 2012, p. 710 ; M. Poirier, *A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ?*, Dr. ouvr. 2013, p. 240 ; J. Icard, Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?, Cah. soc. 2013 n° 254, p. 280.

²⁶⁹⁹ B. Teyssié, J.-F. Cesaro, A. Martinon, *La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs*, JCP S 2011, 1102 ; pour les critères de représentativité des syndicats patronaux en vigueur avant la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, v. F. Héas, *Etat des lieux de la représentativité patronale*, Dr. Soc. 2014, p. 198 ; F. Petit, *Représentativité syndicale et patronale : la symétrie imparfaite*, Dr. Soc. 2014, p. 1.

²⁷⁰⁰ A. Supiot, Le droit du travail, op. cit., p. 86.

²⁷⁰¹ Précédée par la position commune signée par le MEDEF, la CGPME et l'UPA le 19 juin 2013.

²⁷⁰² Les dispositions relatives à la représentativité patronale de la loi Travail n° 2015-1088 du 8 août 2015 sont guidées par la première position commune signée par le MEDEF et la CGPME le 19 janvier 2016 et reprise dans une seconde le 2 mai 2016 (avec l'UPA).

adhérentes ou de leurs salariés et non sur une base électorale. Désormais dans les branches²⁷⁰³ et au niveau national et interprofessionnel²⁷⁰⁴, sont représentatives, à condition de respecter les autres critères légaux²⁷⁰⁵, les organisations professionnelles d'employeurs dont les entreprises et les organisations adhérentes à jour de leur cotisation représentent :- soit au moins 8 % de l'ensemble des entreprises adhérant à des organisations professionnelles d'employeurs, - soit au moins 8 % des salariés de ces mêmes entreprises²⁷⁰⁶.

718. - « *Constituant une innovation majeure, inspirée du droit du travail espagnol, la réforme des procédures de contrôle de l'audience des syndicats va certainement contribuer à renforcer la légitimité des partenaires sociaux à signer des conventions collectives*²⁷⁰⁷ ». Les nouvelles règles instaurées par la loi du 4 mai 2004 et renforcées par la loi du 20 août 2008, dite de rénovation de la démocratie sociale²⁷⁰⁸, recomposent le paysage syndical français et le droit des conventions collectives²⁷⁰⁹. Empruntant la voie choisie par l'Espagne²⁷¹⁰ dans les années 1980, la position commune et sa loi de transposition ont mis l'accent sur les modalités de mesure de la représentativité syndicale et les conditions d'acquisition de la qualité représentative pour les organisations de salariés. « *Epine dorsale*²⁷¹¹ » de la réforme, la

²⁷⁰³ C. trav., art. L. 2152-1.

²⁷⁰⁴ C. trav., art. L. 2152-4.

²⁷⁰⁵ L'article L. 2151-1 du Code du travail, créé par la loi du 5 mars 2014 et modifié par celle du 8 août 2016, fixe six critères cumulatifs de représentativité : « 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 6° L'audience, qui se mesure en fonction du nombre d'entreprises volontairement adhérentes ou de leurs salariés soumis au régime français de sécurité sociale et, selon les niveaux de négociation, en application du 3° des articles L. 2152-1 ou L. 2152-4 ».

²⁷⁰⁶ J.-Y. Kerbourc'h, *La réforme des institutions représentatives du personnel et du droit syndical*, JCP S n° 36, 13 Septembre 2016, 1303, spéc., n° 22.

²⁷⁰⁷ M. Le Friant, *Collective Autonomy: Hope or Danger ?*, *Comparative Labor Law & policy Journal*, 2013, p. 643.

²⁷⁰⁸ Transposant la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme signée par deux syndicats de salariés (la CGT et la CFDT) et deux organisations d'employeurs (le Medef et la CGPME).

²⁷⁰⁹ La loi du 8 août 2016 a consacré le principe majorité. V. B. Teyssié, *La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement*, JCP S n° 35, 6 septembre 2016, 1292.

²⁷¹⁰ C. Tuchsirer et C. Vincent, Espagne, une représentativité syndicale dopée par la reprise du dialogue social, *in*. La représentativité syndicale, n° spéc. de l'IRES, sept. 2000, p. 66 et s; J. Lahera Forteza, Représentativité syndicale et négociation collective, *in*. Droits d'ici, Droits d'ailleurs, RDT 2007. 54, spéc. 59 et s.

²⁷¹¹ G. Borenfreund, *Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale*, RDT. 2008, p. 360. Cette valorisation de l'audience électorale s'inspire du modèle de la démocratie politique, car « la production conventionnelle de normes par les personnes privées, tout en gagnant de plus en plus en liberté vis-à-vis de l'Etat, prend appui sur le suffrage, donc s'inspire du modèle d'édition des normes

valorisation de l'audience électorale des syndicats convient parfaitement au projet de l'analyse économique comparée en ce qu'elle donne plus de légitimité aux règles conventionnelles. Par conséquent, le droit conventionnel du travail serait plus légitime pour conquérir des terres anciennement relevant du domaine de la norme étatique. L'autonomie collective, telle qu'elle est conçue par les tenants du comparatisme d'intimidation, serait un instrument nécessaire pour construire, avec l'aval du législateur, un modèle d'autorégulation des relations de travail et de l'entreprise, s'éloignant ainsi de la « *résistance [originelle] du législateur face à la reconnaissance d'un concept d'autonomie-pouvoir*²⁷¹² ».

719. - Le renforcement de la légitimité des acteurs sociaux constitue donc une préoccupation commune aux acteurs syndicaux et patronaux. L'idée qui sous-tend la promotion de nouvelles règles de représentativité est également portée par la doctrine de l'analyse économique visant à légitimer la production conventionnelle des normes travaillistes : la refondation du droit social en France passe « *par le développement du droit conventionnel et la contraction simultanée du droit réglementaire appelle l'existence de partenaires sociaux représentatifs et légitimes*²⁷¹³ ». Cependant, si l'objectif assigné aux nouvelles règles de représentativité est certes atteint²⁷¹⁴ (en l'occurrence la sécurisation juridique du processus de négociation et l'encadrement restrictif de la capacité collective à conclure), « *les nouvelles règles de représentativité, quand bien même elles n'entendaient intervenir que sur la capacité juridique de représentation (c'est-à-dire l'aptitude à négocier, signer, valider et contester des accords collectifs), ont des conséquences en retour sur les*

législatives », G. Borenfreund, *Le vote et la représentation syndicale, Quelques interrogations à partir de la loi de 20 août 2008*, in. O. Leclerc et A. Lyon-Caen (dir), *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 25.

²⁷¹² Sur l'évolution historique de la notion d'autonomie collective et l'étendue des prérogatives des partenaires sociaux en France depuis la loi du 21 mars 1884 portant la création des syndicats professionnels, V. S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentation syndicale*, LGDJ, coll. Thèses, 1995, p. 80 et s.

²⁷¹³ J. Barthélémy et G. Cette, *Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique*, La documentation française, 2013, p. 99.

²⁷¹⁴ Par opposition à la capacité civile ou de fait reconnue aux individus et à tout syndicat, en tant qu'expression de la liberté d'association, « *de s'organiser et d'agir collectivement pour défendre leurs intérêts économiques et sociaux* », A. Supiot, *En guise de conclusion : la capacité, une notion à haut potentiel*, in. A. Supiot et S. Deakin, *Capacitas, Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market economy*, Hart, 2009, p. 167.

capacités sociales de représentation (c'est-à-dire sur la capacité syndicale d'intégration et de mobilisation des groupes sociaux)²⁷¹⁵ ».

720. - Participation. En France, l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, énonçant que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* », a retrouvé une « *nouvelle jeunesse*²⁷¹⁶ ». Au-delà de la reconnaissance, par le Conseil constitutionnel²⁷¹⁷, d'un « *droit des salariés à la négociation collective comme une déclinaison à part entière de leur droit constitutionnel de participation*²⁷¹⁸ », cette loi impose, notamment, aux employeurs la prise en compte des points de vue des représentants de salariés sur la stratégie de l'entreprise²⁷¹⁹ ou l'implication des représentants du personnel dans la prise de certaines décisions avec un partage renforcé de l'information économique et sociale²⁷²⁰ avec eux²⁷²¹. La participation des représentants du personnel avec voix délibérative, et non seulement consultative, au Conseil d'Administration des grandes entreprises inaugure, certainement, une nouvelle étape dans la pratique française de la gouvernance des

²⁷¹⁵ K. Yon, Quelle place pour le vote dans la démocratie sociale ? De la représentativité des organisations syndicales à celle des organisations patronales, Dr. Soc. 2014, p. 224. Souligné par nous.

²⁷¹⁶ J.-E. Ray, Une mue salutaire, pour que la France épouse son temps, Dr. Soc. 2013, p. 664.

²⁷¹⁷ Cons. const., 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, D. 1998. 152, chron. B. Mathieu ; Dr. soc. 1997. 25, note M.-L. Morin.

²⁷¹⁸ I. Odoul-Asorey, Principe de participation des travailleurs et droit du travail, Dr. Soc. 2014, p. 356. V. égal., V. Beraud, La participation saisie par le droit constitutionnel : entre faux espoirs et vraies déceptions, Dr. soc. 2015, p. 960 ; I. Odoul-Asorey, La négociation collective, confortée par le principe de participation ?, Dr. soc. 2015, p. 987.

²⁷¹⁹ C. trav., art. L. 2323-62 à L. 2323-67.

²⁷²⁰ C. trav., art. L.2323-7-2 et L. 2323-7-3.

²⁷²¹ Sous l'intitulé « *De nouveaux droits collectifs en faveur de la participation des salariés* », la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a prévu (articles L. 2323-62 à L. 2323-67 du Code du travail) que dans les sociétés (anonymes et en commandite par actions) dont les effectifs totaux sont au moins égaux à 10 000 salariés dans le monde ou à 5 000 en France (depuis la Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 ces deux seuils ont été revus à la baisse, ils sont désormais respectivement de 5000 et 1000 salariés selon l'article L. 225-27-1 du Code de commerce), le nombre de représentants des salariés, participant avec voix délibérative aux Conseils d'Administration ou de surveillance, sera au moins égal à deux dans les entreprises qui comportent plus de 12 administrateurs et à un dans les autres situations. V. pour une vue globale sur ces dispositifs, G. Auzero, *La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance*, Dr. soc. 2013, p. 740. D. Gallois-Cochet, Loi relative au dialogue social et à l'emploi : représentation obligatoire des salariés au conseil d'administration ou de surveillance, Dr. sociétés 2015, Comm. 197 ; sur les questions de l'amélioration de l'information et de la consultation des Institutions représentatives du personnel, V. Ph. Vivien, A.-L. Francis, *La base de données économiques et sociales : quels choix pour l'entreprise ?*, JCP S. 8 avril 2014, act. 1134.

entreprises²⁷²² ; elle ne va pas jusqu'à la consécration d'un système de cogestion comparable à celui en vigueur en Allemagne²⁷²³.

721. - Le discours comparatiste dominant prône, au nom de l'emploi et de l'efficacité économique du droit du travail, la reconnaissance de l'autonomie collective des acteurs sociaux²⁷²⁴. A défaut de partenaires sociaux de force égale et suffisamment puissants²⁷²⁵, surtout pour les syndicats de salariés²⁷²⁶, « *c'est de l'autonomie des entreprises qu'il serait plus exact de parler plutôt que d'autonomie « collective » (qui n'a pas de sens précis, c'est une simple traduction) ou d'autonomie des partenaires sociaux*²⁷²⁷ » ; celle-ci s'accompagne d'un retour de la technique contractuelle issue du droit civil des contrats pouvant engendrer un sentiment collectif d'insécurité. Une émancipation totale de la convention collective vis-à-vis du droit étatique, plus protecteur et garant de l'intérêt général, contredirait, dans le

²⁷²² La participation des représentants des salariés, avec voix délibérative, au processus de gouvernance des entreprises se confronte à la réticence des adeptes de l'analyse économique du droit du travail. Tel est le cas, par exemple, du Professeur italien du droit du travail (et sénateur), qui s'est montré sceptique à l'égard de la proposition d'un tel mécanisme avancée par le Président du Conseil Italien, Matteo Renzi, dans le cadre du *Jobs Act* de 2014 : « *je ne suis pas contre tel ou tel mécanisme de participation. Il en existe une quinzaine de formes possibles. Mais je suis sceptique sur l'opportunité d'imposer cette forme de participation, qui risque de dissuader les multinationales d'investir en Italie. Le choix du système de participation et du modèle de gouvernance doit être négocié entreprise par entreprise*²⁷²² ». Encore une fois, la vision économique et la prégnance du paradigme concurrentiel imposent la subordination de l'édiction de la norme travailliste à la logique du marché.

²⁷²³ P. Rémy, *Le droit à la participation* en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? Dr. soc. 2015, p. 974.

²⁷²⁴ Pour une comparaison franco-allemande aboutissant sur l'impossibilité de transposer la notion d'autonomie collective à l'allemande en droit français, V. P. Rémy, *L'autonomie collective : une illusion en droit français*, in. Ph. Waquet (dir), *13 paradoxes en droit du travail*, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011, p. 62.

²⁷²⁵ La Cour constitutionnelle fédérale en Allemagne veille à ce que l'Etat assure le bon fonctionnement de l'autonomie collective (garantie en tant qu'expression de la liberté de coalition par l'article 9, alinéa 3 de la Loi fondamentale (Grundgesetz) de 1949). La loi doit s'assurer de la puissance des acteurs sociaux. La convention collective en droit allemand « *étant censées réaliser un « compromis juste » sur le marché du travail, elle doit être négociée par des syndicats « capables de négocier », c'est-à-dire « puissants socialement », selon la jurisprudence, au sens où ils doivent pouvoir exercer une pression et une contre-pression contre le « partenaire social »*. À cette fin, les syndicats sont en principe organisés à un niveau supérieur à celui de l'entreprise, en principe par branches d'industrie, et unifiés au sein d'une même confédération, c'est-à-dire peu divisés par rapport à la partie patronale », P. Rémy, *Le droit à la participation* en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? op. cit., n° 14 et 15.

²⁷²⁶ Dans le cas français, une responsabilisation accrue des syndicats par le biais de la négociation est en œuvre : « *Les partenaires sociaux, et singulièrement les syndicats, sont devenus parties prenantes de la flexibilisation du droit du travail* », C. Wolmark, *Les transformations du droit français de la représentation collective*, in. M.-A. Moreau (dir), *La représentation collective des travailleurs. Ses représentations à la lumière du droit comparé*, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 2012, p. 163.

²⁷²⁷ G. Lyon-Caen, *L'état des sources du droit du travail. Agitations et menaces*, Dr. Soc., 2001, p. 1031. Souligné par nous.

contexte actuel, les enseignements majeurs de l'histoire du droit du travail²⁷²⁸ ; elle participerait à une instrumentalisation de l'autonomie collective par la partie patronale en vue de réaliser plus de flexibilité. L'autonomie collective se transformerait dans cette optique en un outil de gestion efficace des effets des crises économiques dans les pays industrialisés et perdrait, par conséquent, son pouvoir d'attraction²⁷²⁹.

722. - Un « tripartisme masqué²⁷³⁰ ». En l'état actuel du droit du travail français, l'autonomie collective reste indissociable de l'action étatique. Le modèle français repose, en effet, « *sur une conception politique des relations de travail. Celles-ci n'ont été perçues, en France, ni comme le lieu de communautés naturelles [droit allemand] ni comme un marché dont il faut permettre l'autorégulation [droit anglais], mais comme un lieu de pouvoir²⁷³¹* ». L'autonomie des acteurs sociaux demeure, dans le schéma français de régulation des relations françaises, une autonomie partielle et fragile²⁷³². Les négociations interprofessionnelles infructueuses, ayant précédé la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015, en offrent une illustration. Comme le note un observateur, « *les négociations interprofessionnelles sont, sauf de rares exceptions, insérées dans un réseau dense, continu, multiforme et partiellement opaque de relations qui s'établissent entre d'une part, les pouvoirs publics (le gouvernement et le Parlement en cas de transposition) et, d'autre part, les organisations patronales et les organisations syndicales intervenant conjointement ou séparément²⁷³³* ».

723. - L'autonomie collective des acteurs sociaux peut se révéler opérationnelle dans la régulation des relations de travail. Or, la conception d'autonomie normative, véhiculée selon le « *prisme circulatoire* » à l'œuvre dans par les analyses du comparatisme d'intimidation, est clairement d'inspiration « déréglementatrice » du droit du travail. Le succès de la

²⁷²⁸ « [...] l'enseignement principal de l'histoire du droit du travail n'a rien perdu de sa force : il n'est « pas de convention sans loi pour la soutenir », A. Supiot, La loi dévorée par la convention ? op. cit., p. 633.

²⁷²⁹ « C'est au moment où le droit du travail découvre le débat sur la flexibilisation et la déréglementation des rapports de travail et l'entreprise en tant que niveau privilégié de négociation que le pouvoir de l'autonomie collective d'imposer des compromis perd ses fondements », S. Yannakourou, op. cit., p. 218.

²⁷³⁰ J. Freyssinet, *La modernisation du dialogue social*, Lasaire (Laboratoire Social d'Actions d'Innovations de Réflexions et d'Échanges) Note n° 46, mars 2015, p. 24 et s.

²⁷³¹ A. Supiot, *Le droit du travail*, op. cit., p. 24.

²⁷³² J. Freyssinet, *La modernisation du dialogue social*, Cahiers Lasaire (Laboratoire Social d'Actions d'Innovations de Réflexions et d'Échanges) Note n° 46, mars 2015, spéc., p. 24 ; du même auteur, v. Le dialogue social interprofessionnel : accident ou rupture ?, Sem. soc. Lamy n° 1666, 2 mars 2015.

²⁷³³ J. Freyssinet, *La modernisation du dialogue social*, op. cit., p. 25.

« diffusion », dans les cénacles nationaux et internationaux, de l'idée d'unifier le marché du travail par la création d'un contrat de travail unique obéit aussi à cette logique.

B. La notion de contrat de travail unique

724. - Le contrat de travail unique, ou l'« arlésienne du droit du travail »²⁷³⁴ français. Les pressions qu'exercent le discours comparatiste dominant (l'analyse économique comparée, les instances de l'Union européenne, OCDE²⁷³⁵ ...), pour la circulation de certains dispositifs juridiques – que l'on présente souvent comme faisant partie du modèle de flexicurité – préconisent d'emprunter la voie de l'autonomie contractuelle des partenaires sociaux afin de les transposer au plan national. Tel est le cas de la tentative de créer un contrat de travail unique. En effet, dans le cadre de l'article L.1 du Code du travail le gouvernement français avait suggéré, dans le document d'orientation adressé aux acteurs sociaux fin 2007, « *l'instauration d'un contrat de travail conclu sans détermination de durée se substituant en tout ou partie aux formes juridiques existantes* » ; ce projet avait par la suite été abandonné en raison, notamment, de l'opposition des organisations professionnelles de salariés et patronales²⁷³⁶. Cependant, l'idée de créer un contrat de travail unique est toujours d'actualité dans le débat français sur la réforme du Code du travail ; certains la jugent intéressante voire indispensable²⁷³⁷.

725. - Traits caractéristiques originels du contrat de travail unique²⁷³⁸. Le modèle théorique du contrat de travail unique est un contrat à durée indéterminée ; en cas de rupture

²⁷³⁴ J. Mouly, Faut-il dénoncer la Convention de l'OIT n° 158 sur le licenciement ? Dr. soc. 2015, p. 1.

²⁷³⁵ Par le biais de ses rapports annuels « Perspectives de l'emploi » et les différentes recommandations adressées aux États membres.

²⁷³⁶ A. Fabre, F. Lefresne, C. Tuchsirer, *L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Une tentative d'évaluation*, Revue de l'OFCE, Octobre 2008 n°107, p. 5, spéc., p. 14 et s.

²⁷³⁷ L'ancien ministre du travail sous la présidence de Monsieur Nicolas Sarkozy, Xavier Bertrand, s'est exprimé en faveur de la mise en place du contrat de travail unique lors des débats sur le projet de loi Travail porté par la ministre du travail Madame Myriam El Khomri : « *Quand vous êtes salarié en CDD, vous n'avez pas les mêmes droits que les salariés en CDI. Le contrat de travail unique (...) permettrait d'en finir avec cette cassure entre CDI et CDD* », Le Grand Jury RTL-LCI-Le Figaro, dimanche 28 février 2016.

²⁷³⁸ P. Cahuc, F. Kramarz, Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 55 ; P. Cahuc, F. Kramarz, *De la Précarité à la Mobilité : vers une Sécurité Sociale Professionnelle*, op. cit., p. 123 et s. ; O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, op. cit., p. 47 et s.

l'employeur s'acquitterait d'une d'indemnité au profit du salarié licencié (prévisible et calculable en fonction de l'ancienneté) et d'une taxe financière de solidarité au service public d'emploi ; le salarié licencié bénéficierait d'un accompagnement individualisé assuré par des organismes externes et d'un revenu de remplacement. La mise en place de cette figure contractuelle unificatrice impliquerait la fusion du contrat à durée déterminée et du contrat à durée indéterminée, dans un contrat unique à durée indéterminée prévoyant un régime unique de protection de l'emploi, et surtout, la double disparition du contrôle judiciaire du motif économique de l'acte de licenciement – dans la version du contrat de travail unique développée par la doctrine économique le licenciement pour motif personnel demeure sous contrôle des juges – et des obligations de reclassement, interne et externe.

726. - Finalité : la lutte contre le dualisme du marché du travail et la sécurisation (financière) des licenciements. Tant sur le plan national qu'international, le projet du contrat de travail unique²⁷³⁹ est présenté comme un dispositif efficace pour faciliter l'accès (surtout des jeunes) et la fluidité du marché du travail. Les autorités européennes promeuvent le contrat de travail unique, ou des formules proches, comme un moyen d'atteindre l'objectif de résorber la dualité croissante du marché du travail entre l'opposition entre « *insiders* » (travailleurs titulaires de contrat standard) et « *outsiders* » (travailleurs précaires) ; les lignes directrices de la Stratégie européenne pour l'emploi (SEE) intégrées aussi bien dans la stratégie de Lisbonne 2010 que dans celle d'Europe 2020²⁷⁴⁰ exhortent les Etats membres à trouver des solutions allant dans ce sens²⁷⁴¹. Dans le cadre de la Méthode ouverte de coordination (MOC), la Commission européenne joue un rôle essentiel dans la circulation des « bonnes pratiques » en la matière des Etats membres dans l'ambition de créer un circuit « d'apprentissage mutuel ». Pour ce faire, elle publie, sur la base de l'évaluation – économique – des Plans nationaux de réforme (PNR), une série de rapports analysant les politiques économiques de chacun des Etats membres et formule des recommandations par pays²⁷⁴².

727. - Conséquences. Plusieurs travaux et rapports ont largement contribué à l'idée d'instaurer le contrat de travail unique ; ils apportent une caution et un appui institutionnel à

²⁷³⁹ Ibid.

²⁷⁴⁰ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=fr>

²⁷⁴¹ A. Perulli, Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, RDT 2015, p. 173.

²⁷⁴² <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=fr>

cette forme contractuelle que d'aucuns considèrent comme synonyme d'une « déréglementation du licenciement²⁷⁴³ » : l'exigence de « souplesse contractuelle » ou d'amélioration de la souplesse des « arrangements contractuels », incessamment évoquée par des acteurs (institutionnels officiels²⁷⁴⁴ ou non²⁷⁴⁵), « signifie faciliter les licenciements²⁷⁴⁶ ». L'objectif affiché est apparent : la mise en place d'un marché du travail flexible et unifié. C'est cette volonté d'unifier le marché du travail qui a récemment poussé le gouvernement italien à créer un nouveau contrat, appelé contrat à durée indéterminée à protection croissante (« *il contratto a tutele crescenti* »²⁷⁴⁷), qui rend plus facile, prévisible – coût financier – et sécurise l'acte de licencier²⁷⁴⁸. L'inventivité de cette mesure emblématique (décret législatif n° 23/2015) du « Jobs Act » italien (loi-delega 183/2014), réside uniquement dans la spécificité de son régime indemnitaire en cas de licenciement injustifié : prévisibilité²⁷⁴⁹ des

²⁷⁴³ F. Gaudu, *L'avenir du droit du travail*, in. Ph. Waquet (dir), *13 paradoxes en droit du travail*, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011, p. 277.

²⁷⁴⁴ En l'occurrence les instances de l'Union européenne : ex. Livre vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle » de 2006 ; Principes de flexicurité aux États en juin 2007 ; Recommandations faites dans le cadre de la méthode ouverte de coordination. De même, les rapports de l'OCDE « Perspectives de l'emploi » plaident en faveur d'une telle forme contractuelle. Notons que la promotion du contrat de travail unique par l'Union européenne a été largement influencée par les travaux précurseurs de la doctrine économique française (dont certains auteurs ont travaillé pour le compte d'organisations économiques et financières internationales : FMI et OCDE) : P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, op. cit. ; O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, op. cit. Pour un spécialiste italien de droit comparé du travail, dont plusieurs travaux portent sur le contrat de travail unique (G. Casale, A. Perulli, *Towards the Single Employment Contract. Comparative Reflections*, Hart Publishing and ILO, 2014, préf. A. Lyon-Caen), la version de l'Union européenne du contrat de travail unique « prend la forme d'un contrat de travail à durée indéterminée, qui, à la différence des actuels contrats, comporte une *entry phase* suffisamment longue, caractérisée par une augmentation graduelle des droits selon l'ancienneté, suivie par une *stability phase*. Le modèle prévoit et régit une indemnisation en cas de licenciement, liée à l'ancienneté de service, avec une mesure minimale dans l'*entry phase* et maximale dans le *stability phase*. La prévision d'une indemnité différente selon un système de bonus/malus devrait décourager les entreprises d'abuser de la liberté de licenciement », A. Perulli, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, RDT 2015, p. 173. Souligné par l'auteur.

²⁷⁴⁵ Ex. P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, op. cit. ; O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, op. cit. ; M. Camdessus, *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, op. cit. V. contra., P-Y. Verkindt, J. Barthélémy, G. Cette, À propos du contrat unique, JCP S, n° 6, 6 février 2007, p. 3.

²⁷⁴⁶ Fr. Gaudu, *L'accord sur « la modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail ?*, op. cit., n° 17.

²⁷⁴⁷ F. Guarriello, *Le Jobs Act à l'italienne*, Sem. soc. Lamy 8 juin 2015, n° 1680, p. 5 ; P. Ichino, *Le jobs Act : de nouvelles normes, mais aussi une nouvelle culture du marché de l'emploi*, in. *Le jobs Act italien: quelles inspirations ?* RDT 2015, p. 299 ; F. Martelloni, *Le Jobs Act : le chemin italien vers la sécurisation de l'entreprise (et de ses abus)*, in. *Le Jobs Act italien : quelles inspirations ?* RDT 2015, p. 306 ; M. C. Degoli, *Du statut des travailleurs au Jobs Act : le nouveau barème en cas de licenciement abusif*, RDT 2015, p. 771.

²⁷⁴⁸ En outre, les employeurs bénéficient d'une exonération des cotisations sociales de 8000 euros sur trois ans pour chaque embauche.

²⁷⁴⁹ « Avec cette réforme, on est passé d'un appareil normatif qui semblait avoir été créé intentionnellement pour générer une forte dissuasion contre le licenciement, caractérisé par une incertitude sur le coût important de la séparation, à un appareil indemnitaire dont la raison fondamentale est celle de garantir le plus possible la

indemnités (entre 2 et 24 mois de salaire selon l'ancienneté du salarié) de licenciement et suppression du droit à réintégration²⁷⁵⁰ inscrit dans l'article 18 du Statut des travailleurs mis en place par la loi n° 300 du 20 mai 1970²⁷⁵¹.

728. - Une notion transformée. Du voyage du contrat de travail unique, le modèle théorique initial de ce dernier ne sort pas indemne. Au fil du chemin et des efforts d'acclimatation, l'idée du contrat de travail unique, jamais mise en application dans sa terre natale, ressort transformé au risque d'abdiquer à certains de ses traits caractéristiques originels, principalement la suppression des contrats à durée déterminée.

Si certaines formes contractuelles n'accèdent pas au rang de « modèle » importable, très probablement en raison de leur caractère excessivement préjudiciable aux droits des salariés – comme c'est le cas du contrat zéro-heure (*zero-hour contract*)²⁷⁵² –, le contrat de travail unique a fait l'objet d'une littérature abondante et d'une publicité largement sponsorisée par les partisans de l'analyse économique du droit du travail. Il anime les débats dans plusieurs pays européens²⁷⁵³, voire extra-européens²⁷⁵⁴. Cependant, les imitateurs peuvent parfois être

prévisibilité, et dans le même temps, la maîtrise du coût de séparation du licenciement économique, ou de l'exercice du pouvoir disciplinaire », M. C. Degoli, Du statut des travailleurs au Jobs Act : le nouveau barème en cas de licenciement abusif, RDT 2015, p. 774.

²⁷⁵⁰ « Sauf pour les licenciements nuls, discriminatoires ou oraux », F. Guarriello, Le Jobs Act à l'italienne, Sem. soc. Lamy 8 juin 2015, n° 1680, p. 5. Le contrat à durée déterminée à protection croissante s'applique à l'ensemble des travailleurs embauchés à partir du 7 mars 2015. Le régime juridique applicable aux contrats à durée indéterminée conclus avant cette date reste soumis au respect de l'article 18 du Statut des travailleurs de 1970.

