Marché du travail (Droit du)

En 2015, le conseil d'orientation de l'emploi publiait un rapport intitulé « Les réformes du marché du travail », dans lequel étaient décrites et comparées les réformes récentes de droit du travail et de droit de la protection sociale menées en France et dans d'autres pays européens. Le lien noué entre l'intitulé du rapport et son contenu suggère que l'organisation du marché du travail figure parmi les fonctions du droit social (JEAMMAUD 2015). L'assignation du droit social à l'objectif d'améliorer le fonctionnement du marché du travail (FAVEREAU 2018) n'étonne plus guère. Il est vrai que cette référence au fonctionnement du marché du travail pour désigner le rôle du droit social s'est progressivement imposée jusqu'à être utilisée dans la langue du droit, notamment dans l'appellation donnée aux lois adoptées : loi du 25 juin 2008, « portant modernisation du marché du travail », loi du 8 août 2016 « relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », ou encore la loi « portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi », adoptée fin 2022…

Loin d'être anodine, la référence au marché du travail, et à son fonctionnement, doit être prise au sérieux. Elle livre une clé de lectures des évolutions du droit du travail et permet d'en mesurer les implications de l'émergence d'un véritable droit du marché du travail.

Hypothèse

Si selon un lieu commun, la finalité du droit du travail est de protéger le salarié, la fonction assumée par le droit du travail est en réalité plus riche et empreinte d'ambivalence (LYON-CAEN G,. 1951 et 2004 ; JEAMMAUD, 2005 ; PERULLI, 2018 ; GEA, 2019, PESKINE, WOLMARK 2022). En même temps qu'il protège les salariés, il participe à l'organisation des marchés des biens et des services par l'égalisation des conditions de la concurrence et il constitue une technique d'organisation de l'entreprise (BARTHELEMY, 2015). Mais, depuis le début du XXI^{ème} siècle, c'est une autre fonction du droit du travail qui a d'abord été élaborée puis inscrite dans les dispositifs de droit positif : celle d'organiser et d'assurer la fluidité du le marché du travail, afin d'assurer un bon niveau de taux d'emploi au niveau national.

L'origine de la promotion d'un droit du marché du travail peut être trouvée dans un ensemble de rapports produits par des économistes (BLANCHARD et TIROLE, 2003 ; CAHUC, 2003 ; CAHUC et KRAMARZ, 2005), parfois accompagnés de juristes (BARTHELEMY et CETTE, 2010), ou encore par des acteurs de la vie économique (DE VIRVILLE, 2004). Si ces rapports diffèrent sur certains points, ils partent d'un diagnostic commun : le droit du travail contrarie le fonctionnement efficace du marché du travail. Selon ces auteurs, en raison de l'insécurité juridique qu'il crée, le droit du travail freine les initiatives d'embauche des employeurs qui craignent de ne pas être en mesure de licencier lorsque cela est nécessaire. Ce faisant, le droit du travail

entrave la fluidité du marché du travail, favorisant le maintien dans le chômage des travailleurs privés d'emploi.

Deux effets pervers du droit du travail sont ainsi mis en lumière. D'une part, le droit du travail crée une inégalité entre ceux qui ont un emploi stable et qui vont le garder (les *insiders*) et ceux qui ne parviennent pas à accéder à l'emploi stable (les *outsiders*). D'autre part, en contribuant à créer un environnement incertain, le droit du travail favorise le maintien du chômage à un taux élevé, en empêchant les employeurs d'adopter des décisions (embaucher/licencier) économiquement rationnelles, pourtant nécessaire à la relance de l'activité et donc aux embauches. Dans cette perspective, le droit du travail s'avère économiquement inefficace et socialement injuste. A partir de ce diagnostic, les auteurs proposent des instruments qui permettent de réconcilier l'efficacité économique et la protection des travailleurs, comprise comme la possibilité pour le plus grand nombre d'avoir un contrat de travail. Plus encore l'efficacité économique est conçue comme une condition de la protection des salariés (PESKINE et alii, 2012).

La force rhétorique de cette analyse réside précisément dans cette œuvre de réconciliation. Ce qui , à l'évidence, a séduit les faiseurs de règles. Pourtant, le diagnostic, et surtout les instruments utilisés pour l'établir, ne sont pas exempts de critique. L'hypothèse même de l'existence d'un marché du travail, ou plutôt l'hypothèse selon laquelle l'offre et la demande de travail réagissent à des signaux comme le prix de la main d'œuvre ou encore la préservation des anticipations des agents, mérite d'être remise sur le métier (FAVEREAU, 2018). D'autres critiques ont également été formulées. Elles portent sur l'hypothèse d'un contournement croissant du droit du travail, et en particulier du droit du licenciement économique en raison de sa complexité, la construction des indicateurs de rigueur du droit du travail utilisés pour mettre en lumière la manière dont le droit du travail encadrent les décisions patronales, ou encore le lien de corrélation entre l'état du droit du travail et le niveau d'emploi (SERVERIN et alii, 2008 ; SACHS, 2013 ; ERHEL et KIRAT, 2015). Autant de pièces du travail d'évaluation de la prétendue inefficacité du droit du travail qui ont été remises en question.