²⁷⁵¹ « L'expression « protection croissante » apparaît, par conséquent, trompeuse puisqu'elle pourrait faire penser à un degré de la protection qui part de l'indemnité de dédommagement pour conduire, au fur et à mesure, à la réintégration. Or il n'en est rien. L'indemnité de dédommagement sans réintégration correspond à deux mois de salaire, jusqu'à son maximum de 24 », M. C. Degoli, Du statut des travailleurs au Jobs Act : le nouveau barème en cas de licenciement abusif, RDT 2015, p. 774.

²⁷⁵² En juin 2015, le nombre des contrats zéro heure au Royaume-Uni s'est élevé à 744 000 selon les données de l'Office national des statistiques (ONS). Rappelons que c'est un contrat de travail ultra-flexible (spécifiquement utilisé dans les secteurs de l'hôtellerie, de la restauration, des services aux personnes et de l'éducation) qui permet de tenir le salarié à disposition de l'entreprise en permanence sans aucune indication sur le nombre d'heures à travailler ni sur une rémunération minimale ; dans un mois le salarié titulaire d'un *zero-hour contract* peut effectuer, selon les besoins fluctuants de l'employeur, une heure, dix heures ou aucune. Dans ce schéma contractuel le salarié doit être « mobilisable » à tout moment, il « permet de situer l'horizon du régime d'allégeance : celui d'une totale disponibilité du travailleur, qui se traduit par une indétermination des prestations », A. Supiot, Les figures de l'allégeance, Résumé annuel des cours dispensés au Collège de France 2013/2014, p. 813, téléchargeable à l'adresse suivante : http://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL4163552085711608777_0805_0824_Supiot.pdf. V. également, sur les différentes configurations nationales du contrat zéro heure, S. Robin-Olivier, *Les contrats de travail flexibles. Une comparaison internationale*, Fondation du Risque, Chaire « Sécurisation des parcours professionnels », 2014, p. 50 et s.

²⁷⁵³ Pour un panorama des versions nationales (France, Italie, Espagne) de l'idée du contrat de travail unique,

plus libéraux et astucieux que leurs inspirateurs. C'est notamment le cas du contrat de travail unifié²⁷⁵⁵ dont le schéma théorique a inspiré les législateurs espagnol²⁷⁵⁶ et italien²⁷⁵⁷, et dans une certaine mesure le patronat français²⁷⁵⁸.

729. - Argument de droit comparé ou argument de « la France décalée ?²⁷⁵⁹ ». En France les préconisations de flexibilisation du contrat à durée indéterminée, et partant du droit du licenciement, ont toutes un point commun : les présenter comme « *la mise en œuvre des principes de flexibilité déjà expérimentés positivement ailleurs*²⁷⁶⁰ ». Modèles nordiques hier – tout particulièrement celui du Danemark²⁷⁶¹ –, et réformes menées en Italie en Espagne

v. G. Casale, A. Perulli, *Towards the Single Employment Contract. Comparative Reflections*, Hart Publishing and ILO, 2014, spéc., pp. 47-68 ; A. Perulli, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, RDT 2015, p. 170, spéc., pp. 172-174.

²⁷⁵⁴ V. par exemple le cas du patronat marocain qui propose d'adopter le modèle de contrat de travail unique, Rapport de la Commission Emploi et Relations Sociales de la confédération générale des Entreprises du Maroc, *La flexibilité responsable au service de la compétitivité et de l'emploi*, Avril 2015, p. 22 (téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.cgem.ma/upload/789768475.PDF>). Rappelons que les droits du travail sont « *incommunicables parce que chacun d'entre eux s'enracine dans l'histoire nationale* », F. Gaudu, *L'accord sur « la modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail ?*, op. cit., n° 19.

²⁷⁵⁵ Consistant à maintenir toute la panoplie des contrats de travail existants en prévoyant une prévisibilité du calcul du coût du licenciement grâce, notamment, à la progressivité de l'indemnité de rupture en fonction de l'ancienneté indépendamment de la nature du contrat ou à l'institution de barèmes d'indemnisation pour les licenciements abusifs (OCDE, *Perspectives de l'emploi*, 2014, p. 213).

²⁷⁵⁶ Par ex. la loi du 17 septembre 2010, n° 35/2010, portant mesure urgentes de réformes du marché du travail, a étendu le champ d'application du contrat à durée indéterminée d'encouragement à l'embauche ; un contrat prévoyant, en cas de licenciement injustifié, une indemnité plus faible que celle prévue pour les autres contrats à durée indéterminée. De plus, cette loi a, dans un souci de prévisibilité et de réduction du coût du licenciement, élargi les causes de licenciement pour motif économique et allégé les procédures de licenciement, A. Guamán Hernández, O. Leclerc, *Se réformer pour mieux s'adapter ? Le droit du travail espagnol face à la crise économique*, Dr. ouvr. 2012, p. 116.

²⁷⁵⁷ M. C. Degoli, *Du statut des travailleurs au Jobs Act : le nouveau barème en cas de licenciement abusif*, RDT 2015, p. 771.

²⁷⁵⁸ On songe à la proposition d'instituer un « *contrat de travail agile* ». Proposition faite par un Collectif patronal (composé du Medef, de l'Afep, de CroissancePlus, d'Ethic, d'EDC, du Cercle de l'industrie, et du METI) Dans une lettre adressée au Président François Hollande, publié le dimanche 10 janvier 2016 par le JDD ; cette figure contractuelle prévoit, en laissant subsister les contrats à durée déterminée, « *un plafonnement des indemnités prud'homales (...) et des motifs de rupture liés à la situation de l'entreprise ou la réalisation d'un projet* ». En inscrivant dans le contrat lui-même les causes – prenant la forme de critères « objectifs » qui ne souffriraient pas la contestation (respect du principe de « sécurité juridique » !) – de sa rupture, les promoteurs du contrat de travail « agile » visent à limiter le pouvoir du juge contrôlant les motifs de licenciement.

²⁷⁵⁹ F. Gaudu, *L'accord sur « la modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail ?*, op. cit., n° 17.

²⁷⁶⁰ B. Gomel, D. Méda, *Le CNE : une première expérience française de flexibilisation du CDI*, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 37, spéc. p. 43 et s.

²⁷⁶¹ Le modèle danois « *devient, sur la base d'une assez profonde ignorance de sa réalité, le modèle de référence* », B. Gomel, D. Méda, *Le CNE : une première expérience française de flexibilisation du CDI*, op. cit., p. 43.

aujourd'hui²⁷⁶² : les acteurs du droit du travail français cherchent la voie du salut dans une inspiration étrangère pour endiguer le chômage et la segmentation du marché du travail²⁷⁶³. Les propositions françaises, officielles ou privées (groupes de pression, *think tank*²⁷⁶⁴ ...), de flexibilisation – celles d'hier²⁷⁶⁵ comme celles d'aujourd'hui²⁷⁶⁶ – du contrat standard, prennent souvent les « *habits de la flexicurité*²⁷⁶⁷ » et de la défense de la sécurité juridique. L'invocation des réformes du droit du travail menées à l'étranger dans le débat français est souvent l'occasion du déploiement du comparatisme d'intimidation. L'exemple de la réforme du droit du travail italien, dite *Jobs Act*, illustre à merveille cette situation. En effet, « *l'analyse de la situation italienne se résume bien souvent au Jobs Act et, en son sein, au nouveau contrat de travail « à protection croissante » : on oublie souvent de mentionner les puissantes aides financières à l'embauche qui ont contribué à faciliter la conclusion de ces contrats ou la transformation de CDD en CDI*²⁷⁶⁸ ».

730. - Sous la pression d'une série de facteurs concordants, à la fois endogènes et exogènes, la circulation croissante des modèles juridiques encouragée. Le comparatisme d'intimidation semble créer un retournement des structures du droit du travail (s'articulant traditionnellement autour d'une législation protectrice de l'emploi et régulatrice de la concurrence) par l'avènement d'un droit du marché du travail ; celui-ci combine paradoxalement, à l'instar du modèle théorique de la flexicurité, la protection des salariés sur le marché du travail et la réduction des droits liés au contrat de travail²⁷⁶⁹.

²⁷⁶² E. Prouet, *Contrat de travail : les réformes italiennes*, Notes d'analyse, France Stratégie 28 mai 2015, <http://www.strategie.gouv.fr/publications/contrat-de-travail-reformes-italiennes>.

²⁷⁶³ P. Lokiec, Le contrat de travail unique, une fausse bonne idée ? D. 2014, p. 2456.

²⁷⁶⁴ Ex. C. Gleize, *Un CDI pour tous*, Etude novembre 2011, Publication de l'Institut Montaigne.

²⁷⁶⁵ Ex. Contrat « nouvelles embauches ». v. par ex. C. Roy-Loustaunau, Le contrat nouvelles embauches : la flexi-sécurité à la française, Dr. soc. 2005, p. 1103.

²⁷⁶⁶ Ex. la proposition patronale d'instituer un « *contrat de travail agile* » dont le coût et la rupture sont prévisibles.

²⁷⁶⁷ B. Gomel, D. Méda, Le CNE : une première expérience française de flexibilisation du CDI, op. cit., p. 43

²⁷⁶⁸ M.-C. Carrère-Gée, O. Chagny, *Réformes du marché du travail : les bonnes recettes*, Métis Europe, 5 Mars 2016 (http://www.metiseurope.eu/reformes-du-marche-du-travail-les-bonnes-recettes_fr_70_art_30310.html)

²⁷⁶⁹ A. Perulli, Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme, RDT. 2015, p. 732.

Section 2 : La transformation

731. - Prendre la flexicurité au sérieux. Pour affronter la nouvelle donne du marché global, de la concurrence entre économies nationales, des défis du chômage, de la précarité et des délocalisations, le modèle flexicurité, « *concept à la mode*²⁷⁷⁰ » dans les travaux d'économistes, préconise une évolution de l'ordonnement du fonctionnement des marchés du travail. L'argument de droit comparé fondé sur de « *l'exemplarité* » des *modèles* nordiques de la flexicurité – largement diffusé par les instances de l'Union européenne²⁷⁷¹ – constitue depuis une quinzaine d'années une pièce maîtresse des stratégies – politique, économique et sociale – relative à l'emploi. Sous la pression des facteurs précités, la flexicurité – née aux Pays-Bas et au Danemark à la fin des années 1990 – est présentée comme la clé de voûte d'une reconfiguration de la protection de l'emploi génératrice de performances du marché du travail. Les réformes récentes faites en son nom impliquent une évolution certaine de la manière de penser le droit du travail, ou plus exactement son « *lent recul*²⁷⁷² ». S'inscrivant dans le sillage des réformes faites au nom de la défense de l'emploi²⁷⁷³, la flexicurité ne s'intéresse au droit du travail que comme un facteur influençant le fonctionnement du marché du travail sur lequel il faut agir²⁷⁷⁴. C'est en cela qu'elle concourt à la diffusion du paradigme du droit du marché du travail (§ 1). De même, l'omniprésence du modèle de la flexicurité, dont se réclament d'ailleurs presque toutes les récentes réformes des marchés du travail

²⁷⁷⁰ J. Gautié, Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexicurité, Dr. soc. 2005, p. 3.

²⁷⁷¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Vers des principes communs de flexicurité: Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité, 2007.

²⁷⁷² « [...] dans la « flexisécurité » telle que l'ont redéfinie la Commission européenne, les Britanniques et leurs épigones français, la « sécurité » n'est qu'une viande creuse, à l'opposé de ce que proposaient les rapports Boissonnat et Supiot et des premières expériences néerlandaise et danoise). C'est ce qui fait toute la difficulté de concevoir une autre voie que celle du lent recul du droit du travail », Fr. Gaudu, L'avenir du droit du travail, in. Ph. Waquet (dir), 13 paradoxes en droit du travail, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011, p. 276.

²⁷⁷³ « Les discours sur la flexibilité, la déréglementation, la flexisécurité marquent l'évolution contemporaine du droit. « Le droit du travail s'efface : l'emploi fait la loi ». On pourrait ajouter : « l'emploi défait la loi », lorsqu'il est considéré que la loi apporte des rigidités susceptibles de nuire à l'embauche, sans pour autant protéger les emplois existants », A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. Domat, 9^{ème} éd. 2014, n° 55, p. 37.

²⁷⁷⁴ « L'analyse qui supporte l'hypothèse de flexicurité étant centrée sur le fonctionnement du marché du travail, la « sécurité » qui la sous-tend n'est souvent pas le but premier mais plutôt le moyen de parvenir à un compromis acceptable entre parties prenantes compte tenu de l'exigence de « flexibilité » de nos économies », L. Duclos, J.-Y. Kerbourc'h, Organisation du marché du travail et « flexicurité » à la française, document de travail Centre d'analyse stratégique, 2006, p. 14.

menées par les pays de l'Union européenne, est révélatrice d'une profonde mutation des fondements ontologiques de la norme travailliste (§ 2).

§ 1 : L'avènement du droit du marché du travail

732. - Penser le droit du travail au prisme de principes marchands. A rebours d'une conception partagée par plusieurs pays européens, considérant le droit du travail comme un ensemble de garanties individuelles et collectives qui offrent aux salariés une citoyenneté au sein de l'entreprise à l'image de la citoyenneté politique²⁷⁷⁵, le droit du marché du travail entend encourager l'embauche pour lutter contre le chômage et la montée des inégalités – juridiques, économiques et sociales – entre les travailleurs réguliers protégés (les *insiders*) et les travailleurs non standards (les *outsiders*). Pour atteindre cet objectif, le paradigme du droit du marché du travail puise ces concepts dans la « grammaire » marchande²⁷⁷⁶, en marquant par exemple une préférence pour les règles incitatives, largement plébiscitées par les économistes²⁷⁷⁷, et en réduisant salariés et employeurs en agents économiques rationnels et calculateurs.

Cette évolution à l'œuvre suscite des interrogations sur la véritable « *identité*²⁷⁷⁸ » du droit du travail : faut-il rester fidèle à la mission traditionnelle du droit du travail – celle assurant une redistribution des pouvoirs et des ressources entre les parties aux rapports de travail²⁷⁷⁹ –, ou intégrer ce dernier dans un ensemble de règles plus vaste qui gravitent autour de la régulation du marché du travail ? L'état du droit du travail français s'inscrit assurément dans la perspective tracée par la deuxième moitié de cette interrogation en y apportant une

²⁷⁷⁵ V. par exemple, en Italie le Statut des travailleurs de 1970, en France les lois Auroux de 1982 (« *Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur l'entreprise* », Rapport Auroux, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, septembre 1981, p. 3).

²⁷⁷⁶ V. pour une critique de cette conception du droit du travail, A. Perulli, *Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme*, préc. ; R. Dukes, *The labour constitution : the enduring idea of labour law*, Oxford University Press, 2014.

²⁷⁷⁷ F. Eymard-Duvernay, Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? *Dr. Soc.* 2004, p. 812.

²⁷⁷⁸ Pour reprendre l'expression d'un grand maître de droit du travail, G. Lyon-Caen, *Un droit sans papiers d'identité*, *Arch. phil. droit* 41 (1997), p. 184.

²⁷⁷⁹ « *Pris dans sa totalité, le corps des lois du travail comporte des réglementations qui peuvent être considérées comme palliant les défaillances du marché, à côté de réglementations qui reconnaissent le conflit d'intérêts et redistribuent le pouvoir et les ressources entre les parties* », G. Davidov, *L'idée changeante de droit du travail*, *Revue internationale du Travail*, vol. 146 (2007), n°3-4, p. 342.

réponse positive. Cette « *nouvelle révolution*²⁷⁸⁰ » du droit du travail s'inspire de l'idée de flexicurité ; celle-ci ne voit le droit du travail que comme un instrument au service du bon fonctionnement du marché du travail conformément « *à la conception économique traditionnelle selon laquelle la redistribution doit être dévolue à la fiscalité et au système de protection sociale*²⁷⁸¹ », indépendamment de sa dimension politique, humaniste et de sa contribution à l'efficacité économique²⁷⁸².

733. - Prétexte. Accusé d'être responsable d'une partie du marasme économique et social, le modèle français de droit du travail doit être passé au crible de la comparaison internationale des performances économiques réalisées par des pays voisins et obéir à la rigueur de la rationalité du marché. La crise économique a ravivé les revendications de cette nature ; elle a pu « *devenir une fenêtre d'opportunité pour imposer aux syndicats, en matière de coût du travail et de flexibilité de la relation salariale, des réformes qui figuraient de longue date sur les agendas du patronat et de certains gouvernements*²⁷⁸³ ». Marquant profondément les politiques publiques actuelles, l'approche économique de la régulation du marché du travail érige, par exemple, la flexicurité en « *mot d'ordre*²⁷⁸⁴ », en reléguant au second plan la rhétorique de la dérégulation²⁷⁸⁵ qui a dominé les débats sur la fonction économique du droit du travail depuis les années 1980²⁷⁸⁶. En « *procédant de l'économisme ambiant, cette approche traite le Droit comme un système de réglage en temps réel (dit de « régulation ») et les hommes comme un « capital » à gérer*²⁷⁸⁷ » ; ses promoteurs, dominant le discours économique-politique sur le droit du travail, n'hésitent pas à invoquer les modèles étrangers au

²⁷⁸⁰ Ph. Lefebvre, Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010), *Revue Entreprises et Histoire*, 2009, n° 75, p. 45, spéc., p. 69 et s.

²⁷⁸¹ G. Davidov, L'idée changeante de droit du travail, op. cit., p. 341.

²⁷⁸² Par ex. certaines recherches internationales (citées par M. Ferracci, F. Guyot, *Dialogue social et performance économique*, Presses de Sciences Po, coll. Sécuriser l'emploi, 2015) constatent que le dialogue social et la présence de syndicats au sein de l'entreprise, lorsqu'ils assurent une sécurisation de l'emploi des salariés, peuvent stimuler les performances économiques et sociales de cette dernière.

²⁷⁸³ J. Freyssinet, L'impact de la crise économique sur les modes de production des normes générales de la relation d'emploi : l'exemple de six pays d'Europe occidentale, *Economies et sociétés, série socio-économie du travail*, 2011, n° 33, p. 1258, Souligné par nous.

²⁷⁸⁴ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 24^e éd. 2008, n° 26, p. 43.

²⁷⁸⁵ J. Gautié, Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexicurité, *Dr. soc.* 2005, p. 3.

²⁷⁸⁶ L'idéologie de la flexibilisation essaime, depuis une trentaine d'années, son influence sur les évolutions du droit du travail, tant individuel que collectif, v. E. Mazuyer (dir.), *Les flexibilités en droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Suppl., 8 juin 2015, n°1680, v. spéc. A. Jeammaud, Un débat difficile et nécessaire, p. 11.

²⁷⁸⁷ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 24^e éd., 2008, n° 26.

soutien de la diffusion et de l'application de leurs thèses, amorçant ainsi un « réordonnement du droit du travail²⁷⁸⁸ ».

734. - Un lieu : le marché. Le marché est le lieu de rencontre de l'offre et de la demande, et par conséquent de la formation, grâce à la concurrence, du prix des quantités échangées (force de travail et rémunération). Dans sa version la plus radicale, la préservation du bon fonctionnement du marché est primordiale et l'emporte sur toute autre considération ; toute ingérence est absolument à bannir ; « *le marché est considéré, en substance, comme pré-institutionnel précédant la création des autres institutions sociales ; c'est-à-dire, comme quelque chose de naturel ou nécessaire. Les efforts des acteurs publics et collectifs pour réguler les processus et les effets du marché sont présentés comme des interférences ou des distorsions illégitimes. La conséquence de cette vision est de remettre en question toutes les institutions qui fonctionnent selon une logique non marchande*²⁷⁸⁹ ». Œuvrant en ce sens, la flexicurité « *part des contraintes du marché pour y adapter les êtres humains, au lieu de partir des besoins et capacités de ces derniers pour réglementer les marchés. Elle vise à accompagner une évolution pour laquelle nous n'aurions aucune prise, comme on accompagne un malade en fin de vie*²⁷⁹⁰ ». En faisant des normes de droit du travail un simple levier de la régulation du marché du travail tendant à l'accroissement du volume d'emploi, la dilution des régimes réglementaires facilitant la mobilité des salariés et la fluidité du marché du travail risqueraient de rompre le lien entre le droit du travail et sa fonction protectrice

²⁷⁸⁸ A. Lyon-Caen, T. Sachs, ADN d'une réforme, RDT, 2013, p. 164.

²⁷⁸⁹ « *The market is seen, in essence, as pre-institutional; that is to say, as somehow natural or primordial. The effort of public and collective actors to regulate market processes and outcomes are presented as illegitimate interferences or distortions. The result is to call into question all institutions which operate according to a non-market logic. For some, the application of the principle of deregulation must continue until every obstruction to the operation of free competition and exchange has been removed* », S. Deakin and F. Wilkinson, *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University press, 2004, Preface, p. VI. Ces auteurs ne partagent nullement le dogme du marché tout puissant, qui est d'ailleurs en contradiction avec la théorie économique classique. Cette dernière considère que « *le marché n'est pas un état de nature, mais un dispositif institutionnel de mise en concurrence permettant l'allocation la plus juste possible des ressources. Autrement dit le marché est un instrument de réalisation de la justice dans la production et la répartition des biens matériels. Il n'est donc ni un but en lui-même, ni un principe général d'organisation de la société, mais il s'inscrit dans un état de droit qui tout à la fois le fonde et le délimite* », A. Supiot, *Le droit du travail bradé sur le « marché des normes »*, Dr. soc. 2005, 1092. V. également en sens, M.-A. Frison-Roche, *Droit et marché : évolution*, in. S. Dormont et T. Perroud (dir.), *Droit et marché*, LGDJ coll. Droit et Economie, 2015, p. 266 : « *Le droit et le marché sont l'un et l'autre des institutions. Il convient de le rappeler, car cela n'est plus ni acquis, ni toujours admis, ni même perçu, puisque le marché est ressenti aujourd'hui comme relevant de l'ordre du fait, c'est-à-dire l'opposé absolu de l'institution* ».

²⁷⁹⁰ A. Supiot, *Mise en perspective des réformes depuis 2013. Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ?*, Dr. ouvr. 2015, p. 561.

originelle ; elle transfère le traitement des conséquences négatives de ce type de régulation aux dispositifs sociaux mis en place en dehors du cadre de l'entreprise²⁷⁹¹.

735. - Echange et négociation. Le paradigme de droit du marché du travail exalte le recours à des techniques nourries par l'esprit du marché. « *Mesure phare*²⁷⁹² » de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, reprise par la loi du 25 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail²⁷⁹³, la rupture conventionnelle du contrat de travail participe indéniablement de la réception en droit du travail français des principes du modèle du marché et, partant, de l'émergence d'un droit du marché du travail. Dans le cadre de ce « *troisième type*²⁷⁹⁴ » de rupture du contrat de travail, le salarié est considéré comme un négociateur informé et « *optimisateur*²⁷⁹⁵ », à l'image d'un agent rationnel opérant sur le marché²⁷⁹⁶, qui prend des décisions en toute liberté et en toute connaissance de cause. « *Les modalités prévues (possibilité pour le salarié de se faire assister lors des discussions préalables, de prendre contact avec le service public de l'emploi pour envisager la suite de son parcours professionnel, droit de rétractation, homologation de la convention par le directeur départemental du Travail) évoquent la situation d'un salarié qui négocie après que l'on lui a au préalable annoncé la suppression de son emploi*²⁷⁹⁷ ». En réalité cette rupture, en apparence librement voulue, ne serait qu'un simulacre d'une authentique décision

²⁷⁹¹ « À la protection dans l'emploi se substitue une protection sur et par le marché, laquelle repose sur une double logique : celle d'une fluidité accentuée de la circulation de la main d'œuvre - gage d'efficacité économique et donc d'augmentation du volume d'emploi - d'un côté, celle de la sécurisation des parcours professionnels - laquelle vise à amortir les conséquences négatives de la première - de l'autre », A. Lyon-Caen, T. Sachs, ADN d'une réforme, RDT, 2013, p. 164. Souligné par nous.

²⁷⁹² F. Favennec-Héry, La rupture conventionnelle du contrat de travail, mesure phare de l'accord, Dr. soc. 2008, p. 311.

²⁷⁹³ La logique de l'échange ou du « donnant-donnant » à l'œuvre dans la régulation conventionnelle des relations de travail se confronte à un obstacle tenant aux qualités et capacités des acteurs ou parties prenantes qui vont négocier l'échange. Puisque « *l'échange flexibilité contre sécurité suppose une confiance entre partenaires et des forces syndicales capables de négocier l'échange, qui manquent dans de nombreux pays* », A. Bevort. A. Jobert, *Sociologie du travail. Les relations professionnelles*, Armand Colin, coll. U. 2011, p. 40.

²⁷⁹⁴ G. Loiseau, Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail, Dr. soc. 2010, p. 297.

²⁷⁹⁵ Expression empruntée à O. Leclerc, O. Guamán Hernández, *Abécédaire comparé de l'ANI du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe ?*, RDT 2013, p. 211.

²⁷⁹⁶ Le marché se définit «comme l'interaction qui rend les décisions individuelles mutuellement compatibles », M.-A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, Arch. phil. droit 40, 1995, p. 286.

²⁷⁹⁷ Fr. Gaudu, *De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité*, Formation emploi, 101- 2008, pp. 71-88, spéc. n° 93.

souveraine du salarié²⁷⁹⁸ (mis à part peut être les salariés hautement qualifiés capables de négocier véritablement les conditions de leur départ).

736. - Une notion abstraite du travail. Le marché du travail appréhende le travail comme une fiction économique. Cette appréhension abstraite du travail a d'ailleurs été « nécessaire à l'émergence d'un marché du travail²⁷⁹⁹ » contre laquelle la législation travailliste a forgé ses propres catégories (lien de subordination) afin, notamment, de « démarchandiser » et de tenter de limiter l'impact de la « marchandisation » – inéluctable – de la force de travail²⁸⁰⁰. Cependant, « l'évolution la plus récente représente une «re-marchandisation». Phénomène encouragé par la quête néolibérale de la «flexibilité du travail», légitimée par le postulat selon lequel les formes établies de régulation institutionnelle constituent des obstacles à la compétitivité – une conception qui consacre l'idée selon laquelle des marchés «libres» sont à la fois vertueux et inévitables²⁸⁰¹ ». C'est à travers cette optique marchande que le droit du marché du travail tente d'appréhender la force de travail en tant que « bien²⁸⁰² », capital humain ou « marchandise²⁸⁰³ » qu'il faudrait entretenir et valoriser tout au long de la vie active du travailleur afin de répondre aux exigences du marché.

737. - La responsabilisation croissante des acteurs du marché du travail²⁸⁰⁴. Le mouvement de responsabilisation s'adresse aussi bien aux entreprises qu'aux salariés. Les

²⁷⁹⁸ « La rupture conventionnelle est construite comme un acte de renonciation du salarié, et les garanties mêmes dont on l'entoure montre qu'il s'agit de lui demander de « consentir » à une rupture qu'il ne souhaite pas », Fr. Gaudu, De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle, op. cit.

²⁷⁹⁹ A. Supiot, *Les notions de contrat de travail et de relations de travail en Europe*, Rapport pour la Commissions des Communautés Européennes, Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes, 1992, p. 4.

²⁸⁰⁰ Grâce aux différents droits sociaux des travailleurs : ex. salaire minimum, législations de participation (représentation des salariés et négociation collective), protections sociales.

²⁸⁰¹ R. Hyman, Trois scénarios pour l'avenir des relations professionnelles en Europe, *Revue internationale du Travail*, vol. 154, n° 1, p. 8.

²⁸⁰² P. Lokiec, *Le travailleurs et l'actif*, Dr. Soc. 2009, p. 1017.

²⁸⁰³ Les normes de l'Organisation internationale du travail s'inscrivent en faux par rapport à cette vision marchande de la force de travail : « Dans la Déclaration de Philadelphie de l'OIT de 1944, la communauté internationale a reconnu que le travail n'est pas une marchandise." Le travail n'est pas un produit inanimé comme une pomme ou un téléviseur que l'on peut négocier pour obtenir le meilleur profit ou le prix le plus bas. Il fait partie du quotidien de chacun et il est le fondement de la dignité d'une personne, de son bien-être et de son épanouissement en tant qu'être humain », consultable à l'adresse suivante : <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/the-benefits-of-international-labour-standards/lang--fr/index.htm>

²⁸⁰⁴ V. pour une étude détaillée de la mise en œuvre de cette logique de responsabilisation en droit du travail,

entreprises sont dotées de prérogatives d'autoréglementation (ex. accords dérogatoires et de gestion) ; quant aux travailleurs, ils doivent entretenir et améliorer leur employabilité pour répondre aux besoins du marché du travail. Concernant ces derniers, les pouvoirs publics passent, dans cette configuration des relations de travail, d'une stratégie axée sur les statuts à une approche focalisée sur les individus²⁸⁰⁵. Le droit du marché du travail se construit en dépassant la seule relation classique du travail fondée sur le contrat conclu entre employeurs et salariés. Il vise, notamment, à assurer la régulation d'une mobilité professionnelle diversifiée. La fulgurante ascension de la notion d'employabilité permet par exemple d'y voir le déploiement d'une logique de responsabilisation. L'employabilité est souvent présentée comme une affaire individuelle, ce qui occulte toute sa dimension collective et la pluralité des parties prenantes (Etats, entreprises, interlocuteurs sociaux).