En dépit de ces réserves, la critique du droit du travail comme source d'inefficacité économique et d'injustice sociale a prospéré. Plus encore, cette proposition contrintuitive selon laquelle il faut faciliter les ruptures du contrat de travail pour favoriser les embauches a fait le lit des réformes successives du droit du travail. Un trait d'union est ainsi tracé entre la sécurisation des employeurs, – entendue comme le fait de préserver leurs décisions de toute remise en cause par une autorité hétéronome, à l'instar des juges – et la sécurisation de l'emploi, comprise comme la poursuite d'une amélioration du taux d'emploi. Ce lien, qui a reçu l'onction du Conseil constitutionnel (Cons. Const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC, SACHS, 2015), contribue à le doter des atours de la neutralité axiologique et a inspiré nombre de réformes récentes du droit du travail.

Réalisations

Analyser le droit du travail comme un droit du marché du travail consiste à examiner les manières dont il encadre et favorise l'appariement entre offre et demande de travail. Il est efficace s'il organise la fluidité de la circulation de la main d'œuvre sur le marché du travail.

Du côté de l'offre de travail, c'est-à-dire des travailleurs, l'élaboration d'un droit du marché du travail repose sur une forte imbrication du droit du travail et du droit de la protection sociale dans la reconnaissance des droits attachés à la personne. Si l'émergence de droits attachés au travailleur ne doit pas nécessairement être associée au projet d'édification d'un droit du marché du travail (SUPIOT, 2016), elle assume un rôle dans l'édification d'un droit du marché du travail, notamment en facilitant la mobilité des travailleurs à double titre. D'une part, la portabilité des droits, notamment des droits à la formation professionnelle dans le cadre du compte personnel de formation, est censée faciliter la rencontre entre la demande de travail et l'offre de travail, en permettant l'adaptation des compétences du salarié aux besoins des entreprises. D'autre part, l'émergence de droits attachés à la personne doit être comprise comme une compensation de l'affaiblissement des protections que procure la situation dans l'emploi. Autrement dit, les protections sur le marché du travail (droit à la formation, revenus de remplacement) sont censées se substituer aux protections dans la relation de travail.

Du côté de la demande de travail, à savoir les employeurs, quatre types de technologies ont été utilisées.

La première consiste à cantonner toute intervention hétéronome susceptible de contrarier la formulation de la demande de travail. Y participent les dispositifs qui limitent l'intervention du juge, en rendant plus difficile l'accès au juge ou en limitant son office (GREVY et HENRIOT, 2013). Les illustrations ne manquent pas : réduction des délais de prescription, création de la rupture conventionnelle, objectivation du motif économique de licencient, plafonnement des indemnités de licenciement, etc.

La deuxième technologie réside dans la promotion de la négociation collective d'entreprise. Celle-ci échappe toujours plus à l'autorité de la loi et de la convention de branche. Réduite à un marchandage (BARGAIN, 2014), la négociation menée au niveau de l'entreprise permet un ajustement du compromis au plus près des contraintes de production de l'entreprise. Fruit d'une négociation, les obligations qui en résultent sont voulues et acceptées. A ce titre, à l'instar des décision unilatérales de l'employeur, elles doivent être préservées d'une remise en cause venue de la loi ou d'une convention de niveau supérieur. Dans cette perspective, la « célébration de l'accord d'entreprise » (PESKINE, 2014) contribue bien à l'édification d'un droit du marché du travail.

La troisième technologie, moins présente, est la mise en place, notamment par les pouvoirs publics, de dispositifs qui rendent les acteurs *effectivement* capables d'exercer leurs prérogatives. Telle est précisément la fonction de la reconnaissance d'un droit à l'information des employeurs pour les entreprises de moins de 300

salariés (Art. L. 5143-1 du C. Trav.) ou encore la création du Code du travail numérique. Le droit à l'information constitue en effet une technologie attachée au fonctionnement d'un marché : le fonctionnement correct du marché suppose une information parfaite de ses acteurs sur les conditions pour agir sur le marché.

La quatrième technologie consiste à préférer aux règles qui attribuent des droits subjectifs des normes qui prennent la forme d'incitation financière (LECLERC et SACHS, 2015). Il en est ainsi du renchérissement du recours aux contrat à durée déterminée de très courte durée. Pour limiter le recours aux contrats courts, il aurait été envisageable de légiférer à la manière du législateur de 1982 en définissant des cas de recours pour les contrats à durée très courte. La méconnaissance de ce type de règles aurait ouvert la possibilité au salarié dont les droits ont été méconnus d'agir en justice. C'est une autre voie qui a été choisie : celle de renchérir le coût des contrats courts. Ce faisant, la logique poursuivie est triple : dissuader les entreprises de recourir à ce type de contrat d'abord ; orienter les décisions des employeurs sans introduire d'insécurité juridique ensuite – le surcoût des contrats très courts étant connu à l'avance – ; faire prendre en charge aux entreprises les externalités négatives de leurs comportements en versant une contribution à la puissance publique qui prend en charge les conséquences de ces pratiques pour les salariés (versement de revenu de remplacement, etc.). Ce type d'outils constitue une véritable norme de régulation du marché du travail, et non de la relation de travail.

Implications

Si l'on veut bien adhérer à la lecture de l'évolution du droit du travail en termes d'édification d'un droit du marché du travail, reste encore à l'interpréter. Cette tâche est malaisée tant est grande l'ambiguïté qui marque le droit du marché du travail. Selon une première interprétation, le droit du marché du travail participe d'une revalorisation des individus, lesquels se voient reconnaître la titularité de nouveaux droits, comme la création du Compte personnel d'activités. A cet égard, l'édification d'un droit du marché du travail constitue un des prolongements de la place croissante de l'individu, voire de la personne dans le droit social.

Toutefois, une seconde interprétation est possible : l'édification d'un droit du marché du travail marque la pénétration d'une évaluation marchande dans une sphère qui demeurait, jusque-là, plutôt protégée, une telle évaluation aboutissant à transformer le travail en un bien marchand qui s'échange sur le marché. A cet égard, les enseignements de K. Polanyi éclairent les évolutions récentes. Selon l'auteur de la *Grande transformation*, ni le travail, ni la terre, ni la monnaie ne sont naturellement des marchandises. Les traiter comme telles repose sur une fiction destructrice de notre société. Pour cette raison le « compromis fordiste » a soustrait le travail à la logique de marché. Ce compromis a connu de nombreuses traductions juridiques, parmi lesquelles le développement de la négociation de branche comme instrument d'égalisation des conditions de la concurrence et donc de soustraction du travail à la pression concurrentielle qu'exerce le marché des biens et des services. De même l'émergence de l'entreprise considérée comme une unité au sein de laquelle

l'allocation du travail et sa rémunération obéissent à des règles distinctes de celles du marché (avancement à l'ancienneté, négociation de grille de classification, rôle de la hiérarchie, etc.) a fait rempart à la marchandisation du travail. Il en est de même de la limitation des conditions dans lesquelles l'employeur peut faire porter au salarié le risque économique. Or, les évolutions récentes du droit du travail contribuent à affaiblir les obstacles à la marchandisation du travail, en soumettant toujours plus le travail à la pression des marchés. Plus précisément, certains dispositifs contribuent à répercuter sur le travail « la tenaille dans laquelle est prise l'entreprise » (EYMARD-DUVERNAY, 2014) entre les exigences des marchés des biens et des services et celles des marchés financiers. Il en résulte que, dans les entreprises, les valeurs marchandes, et le type de valorisation du travail qu'elles impliquent, évincent d'autres valeurs organisationnelles, économiques ou sociales. La réforme du temps de travail est à cet égard emblématique. La prévalence de l'accord collectif d'entreprise, au détriment de la loi et de la convention collective de branche, autorise l'expansion d'une valorisation marchande du travail, dont les rythmes et les coûts sont dictés par les exigences du marché des biens et des services sur lequel agit l'entreprise. Comme le note un auteur, dans une « conception marchande de la négociation collective », celle-ci « ne vise plus à adapter les conventions supérieures, conformément à sa fonction originelle, mais à concevoir une contrainte juridique sur mesure pour l'entreprise » (BARGAIN, 2014). Objet de cette négociation, le travail se trouve ainsi réduit à son expression marchande. L'objectivation comptable des difficultés économiques susceptibles de justifier un licenciement (L. 1233-3 du C. trav. ; SACHS 2016 [2]) se prête à une analyse comparable. Elle conduit à déléguer à la comptabilité l'évaluation et la restitution de la situation de l'entreprise ainsi que de ses répercussions sur l'emploi. Les instruments comptables utilisés sont le fruit d'une normalisation comptable qui vise « à faire de la comparabilité des entreprises un instrument de pression » (JUBE 2009). La comptabilité est donc un instrument dépositaire d'une vision marchande du monde, que la préconstitution comptable des difficultés économiques répercute sur le travail.