738. - Employabilité. La notion d'employabilité est l'une des figures emblématiques de la diffusion de la terminologie du droit du marché du travail. Elle est depuis une quinzaine d'année l'un des mots-lés de la Stratégie européenne pour l'emploi visant le développement d'une main-d'œuvre qualifiée en mesure de répondre aux besoins du marché du travail²⁸⁰⁶. Elle fait partie de ces notions, issues du vocabulaire économique ou gestionnaire, complexes, équivoques ou à contenu variable. D'une manière générale, l'employabilité est « *entendue comme l'aptitude à obtenir et conserver un emploi « normal », c'est-à-dire non protégé*²⁸⁰⁷ ». Apparu dans les études médico-sociales anglo-saxonnes au début du XX^e siècle le vocable employabilité (*employability*) était utilisé pour désigner l'aptitude à travailler, tout particulièrement au sein de la population pauvre, afin de distinguer les personnes employables des gens malades et infirmes incapables de travailler²⁸⁰⁸. A cette version archaïque du

G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français, Dr. ouvr. 2014, p. 784.

²⁸⁰⁵ L. Duclos, J.-Y. Kerbourc'h, *Organisation du marché du travail et « flexicurité » à la française*, document de travail Centre d'analyse stratégique, 2006, p. 78.

²⁸⁰⁶ Ligne directrice n° 8 : développer une main-d'œuvre qualifiée en mesure de répondre aux besoins du marché du travail et promouvoir l'éducation et la formation tout au long de la vie (Décision du Conseil du 21 octobre 2010 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres), <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&intPageId=3427&langId=fr>

²⁸⁰⁷ B. Gazier, *Employabilité*, in. A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement, A. Mias (dir), *Dictionnaire du travail*, Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2012, p. 246.

²⁸⁰⁸ J. Le Goff, *Employabilité et handicap*, RDSS 2011, p. 796 ; Y. Chassard, A. Bosco, *L'émergence du concept d'employabilité*, Dr. soc. 1998, p. 903. Le Professeur Bernard Gazier qualifie cette employabilité de dichotomique fondée sur une distinction statistique et administrative consistant en un « *traitement d'urgence des chômeurs et de leur famille. Les inemployables reçoivent de l'assistance... ; les employables sont affectés à des*

traitement de la force de travail, se substituent selon les auteurs contemporains au moins trois conceptions principales d'employabilité : l'« *employabilité descriptive* » renvoyant aux performances attendues par le marché du travail en fonction des qualifications personnelles des travailleurs, des attentes des entreprises et des politiques publiques de l'emploi mises en place (ex. mesures incitatives juridiques et financières) ; l'« *employabilité-initiative* » axée sur une approche purement individuelle consistant à décrire la capacité des actifs à offrir leurs compétences sur le marché du travail ; l'« *employabilité-interactive* » focalisée sur les interactions entre les caractéristiques individuelles des travailleurs et le contexte socio-économique et politique^{2809 2810}. Plusieurs dispositifs du droit du travail permettent d'ores et déjà la prise en compte de l'impératif d'employabilité²⁸¹¹. Cet impératif imprègne les évolutions du droit social. L'objectif principal est d'assurer, de sécuriser ou de créer un « droit » des transitions professionnelles des actifs, permettant aux personnes privées d'emploi d'être accompagnées pour (ré)-intégrer le marché du travail et aux salariés de transiter facilement d'un emploi à un autre²⁸¹². Les divers dispositifs juridiques en matière de formation professionnelle et de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences²⁸¹³ concourent à la réalisation de cette fin.

739. - Cependant, la réception de la notion d'employabilité dans notre vocabulaire exprime, dans le contexte de crise économique une volonté, de prévoir et d'anticiper les mutations volatiles du système productif. Ainsi, « *être employable signifie désormais, pour un*

travaux publics », B. Gazier, *Employabilité*, op. cit., p. 248.

²⁸⁰⁹ V. Fuchs, *Employabilité*, in. Dictionnaire de l'emploi, de l'insertion, et de la formation, Chronique sociale, coll. Pédagogie formation, 2011.

²⁸¹⁰ Pour Bernard Gazier, l'employabilité-interactive peut être définie comme « *la capacité relative d'un individu à obtenir un emploi compte tenu de l'interaction entre ses caractéristiques individuelles et le marché du travail. La traduction statistique est alors un ensemble de profils statistiques qui vont lier des caractéristiques et trajectoires individuelles à des contextes et des tendances du marché du travail. Les principales conséquences opérationnelles sont l'« activation » des politiques de l'emploi avec la promotion d'approches multidimensionnelles et négociées* », B. Gazier, *Employabilité*, op. cit., p. 248.

²⁸¹¹ Par ex. les nouveaux droits individuels transférables en matière de formation (compte personnel de formation, C. trav., art. L. 6111-1 et C. trav., art. L. 6323-1 modifiés par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016) ; la portabilité des garanties collectives des complémentaires santé ; les droits « rechargeables » à l'assurance chômage) ; l'obligations d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur poste de travail à l'occasion d'un licenciement pour motif économique ou d'un licenciement pour insuffisance professionnelle (C. trav., art. L.6321-1).

²⁸¹² L'employabilité est étroitement liée à la mise en place des politiques de « *sécurisation des parcours professionnels* », v. sur cette notion, F. Guiomard, *La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion*, RDT 2013, p. 616.

²⁸¹³ C. trav. art. L. 2242-15 et s.

salarié, se montrer capable de suivre le rythme accéléré de l'économie²⁸¹⁴ ». L'aspect concurrentiel ou marchand qui sous-tend l'impératif d'employabilité, dans son acception dominante – celle axée sur une dimension individuelle et subjective –, cherche à favoriser l'attractivité²⁸¹⁵ et la mobilité, des salariés et des demandeurs d'emploi, sur le marché de l'emploi, condition indispensable à la réalisation du dogme de la fluidité du marché du travail. L'impératif économique d'employabilité des salariés impose *in fine* de réagir aux fluctuations du marché du travail en adoptant une vision « atomisante » et individualiste du déroulement des rapports de travail ; une vision critiquable, puisque dans une certaine mesure elle déresponsabilise les autres acteurs du marché du travail²⁸¹⁶.

740. - Sur le plan purement juridique, l'employabilité, « norme managériale²⁸¹⁷ », se distingue du concept juridique de capacité du salarié à occuper un emploi inscrit à l'article L. 6321-1 du Code du travail. L'exemple de l'obligation découlant de ce dernier article illustre parfaitement la complexité de la relation de travail qui relève à la fois du droit des contrats et du droit des personnes. La capacité du salarié à occuper un emploi, inscrite au deuxième alinéa de l'article L. 6321-1 du Code du travail (« Il [l'employeur] veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations ») ne concerne pas seulement l'emploi, elle a un lien fort avec la personne du salarié. « C'est à cet individu « incarné », doté de capacités à occuper un emploi particulières, entretenues et développées par les formations reçues, qu'est attachée la capacité de l'article L. 6321-1²⁸¹⁸ » du Code du travail. L'obligation (obligation de moyens) pesant sur l'employeur²⁸¹⁹ consistant à doter les salariés d'un ensemble de compétences et de

²⁸¹⁴ J. Le Goff, *Employabilité et handicap*, RDSS 2011, p. 796.

²⁸¹⁵ « Fondamentalement, le changement tient à la subjectivation du concept d'employabilité qui ne désigne plus d'abord l'aptitude objective d'un individu à entrer dans le champ de l'emploi en général mais son aptitude personnelle à convaincre qu'il reste dans la course parce qu'il fait ce qu'il faut pour y demeurer. C'est pourquoi, dans ces années-là, se trouve progressivement associée à l'employabilité la notion d'attractivité, on pourrait presque dire de capacité de séduction des travailleurs par la preuve de leur souci de rester à niveau », J. Le Goff, *Employabilité et handicap*, op. cit.

²⁸¹⁶ « [...] utiliser le terme employabilité, c'est souvent focaliser l'attention sur les aptitudes et motivations individuelles, semblant exonérer les autres acteurs du marché du travail, et en particulier les entreprises, de toute responsabilité en matière d'accès à l'emploi ou encore de qualité d'emploi », B. Gazier, *Employabilité*, op. cit., p. 246.

²⁸¹⁷ N. Maggi-Germain, *La capacité du salarié à occuper un emploi*, Dr. soc. 2009, p. 1234.

²⁸¹⁸ Ibid.

²⁸¹⁹ « Parce qu'il a la maîtrise des choix économiques, l'employeur décide de faire évoluer les emplois et, concomitamment, choisit les actions de formation nécessitées par ces évolutions. L'obligation de formation doit ainsi être analysée à la lumière de cette prérogative », N. Maggi-Germain, *La capacité du salarié à occuper un*

savoirs peut permettre, le cas échéant, à ces derniers de changer d'emploi²⁸²⁰. Contrairement à l'employabilité qui renvoie à une représentation mettant les personnes au service de l'entreprise, l'obligation – étroitement liée au pouvoir de direction de l'employeur – de maintenir la capacité des salariés à occuper un emploi est davantage attentive à la dignité et à l'intégrité de l'homme au travail.

741. - L'exemple italien. Les règles de droit du travail ne sont plus l'apanage de la réglementation protectrice des salariés au sein de l'entreprise. Elles sont le creuset de la protection des travailleurs au sein du marché du travail. Cette nouvelle architecture de la mission du droit du travail entend corriger le dualisme du marché du travail créant deux catégories de travailleurs : les permanents et les temporaires (sous catégorie de la catégorie des « *outsiders* »). Pour ce faire, il faudrait privilégier l'embauche des travailleurs en contrats à durée indéterminée comme forme normale de recrutement. Cette préférence pour le contrat à durée indéterminée ne va pas sans heurts. Ce dernier est communément admis en Europe comme la forme contractuelle normale pour pourvoir un emploi stable et permanent ; au sein du droit du marché du travail, il est conçu comme un moyen de réduire la segmentation du marché de l'emploi qui suppose nécessairement sa flexibilisation. Celle-ci passe essentiellement par l'assouplissement des règles protectrices régissant la rupture de la relation salariale.

742. - Cette vision est largement à l'œuvre en droit du travail italien²⁸²¹. Selon le Professeur italien Pietro Ichino, le droit du travail devrait protéger « *le travailleur sur le marché, et non pas contre le marché*²⁸²² ». Cette acception du droit du travail conçoit la protection des travailleurs en dehors du cadre de l'entreprise et des relations salarié-employeur. Son point de départ est l'institution de règles travaillistes « *par et pour le marché du travail*²⁸²³ » ; autrement dit, « *le nouvel édifice*²⁸²⁴ » du droit du travail, qui ne concerne

emploi, Dr. soc. 2009, p. 1234.

²⁸²⁰ Ibid.

²⁸²¹ Sur le *Jobs Act* italien, v. *supra.*, n° 554 et s.

²⁸²² P. Ichino, Le jobs Act : de nouvelles normes, mais aussi une nouvelle culture du marché de l'emploi, in. Le jobs Act italien: quelles inspirations ?, RDT 2015, p. 299.

²⁸²³ Ibid.

²⁸²⁴ Ibid.

pas seulement le droit italien du travail²⁸²⁵, « n'offre plus une protection contre le marché du travail mais une protection sur le marché de travail : avec un système d'aide universelle au revenu [...] et avec une organisation profondément renouvelée des services pour l'emploi²⁸²⁶ ».

743. - Toutefois, ce type de dispositifs risque, sous la pression de l'argumentaire économique, dans les pays fraîchement convertis au modèle de la flexicurité²⁸²⁷, de favoriser une conception particulière de la norme travailliste : celle qui considère le droit du travail « comme un instrument au service du marché [et qui] proclame la nécessité d'une « réforme du marché du travail », qui augmenterait la liquidité du « capital humain » en assurant sa flexibilité, son employabilité et sa réactivité et rendrait ainsi à l'économie sa compétitivité face à une concurrence internationale fondée sur l'abondance et le bas coût de cette sorte de capital²⁸²⁸ ».

744. - Appréhender le droit du travail par le biais de concepts inspirés de la logique marchande ne constitue pas seulement un déplacement du centre de gravité de la régulation des relations de travail en faveur d'objectifs politique économique (la lutte contre le

²⁸²⁵ L'évolution actuelle du droit du travail français s'y inscrit. V. par ex. la création du « compte personnel d'activité » par la loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015. Un compte qui réunira dès le 1^{er} janvier 2017 les droits sociaux de chaque travailleur en vue de sécuriser ses parcours ou transitions professionnels ; ce dispositif pourrait participer à la construction d'un « état professionnel de la personne », tel qu'il a été proposé par le rapport Supiot « Au-delà de l'emploi » de 1999 (A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Rapport pour la Commission européenne, Flammarion 1999).

²⁸²⁶ P. Ichino, *Le jobs Act : de nouvelles normes, mais aussi une nouvelle culture du marché de l'emploi*, op. cit. Souligné par l'auteur.

²⁸²⁷ Lesquels admettent presque tous que l'hyperflexibilité – des droits des contrats de travail et des conventions collectives – soit la « maladie infantile » de la mise en place de la flexicurité, en laissant par conséquence à la marge le volet sécurisation des parcours professionnels des travailleurs. V. P. Lokiec, S. Robin-Olivier (dir.), *Les réactions du droit du travail à la crise*, Dr. ouvr. 2012, n° 2 février ; E. Mazuyer, *Les mutations des droits du travail sous influence européenne*, *Revue de la régulation* [En ligne], 13 | 1er semestre / Spring 2013, mis en ligne le 31 mai 2013, consulté le 03 février 2014. URL : <http://regulation.revues.org/10117>.

²⁸²⁸ A. Supiot, *Droit du travail*, PUF, coll. QSJ, 2016, p. 121. Souligné par nous. V. égal. la Préface de la réédition du rapport, *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, A. Supiot (dir.), Flammarion, 2016. Cette vision est à l'opposé du projet de la constitution de l'Organisation Internationale du Travail, proclamant la nécessité d'un « régime de travail réellement humain », procurant à tous les hommes « la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer au bien-être commun » selon la Déclaration de Philadelphie, 1944), et entendant « mettre les forces du marché au service de cet objectif fondamental », A. Supiot, *Droit du travail*, op. cit., p. 121.

chômage), à la réalisation desquels le droit du travail n'est pas bien préparé²⁸²⁹, mais également le signe de métamorphoses profondes de la norme travailliste²⁸³⁰.

§ 2 : Le droit du marché du travail, symptôme de mutations profondes de la norme travailliste

745. - La traduction française de l'idée de flexicurité, telle qu'elle se manifeste à travers la construction d'un droit du marché du travail, réduit le droit du travail au rôle d'instrument, niant la dimension humaine et politique des relations de travail. L'idée d'échange entre la diminution des protections garanties par les règles de droit du travail et l'accroissement de certains droits de protection sociale altère dans une certaine mesure la mission traditionnelle de la norme juridique, plus encline à la promotion de projets politiques et sociétaux. De la sorte, le droit du marché du travail procède à une « *reconceptualisation* » des régimes réglementaires (légaux ou conventionnels) du travail afin de les adapter aux défis de modernisation des droits du travail du début du XXI^e siècle²⁸³¹.

746. - **Un droit du travail minimaliste et en recul.** A force de vouloir jouer le levier « organisation juridique » pour redynamiser le marché du travail et la compétitivité des entreprises, le droit du travail perd progressivement sa cohérence et son intelligibilité. D'un corpus de règles juridiques traditionnellement destiné à encadrer la relation salariale, fondée sur un contrat passé entre employeur et salarié, le droit du travail est appelé aujourd'hui à la fois à intégrer une politique sociale globale dépassant la figure du salariat et à accueillir en son sein des dispositifs qui dénaturent sa fonction initiale. Or, « *le droit du travail ne s'est pas construit comme le droit de tous les travailleurs mais comme celui des travailleurs salariés, c'est-à-dire de ceux qui requièrent une protection spécifique en raison de leur état de subordonné. Le constat vaut pour l'ensemble des pays qui nous entourent, avec des variantes*

²⁸²⁹ Malgré la flexibilité de la réglementation et les aides financières, l'échec de la méthode est une réalité, G. Lyon-Caen, *Un droit sans papier d'identité*, Arch. Phil. droit, n° 41, 1997, p. 181.

²⁸³⁰ A. Perulli, Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme, RDT 2015, p. 732.

²⁸³¹ Commission UE, Livre vert. Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, 2006.

*d'un pays à l'autre quant aux frontières du salariat*²⁸³² ». Au nom de la préservation de l'emploi et du droit d'obtenir un emploi, proclamé par le texte constitutionnel²⁸³³, le législateur français élabore des normes juridiques tendant à introduire plusieurs flexibilités au sein du droit du travail. Derrière le droit d'obtenir un emploi ou le droit au travail, se déploie l'idée un droit du travail « *minimaliste*²⁸³⁴ » et en « *repli*²⁸³⁵ ».

747. - L'idée de droit du travail bafouée. Le cadre de pensée institué par le droit du marché du travail appréhende essentiellement le droit du travail à l'aune des considérations marchandes. Il présente les règles de droit du travail – certes indispensables dans un Etat de droit pour l'encadrement des relations de travail – comme des instruments visant principalement à satisfaire les impératifs du fonctionnement du marché du travail indépendamment de toute lecture extra-marchande de la règle juridique. Celle-ci est réduite à sa dimension instrumentale. L'idéal d'une citoyenneté²⁸³⁶ économique et sociale insiste, quant à lui, sur la dimension démocratique dans la régulation des relations de travail ; il met les forces du marché au service de l'accomplissement de la personne au travail et d'une « *citoyenneté d'entreprise*²⁸³⁷ ». Occulter l'aspect politique et réduire le juridique à une simple technique déshumanisée de régulation des relations de travail constitueraient une méconnaissance de l'histoire du droit du travail, de sa mission « *redistributive* », protectrice

²⁸³² P. Lokiec, *Le travailleurs et l'actif*, op. cit, p. 1017

²⁸³³ « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* », selon le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

²⁸³⁴ P. Lokiec, *Le travailleurs et l'actif*, op. cit, p. 1017.

²⁸³⁵ « *Le droit au travail est le justificatif du repli du droit du travail* », G. Lyon-Caen, *Le droit à l'emploi*, in. *Les sans-emplois et la loi*, Quimper, Calligrammes, 1988, p. 203, cité par, J.-Y. Kerbouc'h, *Penser la flexibilité en droit du travail*, in. M. de Nanteuil, A. El Akremi (dir.), *La société flexible*, ERES, coll. *Sociologie économique*, 2005 p. 42.

²⁸³⁶ J.-E. Ray, *Du tout-Etat au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ?*, *Dr. Soc.* 2000, p. 574.

²⁸³⁷ À la réalisation de laquelle devraient participer, depuis les lois Auroux de 1982, les droits de participation et de la négociation collective, v. sur cette question, M. Le Friant, A. Jeammaud, *Le droit du travail, vecteur de citoyenneté : entre métaphore (française) et droit positif*, in. M. Coutu, Gregor Murray (dir.), *Travail et citoyenneté : quel avenir ?*, Les Presses de l'Université Laval, coll. *Travail et emploi à l'ère de la mondialisation*, 2010, p. 109. Ces auteurs manifestent par ailleurs leur méfiance, eu égard à la prolifération des instruments normatifs – volontaires (Par ex. les codes de conduite et chartes d'entreprises, la responsabilité sociale et environnementale des entreprises) – tendant à promouvoir une « *citoyenneté de l'entreprise* ». Celle-ci est l'expression d'un « *détournement de langage* » ; elle refléterait davantage la volonté des entreprises d'échapper à toute réglementation juridique obligatoire.

des travailleurs subordonnés et de l'idée même du droit du travail telle qu'elle a été conçue en Occident²⁸³⁸.

748. - Affaiblissement de l'ordre public social au profit de l'ordre public dérogeable²⁸³⁹. L'augmentation du nombre des habilitations de déroger à l'ordre public social par accord collectif d'entreprise, et partant de l'idée consistant à dire que la règle étatique ou hétéronomie est « *un ennemi de l'emploi* »²⁸⁴⁰, est une autre manifestation de l'émergence du droit du marché du travail. Le droit du travail français n'est pas le seul à être perturbé par ce phénomène.

749. - Par exemple, la législation sociale anglaise autorise la technique de dérogation au plan individuel sans passer par des accords collectifs²⁸⁴¹. Elle a récemment (septembre 2013) consacré une nouvelle forme de contrat de travail qui déroge aux règles impératives : le contrat de salarié-actionnaire (*employee shareholder contract*). Cette forme contractuelle neutralise l'application de certaines règles impératives fondamentales du droit du travail anglais (la renonciation au droit de percevoir des indemnités en cas de licenciement, au droit de demander un travail flexible, au droit de demander d'entreprendre des études ou une formation...etc.). Nouvelle figure de la libéralisation du droit du travail, cristallisant les affres de l'art législatif en temps de crise, le contrat de salarié-actionnaire sape d'une manière insidieuse certains piliers anciens et communs à la majorité des législations travaillistes occidentales. Un spécialiste de droit comparé du travail considérerait que « *le droit du travail de la Grande-Bretagne partage avec ceux des autres pays de civilisation occidentale, deux*

²⁸³⁸ G. Davidov, L'idée changeante de droit du travail, *Revue internationale du Travail*, vol. 146 (2007), n°3-4, p. 335.

²⁸³⁹ Si l'ordre public social « *autorise un dépassement [conventionnel] des règles étatiques, au seul profit de la partie protégée* » (F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, in. E. Mazuyer (dir.), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, op. cit., p. 54) et reflète une conception progressiste du droit de la négociation collective (M. Poirier, *Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective reflète des finalités du droit du travail*, Dr. ouvr. 2013, p. 78), l'ordre public dérogeable désigne, quant à lui, « *les règles, souvent d'ordre public absolu, parfois d'ordre public social, qui peuvent être écartées par accord collectif* » d'entreprise (F. Canut, La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, op. cit.), qualifié alors de « *vecteur d'altération en droit du travail* » (M. Poirier, *Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective vecteur d'altération en droit du travail*, Dr. ouvr. 2013, p. 250).

²⁸⁴⁰ T. Sachs, *Vers un droit du marché du travail*, Dossier spécial « L'ANI à l'ombre du droit », *Sem. soc. Lamy*, n° 1569, 2013, p. 9.

²⁸⁴¹ Notons que les accords collectifs sont considérés en droit anglais comme de simples « *collective agreements* » sans force exécutoire, c'est seulement à l'occasion des litiges individuels de travail et grâce à la technique d'incorporation des stipulations collectives au contrat de travail que le juge anglais octroie un effet normatif obligatoire aux conventions collectives d'entreprises.

*caractéristiques juridiques essentielles : il est fondé sur une base contractuelle de l'obligation de travailler et de l'obligation de payer les salaires, et il est en même temps imprégné par une tendance à formuler et à appliquer un nombre toujours croissant de normes impératives relatives à la protection des travailleurs, normes que les parties au contrat ne peuvent pas valablement mettre de côté au détriment de la partie économiquement plus faible*²⁸⁴² ». On voit bien, à travers l'exemple du contrat de salarié-actionnaire, un retour dissimulé au sein de la réglementation du travail subordonné vers des schémas anciens des rapports contractuels du droit privé. Une sorte de voyage inverse s'opère du « *statut vers le contrat* » : « *le contrat de travail dans le cadre du droit privé en général ne tend pas à produire des formulations protectrices du travailleur. Les formulations doctrinales du droit privé général tendront à produire des modèles neutres ou protecteurs de l'entreprise*²⁸⁴³ ». Cette « innovation » juridique, conceptualisée dans un pays qui a été l'un des premiers laboratoires d'expérimentation des thèses libérales au début des années 1980 avec les réformes Thatcheriennes, est diamétralement opposée à l'idée de la législation travailliste conçue comme civilisation des rapports de force ou une « *démocratisation*²⁸⁴⁴ » des relations de travail. Ce bref détour comparatiste et historique rappelle que l'intervention étatique occupe une place centrale dans la réglementation des relations de travail ; le retrait de l'Etat au profit des forces du marché s'accompagne, faut-il le rappeler, d'un recul des garanties pour les plus faibles.

750. - Désengagement de l'Etat. Le droit du travail devrait satisfaire le besoin impérieux de liberté de gestion des entreprises. Pour ce faire les discours dominants sur le droit du travail exigent, depuis les années 1980, la dérégulation, dénoncent la réglementation et

²⁸⁴² « *The Labour Law of Great Britain shares with that of the other nations in our orbit of civilisation two essential jurisprudential features : it is based on the contractual foundation of the obligation to work and of the obligation to pay wages, and it is at the same time permeated by a tendency to formulate and to enforce an ever-growing number of imperative norms for the protection of the worker, norms which the parties to the contract cannot validly set aside to the detriment of the economically weaker party* ». Souligné par nous. O. Kahn-Freund, A note on Status and Contract in British Labour Law, (1967) 80 MLR 636, cité par J. Prassl, Dismantling the Contract of Employment ? The new employee Shareholder Status in the United Kingdom, European Labour Law Network ELLN – Working paper series juillet 1/2013, p. 4. V. également, sur cette voie détournée du démantèlement systématique des garanties légales protectrices des salariés, l'article du Professeur Pascal Lokiec, *Le contrat de salarié-actionnaire, Vers un droit du travail à double vitesse*, RDT 2014, p. 16.

²⁸⁴³ M. Freedland, *Le contrat de travail, institution centrale du droit du travail*, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 2007, p. 64.

²⁸⁴⁴ H. Sinzheimer, *Democratisierung des Arbeitsverhältnisses* (1928), in H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie : gesammelte Aufsätze und Reden*, op. cit.

revendiquent un désengagement de l'Etat²⁸⁴⁵. L'idée de droit du marché du travail – reposant « sur un ordonnancement renouvelé des relations du travail, au sein duquel le droit du travail et le droit de la protection sociale s'articulent de manière originale pour devenir un véritable droit du marché du travail²⁸⁴⁶ » –, ne peut d'ailleurs prospérer sans un retrait de l'intervention de l'Etat en se rapprochant des postulats de l'analyse économique néo-classique. Celle-ci appelle à un désengagement de l'Etat « sauf là où son intervention est nécessaire pour remédier aux défaillances du marché²⁸⁴⁷ ». Au sein du droit du marché du travail, le rôle de l'Etat se limite à créer les conditions nécessaires – information, formation, autonomie, mobilité, sécurisation des parcours et responsabilisation des acteurs (travailleurs et employeurs) – aussi bien aux opérations d'échange indispensables à un fonctionnement optimal du marché du travail qu'aux réajustements de ce dernier en fonction des fluctuations de la situation économique. Cette évolution est soutenue par les mutations du rôle de l'Etat. Le législateur préfère les dispositifs incitatifs et la politique par objectifs à l'expression autoritaire de son pouvoir, reflet de l'avènement de l'Etat postmoderne²⁸⁴⁸.

751. - La prolifération des règles incitatives : inciter plutôt que contraindre. Penser les dispositifs juridiques à la lueur des principes marchands prospère en droit du travail ; agir en vertu de la logique calculatrice du bilan coût-avantage n'est pas seulement l'apanage des comportements des agents économiques – par définition rationnels – sur le marché ; le législateur social contemporain s'en imprègne également. L'accroissement du nombre des règles incitatives en droit du travail légiféré reflète l'adhésion des pouvoirs publics à une vision marchande et instrumentale de la règle de droit. Celle-ci tenterait de guider, à l'instar du rôle joué par le prix au sein d'un marché concurrentiel, le comportement des « acteurs » du marché du travail en rendant certains choix plus attractifs et rentables que d'autres. L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 «, dans son ensemble, est irrigué par l'idée que les entreprises et les salariés sont des agents optimisateurs. C'est cette raison qui le conduit à

²⁸⁴⁵ G. Lyon-Caen, *La bataille truquée de la flexibilité*, Dr. Soc. 1986, p. 810.

²⁸⁴⁶ G. Bargain, P.-E. Berthier, T. Sachs, Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français, Dr. ouvr. 2014, p. 784.

²⁸⁴⁷ Ph. Coppens, État, marché et institutions, RID écon. 3/2007 (t. XXI, 3), pp. 293-316, spéc. p. 314. D'une manière générale, dans la doctrine néoclassique de l'économie de marché, le « retrait de l'intervention étatique, est fondé sur deux notions fondamentales : une norme de rationalité des agents qui suppose que tout acteur économique est motivé par la maximisation de sa propre utilité et qu'il a les capacités cognitives pour calculer celle-ci ; et un lieu, le marché, qui reçoit les préférences et les choix de chacun des acteurs économiques ».

²⁸⁴⁸ J. Chevallier, L'Etat post-moderne, LGDJ, coll. Droit et Société, 2014.

rechercher une plus grande « prévisibilité » et une meilleure « transparence ». C'est cette même idée qui est à l'œuvre dans le recours aux incitations²⁸⁴⁹ ».

D'une manière générale, une différence capitale distingue l'incitatif du juridique : l'incitation offre globalement une « option aux acteurs, celle d'adopter une certaine conduite²⁸⁵⁰ », tandis que la règle juridique, par définition générale, impersonnelle et obligatoire, « ne leur laisserait aucun choix²⁸⁵¹ ». C'est contre cette dernière conception – taxée de rigidité et d'inappropriée au bon fonctionnement du marché du travail²⁸⁵² – de la règle de droit que des économistes ont proposé de substituer un système d'incitation financière dit de « pollueur-payeur » aux règles travaillistes imposant une cause réelle et sérieuse en cas de licenciement pour motif économique²⁸⁵³. Ainsi, la décision unilatérale de licencier serait-elle déterminée en fonction de la technique du bilan coût-avantage ; l'employeur mettrait en balance le coût financier de son acte de se séparer d'un salarié et le coût généré par le maintien de ce dernier au sein de l'entreprise, indépendamment de toute évaluation du bien-fondé ou de la légitimité de la cause du licenciement. Dans cette perspective, « les mécanismes d'incitation, à condition d'être bien réglés, rendent inutile le droit²⁸⁵⁴ ». Ce système d'incitation diffère largement de l'encadrement légal de la décision patronale de licencier exigeant le respect d'une cause réelle et sérieuse – objet d'un contrôle judiciaire stricte. Au-delà de cette proposition doctrinale radicale, vivement critiquée²⁸⁵⁵, il n'en demeure pas moins que le droit positif accueille largement cette logique incitative d'inspiration marchande²⁸⁵⁶.