Bibliographie

BARGAIN G., *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2014

BARTHELEMY J., Le droit du travail, technique d'organisation de l'entreprise, Wolkers Kluwers, coll. « Liaisons sociales », 2015

BARTHELEMY J., CETTE G., *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, La Documentation Française, 2011

BLANCHARD O., TIROLE J., Protection de l'emploi et procédures de licenciement, CAE, 2003

CAHUC P., Pour une meilleure protection de l'emploi, rapport au Centre d'organisation économique, 2003

CAHUC P., KRAMARZ, De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, La Documentation française, 2005

Conseil d'orientation de l'emploi, Les réformes des marchés du travail en Europe, 2015

DE VIRVILLE M., Pour un Code du travail plus efficace, Rapport au ministre des affaires sociales, du Travail et de la solidarité, La Documentation française, 2004

ERHEL C., KIRAT T. (dir.), Les institutions du travail : quelles réévaluations ?, *Travail et emploi*, n° 142, 2015

EYDOUX A, FRETEL A, Réformes du marché du travail. Des réformes contre l'emploi, 2016

EYMARD-DUVERNAY F., « Le travail dans l'entreprise – pour une démocratisation des pouvoirs de valorisation », *in L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, ss. dir. B. Roger, Lethielleux, 2012, p. 191

FAVEREAU O., « D'un droit du travail qui devient un droit du marché du travail », *in A droit ouvert. Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 328.

FAVEREAU O., « Droit du travail : la démocratie économique entre le marché et l'entreprise », *Revue de droit du travail,* 2017. 582

FAVEREAU O., « Note critique sur le droit, l'économie, et le 'marché » du travail', *Revue de droit du travail*, 2012, p. 472.

GEA F., A quoi sert le droit du travail ?, série de podcasts, Amicus Radio

GEA F., « Un changement de paradigme », *Droit social*, 2017, p. 997

GREVY M., HENRIOT P., « Le juge, ce gêneur… », *Revue de droit du travail*, 2013, p. 173

HANNOUN C., « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *Revue de droit du travail*, 2008. 288

JEAMMAUD A., « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, ss. la dir. d'A. Jeammaud, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 15.

JUBE S., « La normativité comptable : un angle mort du droit social », *Revue de droit du travail,* 2009. 211

LECLERC O., SACHS T, « Gouverner les entreprises par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail », *Revue Française de Socio-économie*, 2015/2, p. 171

LYON-CAEN A., SACHS T., « La loi de sécurisation de l'emploi : ADN d'une réforme », *Revue de droit du travail*, 2013, p. 162

LYON-CAEN G. « Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée », *Droit ouvrier*, 2004, p. 49

LYON-CAEN G., « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Droit*

ouvrier, 1951, p. 1

POLANYI K., *La Grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, 1983

PERULLI A., Les ordonnances Macron et le *Jobs Act* : valeurs et fonctions dans le nouveau paradigme du droit du travail, *Revue de droit du travail*, 2018, p. 86

PESKINE E., « La célébration de l'accord collectif », *Droit social,* 2014. 438.

PESKINE E., PORTA J., SACHS T., WOLMARK C., « Protection et efficacité économique : un couple dans la crise », Droit ouvrier, 2012, p. 69

PESKINE E., WOLMARK C., *Droit du travail*, Dalloz, coll. Hypercours, 2022

SACHS T., WOLMARK C., « Les réformes 2017 : quels principes de composition ? », *Droit social*, 2017, p. 1008.

SACHS T. [1], « La consolidation d'un droit du marché du travail », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 748

SACHS T. [2], « De l'objectivation comptable des difficultés économiques à l'enrichissement du contrôle de la décision de l'employeur », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 662

SACHS T., « Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique », *Droit social*, 2015, p. 1019

SACHS T., *La Raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit social », 2013

SERVERIN E., VALENTIN J., KIRAT T., DALMASSO R., SAUZE D.. « Évaluer le droit du travail à la lumière de son contentieux : comparaison des droits et des procédures, mesure des actions », in Rapport final du projet « Evaluation du droit du travail : Problèmes et méthodes », A. Lyon-Caen, J. Affichard (dir.), 2008

SUPIOT A., *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, coll. « Essais », 2ème éd., 2016

Notices connexes

Chômage, Flexicurité, Formation professionnelle continue, Liberté d'entreprendre, Licenciement, Mobilité, Réorganisation

Tatiana SACHS

Décembre 2022