²⁸⁴⁹ O. Leclerc, O. Guamán Hernández, *Abécédaire comparé de l'ANI du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe ?*, RDT 2013, p. 211.

²⁸⁵⁰ P.-E. Berthier, *Les incitations légales*, in. E. Mazuyer (dir.), *La mesure des flexibilités du droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 36.

²⁸⁵¹ Ibid.

²⁸⁵² « *La théorie économique moderne accentue sa tendance à empiéter sur le droit, en substituant au débat encadré par la loi des mécanismes d'incitation* », Fr. Eymard-Duvernay, *Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ?*, Dr. Soc. 2004, p. 812.

²⁸⁵³ O. Blanchard, J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du CAE, n° 44, La Documentation française 2003.

²⁸⁵⁴ Fr. Eymard-Duvernay, *Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ?*, Dr. Soc. 2004, p. 812.

²⁸⁵⁵ J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, op. cit., p. 196 et s. M. Del Sol, P. Turquet, *Déréguler le licenciement pour mieux sécuriser les personnes : les ambiguïtés de la flexicurité - Retour sur le rapport Cahuc-Kramarz relatif à la « Sécurité sociale professionnelle »*, RDSS 2007, p. 528.

²⁸⁵⁶ Le recours aux « lois dispositives » (à l'opposé des lois supplétives qui deviennent impératives à défaut d'un accord collectif, la loi dispositive ouvre, sans fixer aucune règle subsidiaire, une faculté dont la mise en

752. - Typologie des règles incitatives. L'incitation légale est « *entendue comme une disposition qui laisse aux acteurs le choix d'adopter telle ou telle conduite, mais qui a vocation de rendre avantageuse celle qui est attendue d'eux. Et de manière à rendre cette conduite plus attrayante, l'incitation peut revêtir deux formes : celle d'une « facilitation » ou celle d'une récompense*²⁸⁵⁷ ». S'inspirant de l'analyse menée par Norberto Bobbio²⁸⁵⁸, Pierre-Emmanuel Berthier fait une distinction entre deux formes de règles incitatives : d'un côté, celles se caractérisant par la création d'une « *facilitation* » et, de l'autre, celles instaurant une « *récompense* ». Le mécanisme de facilitation vise à pousser le destinataire de la norme incitative à adopter « *la conduite que l'on attend de lui*²⁸⁵⁹ ». Peut être cité comme exemple le cas de l'accord collectif d'entreprise portant sur la mobilité interne des salariés, institué par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013²⁸⁶⁰, dont la mise en place déroge – concernant le licenciement des salariés refusant l'application à leur contrat de travail des stipulations de cet accord – aux règles organisant le licenciement pour motif économique. L'article L. 1111-3 du Code du travail constitue aussi un exemple des règles incitatives de « *facilitation* » ; il offre aux employeurs une sorte de « *facilitation à l'embauche*²⁸⁶¹ » en ce qu'il conduit « à « *effacer* » le salarié titulaire d'un contrat aidé des effectifs de l'entreprise. Au nom de la politique de l'emploi, le salarié n'est pas un authentique salarié²⁸⁶² ». En excluant les apprentis et les salariés titulaires de contrats aidés du décompte du calcul de l'effectif de l'entreprise, l'employeur est autorisé à se soustraire à certaines obligations légales inhérentes aux seuils sociaux (l'obligation d'organiser les élections des délégués du personnel²⁸⁶³ ou de mettre en place un comité d'entreprise²⁸⁶⁴).

œuvre nécessitera des actes conventionnels des partenaires sociaux (A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, op. cit., p. 246), mobilisées notamment en matière de politique de l'emploi, fait de la « *loi une norme incitative* ». Un tel mécanisme « *permet à l'État de peser sur le marché du travail tout en respectant la liberté des opérateurs intervenant sur ce marché* », A. Supiot, *Le droit du travail*, PUF, coll. QSJ. 2016, p. 37. Pour des exemples de *lois dispositives*, v. P.-E. Berthier, *Les incitations légales*, op. cit., p. 36 et s.

²⁸⁵⁷ P.-E. Berthier, *Les incitations légales*, op. cit., p. 36.

²⁸⁵⁸ N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998.

²⁸⁵⁹ P.-E. Berthier, *Les incitations légales*, in. E. Mazuyer (dir.), *Les flexibilités en droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 37.

²⁸⁶⁰ C. trav., art. L. 2242-23.

²⁸⁶¹ P.-E. Berthier, *Les incitations légales*, op. cit., p. 37.

²⁸⁶² F. Bousez, A. Martinon, *Les contrats aidés en proie à la démesure*, RDSS. 2013, n° 2, p. 189.

²⁸⁶³ C. trav., art. L. 2312-1.

²⁸⁶⁴ C. trav., art. L. 2322-1.

La récompense vise, quant à elle, à « rétribuer » au profit de l'agent économique – supposé « rationnel et intéressé²⁸⁶⁵ » – un avantage financier (allègement de charges financières ou de contraintes juridiques) après l'accomplissement de la « conduite attendue²⁸⁶⁶ » par le législateur. Ce mécanisme d'incitation financière est le plus ancien et le plus fréquent en droit du travail²⁸⁶⁷. Plusieurs dispositions du droit du travail encouragent les acteurs à adopter un comportement et montrent que « le droit ne se réduit pas à la contrainte et à la sanction²⁸⁶⁸ ». Cette logique incitative sous-tend une tendance à la responsabilisation²⁸⁶⁹ des acteurs du marché du travail suivant une approche utilitariste de la norme juridique. De même, la technique de l'incitation en droit du travail impacte profondément la nature des rapports de travail²⁸⁷⁰.

753. - La multiplication des règles incitatives en droit du travail s'inspire d'un cadre de pensée qui semble ignorer la nature singulière de la norme travailliste. Celle-ci est

²⁸⁶⁵ T. Sachs, O. Leclerc, Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail, *Revue Française de Socio-Économie* 2015/2 (Hors-série), p. 178.

²⁸⁶⁶ P.-E. Berthier, *Les incitations légales*, op. cit., p. 37.

²⁸⁶⁷ T. Sachs, O. Leclerc, *Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail*, op. cit., p. 177. Par ex. les accords collectifs sur l'intéressement (ord. n° 59-126 du 7 janvier 1959) ouvrant droit à des exonérations sociales et fiscale ; l'exonération de cotisations sociales prévues à l'occasion de la réduction négociée du temps de travail à 35 heures par semaine (Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000, art. 19 I) ; la prime allouée à l'employeur dans le cadre du contrat de génération (C. trav., art. L.5121-6 et s.) ; l'embauche de salarié en situation de handicap (C. trav., art. L. 5213-10) ; les accords collectifs sur la mise en place du travail dominical (C. trav., art. L. 3132-25-3). v. égal. P.-E. Berthier, *Les incitations légales*, op. cit., p. 36 et s.

²⁸⁶⁸ P.-E. Berthier, *Les incitations légales*, op. cit., p. 36 et s. L'auteur fait une distinction entre les incitations légales adressées aux employeurs (conclusion d'accords collectifs ouvrant droit à des récompenses ou exonérations financières ou incitation juridique (facilitation) : accords de modulation annuelle du temps de travail, de réduction du temps de travail (loi n° 98-461 du 13 juin 1998, d'orientation et d'incitation, relative à la réduction du temps de travail, dite loi *Aubry I*) ; accords sur la participation financière des salariés (C. trav., art. L. 3323-5), les accords de mobilité interne (C. trav. L. 2242-23) et celles destinées aux salariées (incitation au consentement et à la mobilité (externe sécurisée) : C. trav. art. L. 1222-12).

²⁸⁶⁹ Cependant, certaines propositions des partisans de l'analyse économique comparée incitent à la « déresponsabilisation de l'entreprise ». Tel est le cas de la proposition du rapport Cahuc-Kramarz visant la suppression de la notion de licenciement collectif et l'instauration d'une contribution de solidarité pour assurer le reclassement externe – par le service public de l'emploi – du salarié licencié (P. Cahuc et F. Kramarz, op. cit., p. 161). La déresponsabilisation « se manifeste, d'une part, au moment de la rupture du contrat de travail par la disparition de l'obligation de motiver le licenciement dès lors qu'il ne repose pas sur un motif personnel. La déresponsabilisation concerne, d'autre part, les dispositifs de reclassement puisque l'accompagnement des salariés licenciés est totalement externalisé, les entreprises n'ayant qu'à assumer financièrement une contribution dite de solidarité dont le produit est affecté par le service public de l'emploi au renforcement de l'accompagnement des chômeurs », M. Del Sol, P. Turquet, *Déréguler le licenciement pour mieux sécuriser les personnes*, op. cit.

²⁸⁷⁰ « Il serait erroné de considérer la prolifération de normes incitatives comme un simple changement de technologie juridique. Elles produisent au contraire des transformations profondes du droit positif, qui s'en trouve affecté non seulement dans sa technologie, mais aussi dans sa teneur », T. Sachs, O. Leclerc, *Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail*, op. cit., p. 179.

l'expression d'un « *droit d'inégalité*²⁸⁷¹ » qui tend à organiser un rapport de subordination et l'exercice du pouvoir patronal. Or, les promoteurs du droit du marché du travail « taillent » pour le droit du travail un rôle à l'aune des arguments marchands – égalité, liberté et rationalité des agents – en occultant les enjeux de sa dimension politique et d'organisation des prérogatives patronales. En prévoyant un certain nombre de flexibilités juridiques, les dispositifs incitatifs constituent, en définitive, une source de « *nouvelles options*²⁸⁷² » pour le pouvoir de l'employeur qui s'accompagnent d'une « [sur] *valorisation de l'expression de la volonté*²⁸⁷³ » du salarié²⁸⁷⁴ (ex. accord collectif sur le travail dominical, accord de mobilité, accord de maintien de l'emploi).

La création de conditions optimales de la négociation, à laquelle s'efforce de concourir le droit du marché du travail, ne va pas néanmoins sans poser quelques obstacles devant l'expression de la dimension collective des relations collectives.

754. - Eclatement de la collectivité de travail. Le droit du marché du travail impose un nouveau style de l'action publique, plus favorable à l'épanouissement de notions comme gouvernance, individualisation et autorégulation. La norme travailliste ne peut que très difficilement répondre aux enjeux relatifs au dualisme du marché du travail. En effet, la multiplication des formes contractuelles portant sur l'usage de la force de travail implique un délitement de la collectivité des travailleurs ; ce phénomène oblitère sérieusement toute régulation conventionnelle équilibrée et représentative de l'ensemble des travailleurs. L'exemple des salariés titulaires d'un contrat aidé est topique en la matière ; ces derniers sont exclus, en vertu de l'article L. 1111-3 du Code du travail²⁸⁷⁵, du calcul des effectifs de

²⁸⁷¹ J. Mouly, *Droit du travail*, Bréal, coll. Lexifac Droit, 7^e éd. 2014, p. 10.

²⁸⁷² P.-E. Berthier, *Les incitations légales*, op. cit., p. 42.

²⁸⁷³ T. Sachs, O. Leclerc, *Gouverner par les incitations*, op. cit., p. 182.

²⁸⁷⁴ En vertu de la nature structurellement déséquilibrée des rapports individuels de travail le consentement du salarié est traditionnellement regardé avec suspicion, P. Lokiec, *Garantir la liberté du consentement contractuel*, Dr. soc. 2009, p. 127.

²⁸⁷⁵ Qui dispose que « *ne sont pas pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise : 1° Les apprentis ; 2° Les titulaires d'un contrat initiative-emploi, pendant la durée d'attribution de l'aide financière mentionnée à l'article L. 5134-72, ainsi que les titulaires d'un contrat d'accès à l'emploi pendant la durée d'attribution de l'aide financière mentionnée à l'article L. 5522-17 ; (...) 4° Les titulaires d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi pendant la durée d'attribution de l'aide financière mentionnée à l'article L. 5134-30 ; (...) ; 6° Les titulaires d'un contrat de professionnalisation jusqu'au terme prévu par le contrat lorsque celui-ci est à durée déterminée ou jusqu'à la fin de l'action de professionnalisation lorsque le contrat est à durée indéterminée... ».*

l'entreprise²⁸⁷⁶. Les politiques publiques incitatives (incitations financières et juridiques) à l'embauche instituent, pour le cas des salariés en contrats aidés, un statut différent de celui des salariés réguliers au nom de l'insertion ou du retour des personnes titulaires de contrats aidés sur le marché du travail²⁸⁷⁷ ; de la sorte, elles impliquent de réelles difficultés d'intégration et de consolidation de la collectivité de travail. Par exemple sur le fondement de l'article L. 1111-3 du Code du travail²⁸⁷⁸, soutenu en cela par « l'impuissance du droit social européen²⁸⁷⁹ », « l'incitation à l'embauche conduit parfois à « effacer » le salarié titulaire

²⁸⁷⁶ En excluant les apprentis et les salariés bénéficiaires de contrats aidés « du calcul de l'effectif au regard des divers seuils fixés en vue d'assurer la représentation du personnel, [...] le législateur a entendu alléger les contraintes susceptibles de peser sur les entreprises afin de favoriser l'insertion ou le retour de ces personnes sur le marché du travail » (Cons. const., 29 avril 2011, n° 2011-122 QPC).

²⁸⁷⁷ « Considérant que l'article L. 1111-3 du code du travail exclut certaines catégories de salariés du décompte des effectifs de l'entreprise sauf pour l'application des dispositions légales relatives à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles ; que cette exclusion s'applique notamment au calcul des effectifs au regard des divers seuils fixés par le code du travail en vue d'assurer la représentation du personnel dans l'entreprise ; qu'en l'adoptant, le législateur a entendu alléger les contraintes susceptibles de peser sur les entreprises afin de favoriser l'insertion ou le retour de ces personnes sur le marché du travail ;... », Cons. const., 29 avril 2011, n° 2011-122 QPC, considérant n° 7. Souligné par nous.

²⁸⁷⁸ Qui dispose que « ne sont pas pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise : 1° Les apprentis ; 2° Les titulaires d'un contrat initiative-emploi, pendant la durée d'attribution de l'aide financière mentionnée à l'article L. 5134-72 ainsi que les titulaires d'un contrat d'accès à l'emploi pendant la durée d'attribution de l'aide financière mentionnée à l'article L. 5522-17 ; (...) 4° Les titulaires d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi pendant la durée d'attribution de l'aide financière mentionnée à l'article L. 5134-30 ; (...) ; 6° Les titulaires d'un contrat de professionnalisation jusqu'au terme prévu par le contrat lorsque celui-ci est à durée déterminée ou jusqu'à la fin de l'action de professionnalisation lorsque le contrat est à durée indéterminée... ».

²⁸⁷⁹ Sur renvoi préjudiciel (dans une affaire – qui a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., 29 avril 2011, n° 2011-122 QPC) et d'une question préjudicielle auprès de la CJUE (CJUE, 15 janv. 2014, n° C-176/12, Association de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT) – où au sein de l'Association de médiation sociale (l'AMS), l'Union départementale des syndicats CGT des Bouches-du-Rhône a désigné M. X comme représentant de la section syndicale que ce syndicat y a créée. L'AMS conteste cette désignation aux termes notamment de l'article L. 2142-1-1 du Code du travail, dans la mesure où son effectif est de moins de onze salariés ou de moins de cinquante salariés, et par conséquent elle se considère comme libérée de l'obligation d'organiser des élections professionnelles aux fins de mise en place d'institutions représentatives du personnel en son sein ; puisque les contrats aidés visés à l'article L. 1111-3 du Code du travail (concernant les apprentis, personnes titulaires d'un contrat initiative emploi, d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi et de contrats de professionnalisation) ne peuvent être pris en compte pour le calcul des effectifs), la CJUE (Question soulevée par la Chambre sociale dans un arrêt du 11 avril 2012 n° 11-21609, Bull. civ. V, n° 122) adopte une solution (CJUE, 15 janvier 2014, AMF, affaire C-176/12) qui « donne à voir tout à la fois la consécration et l'impuissance du droit social européen dont la justiciabilité est ici prise en défaut, sa violation étant constatée mais non sanctionnée » (J. Icard, *De l'impuissance du droit social européen. À propos des règles de calcul des effectifs*, Dr. soc. 2014, p. 408) à cause de l'absence d'effet direct horizontal de certains textes de l'Union européenne (la directive CE n° 2002/14 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs et l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). La chambre sociale de la Cour de cassation a rendu, dans cette affaire, et suite à la réponse de la CJUE, un arrêt conforme aux dispositions de l'article L. 1111-3 du Code du travail (Soc., 9 juillet 2014, n° 11-21609) : « application de l'article L. 1111-3 du Code du travail, quoique incompatible avec le droit de l'Union, ne pouvait être écartée par le juge judiciaire dans un litige entre particuliers au titre de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et des articles 2 et 3 §1 de la Directive 2002/14/ CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mars 2002, et qu'il lui appartenait de vérifier si l'effectif de l'entreprise permettait la désignation d'un représentant de section syndicale en tenant compte des exclusions prévues par l'article L. 1111-3, le Tribunal

d'un contrat aidé des effectifs de l'entreprise. Au nom de la politique de l'emploi, le salarié n'est pas un authentique salarié²⁸⁸⁰ ».

D'une manière générale, le rôle de l'individualisation au sein de la régulation des relations de travail, la montée du « *précarariat* » et la forte segmentation du marché du travail²⁸⁸¹ posent plusieurs difficultés devant la réalisation d'une citoyenneté sociale dont le droit du travail est l'un des grands promoteurs. Cet effritement du collectif crée également des effets indésirables sur le plan de la cohésion sociale. Le Professeur Jacques Le Goff a relevé à ce propos que la « *précarité a un impact sur le statut de citoyenneté considérable [...] Comme si une ligne invisible séparait deux catégories de citoyens dans l'entreprise : les citoyens pléniers et ceux de seconde zone...*²⁸⁸² ». Cette situation de la collectivité de travail est d'autant plus dommageable lorsqu'elle se combine avec le très faible taux de syndicalisation des travailleurs en France. En effet, le cadre réglementaire permettant le recours aux contrats précaires (travail temporaire, à durée déterminée et à temps partiel) ne constitue pas un rempart efficace face aux velléités frauduleuses de certains employeurs, dans la mesure où « *la loi ne sert pas à grand-chose si elle n'est pas relayée par un contrôle social suffisant. Or les syndicats français sont les plus faibles du monde développé. Dans ces conditions, un grand nombre de contrats conclus chaque année violent la loi. Qui espère la « titularisation » n'est guère porté à invoquer la loi contre son employeur. L'inapplication du droit est devenue un facteur de flexibilité externe*²⁸⁸³ ».

d'instance a violé le texte susvisé ».

²⁸⁸⁰ F. Bousez, A. Martinon, *Les contrats aidés en proie à la démesure*, RD sanit. soc. 2013, n° 2, p. 189.

²⁸⁸¹ « *Le dualisme du marché du travail « ne peut qu'altérer la capacité d'intégration sociale du droit du travail, qui cesse de définir une identité juridique commune à tous les travailleurs* », A. Supiot, *Les notions de contrat de travail et de relations de travail en Europe*, op. cit., p. 73.

²⁸⁸² J. Le Goff, *Citoyenneté et subordination dans l'entreprise, un couple à problèmes*, Ergologia, n° 7, Septembre 2012, p. 167.

²⁸⁸³ F. Gaudu, *Le droit du travail et l'emploi. Un plaidoyer pour une réforme du droit du travail et une sécurité sociale professionnelle*, *Revue Projet* 1/2004 (n° 278), p. 76 et s. Souligné par nous.

Conclusion du Chapitre 2

756. - Certains éléments des régimes réglementaires étrangers, encadrant le marché du travail, constituent incontestablement une source de réflexion, d'introspection et d'inspiration considérable pour les acteurs nationaux du droit du travail. Ces éléments sont appelés à migrer ou à circuler d'un système juridique à l'autre, surtout lorsqu'ils sont présentés comme la « *matrice* » de la prospérité économique du pays dont ils sont issus. Reste que les opérations de circulation de modèles juridiques, de greffe juridique ou de transplantation juridique sont complexes ; leur réussite est aléatoire et hasardeuse²⁸⁸⁴ ; envisager l'importation des éléments de modèles étrangers « *reviendrait à faire fi de l'environnement socioculturel, politique et historique qui en constitue le terreau*²⁸⁸⁵ ». Une greffe de cette nature s'exposerait à un rejet ; le remède pourrait nuire à la cohérence du système juridique « importateur ».

757. - Si l'un des apports majeurs de la comparaison internationale est de permettre « *la connaissance critique, sans complaisance mais sans dogmatisme*²⁸⁸⁶ » des évolutions réalisées ou à venir des droits du travail, le comparatisme d'intimidation adopte une posture prescriptive, normative et dogmatique en niant ce que Madame Delmas-Marty appelle « *l'apprentissage de la complexité*²⁸⁸⁷ ». Le débat sur la reconnaissance d'une autonomie collective des acteurs sociaux – élément essentiel du modèle de flexicurité – reflète indéniablement l'évolution, voire la crise²⁸⁸⁸, des sources du droit du travail et l'urgence de

²⁸⁸⁴ « La Loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre », Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre I (Des Lois en général), Chapitre III (Des Lois positives). Consultable sur le site de la BnF (Bibliothèque nationale de France) : ftp://ftp.bnf.fr/555/N5550771_PDF_1_-1DM.pdf. Souligné par nous.

²⁸⁸⁵ J. Le Goff, *Petit traité de droit du travail : droit du travail et société. Les relations collectives de travail*, Tome 2, P.U.R. 2002, p 530.

²⁸⁸⁶ M. Delmas-Marty, *Préface*, in. M. Delmas-Marty (dir), *Critique de l'intégration normative*, PUF, 2004, p. 24.

²⁸⁸⁷ « *Répondre à la perplexité, sans réduire la diversité, c'est peut-être faire l'apprentissage de la complexité* », M. Delmas-Marty, *Préface*, in. M. Delmas-Marty (dir), *Critique de l'intégration normative*, PUF, 2004, p. 24. V. égal. J. Le Goff, *Introduction*, in. M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir), *op. cit.*, p. 15.

²⁸⁸⁸ Une évolution qui n'est pas propre au seul domaine de la législation du travail (V. not. G. Lyon-Caen, *L'état des sources du droit du travail. Agitations et menaces*, *Dr. Soc.*, 2001, p. 1031). Les métamorphoses de l'ordre juridique (diversification des acteurs, privatisation de la fonction normative, place grandissante des normes de soft law...) rendent incontestablement nécessaire l'idée de repenser les caractéristiques classiques de la tradition juridique romano-germanique : « *Les sources du droit sont en crise dans les pays d'Europe continentale et cette situation semble être la manifestation de la transition vers une manière différente de*

l'adaptation des réponses juridiques locales à la complexité croissante des relations de travail. L'adaptation devrait se penser loin des recettes importées – souvent déformées – de l'étranger que propose l'analyse économique comparée ; ces dernières peuvent potentiellement aggraver les déficiences des dispositifs hexagonaux.

produire, voire de concevoir le droit », F. Zénati-Castaing, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, D. 2002, p. 15.

Conclusion du Titre 2

758. - A la permanente confrontation²⁸⁸⁹ entre la « *rationalité économique* », exigeant des formes de plus en plus flexibles de l'usage de la main d'œuvre, et la « *rationalité sociale* », nécessitant des règles protectrices qui garantissent une sécurité des travailleurs, l'idée de flexicurité est souvent présentée comme une alternative pacificatrice, une « *panacée* »²⁸⁹⁰. Le « *détricotage* » des protections traditionnelles des salariés, voulu par les promoteurs de l'analyse économique comparée et du modèle de droit du marché du travail (éléments essentiels de la version dominante de la flexicurité), est-il vraiment le moyen adéquat pour traiter les maux de l'économie²⁸⁹¹ ? Dans un rapport de 2015, l'Organisation Internationale du Travail précise que « *l'analyse de la relation entre la réglementation du travail et les indicateurs clés du marché du travail, comme le chômage, donne toutefois à penser que le fait de réduire la protection pour les travailleurs ne se traduit pas par une baisse du chômage* »²⁸⁹². Les véritables leviers pour revigorer les performances économiques et sociales ne seraient-ils pas ailleurs ?

759. - Le comparatisme d'intimidation nuit à l'émergence d'un « *paradigme comparatiste* » pluraliste, tenant compte de la complexité tant des droits d'ailleurs et du droit d'ici, que de la régulation des relations de travail ; les appels aux greffes et autres transplantations juridiques ne sauraient en faire abstraction. Les formules imagées et éloquentes de Carbonnier permettent de le rappeler : « *la réception est un processus complexe*

²⁸⁸⁹ M.-L. Morin, Ch. Vincens, Licenciement économique, flexibilité des entreprises et sécurité des travailleurs: les enseignements d'une comparaison européenne, *Revue Internationale du Travail*, vol 140, 2001, n° 1 p. 51.

²⁸⁹⁰ J.-F. Macours, *La flexicurité : panacée européenne à la crise de l'emploi ?*, in. S. Gilson, Ch.-E. Clesse (dir), *Actualités en droit social européen*, Larcier, 2010, p. 112.

²⁸⁹¹ Certainement pas, « le droit du travail, les faits sont là – a beau être trituré, rogné et raboté – le chômage ne diminue pas pour autant ; l'embauche n'a pas lieu ; et les licenciements se succèdent. En sorte que l'on est autorisé à affirmer que le droit du travail (qui régit des rapports économiques privés bien définis) n'est pas le moyen adéquat pour agir sur l'activité économique générale, l'investissement, le développement de la compétitivité », G. Lyon-Caen, *Un droit sans papiers d'identité*, *Arch. phil. droit* 41 (1997), p. 190.

²⁸⁹² OIT, *Rapport Emploi et questions sociales dans le monde – Des modalités d'emploi en pleine mutation*, Résumé, 2015, p. 6.

*de greffe provoquant parfois des rejets ... Le droit est un matériau fragile : comme la verrerie, il se brise dans les transports internationaux*²⁸⁹³ ».

760. - La politique menée au nom de l'emploi et la rhétorique de la flexicurité cherchent à susciter l'adhésion aux réformes du droit du travail. La citation des « modèles » nationaux de la flexicurité correspond parfaitement à la logique instrumentale, sélective et partielle du comparatisme d'intimidation. En contrepartie de la politique de flexibilisation²⁸⁹⁴, les parcours professionnels des salariés, désormais irréguliers, seront sécurisés, car « *la réglementation actuelle n'atteint donc pas son objectif de protection de l'emploi*²⁸⁹⁵ ». La politique de l'emploi « à tout prix²⁸⁹⁶ » implique un « *changement de paradigme du droit du travail* » ; d'une législation principalement d'origine étatique ou réglementaire axée sur la protection de l'emploi, le droit du travail, se transformant de proche en proche sous l'influence des politiques de flexicurité en droit du marché du travail²⁸⁹⁷, devrait assurer la sécurisation de la personne du travailleur (mobile²⁸⁹⁸) et de ses transitions professionnelles²⁸⁹⁹.

²⁸⁹³ J. Carbonnier cité par B. de Loynes de Fumichon, Introduction au droit comparé, 2013.

²⁸⁹⁴ « La quête de la « flexibilité » est fille de la concurrence », B. Teyssié, Propos autour d'un projet d'autodafé, Dr. Soc. 1986, p. 560.

²⁸⁹⁵ P. Cahuc, F. Kramarz, Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle, in. A. Jeammaud (dir.), Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 71.

²⁸⁹⁶ J.-E. Ray, Droit du travail et morale : aspects contemporains, in. F. Dummond, D. Fenouillet (dir.), Droit et moral, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2011, p. 200 : « [...] *l'équation du droit du travail a changé : améliorer le sort des salariés en poste passe désormais après le devoir de fournir du travail à tous, assurant le constitutionnel « droit à un emploi » pour les chômeurs* ».

²⁸⁹⁷ A. Lyon-Caen, T. Sachs, ADN d'une réforme, RDT 2013, p. 164. « *Dans cette perspective, où occupe la scène un droit du marché du travail destiné à prendre la place du droit du travail traditionnel, des pays comme l'Italie, la France et l'Espagne donnent l'impression de suivre le chemin emprunté par les pays anglo-saxons dans les années 1990, quand les débats autour du droit du travail avaient débouché sur un déplacement sensible du centre névralgique des normes sociales, porteur d'un droit du travail vu comme outil permettant d'obtenir des résultats économiques et une participation optimale des personnes au marché, notamment par le biais de mécanismes incitant à l'employabilité* », A. Perulli, Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme, RDT. 2015, p. 733.

²⁸⁹⁸ I. Vacarie, *Le compte personnel d'activité ou la figure du « travailleur mobile »*, Sem. soc. Lamy, n° 1722, 9 mai 2016, p. 8.

²⁸⁹⁹ J.-Y. Kerbourc'h, De la protection de l'emploi à la protection des transitions professionnelles : les changements de paradigmes du droit du travail, Cahiers philosophiques 2008/4 (N° 116), p. 25-40.

Conclusion de la Seconde Partie

761. - Comparer, dans l'esprit du discours dominant sur le droit du travail, équivaut à exercer d'une pression, à dessein, pour changer le cours des choses dans un monde du travail en pleine mutation dans lequel les acteurs du droit du travail peinent à construire de véritables garanties et de nouvelles sécurités pour les travailleurs.

762. - Qu'il serve à justifier une mise en cause de l'état actuel du droit du travail ou qu'il soit érigé en force de proposition ou de remèdes, le discours comparatiste dominant exerce, en dépit de sa nature superficielle et instrumentale, une influence indéniable dans les débats publics²⁹⁰⁰.

763. - Les partisans du comparatisme d'intimidation déploient une force de proposition considérable ; ils brandissent, presque à titre d'incantation, « l'exemplarité » de certains modèles étrangers pour critiquer les dispositifs hexagonaux et influencer le cours des réformes du droit du travail en faveur d'une conception particulière de la législation protectrice de l'emploi²⁹⁰¹.

764. - Le processus de « *conventionnalisation du droit du travail* », ou la promotion de la négociation collective, à laquelle l'on préfère aujourd'hui utiliser le terme de dialogue social²⁹⁰², témoigne de cette synergie entre l'usage de l'argument de droit comparé et une certaine idée de l'ordonnancement des relations de travail. Monsieur Philippe Auvergnon explique, à propos de la montée inexorable de la contractualisation du droit du travail, qu'« *à l'épreuve de la comparaison de diverses situations normatives, l'interrogation résiste : la contractualisation du droit social ne correspond manifestement pas toujours à plus d'autonomie, à plus de liberté pour développer les échanges et discuter de ce que l'on veut ; il s'agit bien plutôt de remplir une tâche fixée par un cadre normatif, non pas étatique, mais*

²⁹⁰⁰ A. Lyon-caen, *Vérité au-delà des Pyrénées*, RDT 2016, p. 125.

²⁹⁰¹ « La flexicurité à la « française » s'est révélée, à l'usage, n'être que l'habillage des prescriptions réitérées sans relâche par l'OCDE depuis les années 1980 à l'encontre de la protection de l'emploi », D. Méda, *La flexicurité à la française: un échec avéré*, in. A. S. Pascual (dir.), *La flexicurité : mutation symbolique de la notion de sécurité*, Revue Les Politiques sociales, 2012, p. 86, spéc., p. 95.

²⁹⁰² N. Maggi-Germain, A. Dufresne, C. Gobin, *De la négociation collective au dialogue social : l'influence de l'Union européenne sur la transformation des relations professionnelles*, in. A. Dufresne, N. Maggi-Germain (dir.), *Les relations professionnelles en Europe et en Amérique latine*, op. cit., p. 71.

*extérieur, peut-être d'améliorer perpétuellement le fonctionnement du marché...*²⁹⁰³ ». Les arguments, économique, comparatif, sociologique et politique, favorables à de telle approche de régulation des relations de travail, s'inspirent de la même idée, en l'occurrence l'efficacité économique et sociale du droit du travail négocié au plus près de ses destinataires. Cependant, « *on a trop à perdre à voir le droit se donner pour seule ambition de définir les conditions d'un dialogue social acceptable* ²⁹⁰⁴ », tout particulièrement dans un domaine dominé par des rapports de force par essence déséquilibrés.

765. - L'association des partenaires sociaux, par le biais de la négociation collective, permet-elle d'augurer une « *ère de cogestion*²⁹⁰⁵ » au sein du système français des relations professionnelles, ou reflète-t-elle simplement, dans un contexte de crise économique exacerbée, une volonté de légitimation des décisions patronales²⁹⁰⁶ et la banalisation des « *conceptions régressives du droit du travail* ²⁹⁰⁷ »? Le recours accentué à l'outil contractuel, conséquence incontestable de la déréglementation, suscite néanmoins « *la question de l'ordre public écartelé entre l'ordre concurrentiel et d'autres ordres, moraux ou éthiques par exemple* ²⁹⁰⁸ ». Selon cette logique, à l'œuvre dans les réformes récentes du droit du travail, « *le droit négocié n'a plus vocation à égaliser les conditions de travail, il est conçu comme une source de différenciation, un outil concurrentiel. Dans ce monde morcelé, où chaque entreprise pourra confectionner son propre droit, les salariés ne relèveront plus d'une même communauté d'intérêts, ils appartiendront à des tribus adverses*²⁹⁰⁹ ».

766. - La rhétorique comparatiste est également mobilisée pour prôner tantôt la flexibilisation et la diversification des formes juridiques d'emploi, tantôt la création d'une figure contractuelle unique régissant la vie de la relation salariale. L'objectif visé est d'offrir un cadre juridique adapté aux contraintes des entreprises et du marché du travail. Mais à force

²⁹⁰³ Ph. Auvergnon, *L'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques*, in. Ph. Auvergnon, *Contractualisation du droit social*, Actes du séminaire international de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Bordeaux, COMPTRASEC, 2003, p. 19.

²⁹⁰⁴ P. Lokiec, « Qui dit conventionnel dit juste ! ». L'avènement d'un nouveau dogme, JCP G 2015, 282.

²⁹⁰⁵ M. Poirier, À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ?, Dr. ouvr. 2013, p. 242.

²⁹⁰⁶ P. Lokiec, Variations autour de la volonté du salarié, Dr. ouvr. 2013, p. 466.

²⁹⁰⁷ M. Poirier, Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective reflet des finalités du droit du travail, Dr. ouvr. 2013, p. 78, spéc., p. 80 et s.

²⁹⁰⁸ L. Boy, *Les « utilités » du contrat*, LPA 1997 n° 109, p. 3.

²⁹⁰⁹ A. Fabre, Les uns contre les autres, Tribune, Dr. soc. 2016, 389.

de flexibiliser le droit du travail, la précarisation et la vulnérabilité des titulaires de contrats atypiques (souvent imposés), voire du contrat de droit commun (CDI), compromettent la crédibilité des promesses des thuriféraires de l'analyse comparatiste dominante du droit du travail en matière de création d'emploi, de prospérité et de lutte contre les inégalités.

Conclusion générale

768. - La lecture des législations nationales est aujourd'hui principalement menée sous le prisme de la logique concurrentielle. Le discours comparatiste dominant, porté par des acteurs nationaux et internationaux du droit du travail, offre une grille de lecture de la complexité des relations qui se nouent entre droit et croissance économique. L'argument comparatiste en droit du travail s'inscrit dans le débat sur les voies de l'amélioration de l'attractivité économique du droit.

769. - Comment l'argument comparatiste contribue-t-il aux mutations du droit du travail ? La mobilisation de l'argument comparatiste est instrumentalisée, sélective et déformante aussi bien de la réalité du droit étranger que celle du droit local ; elle sert à mieux caractériser les particularismes du droit national en vue de légitimer sa réforme.

770. - Comparatisme et réforme du droit du travail. La recherche s'appuie sur une idée à la fois du rôle de la comparaison des droits et du droit du travail. L'argument comparatiste, tel qu'il est envisagé par ceux qui pratiquent l'analyse économique comparée dominante, dissimuler des positions sous une apparence de neutralité axiologique et scientifique. Le comparatisme « instrumental » cherche à convaincre des atouts et bienfaits potentiels d'une mutation de la norme travailliste en invoquant les « *modèles* » d'ailleurs. Certes, le droit comparé n'est pas une discipline positiviste ; il n'en demeure pas moins que sa fonction persuasive joue un rôle important. L'influence des références étrangères « *s'explique par la force de persuasion intrinsèque de ce qui vient d'ailleurs*²⁹¹⁰ ». Cette stratégie est d'autant plus redoutable qu'elle s'applique à un modèle de droit du travail que d'aucuns considèrent à bout de souffle, « archaïque » et économiquement nuisible : les difficultés économiques et l'inefficacité du marché du travail seraient les conséquences de l'inadaptation de la législation travailliste. Pour ces raisons, le droit du travail est évalué d'une manière permanente. Sommé d'être un instrument au service des politiques économiques²⁹¹¹, le droit du travail est appelé à

²⁹¹⁰ Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, op. cit., p. 20.

²⁹¹¹ Paul Durand avait déjà, dans les années 1940, décrit cette vision instrumentale du droit du travail ; celui-ci serait appelé à répondre « *aux fins d'une politique économique* », P. Durand, *Une orientation nouvelle du droit du travail – l'ordre économique et le droit du travail*, D. 1941, p. 29.

redéfinir ses finalités²⁹¹² et à repenser sa méthode ; une véritable réforme de la législation travailliste se dessine. La crise économique dont le droit du travail serait l'une des causes, n'est pas sans liens avec la crise que traverse ce dernier. Le Professeur Romagnoli a pu écrire à ce propos que « *le droit du travail est rentré en crise au cours des années 1970 afin de permettre à l'économie de sortir de sa propre crise*²⁹¹³ ».

771. - Comparatisme et réglementation du marché du travail. L'instabilité croissante de l'emploi interroge la pertinence des cadres réglementaires classiques et exerce une pression sur les acteurs du droit du travail. Envisager le droit du travail sous l'emprise du prisme de l'emploi et de la régulation du marché du travail est une composante essentielle de la refondation – « *destructrice*²⁹¹⁴ » – en cours des protections traditionnelles des salariés. Cette refondation va de pair avec la mise en place d'une nouvelle approche de l'ordonnement des relations de travail. L'élan réformateur actuel s'appuie, pour construire un « *nouveau modèle social*²⁹¹⁵ », sur une finalité « *fédératrice*²⁹¹⁶ », celle visant à mieux concilier, au nom de la promotion de l'emploi, efficacité économique et protection des travailleurs. A l'analyse de ce projet de refondation du modèle français de la législation travailliste, des auteurs s'interrogent sur un éventuel changement d'appellation du Code du travail : « *s'agit-il toujours d'un code du travail ou est-on en train d'élaborer un code de l'emploi et du développement économique ?*²⁹¹⁷ ». L'orientation est inspirée de la politique de « flexicurité »²⁹¹⁸ portée principalement par le discours comparatiste national et européen²⁹¹⁹. Entre l'emploi (poste de travail) et le salarié, la législation devrait créer des droits attachés (ex. revenu, formation...) à la personne du second indépendamment des vicissitudes du premier. Cette logique de

²⁹¹² Le droit du travail « cesse d'avoir une finalité sociale pour devenir un moyen d'action économique », P. Durand, Une orientation nouvelle du droit du travail – l'ordre économique et le droit du travail, op. cit, p. 31

²⁹¹³ U. Romagnoli, Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail, in. A. Jeammaud (dir.), Le droit du travail confronté à l'économie, op. cit., p.7.

²⁹¹⁴ S. Tournaux, *Le code du travail et ses mues*, Dr. soc. 2016, p. 680.

²⁹¹⁵ « *La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale et la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi sont autant de jalons qui ont posé les fondements d'un nouveau modèle social. Le présent projet de loi parachève les fondements de ce nouveau modèle social pour bâtir un marché du travail à la fois plus protecteur des personnes et plus efficace* », Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²⁹¹⁶ Rapport J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, préc. ; J. Barthélémy, G. Cette, *Réformer le droit du travail*, préc.

²⁹¹⁷ S. Tournaux, *Le code du travail et ses mues*, préc.

²⁹¹⁸ A. Supiot, Mise en perspective des réformes depuis 2013. Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ?, Dr. ouvr. 2015, p. 561.

²⁹¹⁹ M. Schmitt, *La recomposition du droit du travail de l'Union européenne*, Dr. soc. 2016, p. 703.

sécurisation du parcours professionnel du salarié modifie profondément l'identité du droit du travail. Les droits étrangers ayant fait ce choix sont souvent cités en exemples. Les modèles pionniers en matière de sécurisation de la mobilité ou des parcours professionnels des salariés sur le marché du travail (modèles danois, autrichien et hollandais) fournissent des pistes de réflexions intéressantes, à l'instar de toute expérience comparative ; mais l'intelligence et l'évolution de chaque modèle national commandent en premier lieu le respect de paramètres contextuels qui diffèrent d'un pays à l'autre. Ceci montre bien qu'il n'y a pas de solution universalisable, puisque « rien ne permet de dire que les droits nationaux vont perdre le rôle majeur qui a toujours été le leur en matière de relations du travail. Il est vrai en revanche que ce rôle se transforme et se complique. Il ne consiste plus à fixer souverainement une règle du jeu nationale, mais à incorporer dans un modèle national des normes issues du local et du global. Ces transformations ne pourront s'opérer de façon harmonieuse que si chaque pays admet qu'il a autant à apprendre des autres qu'à enseigner aux autres, et que les concepts juridiques ne s'exportent pas comme des marchandises²⁹²⁰ ».

772. - « Paradigme comparatiste » en droit du travail. La rhétorique du « choc » de la globalisation et l'analyse économique comparée du droit du travail alimentent toutes les deux la pratique du comparatisme d'intimidation. Elles permettent aux « recettes » préconisées par ceux qui mobilisent, à dessein, l'argument comparatiste d'avoir une force persuasive. Dans le même ordre d'idées, les pratiques « déviantes »²⁹²¹ de l'argument comparatiste incitent, faute d'une compréhension approfondie de leur contexte d'origine, à l'importation partielle et « déformante »²⁹²² de certaines solutions juridiques étrangères. En s'inspirant des plus contestables techniques du comparatisme, à savoir le mimétisme, l'imitation ou l'importation des normes ou institutions juridiques étrangères, le discours comparatiste d'intimidation participe à l'accélération du processus de métamorphose et de déstructuration des droits nationaux du travail²⁹²³. A rebours de cette pratique critiquable de la comparaison, le « *paradigme comparatiste* » pluraliste, minoritaire et peu influent²⁹²⁴, en droit du travail prend

²⁹²⁰ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Préface de l'édition « Quadrige ». PUF, 2002, p. XLIII.

²⁹²¹ Celles qui classent et hiérarchisent les droits nationaux, v. B. Fauvarque-Cosson, *Argument de droit comparé et sociologie juridique*, op. cit., p.78.

²⁹²² Par ex. les notions de flexicurité et d'autonomie collective. v. supra., 668 et s.

²⁹²³ A. Perulli, *Un nouveau paradigme pour le droit du travail*, op. cit.

²⁹²⁴ Celui qui tend à une égalisation dans le progrès des droits nationaux du travail, v. par ex. l'action de l'Organisation Internationale du Travail.

en compte les différentes considérations – sociales, économiques et politiques – qui peuvent animer ce dernier ; il renvoie à la complexité du monde des valeurs. Les normes juridiques nationales expriment avant tout des valeurs plurielles et diverses ; elles ne sont que le support juridique ou l’incarnation d’une communauté d’idées, de croyances, d’attentes et d’intérêts des forces sociales. Le droit n’est dans cette perspective que « *le langage que la société tient sur elle-même*²⁹²⁵ ». Invoquer l’argument comparatiste est essentiellement, selon le « *paradigme comparatiste* » pluraliste, l’occasion de nourrir la réflexion sur la singularité du local en vue d’élargir le champ des actions possibles et de tenter d’en comprendre les implications.

773. - Comparatisme et « fabrique » de la norme travailiste. Le discours comparatiste dominant est une force qui participe au dynamisme du droit ; il soutient les attentes des forces sociales. A la création d’un équilibre entre les intérêts de ces dernières, un « *nouvel interventionnisme*²⁹²⁶ » étatique tend de veiller. Le discours comparatiste dominant parvient à justifier et à obtenir la prise en compte de ses revendications. L’appréciation critique du discours comparatiste contribue à la compréhension des mutations contemporaines du droit du travail visant à s’adapter au « *nouveau monde du travail*²⁹²⁷ ». Au motif de répondre à cet objectif d’adaptation des règles de droit du travail – auquel tendent « *tous les pays*²⁹²⁸ » –, le législateur français cherche l’adhésion des destinataires de la norme. Pour ce faire, la voie choisie est celle qui institue au profit de l’accord collectif d’entreprise le privilège d’édicter « *la loi du travail*²⁹²⁹ ». Dénonçant cette politique qui consiste à affaiblir aussi bien le magistère de la loi que la force obligatoire des contrats individuels de travail en « *sous-traitant aux entreprises la fabrique du droit du travail*²⁹³⁰ », le Professeur Alain Supiot propose – proposition qui implique nécessairement une certaine coordination internationale – afin de concrétiser l’objectif du travail décent de l’Organisation Internationale du Travail²⁹³¹,

²⁹²⁵ J. Le Goff, *Le droit du travail, terre d’élection de la complexité*, op. cit., p. 103.

²⁹²⁶ V. par ex. les procédé des ANI-Lois (C. trav., art. L. 1), initié par la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007, et de « substantialisation » du droit conventionnel.

²⁹²⁷ Exposé des motifs de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²⁹²⁸ Ibid.

²⁹²⁹ G. Loiseau, A. Martinon, *Des révolutions dans l’ombre*, Cahiers sociaux, 01 mai 2016 n° 254, p. 223.

²⁹³⁰ A. Supiot, Pour un droit du travail digne de ce nom, *Le Monde*, 16 octobre 2015.

²⁹³¹ Offrant pour tous les travailleurs, salariés et indépendants, une sécurité économique et une dignité humaine, v. A. Supiot (dir), *Protection sociale et travail décent. Nouvelles perspectives pour les normes internationales du travail*, Sem. Soc. Lamy, Suppl., n° 1272 septembre 2006 ; M. Bonnechère, *L’optique du*

« l’instauration d’une véritable responsabilité sociale et environnementale tout au long des chaînes de production [et] la mise en œuvre de ce que la Constitution de l’Organisation internationale du travail nomme un « régime de travail réellement humain ²⁹³² ».

travail décent, Dr. ouvr. février 2007. p. 57.

²⁹³² La définition de ce régime de travail réellement humain *« devrait être la priorité du législateur, car il est la condition sine qua non de la qualité des produits, de la préservation de l’environnement, du bon usage des robots, de l’innovation et du plein-emploi »*, A. Supiot, Pour un droit du travail digne de ce nom, Le Monde 16 octobre 2015.

Bibliographie indicative

Ouvrages généraux et spéciaux :

J.-B. Auby,

- La globalisation, le droit et l'Etat, LGDJ, coll. Systèmes, 2010

J.-C. Barbier,

- La longue marche vers l'Europe sociale, PUF, coll. Le lien social. 2008

J. Barthélémy,

- *Evolution du droit social. Une tendance à la contractualisation, mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur*, Lamy, coll. Axe Droit, 2010

J. Barthélémy et G. Cette,

- Refonder le droit social. Mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique, La documentation française, 2013

B. Bercusson,

- European labour law, 2ème éd. Cambridge University Press, 2009

J.-L. Bergel,

- Théorie générale du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012

J. du Bois de Gaudusson (dir)

- Le devenir du droit comparé en France, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 225 p.

L. Burgorgue-Larsen, É. Dubout et S. Touzé, A. Maitrot de la Motte (dir),

- Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international. IREDIES, Pedone 2010

P. Cahuc et F. Kramarz,

- De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, La Documentation française 2004

J. Carbonnier,

- Sociologie juridique, Puf, coll. Quadrige, 2004

- Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 2006

- Essais sur les lois, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014

G. Casale, A. Perulli (dir),

- Compliance with labour legislation : its efficacy and efficiency, Respect de la législation du travail: effectivité et impact, Working paper, OIT, 2010

- Towards the Single Employment Contract. Comparative Reflections, Hart Publishing and ILO, 2014

R. David,

- Le droit comparé – Droit d’hier, droits de demain, Economica, 1982

R. David, C. Jauffret-Spinosi,

- Grands systèmes de droits contemporains, Précis Dalloz, 10e éd, 1992

B. Deffains, E. Langlais (dir),

- Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats, de boeck, coll. Ouvertures Economiques, 2009

P. Deumier,

- *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuel, 2011

S. Deakin, A. Supiot (dir),

- *Capacitas. Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Oxford, Hart, 2009, 171 p

E. Dockès (dir).

- *Au cœur des combats juridiques, Pensées et témoignages de juristes engagés*. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires. 2007

E. Dockès, J. Pélissier, G. Auzero,

- *Droit du travail 2011*, Dalloz coll. Précis, 25e éd. 2010

E. Dockès, G. Auzero,

- *Droit du travail 2015*, Dalloz, coll. Précis, 20e éd. 2015

É. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.),

- *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010

R. Dukes,

- *The labour constitution : the enduring idea of labour law*, Oxford University Press, 2014.

B. Favarel-Dapas, O. Quintin,

- *L’Europe sociale*, La documentation française, 2e éd. Coll. Réflexe Europe. 2007

F. Favennec-Héry (dir),

- *La sécurité juridique en droit du travail*, LexisNexis, coll. Actualité, 2014

F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt,

- *Droit du travail*, LGDJ, coll. Manuel, 4e éd. 2014

O. Filali (dir),

- *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l’Union européenne*, Bruylant 1998

Fr. Gaudu (mis à jour par R. Vatinet),

- Droit du travail, Dalloz, coll. Cours 5^e éd. 2013

M. Grimaldi (dir),

- Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, op. cit., volume 1, 2006,

J.-L. Halpérin,

- Profils des mondialisations du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009

S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol,

- Droit social européen et international, PUF, coll. Thémis, 2e éd. 2013

B. Hepple et B. Veneziani (dir),

- The Transformation of Labour Law in Europe : A Comparative Study of 15 Countries, 1945-2004, Oxford, UK, Hart Publishing, 2009

Y.-M. Laithier,

- Droit comparé, Dalloz, coll. Cours, 2009

E. Lambert,

- La fonction du droit civil comparé, Giard Paris, 1903. Téléchargeable à l'adresse suivante : <https://archive.org/details/lafonctiondudroi01lamb>

- Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005

R. Legeais,

- Grands systèmes de droit contemporains. Approches comparative, Litec, coll. Manuel, 2e éd. 2008

J. Le Goff,

- Petit traité de droit du travail : droit du travail et société. Les relations individuelles de travail, Tome 1, P.U.R. 2001

- Petit traité de droit du travail : droit du travail et société. Les relations collectives de travail, Tome 2, P.U.R. 2002

- Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, PUR., coll. L'univers des normes, 2004

P. Legrand (dir.),

- comparer les droits, résolument, Puf, coll. Les voies du droit, 2009

P. Lokiec,

- Droit du travail, Les relations individuelles de travail, Tome 1. PUF, coll. Thémis 2011

- Droit du travail, Les relations collectives de travail, Tome 2. PUF, coll. Thémis 2011

A. Lyon-Caen, G. Borenfreund, M.-A. Souriac et I. Vacarie,

- La négociation collective à l'heure des révisions, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005

A. Lyon-Caen, O. Leclerc (dir),

- L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011

A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir),

- Droits fondamentaux et droit social, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005

A. Lyon-Caen et Q. Urban (dir),

Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation, Dalloz coll. Thèmes et Commentaires, 2008

E. Mackaay et S. Rousseau,

- Analyse économique du droit, 2e éd. Dalloz, 2008

E. Mahaim,

- Le Droit international ouvrier, leçons professées à la Faculté de droit de l'Université de Paris, éd. Sirey 1913

A. Martinon (dir),

- Le licenciement pour motif économique, LexisNexis, coll. Actualité, 2012

A. Mazeaud,

- Droit du travail, Montchrestien, coll. Domat, 9ème éd. 2014

R. Mensbrugge (dir.),

- L'utilisation de la méthode juridique comparative en droit européen. Travaux de la faculté de droit de Namur, Vol. 20, Presses universitaires de Namur. 2003

M.-A. Moreau,

- Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2006

- (dir), La représentation collective des travailleurs, Ses transformations à la lumière du droit comparé, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2012

Ph. Martin (dir).

- Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe. Presses universitaires de Bordeaux 2007

H. Muir Watt,

- Aspects économiques du droit international privé, Réflexion sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions, Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours, Tome 307, Martinus Nijhoff, 2005

H. Muir-watt, D. Fairgrieve,

- Common Law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ? PUF, coll. Droit et justice, 2006

H. Muir Watt, M.-A. Moreau, P. Rodière (dir),

- Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2010

N. Olszak,

- Histoire du droit du travail, *Economica*, coll. Corpus Histoire du droit, 2011

J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, avec la collaboration de G. Auzero,

- Droit du travail, Dalloz, coll. Précis, 24e éd. 2008

E. Peskine, C. Wolmark,

- *Droit du travail*, Dalloz, coll. HyperCours, 2015

P. Pic,

- La protection légale des travailleurs et le droit international ouvrier. Ed. Félix Alcan. 1909. Consultable: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k83981n/f5.image.r=droit%20ouvrier.langFR>
- Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières, Paris, 4ème éd. Rousseau, 1912

T. Rambaud,

- Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde, PUF, coll. Quadriges Manuels, 2014

M. Rigaux,

- *Droit du travail et droit de la concurrence sociale ? Essai sur un droit de la dignité de l'homme au travail (re)mis en cause*, Bruylant 2009

S. Robin-Olivier,

- Les contrats de travail flexibles : une comparaison internationale, Fondation du Risque, Chaire « Sécurisation des parcours professionnels » 2014, téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.chaire-securisation.fr/DetailPublications.aspx?id=31&lng=FR>

S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir),

- Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit, Bruylant. 2009

S. Robin-Olivier et J.-S. Bergé,

- Droit européen. Union européenne – Conseil de l'Europe, PUF, coll. Themis, 2011

P. Rodière,

- Traité de droit social de l'Union européenne, LGDJ, coll. Traités, 2008

J.-E. Ray,

- Droit du travail. Droit vivant 2013/2014, Liaisons, 24ème éd. 2015

M. Reimann, R. Zimmermann (dir),

- The Oxford Handbook of Comparative law, Oxford University Press, 2008

R. Sacco,

- La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, *Economica*, 1991

R. Sacco, A. Gambaro, L. Vogel,

- Traité de droit comparé, *Le droit d'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011

P. Salin,

- La concurrence, Puf. Coll. QSJ. 1995

J-M. Servais,

- Droit social de l'union européenne, Bruylant 2011

A. Supiot,

- Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe, Rapport pour la Commission des Communautés Européennes, 1992

- Critique du droit du travail, PUF, coll. Quadrige. 2e éd. 2007

- Droit du travail, PUF, coll. Que sais-je, 2011

- Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit, Seuil, coll. Points, 2005

- (dir), *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998

- (dir), *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission européenne*, Flammarion 1999

- *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché Total*, Seuil 2010

A. Supiot et S. Deakin (dir),

- *Capacitas, Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market economy*, Hart, 2009

B. Teyssié,

- Droit européen du travail, LexisNexis, coll. Manuel, 5e éd. 2013

- Droit du travail – Relations collectives, LexisNexis, coll. Manuel, 9e éd. 2014

B. Teyssié (dir),

- *L'articulation des normes en droit du travail*, *Economica*, coll. Etudes juridiques, 2011

- *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, *Economica*, coll. Etudes juridiques, 2011

- *La cause en droit du travail*, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2013

- *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2014

B. Teyssié, J.-F. Cesaro, A. Martinon,

- Droit du travail – Relations individuelles, LexisNexis, coll. Manuel, 3e éd, 2014

Mélanges :

-A la recherche d'un nouveau droit fondamental à travers le droit civil, le droit pénal et le droit comparé : articles et conférences réunis par la Faculté de droit et des sciences sociales de

Poitiers à l'occasion du jubilé universitaire de leur auteur, Mélanges offerts à Raymond Legeais, Ed. Cujas, 2003 ex. L'utilisation du droit comparé par les tribunaux, p. 431.

-Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier, Dalloz 2004

-Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Dalloz, 2012

-Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, (dir). T. Dieterich, M. Le Friant, L. Nogler, K. Kezuka, H. Pfarr . Baden-Baden, Nomos, 2010

-D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit, Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, Société de législation comparée, 1999

-Droits du travail. Emploi. Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014

-Le droit social. Le droit comparé, Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », nouvelle série n° 6, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, 351 pages.

-L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, 2003

Rapports :

P. Artus, P. Cahuc et A. Zylberberg,

Temps de travail, revenu et emploi, Rapport du Conseil D'Analyse Economique, 2007

J. Barthélémy et G. Cette,

- Refondation du droit social : Concilier protection des travailleurs et efficacité économique, Conseil d'analyses économiques, La documentation française. 2010

P. Cahuc, S. Carcillo,

- *Les juges et l'économie : une défiance française*, Etude décembre 2012 Institut Montaigne

M. de Virville,

Pour un Code du travail plus efficace, Rapport au ministère des affaires sociales et du Travail et de la Solidarité, La Documentation Française 2004.

M. Camdessus,

Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France, La Documentation française 2004

C. Gleize,

- *Un CDI pour tous*, Etude novembre 2011, Publication de l'Institut Montaigne

J.-D. Combrexelle,

- La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, septembre 2015

Thèses :

G. Bargain,

- Normativité économique et droit du travail, Préf. A. Supiot, LGDJ, coll. Droit et Economie, 2014

F. Brunet,

- La normativité en droit, Préf. E. Picard et Post-scriptum de Alain Supiot, mare & martin, coll. Bibliothèque des thèses, droit public, 2012

A. Carillon,

- Les sources européennes des droits de l'Homme salarié, Préf. J.-P. Marguénaud, Bruylant 2006

E. Courtois-Champenois,

- Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise. Contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain, préf. D. Berra, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2002

J. Dirringer,

- *Les sources de la représentation collective des salariés Contribution à l'étude du droit*, Préf. E. Dockès, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2015

A. Donnette,

- La contractualisation en droit du travail, thèse Montpellier 1, (dir.) P.-H. Antonmattéi, 2010

A. Fabre,

- Le régime du pouvoir de l'employeur, préf. A. Lyon-Caen. LGDJ. 2010

D. Gaire-Simonneau,

- *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail*. Pour une lecture habermassienne du droit du travail, préf. P.-Y. Verkindt, LGDJ coll. Thèses 2016

J. Icard,

- Analyse économique et droit du travail, thèse Paris 1, (dir) G. Loiseau, 2011

T. Katz,

- *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit social*, 2007

R. Lanneau,

- Les fondements épistémologiques du mouvement law and economics, thèse de doctorat Nanterre 2009, p. 580

A. Le Quinio,

- Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles, LGDJ. Coll. Thèses Fondation Varenne, 2011

Y. Leroy,

- L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail, préf. C. Marraud, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2011

A. Martinon,

- *Essai sur la stabilité du contrat de travail*, préf. B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèque de Thèses, volume 48, 2005

E. Mazuyer,

- L'harmonisation sociale européenne. Processus et modèle, préf. A. Jeammaud. Bruylant 2007

M. Mekki,

- L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004

J. Porta,

- La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité, Préf. A. Lyon-Caen. LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2008

M. Schmitt,

- Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire, PUAM, coll. Berthold Goldman, 2009

S. Yannakourou,

- L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentation syndicale, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, coll. Thèses, 1995

Articles :

P. Adam,

- *Réformer et re-former. Pour un droit (du travail) debout*, Dr. soc. 2016, p. 489

E. Agostini,

- *La circulation des modèles juridiques*, RIDC. 1990, p. 461

N. Aliprantis,

- La grève, un droit encore juridiquement méconnu, in. Le droit social. Le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg », nouvelle série n° 6, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 15

P-H. Antonmattei,

- Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : acte II de la flexisécurité à la française, D. 2013, p.577
- *Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif*, Dr. soc. 2015, p. 811
- *La dynamique vertueuse de la négociation collective*, Constructif, n° 44 juin 2016

Ph. Auvergnon,

- Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail, Dr. soc. 1996, p. 598
- Ph. Auvergnon, Les juges et le droit social. Interrogations nationales et approche comparative, in. Ph. Auvergnon (dir), Les juges et le droit social, Contributions à une approche comparative, COMPTRASEC, Presses Universitaire de Bordeaux, 2002, p. 9
- L'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques, in. Ph. Auvergnon, Contractualisation du droit social, Actes du séminaire international de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Bordeaux, COMPTRASEC, 2003, p. 7
- *Modèles et transferts normatifs en droits du travail de pays africains*, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2005, p. 117

L. Azoulay,

- L'ordre concurrentiel et le droit communautaire, in. L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, 2003, p. 277

G. Auzero,

- L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une « flexisécurité à la française », RDT 2008, p. 152
- *La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance*, Dr. soc. 2013, p. 740

C. Barbier,

- Ordolibéralisme et économie sociale de marché : la voie allemande de l'Europe ? OSE Opinion Paper n° 10 – Juillet 2012

J.-C. Barbier,

- J.-C. Barbier, Marchés du travail et systèmes de protection sociale : pour une comparaison internationale approfondie, Presses de Sciences Po, coll. Sociétés contemporaines, 2002/1 n° 45-46, p. 191
- La réforme du marché du travail français au miroir de l'Europe. Imiter l'Espagne à défaut du Danemark ?, in. La France de l'après-CPE et les chantiers du droit du travail, Esprit mai 2006, p. 17
- « Stratégie de Lisbonne » : les promesses sociales non tenues, Documents de Travail du Centre d'Economie de la Sorbonne 2010. <ftp://mse.univ-paris1.fr/pub/mse/CES2010/10018.pdf>
- Europe sociale : l'état d'alerte, OSE Opinion Paper N° 13 – 4 janvier 2013
- « Un seul lit pour deux rêves ». six ans après, que reste-t-il de la « flexicurité » ?, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 37

J.-C. Barbier et N. S. Sylla,

- La stratégie européenne pour l'emploi : genèse, coordination communautaire et diversité nationale, rapport de recherche pour la DARES (Ministère du Travail), CEE, Noisy le Grand, miméo, 2004. 121 p.

J. Barthélémy

- Réflexions sur la flexicurité, Les Cahiers du DRH, 2009 n° 155

J. Barthélémy, G. Cette,

- *Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel*, Dr. soc. 2006, p. 24.

- *Relativiser l'autonomie du contrat de travail à l'égard du tissu conventionnel*, Revue française d'économie 2/2010 (Volume XXV) , p. 137

- *Droit social : pourquoi et comment le refonder*, Dr. soc. 2012, p. 763

- Pour une nouvelle articulation des normes en droit du travail, Dr. Soc. 2013, p. 17

B. Bauduin,

- La concurrence normative dans la mondialisation des relations de travail, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, La concurrence normative. Mythes et réalités, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de paris, volume 33, 2013, p. 115

D. Baugard,

- *Le plafonnement de l'indemnité des licenciements injustifiés ne peut pas varier selon les effectifs des entreprises*, Dr. soc. 2015, p. 803

D. Baugard, L. Gratton,

- *Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel*, Dr. soc. 2016, p. 745

B. Bercusson,

- Le concept de droit du travail européen, in. A. Supiot (dir), Le travail en perspectives, LGDJ, 1998, p. 603

- Application du droit du travail : les interactions entre droits nationaux et communautaire, Revue Travail et Emploi n° 100, 2004, p. 27

B. Bercusson, I. Omarjee,

- Qu'attendre de la promotion de la charte des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne ? RTD 2008, p. 74

J. Berg et S. Cazes,

- Les Indicateurs Doing Business : Limites méthodologiques et conséquences politiques, Cahiers de l'économie et du marché du travail 2007/9, Bureau international du Travail, Unité de recherches et analyses sur l'emploi, Département de l'analyse économique et des marchés du travail. - Genève: BIT, 2007

P.-E. Berthier,

- *Les incitations légales*, in. E. Mazuyer (dir), *Les flexibilités en droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 36

Ch. Bessy,

- La diversité des contrats de travail, in. Centre d'études de l'emploi, La qualité de l'emploi, La Découverte, coll. Repères, 2006, p. 64

X. Blanc-Jouvan,

- Réflexions sur l'enseignement du droit comparé, RIDC 1988, p. 151
- La flexibilité du temps de travail, RIDC 1990. Etudes de droit contemporain. pp. 693-724.
- La négociation collective d'entreprise : l'expérience des États-Unis, Dr. Soc. 1990, p. 638
- Du bon usage de la méthode comparative en droit du travail, in. Mélanges offerts à André Colomer, Lexisnexis 1993, p. 73
- L'influence du Code civil sur les codifications étrangères récentes, in. Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec. 2004, p. 480
- L'entreprise et le droit du travail: l'exemple du droit américain, Dr. Soc. 2005, p. 152
- Le droit du travail face au défi de la mondialisation, in. Etudes offertes à Genevieve Viney, LGDJ, coll. Mélanges, 2008, p. 95

G. Borenfreund,

- Le vote et la représentation syndicale. Quelques interrogations à partir de la loi de 20 août 2008, in. O. Leclerc et A. Lyon-Caen (dir), L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 9
- Représentativité syndicale et négociation collective, Dr. Soc. 20013, p. 300
- *Le dévoiement de l'exigence de légitimité*, in. Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ?, Controverse, RDT 2016, p. 309

M. Bonnechère

- Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail, Dr. Soc. 1990, p. 40
- Pour une mobilisation des ressources du droit européen en faveur des droits sociaux, in, E. Dockès (dir). Au cœur des combats juridiques, Pensées et témoignages de juristes engagés. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires. 2007, p. 409
- L'optique du travail décent, Dr. Ouvr. 2007, pp. 57-74.
- Travail décent et modernisation du droit du travail, Travail et Emploi, 113/2008, pp. 91-101

B. Bossu,

- Harmonisation européenne et contrat de travail, in. Ch. Jamin, D. Mazeaud, L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Economica, coll. Etudes juridiques 2001, p. 97
- Les méthodes de production des normes en droit du travail, in. B. Teyssié (dir), Standards, Principes et Méthodes en droit du travail, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 167

B. Boubli,

- *Dérégulation ou simplification? Une ambiguïté à lever*, Sem. soc. Lamy 23 novembre 2015, n°1699, p. 6

H. Bouthinon-Dumas,

- Existe-t-il un marché des systèmes juridiques ?, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, La concurrence normative. Mythes et réalités, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de paris, volume 33, 2013, p. 35

A. Bugada,

- La convention de procédure participative : pas en matière prud'homale !, Procédures n°3, mars 2011, comm. 104
- Evolutions récentes en droit du travail français, in. G. Orsoni, A. Bugada (dir), L'adaptation des systèmes juridiques thaïlandais et français à la mondialisation, PAUM, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, 2013, p. 133
- A. Bugada, *Interpréter la loi par l'ANI qui précède*, in. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz, 2015, p. 583

L. Burgogue-Larsen,

- Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux, in. L. Burgogue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé (dir), Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international, Pedone, coll. IREDIES, 2012, p. 359

P. Cahuc et F. Kramarz,

- Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle, in. A. Jeammaud (dir.), Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 55

G. Canivet,

- La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français, RIDC. 2003, p. 7
- L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation, Dr. Soc. 2005, p. 951
- La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge, in. De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, SLC. 2005, p. 11
- Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolance des juges, consultable sur le site de L'association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF) : www.ahjucaf.org/Les-influences-croisees-entre,7177.html

F. Canut,

- Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique, Dr. Soc. 2010, p. 379
- L'environnement européen de la flexisécurité, Dr. soc. 2014, p. 668
- La dérogation, une technique de flexibilité éprouvée, in. E. Mazuyer (dir), La mesure des flexibilités du droit du travail, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 53

F. Canut, P.-Y. Verkindt,

- Négociateur sous contrainte. Un nouveau visage de la négociation collective en France ?, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 241

J. Carby-Hall

- Démocratie industrielle et concept de partenariat en Grande-Bretagne, in. Ph. Martin (dir), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux 2007, p.
- Le partenariat social : une initiative nouvelle au Royaume-Uni, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 1999, pp. 20-37
- Essor et déclin du « closed shop » en Grande-Bretagne, *RIDC* 1991, pp. 775-827

M.-C. Carrère-Gée,

- *Réformes du marché du travail : les bonnes recettes*, Metis, 05 Mars 2016
- *Présentation du rapport « Les réformes des marchés du travail en Europe »*, *Dr. soc.* 2016, p. 314

R. Cassin,

- Droits de l'Homme et méthode comparative, *RIDC*, 1968 p. 449

J. Cavallini,

- L'argument économique, cause d'une entrave aux libertés européennes de circulations : les aléas de la lutte contre le dumping social, in. B. Teyssié (dir), *La cause en droit du travail*, éd. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2013, p. 175

J.-F. Cesaro,

- Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *JCP S*, 2007, n° 8
- L'analyse économique du droit et le droit du travail, in. B. Teyssié (dir), *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, *Economica*, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 185

R. Charvin,

- Régulation juridique et mondialisation néolibérale. Droit « mou », droit « flou » et non-droit, *Actualité et Droit International*, janvier 2002 (<http://www.ridi.org/adi>)

J.-P. Chazal,

- *Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie*, *D.* 2014, p. 1101
- Simplifier le droit du travail : entre naïveté herméneutique et démantèlement politique, *D.* 2015, p. 1593

Ch. Collard,

- Concevoir le droit comme un produit, in. *Mélanges en l'honneur de Françoise Dekewer-Défossez*, *LGDJ*, 2013, p. 421

H. Collins,

- Contre l'abstentionnisme en droit du travail, *Droit et Société*, 6/1987, pp. 193-214

B. Conter,

- *Origines et impacts de la flexicurité*, *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 11 oct. 2011, n° 2095-2096, pp. 5-64

J.-P. Costa,

- Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales, *RTDH* 2004, p. 101

R. Dalmaso,

- *Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique*, *Revue de l'IRES*, n° 82 - 2014/3, p. 37

- *Flexibiliser par la procédure : les réformes divergentes des licenciements économiques en France et en Italie*, *Travail et Emploi*, n° 142/ 2015, p. 55

R. Dalmaso, E. Serverin, J. Valentin, T. Kirat, D. Sauze,

- *Évaluer le droit du licenciement, comparaison des droits et des procédures, mesure des actions*, *Revue de l'OFCE*, n° 107, octobre 2008, p. 29

G. Davidov,

- L'idée changeante de droit du travail, *Revue internationale du Travail*, vol. 146 (2007), n°3-4, p. 335

S. Deakin,

- *Capacitas : Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market*, in. S. Deakin et A. Supiot (dir), *Capacitas. Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Oxford, Hart, 2009, p. 1

- *Addressing labour market segmentation: the role of labour law*, International Labour Office, Working Paper n°. 52 OIT, 2013, disponible à l'adresse suivante: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_223702.pdf

S. Deakin, P. Lele, M. Siems,

- L'évolution du droit du travail: évaluation et comparaison des régimes réglementaires, *Revue internationale du Travail*, 2007, vol. 146, n° 3-4, p. 143

S. Deakin et P. Sarkar,

- *Assessing the Long-run Economic Impact of Labour Law Systems: A Theoretical Reappraisal and Analysis of New Time Series Data*, CBR Working Paper Series WP367, Centre for Business Research, University of Cambridge, Cambridge, juin 2008

S. Deakin et F. Wilkinson,

- *Marchés du travail, crise financière et réforme: projet d'agenda pour une politique du travail*, in. (dir.) C. Didry et A. Koukiadaki, *Droit et conflits du travail dans l'Angleterre du New Labour, L'homme et la société*. *Revue internationale de recherches et de synthèses en sciences sociales*, éd. L'Harmattan n° 182(4) 2011, p. 25

S. Deakin, J. Malmberg and P. Sarkar

- *Droit du travail, chômage et part salariale: l'expérience de six pays de l'OCDE, 1970–2010*, *Revue Internationale du Travail* Volume 153, Issue 1, mars 2014, p. 1

O. Descamps,

- *Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit*, in. S. Bollée, Y-M. Laithier, C. Pérès (dir.), *L'efficacité économique en droit*, *Economica* 2010, p. 23

B. Deffains, S. Ferey,

- Théorie du droit et analyse économique, Droits 2007, p. 223

B. Deffains,

- Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques, Revue économique, 2007/6 Vol. 58, pp. 1149-1162,

R. Dehousse,

- Du bon usage de la méthode ouverte de coordination, in. R. Dehousse (dir), L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination, L'Harmattan 2004, p. 157

- La méthode ouverte de coordination. Quand l'instrument tient lieu de politique, in. P. Lascoumes, P. Le Galès (dir), Gouverner par les instruments, Presses de Sciences Po, coll. Académique, 2005, pp. 331-356

M. Delmas-Marty,

- Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun, D. 2001, p. 1326

- L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation, D. 2000, p. 421

J. Delors,

- Le phénomène de l'harmonisation. L'expérience européenne, in. Ch. Jamin, D. Mazeaud, L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Economica, coll. Etudes juridiques 2001, p. 23

- Préface, in. M. Delmas-Marty, Critique de l'intégration normative, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p. 13

- 20 ans de dialogue social européen : bilan et perspectives, Les cahiers du Conseil économique et social européen, 14 avril 2005.

M. Del Sol,

- La soumission grandissante du droit du travail à la logique économique dominante. Les exemples du contrat « nouvelles embauches » et du travail à temps partagé, in. État et régulation sociale. Comment penser la cohérence de l'intervention publique ?, colloque international organisé par l'Equipe Matisse le 11, 12 et 13 septembre 2006. Disponible à l'adresse suivante : <http://matisse.univ-paris1.fr/colloque-es/pdf/articles/del-sol.pdf>

M. Del Sol, P. Turquet,

- *Déréguler le licenciement pour mieux sécuriser les personnes : les ambiguïtés de la flexicurité Retour sur le rapport Cahuc-Kramarz relatif à la « Sécurité sociale professionnelle »*, RDSS 2007, p. 528

P. Deumier,

- *La réception du droit souple dans l'ordre juridique*, in. Le droit souple, Le droit souple. Journées nationales de l'association Henri Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 113

- *L'état réel de la jurisprudence dans les systèmes de droit civil. L'exemple de la France*, in, Revue ERSUMA, n° spécial, mars 2014, p. 47

P. Deumier, Th. Revet,

- Sources du droit (problématique générale), in. D. Alland, S. Rials (dir), Dictionnaire de la culture juridique, PUF / Lamy, coll. Quadrige, 2003

O. De Schutter,

- Le rôle de la Charte Sociale Européenne dans le développement du droit de l'Union européenne, in. O. De Schutter (coord), The European Social Charter : A social constitution for Europe. La charte sociale européenne : Une constitution sociale pour l'Europe, Bruylant 2010, pp. 95-146

- Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law, Northern Ireland Legal Quarterly, 2006, vol. 57, pp. 1-56

C. Didry, E. Bethoux, A. Mias,

- La construction et les enjeux d'un système de relations professionnelles européen, in. Europe et dialogue social. Recueil de notes, groupe de projet Thomas, n°12. La documentation française 2005 p. 29

E. Dockès,

- Le droit du travail. Justifications et moyens d'un droit mondial du travail, in. C. Kassedjian, E. Loquin (dir), La mondialisation du droit, Litec. 2000, p. 469

- *Le stroboscope législatif*, Dr. Soc. 2005, p. 835

- Le juge et les politiques de l'emploi, Dr. soc. 2007, p. 911

- Perte du sens et effritement du droit du travail, Ceras - revue Projet n°302, Janvier 2008. URL : <http://www.ceras-projet.com/index.php?id=2864>

- Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ? Synthèse du colloque Négociation collective et contrat de travail : un pour tous, tout pour un ?, Dr. ouvr. 2015, p. 252

- La flexibilité de la cravache, in. E. Mazuyer (dir), Les flexibilités en droit du travail, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 109

F. Donnat,

- Le droit comparé à la Cour de Justice des Communautés européennes, in. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Dalloz, coll. Mélanges, 2009, p. 377

É. Dubout, S. Touzé,

- La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques, in. É. Dubout, S. Touzé (dir), Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, Pedone, 2009, p. 7

F. Dumont,

- *Préserver l'emploi : effet d'annonce pour des mesures discutables*, JCP S n° 36, 13 Septembre 2016, 1304

P. Durand,

- Allocution prononcé à la séance d'ouverture du Deuxième Congrès international de Droit social, Les Cahiers de droit, vol. 4, n° 1, 1959, pp. 17-23

Fr. Eymard-Duvernay,

- *Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ?* Dr. Soc. 2004, p. 812

R. Encinas de Munagorri,

- L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation, RTD Civ. 2006, p. 505

Ch. Erhel et B. Palier,

- L'Europe sociale : entre modèles nationaux et coordination européenne, Revue d'économie politique, 2005/6 Vol. 115, p. 677-703

Ch. Erhel,

- L'UE et l'emploi : bilan et perspective, Policy paper 39, Notre Europe 2010
- La coordination européenne des politiques de l'emploi : un essoufflement depuis 2005 ? , Formation emploi 4/2011 (n° 116), p. 5-18

Ch. Erhel, L. Davoine,

- La qualité de l'emploi : une perspective européenne, in Centre d'études de l'emploi, La qualité de l'emploi, La Découverte « Repères », 2006, pp.15-26
- La qualité de l'emploi en Europe : une approche comparative et dynamique, in: Economie et statistique, N°410, 2007. p. 47

M-C. Escande-Varniol et D. Reber,

- Les contrats de travail à durée déterminée. Etude comparée des droits allemand et français à la lumière du droit de l'Union, RDT. 2011, p. 457

A. Fabre,

- *Réforme des obligations de négociier dans l'entreprise : l'âge de raison ?* Dr. soc. 2015, p. 882
- *Les uns contre les autres*, Tribune, Dr. soc. 2016, 389

A. Fabre, F. Lefresne, C. Tuchsirer,

- *L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Une tentative d'évaluation*, Revue de l'OFCE, Octobre 2008 n°107, p. 5

M. Fabre-Magnan,

- Le contrat de travail défini par son objet, in, A. Supiot (dir), Le travail en perspectives, LGDJ, Coll. Droit et société, 1998, pp. 101-124
- Le droit du travail vu du droit civil : l'unité du droit des obligations, in, A. Supiot (dir), Regards croisés sur le droit social, Sem. soc. Lamy, Suppl. n° 1095 du 28 oct. 2002, pp. 32-39.
- Le forçage du consentement du salarié, Dr. Ouvr. 2012, p. 459

B. Fauvarque-Cosson,

- Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique, in. De tous horizons, Mélanges en l'honneur Xavier Blanc-Jouvan, SLC. 2005, p. 69
- Development of comparative law in France, in. M. Reimann, R. Zimmermann (dir), The Oxford Handbook of Comparative law, Oxford University Press, 2008, p. 38
- *Argument de droit comparé et sociologie juridique*, in. D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 69

B. Fauvarque-Cosson, W. Van Gerven,

- La convergence des droits en Europe, LPA, 19 avril 2007 n° 79, p. 63

M. F. Faust,

- Comparative law and economic analysis of law, in.M. Reimann, R. Zimmermann (dir), The Oxford Handbook of Comparative law, Oxford University Press, 2008, p. 837

Fr. Favennec-Héry,

- La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes ? Dr. soc. 2007, p. 1105

- Article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ?, Sem. soc. Lamy 2012, n° 1534, p. 4

- Les accords de maintien de l'emploi, JCP. S., n° 18-19, 6 Mai 2014, 1186

- Introduction.Vers la sécurité juridique en droit du travail ?, in. F. Favennec-Héry (dir), La sécurité juridique en droit du travail, LexisNexis, coll. Actualité, 2014, p. 1

- Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail, Sem. soc. Lamy, 15 septembre 2014, n° 1643, p. 5

- *Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ?* JCP S n° 26. 30 juin 2015, 1237

- *Convention collective – contrat de travail : un mariage de raison* (p. 314), in. Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ?, Controverse, RDT 2016, p. 309

- Nouvelle articulation des normes : la durée du travail comme terrain d'expérimentation, JCP S n° 35, 6 Septembre 2016, 1293

M. W. Finkin,

- Comparative labour law, in.M. Reimann, R. Zimmermann (dir), The Oxford Handbook of Comparative law, Oxford University Press, 2008, p. 1131

V. Forest, M. Julien,

- Analyse du discours patronal sur la flexibilité. Une lecture juridique et économique, in. E. Mazuyer (dir), La mesure des flexibilités du droit du travail, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 19

M. Freedland,

- Le contrat de travail, institution centrale du droit du travail, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 2007, p.53

M.-A. Frison-Roche,

- *Le modèle du marché*, Arch. Phil. Droit, 1995, p. 286

- *Droit et marché : évolution*, in. S. Dormont et T. Perroud (dir), *Droit et marché*, LGDJ coll. Droit et Economie, 2015, p. 265

I. Fetze Kamdem,

- Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique, Revue Juridique Thémis 2009, p. 605

J. Freyssinet,

- Quelques enseignements de l'expérience. Dossier « Agir pour l'emploi », *Revue Projet* 1/2004 (n° 278), p. 53
- L'impact de la crise économique sur les modes de production des normes générales de la relation d'emploi : l'exemple de six pays d'Europe occidentale. *Economies et sociétés*, série socio-économie du travail, 2011, n° 33
- *La modernisation du dialogue social*, Lasaire (Laboratoire Social d'Actions d'Innovations de Réflexions et d'Échanges) Note n° 46, mars 2015
- Les négociations d'entreprise sur l'emploi : quelques expériences européennes, Institut de recherches économiques et sociales (IRES) document de travail n° 2/2015, mars 2015

P. Gahan, R. Mitchell, S. Cooney, A. Stewart et B. Cooper,

- Economic Globalisation and Convergence in Labour Market Regulation: An Empirical Assessment, *American Journal of Comparative Law*, July 2012, Vol 60, pp. 703-742. Téléchargeable à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1920536> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1920536>

Fr. Gaudu,

- Du statut de l'emploi au statut de l'actif, *Dr. Soc.* 1995, p. 535
- Flexibilisation de la vie du travail. Potentialités et défis pour le droit du travail, *RIDC*, 1998, p. 513
- L'ordre public en droit du travail, in. *Le contrat au début du XXI siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestion*, LGDJ, 2001
- Des illusions des juristes aux illusions scientifiques, in. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 2005, p. 101
- *Le droit social à l'épreuve de la mondialisation*, in. *Va-t-on vers un droit mondial?, Comprendre la mondialisation* (cycle 3). Éditions de la Bibliothèque publique d'information / Centre Pompidou, 2008. pp. 38-43 (<http://books.openedition.org/bibpompidou/1316>)
- La « sécurité sociale professionnelle » : un seul lit pour deux rêves ? *Dr. soc.* 2007, p. 393
- De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité, *Formation emploi*, 101 | 2008, 71-88.
- L'accord sur « la modernisation du marché du travail » : érosion ou refondation du droit du travail, *Dr. soc.* 2008, p. 267
- L'influence du droit allemand sur le droit social français, in. T. Dieterich, M. Le Friant, L. Nogler, K. Kezuka, H. Pfarr (dir), *Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 260
- Les relations entre contrats de travail et normes conventionnelles au vu de la jurisprudence et du droit comparé, contribution prononcée dans le cadre du Séminaire « Politiques de l'emploi – Interactions de l'économique et du juridique » organisé par le Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi le 21 janvier 2011 (http://www.touteconomie.org/fichier/f2_e.pdf)
- *L'avenir du droit du travail*, in. Ph. Waquet (dir), *13 paradoxes en droit du travail*, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011, p. 275

B. Gauriau,

- La négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, *Dr. soc.* 2015, p. 878
- *La contractualisation du dialogue social*, *Revue de droit d'Assas*, février 2016, p. 116

F. Géa,

- Vers un nouveau modèle de droit du travail ? A propos de l'ANI du 11 janvier 2013, in. Dossier spécial « L'ANI à l'ombre du droit », Sem. soc. Lamy, n° 1569, 2013, p. 4
- F. Géa, Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi, Dr. soc. 2013, p. 210
- Et maintenant des accords de maintien de l'emploi « offensifs » ?, RDT 2014, p. 60

I. Giraudou,

- L'assistance juridique japonaise aux pays dits « émergents » d'Asie. Contribution à l'approche pluraliste de la circulation du droit, Transcontinentales [En ligne], 7 | 2009, document 3, mis en ligne le 13 avril 2011 sur revues.org
- Comparative Study of Law. Entre didactique juridique et théorie (élémentaire) du droit global, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2014/1 Volume 72, p. 51

B. Gomel, D. Méda, E. Serverin,

- Ruptures du contrat de travail, ruptures d'emploi. Perspectives pluridisciplinaires, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), L'emploi en ruptures, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 1-19

M. Graziadei,

- Comparative law as the study of transplants and receptions, in. M. Reimann, R. Zimmermann (dir), The Oxford Handbook of Comparative law, Oxford University Press, 2008, p. 441

C. Grewe,

- La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe, in. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Dalloz, coll. Mélanges, 2009, p. 505

J. R. Grodin,

- *Représentativité syndicale et négociation collective. Etats-Unis*, RDT 2006, p. 337

T. Grumbach,

- Procéduralisation et processualisation en droit du travail en droit du travail, in. Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz 2005, p. 253

M. Guerre,

- Le dialogue social national dans son environnement européen : influences et articulations. Les Cahiers du Plan, 2005, 12 (L'Europe et le dialogue social), p. 59
- Le dialogue social national dans son environnement européen : influences et articulations, in. Europe et dialogue social. Recueil de notes, groupe de projet Thomas, n°12. La documentation française 2005 p. 59
- Dialogue social et gouvernance européenne, in. Ph. Martin (dir), Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe, Presses universitaires de Bordeaux 2007, p. 44

F. Guiomard,

- *Perspectives juridiques sur les ruptures des contrats portant sur le travail*, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), L'emploi en ruptures, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p.
- *La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion*, RDT 2013, p. 616

- *Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail*, RTD 2015, p. 628

S. Harnay et J.-S. Bergé,

- Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ?, *Revue internationale de droit économique*, 2011/2 t.XXV, pp. 165-192

P. Hassenteufel,

- De la comparaison internationale à la comparaison transnationale. Les déplacements de la construction d'objets comparatifs en matière de politiques publiques, *Revue française de science politique* 2005/1 (Vol. 55), p. 113

- Comparaison, in. L. Boussaguet et al. (dir), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2014, 4e éd., p. 148

- Convergence, in. L. Boussaguet et al. (dir), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, coll. Références, 2014, 4e éd., p. 180

S. Hennion,

- La force normative du droit social européen, *JCP S*, n° 10, 3 Mars 2009, 1091

J. Icard,

- *Économie de la loi de sécurisation de l'emploi. « Compromis historique » ou énième concession à l'économicisme ?* *Cah. soc.* 2013, n° 254, p. 280

- *De l'impuissance du droit social européen. À propos des règles de calcul des effectifs*, *Dr. soc.* 2014, p. 408

- La réforme de la rupture du contrat de travail, *Cah. soc.*, 01 octobre 2015 n° 278, p. 544

- *Une lecture économique du projet de loi Travail*, *JCP G* n° 16, 18 Avril 2016, 455

A. Iliopoulou,

- La méthode ouverte de coordination, un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne, *Cah. dr. eur.* 2006, p. 315

S. Ivanov,

- Sur les études comparatives en droit du travail, *RIDC*, 1985, p. 379

B. Jaluzot,

- Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective, *RIDC* 2005, p. 29

Ch. Jamin,

- Le vieux rêve de Salleilles et de Lambert Revisité, *RIDC*, 2000, p. 733

- *Economie et Droit*, in. D. Alland, S. Rials (dir), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-Puf, 2003, pp 578-581

J.-C. Javillier,

- *Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales*, *Dr. soc.* 1986, p. 56

- Les enseignements de l'analyse comparative et la pratique française, *Dr. soc.* 1990, p. 661

- Faut-il dérélementer les relations de travail ?, *D.* 1995, p. 344

- Responsabilité sociétale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable, in. J.-C. Javillier (dir), Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises. Governance, international law and corporate societal responsibility, Organisation Internationale du Travail (Institut international d'études sociales) Genève 2007. p. 24

- Mutation du monde du travail et sécurité juridique, in . F. Favennec-Héry (dir), La sécurité juridique en droit du travail, LexisNexis, coll. Actualité, 2014, p. 92

A. Jeammaud,

- Unification, uniformisation, harmonisation: de quoi s'agit-il ? in. O. Filali (dir), Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union européenne, Bruylant 1998, p. 35

- Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation, Dr. Ouvr. 1998, p. 240

- Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union européenne, Dr. Soc. 2005, p. 491

- A. Jeammaud, Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement, in. A. Jeammaud (dir.), Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p.15

- Que penser du « contrat de travail unique » ? RDT 2007, p. 12

- *La réglementation du travail*, in. A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement, A. Mias (dir), *Dictionnaire du travail*, Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2012, p. 621

- Un débat difficile et nécessaire, in. E. Mazuyer (dir), *Les flexibilités en droit du travail*, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 11

A. Jeammaud, M. Le Friant,

- Démocratie sociale, droit et représentation collective : enjeux théorique, in. M.-A. Moreau (dir), La représentation collective des travailleurs, Ses transformations à la lumière du droit comparé, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires 2012, p. 15

- Une réforme constitutionnelle, pour quelle « autonomie collective » ?, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 133

A. Jeammaud, E. Serverin,

- Evaluer le droit, D. 1992, p. 263

A. Jobert,

- Vers un renouveau du dialogue social en France ?, in. Travail et protection sociale : un droit malmené Esprit, janvier 2009, p. 125

O. Kahn-Freund,

- On Uses and misuses of comparative law, The Modern Law Review, V. 37, January 1974, n° 1, pp. 1-27

O. Kaufmann,

- L'actualité du droit social comparé, in. Le droit social – Le droit comparé – Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Collections de l'Université Robert Schuman, Nouvelle série n° 6, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 189

J.-Y. Kerbourc'h,

- *Penser la flexibilité en droit du travail*, in. M. de Nanteuil, A. El Akremi (dir), *La société flexible*, ERES, coll. Sociologie économique, 2005 p. 32

- *Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large*, Dr. soc. 2008, p. 834

- *De la protection de l'emploi à la protection des transitions professionnelles : les changements de paradigmes du droit du travail*, *Cahiers philosophiques 2008/4 (N° 116)*, p. 25-40.

- *La réforme des institutions représentatives du personnel et du droit syndical*, JCP S n° 36, 13 Septembre 2016, 1303

J.-Y. Kerbourc'h, Y. Chassard,

- *Les institutions de la flexicurité*, *La Revue de l'Ires 2009/4 (n° 63)*, p. 77-103

N. Kerschen et I. Omarjee,

- *La SEE : un exemple de rencontre entre une politique européenne et le droit communautaire*, Dr. Soc. 2010, p 223

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*, Editions Frison-Roche, 2003, pp. 339-349

- *La décision judiciaire, entre formalisme et pragmatisme. Variations sur le juge et les considérations économiques*, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 140

- *La décision judiciaire entre pragmatisme et formalisme. Regards croisés, entre common law et civil law, sur l'espace légitime des considérations économiques dans la motivation des décisions juridictionnelles*, *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques – 54*, 2011, p. 109

- *Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ?*, Texte disponible sur le site de l'Association Française de droit du travail et de la sécurité sociale. www.afdt-ass.fr

Th. Kirat, R. Dalmasso,

- *Comparer, mesurer, classer : l'art périlleux de la leximétrie du licenciement*, *Travail et Emploi*, 120/2009, pp. 33-46.

J.-P. Laborde,

- *Le droit social comparé : pourquoi et comment ?* *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 1994, p. 4

- *Stabilité et sécurité de l'emploi entre droit national et droit communautaire*, *Revue des Sociétés*, 2001, p. 224

- *Droit (social) comparé et littérature comparée, observations (trop) rapides*, in. *Drôle(s) de droit(s)*, Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari, Dalloz, 2000, p. 337

- J.-P. Laborde, *Le droit comparé du travail à l'épreuve de la mondialisation*, in *Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt : Employee Involvement in a globalising World*" (A. Hoeland, Ch. Hohmann-Dennhardt, M. Schmidt et al.), *Berliner Wissenschafts-Verlag*, Berlin, 2005, pp. 27-37

T. Lahalle,

- Mondialisation et convergence des droits sociaux, JCP S, n° 15, 12 Avril 2011, 1180

Y.-M. Laithier,

- L'efficacité économique et le droit comparé, in. S. Bollée, Y-M. Laithier, C. Pérès (dir.), L'efficacité économique en droit, Economica, coll. Etudes juridiques 2010, p. 49

- L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ?, D. 2014, p. 33

F. Laronze,

- La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale ? L'apport de la théorie du droit à la réflexion sur les normes de la RSO. Dr. Soc. 2013, p. 345

S. Laulom,

- Stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation, RDT. 2007, p. 643

- Harmonisation législative et stratégie européenne pour l'emploi, RDT. 2007, p. 710

- Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie et France), in. M.-A. Moreau (dir), La représentation collective des travailleurs, Ses transformations à la lumière du droit comparé, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires 2012, p. 113

- La réception par la Cour de cassation française des décisions des instances non juridictionnelles des organisations internationales, Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2014/1, p. 58

- *Les flexibilités du droit social européen*, in. E. Mazuyer (dir), La mesure des flexibilités du droit du travail, Sem. soc. Lamy. Supplément, 8 juin 2015, n°1680, p. 43

- *La fragilisation du droit du licenciement : approche comparée*, Dr. soc. 2016, p. 499

S. Laulom, E. Mazuyer, C. Tessier, C.-E. Triomphe, P. Vielle,

- Quel droit social en Europe après la crise ? Rapport final du projet « Droit social en Europe après la crise »-« what labour law and social protection in Europe in crisis », 2010, publié sur le site de ASTREES

- Crise : quelles évolutions du droit social en Europe ? ETUI Policy Brief, Politiques économiques, sociales et de l'emploi en Europe, n° 2/2012.

R. Lasserre,

- *La réforme du dialogue social en France : les enseignements de l'expérience allemande, Regards sur l'économie allemande – bulletin économique du CIRAC*, 116-117 (2015), p. 29

O. Leclerc, O. Guamán Hernández,

- *Abécédaire comparé de l'ANI du 11 janvier 2013. Vers un lexique commun des réformateurs en Europe ?*, RDT 2013, p. 204

J.-Ch. Le Duigou,

- *Quelle « sécurité sociale professionnelle » ?* Dr. soc. 2011, p. 1300

- *La sécurité sociale professionnelle : une utopie réaliste*, Dr. ouvr. 2015, p. 606

M. Le Friant,

- La démocratie sociale entre formule et concept, Regards, janvier 2001, p. 48

- Collective Autonomy: Hope or Danger? Comparative Labor Law & policy Journal, 2013, p. 627

- Un conseil d'entreprise inspiré du droit allemand ? Sem. soc. Lamy, 10 novembre 2014, n° 1651, p. 3

M. Le Friant, M. Coutu et G. Murray,

- Broken paradigms: labour law in the wake of globalization and the economic crisis, Comparative Labor Law & policy Journal, 2013, p. 565

M. Le Friant, A. Jeammaud,

- Démocratie sociale, droit et représentation collective : enjeux théorique, in. M.-A. Moreau (dir), La représentation collective des travailleurs, Ses transformations à la lumière du droit comparé, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires 2012, p. 15

- Une réforme constitutionnelle, pour quelle « autonomie collective » ?, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 133

M. Le Friant, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen,

- L'ordonnancement des relations du travail, D. 1998, p. 359

R. Legeais,

- L'utilisation du droit comparé par les tribunaux, Revue internationale de droit comparé, 1994, pp. 347-358.

J. Le Goff,

- Le droit du travail, terre d'élection de la complexité, in. M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot (dir), Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant, Presses universitaires de Rennes, coll. L'Univers des normes, 2007, p. 103

- Une concertation Etats-partenaires sociaux atypique. Les lois Auroux de 1982 : une « aventure législative partagée », in. Travail et protection sociale : un droit malmené, Esprit, janvier 2009, p. 138

- Introduction. Le droit social dans la tourmente, in. Travail et protection sociale : un droit malmené Esprit, janvier 2009, p. 84

- La loi du 13 novembre 1982 sur la négociation collective. Une révolution culturelle inaboutie in J. Le Goff (dir.), Les Lois Auroux 25 ans après (1982-2007). Où est la démocratie participative ?, colloque Brest, 20-21 mars 2007, Presses Universitaires de Rennes 2008, p. 137

- Citoyenneté et subordination dans l'entreprise, un couple à problèmes, Ergologia, n° 7, Septembre 2012, p. 149

- *Faut-il brûler le Code du travail ?* Esprit, n° 419 novembre 2015, p. 113

P. Legrand,

- Sens et non-sens d'un Code Civil Européen, RIDC. 1996, p. 779

- European Legal Systems are not Converging, International and Comparative Law Quarterly 1996, n° 45, p. 52

- Sur l'analyse différentielle des jurisprudences, RIDC 1999, p. 1053

K. Lenaerts,

- Le droit comparé dans le travail du juge communautaire, in. R. Mensbrugge (dir.), L'utilisation de la méthode juridique comparative en droit européen, Travaux de la faculté de droit de Namur, Vol. 20, Presses universitaires de Namur. 2003, p. 111

J.- Ph. Lhernould,

- Egalité entre les sexes et protection sociale : la Cour européenne des droits de l'homme sous influence communautaire, RJS 8-9/06, p. 21

R. Libchaber,

- *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, 2ème partie, Defrénois, 2007, p. 1194

P. Lokiec,

- La procéduralisation à l'épreuve du droit privé, in. Ch. Pigache (dir), Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation), Publications de l'université de Rouen 2004, p. 177

- Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale, in. S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir), La contractualisation de la production normative, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 95

- Le chômage partiel : pour une autre approche, Dr. Soc. 2009, p. 393

- Les transformations du droit du temps de travail, Dr. Ouv. 2009, p. 484

- Licenciement boursier, Dr. Soc. 2011, p. 1229

- Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : les excès du droit négocié, D. 2013, p. 579

- *Flexibilité et contrat de travail*, JCP G, 2013 n° 9

- *Variations autour de la volonté du salarié*, Dr. ouvr. 2013, p. 464

- *Le contrat de salarié-actionnaire, Vers un droit du travail à double vitesse*, RDT 2014, p. 16

- Suspendre les seuils sociaux, à quoi bon ? Sem. soc. Lamy, 15 septembre 2014, n° 1643, p. 11

- Avis de tempête sur le droit du travail, RDT 2014, p. 738

- Le contrat de travail unique, une fausse bonne idée ? D. 2014, p. 2456

- *Les idéologies de la simplification*, Sem. soc. Lamy, 18 mai 2015, n° 1677, p. 4

- « *Qui dit conventionnel dit juste !* ». *L'avènement d'un nouveau dogme*, JCP G 2015, 282

- *Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi*, Dr. soc. 2016, p. 319

P. Lokiec et A. Lyon-Caen,

- Contre la violation efficace du droit du licenciement. À propos de l'affaire Viveo, Sem. soc. Lamy 2 avril 2012, n°1532, p. 6

P. Lokiec et S. Robin-Olivier,

- Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi, RDT 2006, p. 48

- Mise en œuvre du droit du travail et cultures nationales, RDT 2007, p. 124

A. Lyon-Cean,

- La convention collective dans ses dimensions internationales, Dr. Soc. 1997, p. 352

- A propos de l'adjectif « économique » dans la langue du droit, in. A. Jeammaud (dir.), Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires 2005, p.137

- Droit du travail et libéralisation des échanges : regard sur leur liaison, in. A. Lyon-Caen, A. Perulli (dir), *Liberalizzazione delgi scambi, integrazione dei mercati et diritti del lavoro*, Padova, CEDAM 2005
- Réflexions liminaires sur la comparaison des droits dans l'élaboration du droit communautaire. Ouverture, in. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant. 2008. p. 10
- Eternelle crise, in. P. Lokiec et S. Robin-Olivier (dir), *Les réactions du droit du travail à la crise*, Dr. Ouvr. 2012, p. 68
- *L'évaluation des salarries*, in. G. Casale, A. Perulli (dir), *Compliance with labour legislation : its efficacy and efficiency, Respect de la législation du travail: effectivité et impact*, Working Paper, OIT, 2010, p. 90
- Le droit sans l'entreprise, RDT. 2013, p. 748
- *Vérité au-delà des Pyrénées*, RDT 2016, p. 125

A. Lyon-Caen et S. Simitis,

- L'Europe sociale à la recherche de ses références, *Revue du marché unique européen*, n° 4, 1993, pp. 109-122

A. Lyon-Caen, J. Affichard, S. Vernac,

- De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail. Quelques leçons d'un programme de recherche, RDT, 2009, p. 631

G. Lyon-Caen,

- Les apports du droit comparé au droit du travail, in. *Livre du centenaire de la Société de législation comparée, tome 1, Un siècle de droit comparé en France. Les apports du droit comparé au droit positif français*. SLC 1969, p. 315
- Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht, D. 1993.Chron.XXXIII, p. 149
- Un droit sans papiers d'identité, *Arch. phil. Droit* 41 (1997), p. 181
- La pertinence des catégories juridiques du droit du travail, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2001, p. 113
- Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective. Que doit-on entendre par refondation sociale ?, *Dr. Soc.* 2003, p. 355
- Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée, *Dr. Ouvrier*. n°667 février 2004 p. 49
- Les fondements historiques et rationnels du droit du travail, *Dr. Ouvrier* 1951 p. 1 réédité in, *Dr. Ouvr.* n°667 février 2004 p. 52
- Le droit du travail au futur antérieur, in. *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz 2005, p. 367

E. Mackaay,

- Faut-il un code civil européen ? Une analyse économique, *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, p. 219

N. Maggi-Germain,

- *Sur le dialogue social*, *Dr. Soc.* 2007, p. 799
- *La capacité du salarié à occuper un emploi*, *Dr. soc.* 2009, p. 1234

N. Maggi-Germain, A. Dufresne, C. Gobin,

- *De la négociation collective au dialogue social : l'influence de l'Union européenne sur la transformation des relations professionnelles*, in. A. Dufresne, N. Maggi-Germain (dir), *Les relations professionnelles en Europe et en Amérique latine*, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 71

D. Martin,

- Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudence sous influence ?, RTDH 2007, p. 107

Ph. Martin,

- Le droit social communautaire : droit commun des Etats membre de la communauté européenne en matière sociale ?, RTD eur. 1994, p. 609

- Le dialogue social : de nouvelles perspectives pour l'autonomie collective en France ?, in. Ph. Martin (dir), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux 2007, p. 271

- Flexibilité et sécurité. Le droit social français en quête de nouveaux équilibres, in. Ph. Auvergnon (dir.), *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?*, Presses universitaires de Bordeaux (2009), p. 203

- Le droit du travail en Espagne et en Italie. Convergences, divergences, singularités, *Les cahiers Irice*, 2014/1 n° 11, p. 37

M. A. Martínez,

- Le nouveau Code du travail français vu de l'étranger – Approche comparative de la codification du droit du travail. Première partie: analyse comparée des Codes du travail, *Sem. soc. Lamy. Supplément*, 20 décembre 2010, n°1472, p. 127

A. Martinon,

- Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational, *Dr. soc.* 2010, p. 789

- L'utile en droit du travail, in. B. Teyssié (dir), *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, *Economica*, coll. *Etudes juridiques*, 2011, p. 7

- Les accords de maintien de l'emploi, *Cah. soc.*, 01 juillet 2013 n° 254, p. 309

- Union européenne : la cour de justice de l'Union européenne et le droit du travail, réalités et perspectives d'une rénovation du droit français, in. B. Teyssié (dir), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon Assas, coll. *Colloques*, 2014, p. 111

- Les transformations de la norme internationale, *JCP S* n° 26. 30 juin 2015

A. Martinon, F. Bousez,

- Les contrats aidés en proie à la démesure, *RD sanit. soc.* 2013, n° 2, p. 189

-

A. Martinon, G. Loiseau,

- La négociation paradoxale, *Cah. soc.*, 01 avril 2014 n° 262, p. 213

- *Des révolutions dans l'ombre*, *Cah. Soc.*, 01 mai 2016 n° 254, p. 223

A. Martinon, L. Marquet de Vasselot,

- Les apports de la loi du 8 août 2016 en matière de durée du travail, JCP S n° 35, 6 Septembre 2016, 1294

A. Martinon, A. Teissier,

- Droit d'ici et droits d'ailleurs, in. A. Martinon (dir), Le licenciement pour motif économique, LexisNexis, coll. Actualité, 2012, p. 90

A. Martinon, B. Teyssié, J.-F. Cesaro,

- La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, JCP S 2011, 1102

K. Maslauskaité,

- Concurrence sociale dans l'UE : mythes et réalités, Etudes & Rapports n° 97, Notre Europe – Institut Jacques Delors, juin 2013, 63 p.

U. Mattei,

- Why the wind changed: Intellectual Leadership in Western Law, American journal of comparative Law, 1994, pp. 195-218

E. Mazuyer, S. De la Rosa,

- La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la soft law, CDE. 2009, p. 295

E. Mazuyer,

- Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification, Dr. soc. 2007, p. 476

- La régulation régionale du travail – aspects comparatifs européens et nord-américains, RDT, 2007, p. 222

- Les questions de l'emploi et du travail dans une Union européenne en crise, in. S. Laulom, E. Mazuyer, C. Tessier, C.-E. Triomphe, P. Vielle, Quel droit social en Europe après la crise ? Rapport final du projet « Droit social en Europe après la crise »-« what labour law and social protection in Europe in crisis », 2010, publié sur le site de ASTREES

O. Mazzotta,

- Evaluer le droit du travail: les paradoxes d'une idée, in. G. Casale, A. Perulli (dir), Compliance with labour legislation : its efficacy and efficiency, Respect de la législation du travail: effectivité et impact, Working paper, OIT, 2010, p. 133

D. Méda,

- Flexicurité : quel équilibre entre flexibilité et sécurité ? Dr. Soc. 2009, p. 763

- La flexicurité peut-elle encore constituer une ambition pour l'Europe ? Formation emploi, n° 113/2011, pp. 97-109

- *La flexicurité à la française: un échec avéré*, in. A. S. Pascual (dir), *La flexicurité : mutation symbolique de la notion de sécurité*, Revue Les Politiques sociales, 2012, p. 86

D. Méda, B. Gomel,

- *Le CNE : une première expérience française de flexibilisation du CDI*, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 23

D. Méda, B. Gomel, E. Serverin,

- *Ruptures du contrat de travail, ruptures d'emploi. Perspectives pluridisciplinaires*, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), *L'emploi en ruptures*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 3

M. Mekki,

- Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat, in. S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 323

- *L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? - Identification* (1re partie, JCP G n° 43, 19 Octobre 2009, 370) - *Encadrement* (2nde partie, JCP G n° 44, 26 Octobre 2009, 392)

- *Propos introductifs sur le droit souple*, in. *Le droit souple. Journées nationales de l'association Henri Capitant*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 7

- *La densification normative du contrat*, in. C. Thibierge (dir), *La densification normative. Découverte d'un processus*, mare et martin, 2013, p. 717

- *L'argument sociologique en droit : forces et faiblesses ?* in. D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 83

I. Meyrat,

- *La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail. Pour une approche critique*, in. A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 54

A. Mias,

- *Le dialogue social européen en interactions. Influences et interférences des différents instruments de l'Europe sociale sur les politiques et pratiques aux différents niveaux, de l'Europe à l'entreprise*, in. *Interaction des dialogues sociaux en Europe dans le cadre de la Stratégie de Lisbonne. Document de travail 2009*. Consultable sur le site Europe et Société.

N. Moizard,

- *L'usage des conventions de l'OIT par la Cour européenne des droits de l'homme*, *Dr. Soc.* 2014, p. 365.

- *L'approche européenne du dialogue social national*, *Sem. soc.* Lamy 28 septembre 2015, n° 1691, p. 8

P. de Montalivet,

- *La « marketisation » du droit. Réflexions sur la concurrence des droits*, *D.* 2013, p. 2923

M.-A. Moreau,

- *Sur la représentativité des partenaires sociaux européens*, *Dr. soc.* 1999, p. 53

- *L'accord collectif et la convention collective en Europe comme source d'analyse de l'échange des droits dans l'Union européenne*, in. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant. 2009, p. 45

- *La recherche de nouvelles méthodes de régulation sociale : quelles fonctions, quelles complémentarités ?*, *EUI working paper n° 2005/8*, disponible sur le site www.iue.it: <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/3328/law05-08.pdf?sequence=1>

- Les droits fondamentaux des travailleurs dans l'Union européenne, in. I. Daugareilh (dir), Mondialisation, Travail et Droits Fondamentaux, Bruylant 2005, pp. 57-81
- Le rôle du droit dans la transformation du mode de représentation des travailleurs. L'intérêt d'une approche comparative, in. M.-A. Moreau (dir), La représentation collective des travailleurs, Ses transformations à la lumière du droit comparé, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires 2012, p. 1
- Brèves observations sur l'articulation normative en matière sociale, in. Th. Aubert-Monpeyssen, Pluralité des sources et dialogue des juges en matière sociale, Presses UT1 coll. Etudes de l'IRDEIC n° VIII/2013, p. 13

M.-A. Moreau, G. Trudeau,

- Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie, Relations industrielles / Industrial Relations, vol. 53, n° 1, 1998, pp. 55-89

M.-L. Morin,

- L'office du juge : l'exemple du contrôle de la cause économique du licenciement, in. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir), L'emploi en ruptures, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 156
- Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé, Dr. soc. 2000, p. 1080

M.-L. Morin, Ch. Vincens,

- Licenciement économique, flexibilité des entreprises et sécurité des travailleurs: les enseignements d'une comparaison européenne, Revue Internationale du Travail, vol 140, 2001, n° 1, p. 51

P. Morvan,

- *Pour le CNE et le CPE, au nom de l'inventivité*, RDT 2006, p. 163
- La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et la créativité, Dr. Soc. 2006, p. 962

- Ch. Mouly,

- *Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?* RIDC 1985, p. 895

J. Mouly,

- Faut-il dénoncer la convention OIT n° 158 sur le licenciement ?, Dr. Soc. 2015, p. 1
- La liberté syndicale et le droit de grève : l'opposition des droits européens, in. Journées juridiques franco-polonaise. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens, éd. mare & martin, coll. Droit public, 2013, p. 485
- *La fondamentalisation du droit du travail*, Revue de droit d'Assas, n° 11 octobre 2015, p. 93

H. Muir-Watt,

- Droit comparé, Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 29 décembre 2014. URL: <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-droit-compare/>
- La fonction subversive du droit comparé, RIDC, 2000, p. 503
- Propos liminaires sur le prestige du modèle américain, APD, n° 45, 2001, p. 29
- Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, in. B. Deffains (dir), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Paris, Cujas, 2002, p. 37

- Analyse économique et perspective solidariste, in. C. Jamin, D. Mazeaud (dir), La nouvelle crise du contrat, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2003, p. 183
- Le droit comparé et l'internationalisation du droit, in. J. du Bois de Gaudusson (dir.), Le devenir du droit comparé en France, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 99
- Globalisation and comparative law, in. M. Reimann, R. Zimmermann (dir), The Oxford Handbook of Comparative law, Oxford University Press, 2008, p. 579
- Les normes sociales et le marché global du travail: comment sortir de la spirale vers le bas ?, in. A. Lyon-Caen et Q. Urban (dir), Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation, Dalloz coll. Thèmes et Commentaires 2008, p. 9
- Comparer l'efficacité des droits ? in. P. Legrand (dir.), comparer les droits, résolument, Puf, coll. Les voies du droit, 2009, pp. 433-456
- Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux la gouvernance globale, in. Le droit entre tradition et modernité, mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Dalloz, 2012

Ch. Neau-Leduc,

- L'articulation de la norme légale et de la norme conventionnelle, in. B. Teysié (dir.), L'articulation des normes en droit du travail, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 153

S. Néron,

- La négociation collective aux États-Unis : instrument de gestion et de paix sociale, JCP S., n° 4, 25 Janvier 2011, 1021
- Le standard, un instrument juridique complexe, JCP G, n° 38, 19 Septembre 2011, 1003

A. Ogus,

- Economic Analysis and Comparative law, in. D'ici, D'ailleurs : Harmonisation et Dynamique du Droit, Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, Soc.Légis. Comp. 1999, p.169

N. Olszak,

- Le droit du travail : un intermittent dans la Revue française du Travail et la Revue française des Affaires sociales, Revue française des affaires sociales 4/ 2006 (n° 4), p. 129-145
- Aux origines de la reconnaissance juridique de l'entreprise : le maintien des contrats de travail en cas de changement dans la situation de l'employeur (Art. L. 122-12 al. 2 C. trav., issu de la loi du 19 juillet 1928), in. Mélanges Pierre Spiteri, Presses de l'Université des sciences sociales Toulouse 1, 2008, pp. 843-859

Y. Pagnerre, E. Jeansen,

- *La contractualisation de la norme sociale*, Revue de droit d'Assas, février 2016, p. 125

A. Perulli,

- Evaluer le droit du travail, in. G. Casale, A. Perulli (dir), Compliance with labour legislation : its efficacy and efficiency, Respect de la législation du travail: effectivité et impact, Working paper, OIT, 2010, p. 96
- Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, RDT 2015, p. 170
- Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme, RDT. 2015, p. 732

E. Peskine,

- La célébration de l'accord collectif d'entreprise. Quelques enseignements de la loi relative à la sécurisation de l'emploi, Dr. Soc. 2014, p. 438

F. Petit, L. Pécaud-Rivolier,

- Le redéploiement des forces syndicales. Enjeux et mesures de l'audience électorale, Dr. Soc. 2010, p. 1168

F. Petit,

- *Pour la mise en place d'un « conseil d'entreprise », accompagnée de la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, RDT 2010, p. 80

- Représentativités syndicale et patronale : la symétrie imparfaite, Dr. Soc. 2014, p. 1

- *Vers une représentation universelle des salariés*, Dr. Soc. 2015, p. 873

O. Pfersmann,

- Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit, RIDC, 2001, p. 275

E. Picard,

- L'état du droit comparé en France, en 1999, RIDC. 1999, p. 892

- Le droit comparé est-il du droit ?, Annuaire de l'Institut Michel Villey, Vol. 1 (2009), Dalloz, 2010, p. 173

A. Pivorano,

- Droit de la concurrence et progrès social (après la loi NRE du 15 mai 2001), D. 2002, p. 62

M. Poirier,

- *Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective reflet des finalités du droit du travail*, Dr. ouvr. 2013, p. 78

- *A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou « sécurisation des décisions patronales » ?* Dr. ouvr. 2013, p. 240

- *Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective vecteur d'altération en droit du travail*, Dr. ouvr. 2013, p. 250

M.-C. Ponthoreau.

- Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public, AJDA 2006, p. 20

- La concurrence entre Common Law et droit civil. Existe-t-il véritablement une concurrence entre Common Law et tradition civiliste ? Le point de vue du comparatiste de droit public, in. J. Du Bois de Gaudusson, F. Ferrand (dir.), La concurrence des systèmes juridiques, PUAM. 2008, pp. 35-47

- Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique, RIDC 2005, pp. 7-27

A. Pousson,

- Les objectifs en droit du travail, in. B. Faure (dir), Les objectifs dans le droit, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2010, p. 139

S. Rabiller,

- *L'introduction d'un service minimum dans les services publics de transport*, in. F. Melleray (dir), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, coll. Droit administratif/Administrative law, 2007, p. 191

Ch. Radé,

- *La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale*, Dr. ouvr. 2010, p. 319

- *Pour une réforme constitutionnelle ambitieuse du dialogue social*, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 155

- *Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : vers la « refondation » du code du travail ?*, Lexbase hebdo, éd. soc., n° 650, 2016

J.-E. Ray,

- *Du tout-Etat au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ?*, Dr. Soc. 2000, p. 574

- *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*, Dr. Soc. 2010, p. 496

- *Une mue salutaire, pour que la France épouse son temps*, Dr. Soc. 2013, p. 664

- *La place de la négociation collective en droit constitutionnel*, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2014/4 (n°45), pp. 21-33

- *La nécessaire métamorphose du droit du travail ?* Commentaire, n° 153, 2016, p. 129

A. Raynouard,

- *Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ?* Revue de la recherche juridique, droit prospectif, n° spécial, *L'analyse économique du droit. Autour d'Ejan Mackaay*, éd. PUAM 2008, pp. 2509-2523

- *La concurrence normative, facteur d'échange entre les droits. La concurrence normative dans l'Union européenne*, in. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*. Bruylant. 2009, p. 87

P. Rémy,

- *Quelles convergences dans le champ du droit du travail (observations sur les droits français et allemand dans le contexte communautaire*, in. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant. 2009. p. 343

- *L'autonomie collective : une illusion en droit français*, in. Ph. Waquet (dir), *13 paradoxes en droit du travail*, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011, p. 62

- *Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un modèle pour le droit français ?* RDT. 2012, p. 133

- *Hollande : Le « Schröder Français », dix ans plus tard ? Quelques enseignements tirés du droit allemand*, in. P. Lokiec, O. Leclerc, A. Guamán Hernández, P. Rémy, *Regards sur l'ANI*, RDT 2013, p. 202 et s.

- *Quel droit social européen ? Propos irrévérencieux sur un objet surestimé dans l'enseignement universitaire*, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 185

- Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? Dr. soc. 2015, p. 974

P. Rémy et J.-C. Fillon,

- Internationalisation ou harmonisation des droits du travail allemand et français ? RDT, 2009, p. 399

P. Rémy. S. Robin-Olivier,

- Les migrations jurisprudentielles, facteurs de développement du droit international du travail?, in. M-A. Moreau, H. Muir Watt, P. Rodière (dir.), Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2010, p. 65

S. Robin-Olivier,

- L'influence de la CJCE sur le droit social français, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale. 2003, p. 149

- Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne, RTD 2007, p. 89

- La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des Etats membres de l'Union européenne, in. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit. Bruylant. 2009, p. 141

- Politique sociale de l'Union européenne, Chron 2009-2010. RTD euro. 2010 p. 673

- Mieux légiférer en matière sociale : la réglementation intelligente confrontée à l'objectif d'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail, in. F. Péraldi-Leneuf et S. de la Rosa (dir.), L'Union européenne et l'idéal de la « meilleure législation », Pédone, 2013, p. 97

- Combinaison des normes et développement du droit du travail dans la jurisprudence européenne, in. Th. Aubert-Monpeyssen, Pluralité des sources et dialogue des juges en matière sociale, Presses UT1 coll. Etudes de l'IRDEIC n° VIII/2013, p.41

J.-C. Roda,

- L'influence des droits européens sur le droit américain, D. 2014, p. 157

A. Roudil,

- Flexibilité de l'emploi et droit du travail : « la beauté du diable », Dr. Soc. 1985, p. 84

U. Romagnoli,

- Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail, in. A. Jeammaud (dir.), Le droit du travail confronté à l'économie, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires 2005, p.7

- La déréglementation et les sources du droit du travail, RIDC. 1990, pp. 9-25.

S. De la Rosa,

- L'évolution des instruments communautaires, facteurs d'échanges entre les droits. La méthode ouverte de coordination : une voie d'échange entre les droits ?, in. S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit. Bruylant. 2009, p. 59

- Les normes sociales internationales et européennes : des interactions en quête de modèle, in. L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte, S. Touzé (dir), Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international, Pedone, coll. IREDIES, 2012, p. 263

S. De la Rosa, E. Mazuyer,

- La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la soft law, CDE. 2009, p. 295

J. Rubery. G. Bosch. S Lehndorff,

- The influence of the EU on the evolution of national employment models, International Institute for Labour Studies (OIT) n° 186. 2008

F. Rueda,

- *Les « études de législation comparée » des assemblées parlementaires françaises : une utilisation pédagogique du droit comparé dans le travail législatif?*, in. M. Hecquard-Théron, Ph. Raimbault (dir), *La pédagogie au service du droit*, IFR Actes de colloque n° 10, Journées des 28 et 29 janvier 2010, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques », 2011, p. 391

R. Sacco,

- Legal Formants: a dynamic approach to comparative law, in American Journal of Comparative Law, no 343, 1991
- Le droit muet, RTD civ. 1995, p. 783

C. Sachs-Durand,

- *Syndicat et institutions représentatives dans l'entreprise : les prémices d'un nouveau système ?*, in. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz, 2015, p. 829

T. Sachs,

- Vers un droit du marché du travail, Dossier spécial « L'ANI à l'ombre du droit », Sem. soc. Lamy, n° 1569, 2013, p. 9
- Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique, Dr. soc. 2015, p. 1019
- *La sécurité juridique en droit du travail*, in. B. Deffains, C. Kessedjan (dir), *Index de la sécurité juridique (ISJ). Rapport pour la Fondation pour le droit continental*, mai 2015 (téléchargeable à l'adresse suivante : www.fondation-droitcontinental.org/fr/nos_actions/index-de-la-securite-juridiqueisj/), p. 14

T. Sachs, E. Peskine, J. Porta, C. Wolmark,

- Protection et efficacité économique : un couple dans la crise, in. P. Lokiec, S. Robin-Olivier (dir), Les réactions du droit du travail à la crise, Dr. Ouvr. 2012, p. 69

T. Sachs, G. Bargain, P.-E. Berthier,

- Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français, 2014, p. 784

T. sachs, G. Bargain,

- *La tentation du Barème*, RDT 2016, p. 251

T. Sachs, O. Leclerc,

Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail, Revue Française de Socio-Économie 2015/2 (Hors-série), pp. 171-185

R. Salais,

- Du bon (et du mauvais) emploi des indicateurs dans l'action publique, in. A. Supiot (dir), Protection sociale et travail décent, Sem. soc. Lamy 2006, supp., n° 1272, pp. 73-81
- Usages et mésusages de l'argument statistique : le pilotage des politiques publiques par la performance, Revue française des affaires sociales 1/ 2010 (n° 1-2), pp. 129-147

M. Schmitt,

- La dimension sociale du traité de Lisbonne, Dr. soc. 2010, p. 682
- L'influence des conventions de l'OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée en matière de droit de négociation collective, RDT 2013, p. 513
- L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi, RDT 2014, p. 454
- La recomposition du droit du travail de l'Union européenne, Dr. soc. 2016, p. 703

S. Sciarra,

- THE EVOLUTION OF COLLECTIVE BARGAINING: OBSERVATIONS ON A COMPARISON IN THE COUNTRIES OF THE EUROPEAN UNION. COMP. LABOR LAW & POL'Y JOURNAL [Vol. 29:1. 2007]

The evolving structure of collective bargaining in Europe. 1990-2004, General Report 2005. [http://eprints.unifi.it/archive/00001151/01/General_Report_\(Sciarra\).pdf](http://eprints.unifi.it/archive/00001151/01/General_Report_(Sciarra).pdf)

The Evolution of Labour Laws in the European Union 1992-2003, Rapport général pour la Commission européenne 2005. http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/4_sciarra.pdf

A. Seifert,

- Le droit du travail européen, in. E. Poillot et I. Rueda (dir.), Les frontières du droit privé européen. The boundaries of european private law, Larcier 2012, collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, pp. 171-189
- Vers une érosion des institutions représentatives des travailleurs. L'exemple de la République fédérale d'Allemagne, in. M.-A. Moreau (dir), La représentation collective des travailleurs, Ses transformations à la lumière du droit comparé, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires 2012, p. 173
- L'emploi décent. Le débat sur un salaire minimum en Allemagne, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 47

J.-M. Servais,

- Universel Labor Standards and national cultures, COMP. LABOR LAW & POL'Y JOURNAL, 2005, p. 35
- Normes internationales. Normes de travail internationales et cultures nationales, RDT 2007, p. 125

M. M. Siems,

- Numerical comparative law: do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity ?, *Cardozo J. Of Int'L & Comp. Law*, vol. 13, 2005, pp. 521-540

M. Siems, S. Deakin, P. Lele,

- L'évolution du droit du travail: évaluation et comparaison des régimes réglementaires, *Revue internationale du Travail*, 2007, vol. 146, n° 3-4, p. 143

D. Simon,

- Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime, moi non plus ? », *Pouvoirs*, 2001, p. 31

S. Simitis,

- Un débat International, in. A. Jeammaud (dir), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2005, p. 145

- Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? *Dr. soc.* 1997, p. 655

H. Sinzheimer,

- Rapport, *La théorie des sources du droit et le droit ouvrier*. Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique. Travaux de la première session 1934-1935, *Le problème des sources du droit positif*. Recueil Sirey 1934, pp. 73-79

J. M. Smits,

- Comparative law and its influence on national legal systems, in. M. Reimann, R. Zimmermann (dir), *The Oxford Handbook of Comparative law*, Oxford University Press, 2008, p. 513

M.-A. Souriac,

Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise, in. G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 89

L'articulation des niveaux de négociation, *Dr. Soc.* 2004, p. 579

C. Spieser,

- *La fin du modèle de flexicurité face à la résilience des modèles nationaux ? Syndicats et négociations sur l'emploi en Allemagne, en France et en Italie*, *Revue Politique européenne*, 2013/4 n° 42, pp. 72-95

G. Spyropoulos

- Le rôle de la négociation collective dans l'harmonisation des systèmes sociaux européens, In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 18 N°1, Janvier-mars 1966. pp. 19-55.

- L'avenir incertain du modèle social européen dans une Europe élargie, *Dr. Soc.* 2005, p. 603

A. Supiot,

- Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise, *Dr. Soc.* 1989, p. 195

- Pourquoi un droit du travail ?, *Dr. Soc.* 1990, p. 485

- Vers un ordre social international ?, *L'Économie politique* 3/2001 (n° 11), p. 37

- Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises, in, Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier, Dalloz 2004, p. 541
- Le droit du travail bradé sur le « marché des normes », Dr. Soc. 2005, pp. 1087
- Vers un ordre social international ? , L'Économie politique 3/2001 (n° 11), p. 37-61
- Justice sociale et libéralisation du commerce international, Dr. Soc. 2009, p. 131
- En guise de conclusion : la capacité, une notion à haut potentiel, in. A. Supiot, S. Deakin, Capacitas, Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market economy, Hart, 2009, p 161
- La loi Larcher ou les avatars de la démocratie sociale, Dr. Soc., 2010, p. 525
- Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008, Revue international du Travail, vol, 149(2010), n°2, p. 168
- Le sommeil dogmatique européen, Revue française des affaires sociales, 2012/1 n° 1, p. 185

D. Szymaczak,

- Juridictions européennes et principe de non-discrimination : analyse croisée à l'aune de la garantie des droits fondamentaux. Rev. Aff. Euro. 2010

T. Tauran,

- Efficacité juridique et droit du travail, R.R.J. 2006-4 (II), p. 2367

B. Teysié

- Droit du travail et droit des affaires, D. 2004, p. 2698
- L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail, D. 2004, p. 1682
- La loi en droit du travail, in. C. Puigelier, La loi. Bilan et perspectives, Economica, coll. Etudes juridiques, 2005, p. 161
- Construction européenne et droit du travail, in, V. Heuzé et J. Huet (dir), Construction européenne et Etat de droit, Ed. Panthéon-Assas Paris II, coll. Colloques 2012, p. 239
- De l'irrésistible (?) essor de l'accord dans le droit des relations de travail, JCP S., n° 18-19, 6 Mai 2014, 1180
- Pour une réforme du droit de la représentation du personnel dans l'entreprise, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 231
- *Un nouveau droit du travail ?* JCP S, n° 26. 30 juin 2015, 1234,
- *La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement*, JCP S n° 35, 6 septembre 2016, 1292

C. Thibierge,

- Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit, RTD civ. 2003, p. 599

G. Trudeau, F. Paré,

- *Pourquoi les Rights-to-Work Laws aux États-Unis ?* Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2015/1, p. 6

G. Tusseau,

- *Le(s) concept(s) de « pluralisme syndical ».* Esquisse analytique, RDT 2007, p. 636

L. Usunier,

- Introduction, La concurrence normative, un mode de representation des rapports entre les systèmes juridiques en vogue, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, La concurrence normative. Mythes et réalités, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de paris, volume 33, 2013, p. 15

L. Usunier, R. Sefton-Green,

- Conclusion, La concurrence normative, mythe ou réalité ?, in. R. Sefton-Green, L. Usunier, La concurrence normative. Mythes et réalités, SLC, coll. L'UMR de droit comparé de paris, volume 33, 2013, p. 259

L. Usunier, V. Robert,

-Du bon usage du droit comparé, in. M. Delmas-Marty, Critique de l'intégration normative, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p. 227

C. Valcke,

- *La greffe juridique en droit comparé*, in. *Internalisation du droit, internalisation de la justice*, 3^{ème} congrès de l'association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), 21-23 juin 2010 Cour Suprême du Canada Ottawa, p. 86 (http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf/Internalisation_du_droit.pdf)

F. Vandamme,

- Convergence et divergence entre États dans l'application du droit social communautaire. Essai sur l'influence de l'Europe sociale, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 2010, p. 73

F. Vandenbroucke,

- Europe: The Social Challenge. Defining the Union's social objective is a necessity rather than a luxury, OSE (Observatoire social européen) Opinion Paper No. 11– July 2012

B. Vanhercke, P. Lelie,

-Inside the Social OMC's Learning Tools: How « Benchmarking Social Europe » really worked, OSE Paper Series, Research Paper No. 10, February 2013, p. 61

M. Véricel,

- *Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?* Dr. soc. 2015, p. 833

P. Verge,

- *Droits du travail comparé et identité du droit du travail*, in. Le droit social comparé : pourquoi et comment ? Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994, p. 96

P.-Y. Verkindt,

- La sécurité juridique et la confection de la loi, Dr. Soc. 2006, p. 720

- L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale, Dr. Soc. 2010, p. 519

- *Regards sur le droit du travail français contemporain dans la crise économique et financière*, Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2012/2, p. 30

- *Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale*, JCP S, n° 22, 29 mai 2012, 1233

- *La collectivité de travail ou « La belle inconnue »*, Dr. soc. 2012, p. 1006

- Quelques remarques conclusives sur la physionomie de l'accord après la loi du 14 juin 2013, JCP. S., n° 18-19. 6 mai 2014, p. 86
- *L'argument sociologique dans la doctrine travailliste*, in. D. Fenouillet (dir), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 313
- L'association des syndicats à l'élaboration de la loi, Dr. soc. 2015, p. 954

P.-Y. Verkindt, J. Barthélémy, G. Cette,

- À propos du contrat unique, JCP S, n° 6, 6 février 2007, p. 3

P.-Y. Verkindt, F. Canut,

- Négociateur sous contrainte. Un nouveau visage de la négociation collective en France ?, in. Droits du travail Emploi Entreprise, Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu, IRJS, coll. André Tunc, 2014, p. 241

A. Verschueren,

- Les implications sociales de l'intégration économique en marché, Dr. Soc. novembre 1971, p. 132

M. Verwilghen

- Discours, in. R. Mensbrugge (dir.), L'utilisation de la méthode juridique comparative en droit européen, Travaux de la faculté de droit de Namur, Vol. 20, Presses universitaires de Namur. 2003, p 25

Ch. Vigneau,

- Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire, RTD eur. 2002, p. 653

E. Vogel-Polsky,

- Le droit comparé : pourquoi et comment dans le contexte de la politique sociale européenne, in. Le droit social comparé : pourquoi et comment ? Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 1994, p. 59

S. Vogenauer,

- Sources of law and legal method in comparative law, in. M. Reimann, R. Zimmermann (dir), The Oxford Handbook of Comparative law, Oxford University Press, 2008, p. 869

T. Yamaguchi,

- Comparabilité des droits dans les cultures juridiques différentes – à propos de la pluralité d'origines d'inspiration dans les règles juridiques du droit du travail, RIDC n° 44 1999, p. 1003

Ph. Waquet (dir),

- 13 paradoxes en droit du travail, supp. Sem. soc. Lamy, n° 1508, 2011

M. Weiss,

- The future of comparative labor law as an academic discipline and as a practical tool, Comparative Labor Law & policy Journal 2005, p. 169
- Les droits fondamentaux et le droit allemand du travail, in. A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir), Droits Fondamentaux et droit social, Dalloz coll. Thèmes et commentaires 2005, p. 204

- Industrial relations and EU enlargement, in. J. Craig, M. Lynk (dir), Globalization and the Future of Labour Law, Cambridge University Press, 2006, pp. 169-190

H. Wiebringhaus,

- La Charte sociale européenne, *Annuaire français de droit international*, volume 9, 1963. pp. 709-721.

- Première mise en œuvre du système de contrôle instauré par la Charte sociale européenne, *Annuaire français de droit international*, volume 14, 1968. pp. 784-78

E. Zoller,

- Les *grands arrêts* de la Cour Suprême des États-Unis, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2010

Index

(Les numéros indiqués renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Accord compétitivité-emploi, 444 et s., 512 et s.

Accord de maintien de l'emploi, 445 et s., 514 et s.

Accord de préservation et de développement de l'emploi, 445 et s., 514 et s.

Analyse économique,

- présentation, 224 et s.

- droit du travail, 239 et s.

- analyse macroéconomique du droit, 250 et s.

Argument comparatiste, 351, 635 et s.

Autonomie collective, 383, 697 et s.

B

Benchmarking, 18 et s., 205

Bonne foi, 318

C

Capacité à négocier, 715 et s.

Capacité du salarié à occuper un emploi, 740

Clause de non-concurrence, 30, 311

Collectivité (communauté) de travail, 373, 446, 456, 462, 754

Comparatisme d'intimidation,

- définition, 612 et s.

Concurrence normative, 70 et s.

Conseil de l'Europe, 209 et s.

Contractualisation, 380 et s.

Contrat collectif d'entreprise, 372 et s. 442 et s.

Contrat de travail,

- flexibilisation, 505, 536 et s., 561 et s.

- contrat de travail unique, 508 et s., 724 et s.

- contrats précaires, 489 et s., 539 et s.

- nouvelles embauches, 542 et s.

- rupture efficace, 236, 560 et s.

Convention de procédure participative, 573

D

Déjudiciarisation,

- éviction du juge 530

- délais de prescription 569

Démocratie sociale, 538 et s.

Dérogação, 450 et s.

Dialogue social, 153 et s., 365 et s., 417

Droit comparé,

- définition, 25

- finalités, 25 et s.

- formants juridiques, 321 et s.

- greffe juridique, 647 et s.
- normativité, 615 et s.
- théorie des origines juridiques, 289 et s.

Droit du marché du travail, 723 et s.

Droit souple, 198 et s.

E

Efficacité, 385 et s.

Emploi,

- discours sur ~, 476 et s., 533, 674 et s.

Employabilité, 738 et s.

Evaluation, 9, 11 et s.

F

Flexibilité,

- notion, 496 et s.
- interne, 451, 512, 515
- externe, 482 et s.

Flexicurité, 3, 499, 668 et s.

G

Globalisation, 48 et s.

Gouvernance, 155, 369

I

Inflation normative, 278 et s.

Institution représentatives du personnel,

- Représentation, 655
- Fusion (conseil d'entreprise), 656 et s.

L

Licenciement,

- Assouplissement du droit du licenciement, 560 et s.
- éviction du droit du licenciement, 568 et s.

M

Méthode ouverte de coordination, 166 et s.

- Stratégie européenne pour l'emploi, 183 et s.

Mobilité, 520 et s.

N

Négociation collective,

- évolution, 417 et s.
- décentralisation, 425 et s.

Neutralité axiologique, 232 et s.

O

Obligation de négocier, 375

Obligation de négocier de bonne foi, 400

Obligation de reclassement, 30, 507

OIT, 98 et s.

P

Paradigme comparatiste, 584 et s.

- ~ d'intimidation, 620 et s.
- ~ pluraliste, 586, 604 et s.

Plafonnement des indemnités, 561 et s., 576

Principe de faveur, 286, 455

Procéduralisation, 397 et s.

R

Règle incitative, 751 et s.

Règle supplétive, 452 et s.

Régulation, 369

- auto-régulation de l'entreprise, 434

Responsabilisation,

- de l'entreprise, 737

- des partenaires sociaux, 157, 371, 420

- des acteurs du marché du travail, 737

Rupture conventionnelle, 571 et s.

S

Sécurisation,

- du droit du travail, 274, 283 et s.

- juridique de l'entreprise, 283 et s.

- des parcours professionnels, 463, 533, 677

Sécurité juridique, 282

Simplification du droit du travail, 283 et s.

Stabilité,

- de l'emploi, 200, 517, 533, 674

- de la norme, 284 et s.

T

Travail temporaire,

- « CDI intérimaire », 549 et s.

U

Union européenne,

- harmonisation, 128 et s.

- dialogue social, 143, 153 et s.

Table des matières

INTRODUCTION.....	13
I. L'emprise du prisme évaluatif	10
II. L'identification du discours comparatiste dominant	18
1. Le discours comparatiste dominant n'est pas le droit comparé du travail	20
2. Le droit comparé enrichit le droit du travail.....	26
3. Le discours comparatiste dominant instrumentalise le droit comparé ...	29
PREMIERE PARTIE : LES RESSORTS DE L'ARGUMENT COMPARATISTE. 35	
TITRE 1 : LES RESSORTS EXTRINSEQUES AU DROIT DU TRAVAIL	39
Chapitre 1 : La rhétorique de la globalisation	40
Section 1 : Le phénomène de la globalisation.....	41
§ 1 : Quelques précisions terminologiques.....	41
§ 2: Une pression déstabilisatrice pesant sur les acteurs du droit du travail	50
Section 2 : L'omniprésence de l'argument concurrentiel	54
§ 1 : Le rôle grandissant du « <i>paradigme compétitif</i> » dans le discours comparatiste.....	57
A. La concurrence normative	57
B. La marketisation du droit, vecteur de mise concurrence des droits.....	65
C. Une réaction inédite à la diversité des systèmes juridiques.....	67
§ 2 : Les réponses à la concurrence normative.....	69
A. L'insuffisance des cadres réglementaires traditionnels.....	71
1. L'exemple de l'Organisation Internationale du Travail	72
2. L'exemple de l'Union européenne	76
B. L'incitation à la convergence spontanée des droits	79
§ 3 : La minimisation du rôle concurrentiel du droit du travail	82
Conclusion du Chapitre 1	87
Chapitre 2 : L'appartenance à une organisation régionale	89
Section 1 : L'Union européenne.....	90
§ 1 : Le rôle de la comparaison dans l'action normative de droit commun	92

A. L'instrumentalisation traditionnelle de la comparaison au sein des instruments de droit légiféré.....	92
1. La diversité des politiques de rapprochement des droits nationaux	94
2. Les manifestations de la politique d'harmonisation.....	106
B. L'insuffisance de la comparaison au sein de la réglementation d'origine professionnelle.....	113
§ 2 : Le rôle subversif du comparatisme au sein des nouveaux modes d'intervention normative de l'Union européenne	124
A. La Méthode Ouverte de Coordination.....	125
1. Présentation : la Méthode Ouverte de Coordination, vecteur d'échange entre les droits	127
2. Application : la Stratégie Européenne pour l'Emploi	137
B. La montée en puissance du droit souple	149
Section 2 : Le Conseil de l'Europe.....	159
Conclusion du Chapitre 2.....	168
Conclusion du Titre 1	170
TITRE 2 : LES RESSORTS INTRINSEQUES AU DROIT DU TRAVAIL.....	171
Chapitre 1 : L'influence de l'appréciation économique du droit du travail	173
Section 1 : La démarche de l'analyse économique du droit du travail.....	174
§ 1 : Des prétentions	176
A. Brève présentation de l'analyse économique du droit.....	176
B. Neutralité axiologique (impossible) de l'analyse économique du droit ?	180
§ 2 : Des préférences	185
A. La primauté de la fonction économique du droit du travail	186
B. La primauté de la fonction économique du droit du travail relativisée ...	191
§ 3 : Une nouvelle orientation : l'analyse macroéconomique du droit	194
Section 2 : Les autres raisons de l'accueil favorable de l'argument comparatiste	199
§ 1 : Le contexte : la récurrence des « crises ».....	200
A. Le discours comparatiste et la crise économique	200
B. Le discours comparatiste et la crise du droit du travail	206
§ 2 : Le prétexte : la complexité du droit du travail	213
A. La complexité de la norme travailliste	215
B. La « sécurisation » du droit du travail comme remède.....	222
Conclusion du Chapitre 1	229

Chapitre 2 : L'influence internationale de la théorie des « origines juridiques » (<i>Legal Origins Theory</i>)	230
Section 1 : L'appréciation des droits du travail à l'aune de la théorie des origines juridiques	231
§ 1 : Présentation de la théorie des origines juridiques	232
§ 2 : La théorie des origines juridiques appliquée au droit du travail	237
Section 2 : L'appréciation de la théorie des origines juridiques à l'aune de l'analyse juridique	243
§ 1 : Les insuffisances de la théorie des origines juridiques vues à la lumière du droit comparé.....	244
A. Les limites des postulats de la théorie des origines juridiques.....	244
1. Une appréciation figée des traditions juridiques	245
2. Une présentation erronée du rôle du juge.....	251
B. L'exemple du concept de « formants juridiques » (<i>Legal formants</i>).....	263
1. Les « <i>formants juridiques</i> », un outil conceptuel indispensable en droit comparé	264
2. Les enseignements du concept de « <i>formants juridiques</i> » : l'hétérogénéité profonde des modèles juridiques.....	266
§ 2 : Les insuffisances méthodologiques de l'évaluation du droit du travail ...	269
A. Une appréciation méthodologiquement discutable	270
B. Une appréciation insensible au monde des valeurs	281
Conclusion du Chapitre 2.....	285
Conclusion du Titre 2.....	287
Conclusion de la Première Partie	289
SECONDE PARTIE : LE JEU DE L'ARGUMENT COMPARATISTE	291
TITRE 1: LE DEPLOIEMENT DE L'ARGUMENT COMPARATISTE.....	292
Chapitre 1: La refondation des sources du droit du travail	293
Section 1 : La conceptualisation de la refondation.....	294
§ 1 : Les fondements	294
A. La rénovation de la démocratie sociale	295
B. L'incitation à la régulation contractuelle.....	303
§ 2 : Les méthodes.....	310
A. La contractualisation	312
1. L'inefficacité du droit du travail légiféré	312
2. L'efficacité du droit du travail conventionnel.....	315
B. La procéduralisation	322

Section 2 : La mise en œuvre de la refondation des sources du droit du travail ..	335
§ 1 : La densification du droit conventionnel du travail.....	336
A. La prévalence de la négociation collective et du dialogue social.....	337
B. La décentralisation de la négociation collective.....	343
§ 2 : L'institution progressive de l'autorégulation de l'entreprise	350
A. Techniques.....	351
1. Une unité d'objectifs	352
2. Une pluralité de techniques	355
a. Le contrat collectif d'entreprise.....	356
b. Les techniques d'articulation des normes au service du niveau de l'entreprise.....	362
B. Enjeux théoriques	371
1. L'inspiration de la théorie institutionnelle dépassée	372
2. L'américanisation du droit du travail applicable à l'entreprise engagée	377
Conclusion du Chapitre 1	386
Chapitre 2: L'amélioration de la protection de l'emploi.....	388
Section 1 : L'échec du modèle traditionnel de protection de l'emploi	390
§ 1 : Le constat de l'échec	390
A. Le dualisme du marché du travail	391
B. La montée en force de la précarité.....	395
§ 2 : Les remèdes envisageables.....	400
A. La flexibilisation du droit des contrats de travail	401
1. La notion de flexibilité.	401
2. La reconfiguration de la diversité des contrats de travail.....	406
3. Les remèdes fondés sur le droit conventionnel	415
B. La fluidité du marché du travail.....	422
1. La mobilité sur le marché du travail.....	424
2. La régulation financière de la relation de travail.....	428
Section 2 : Les remèdes envisagés	432
§ 1 : Les mesures de réduction du dualisme du marché du travail.....	434
A. La flexibilisation du contrat à durée indéterminée	434
1. La flexibilisation engagée du contrat standard en droit français.....	435
a. L'option de la suppression des contrats précaires écartée.....	436

b. Retour sur l'usage du comparatisme durant l'expérience du contrat « nouvelles embauches »	438
c. L'attractivité du modèle du contrat à durée indéterminée : la création du CDI intérimaire.....	445
2. La flexibilisation démesurée du droit des contrats de travail en droit comparé	448
B. L'assouplissement du droit du licenciement.....	454
§ 2 : La déjudiciarisation de la rupture du contrat de travail.....	459
A. Le phénomène de déjudiciarisation	460
B. Les figures de la déjudiciarisation	463
Conclusion du Chapitre 2	475
Conclusion du Titre 1	477
TITRE 2 : LA LOGIQUE DE L'ARGUMENT COMPARATISTE	480
Chapitre 1 : La construction du « <i>paradigme comparatiste</i> »	482
Section 1 : L'émergence compromise d'un « <i>paradigme comparatiste</i> » pluraliste	484
§ 1 : Les obstacles à l'émergence d'un « <i>paradigme comparatiste</i> » pluraliste	485
A. L'insuffisance de la fonction cognitive du discours comparatiste	485
B. La prédominance de la fonction normative et prescriptive du discours comparatiste.....	490
§ 2 : Les préalables d'un « <i>paradigme comparatiste</i> » pluraliste	494
A. La contextualisation.....	495
B. Le comparatisme, source du droit ?	498
Section 2 : L'émergence encouragée d'un « <i>paradigme comparatiste</i> » d'intimidation	502
§ 1 : L'identification du comparatisme d'intimidation	503
§ 2 : Les usages incitant à l'émergence du « <i>paradigme comparatiste</i> » d'intimidation	508
A. Les usages explicites et courants de l'argument comparatiste	508
1. L'information comparative.....	509
2. L'argumentation comparative	512
B. Les usages abusifs de l'argument comparatiste : la greffe juridique.....	517
1. Quelques données théoriques	517
2. L'exemple du conseil d'entreprise	523
Conclusion du Chapitre 1	536

Chapitre 2 : La dynamique du « <i>paradigme comparatiste</i> »	538
Section 1 : La circulation.....	539
§ 1 : La circulation de notions « structurantes » : l'exemple de la flexicurité .	540
A. L'Union européenne, vecteur de circulation de la notion de flexicurité .	541
1. La nouvelle gouvernance européenne, facteur d'imposition de la stratégie de la flexicurité	542
2. Une conception économique de la flexicurité	545
B. La réception de la notion de flexicurité	550
1. Une notion instrumentalisée.....	551
2. Une notion transformée	554
§ 2 : La circulation de notions « opérationnelles ».....	563
A. La notion d'autonomie collective	563
1. Présentation de la notion d'autonomie collective.....	564
2. Les contours de l'autonomie collective « à la française ».....	574
B. La notion de contrat de travail unique	586
Section 2 : La transformation	592
§ 1 : L'avènement du droit du marché du travail	593
§ 2 : Le droit du marché du travail, symptôme de mutations profondes de la norme travailliste	603
Conclusion du Chapitre 2	614
Conclusion du Titre 2	616
Conclusion de la Seconde Partie	618
Conclusion générale	621
Bibliographie indicative	626
Index	669
Table des matières	672

Vu et permis d'imprimer

Avignon, le

Le Président de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Philippe Ellerkamp