

La règle de droit comme équipement pour le travail juridique : le cas du licenciement collectif pour motif économique

Claude DIDRY

Dans une conception courante au sein de la science économique actuelle, la règle de droit est envisagée comme une limitation de la marge d'action des agents économiques et, plus généralement, comme un réducteur d'incertitude. Cette conception sous-tend l'argumentaire libéral de l'économie standard, guidé par une dénonciation de la règle de droit comme *rigidité*, par opposition à la bienfaitante *flexibilité* que procure une adaptation continue des agents aux évolutions des marchés. Le débouché immédiatement politique de ces analyses économiques en France¹, y compris dans les quelques aménagements de la théorie standard élargie, ne laisse quasiment pas de place à une discussion scientifique sur la portée de cette conception de la règle. Il vaut mieux pour cela se tourner vers les théories non standard au sein desquelles le souci assumé de rendre compte de la vie économique telle qu'elle se passe prévaut sur le respect du dogme utilitariste dans l'analyse de la psychologie des agents. Or, de manière étonnante, c'est, à mes yeux, une conception analogue de la règle de droit qui prévaut également au sein de ces courants, en particulier dans l'analyse des « marchés internes du travail² » :

1. Pour la France, cette relation est établie historiquement dans MADELIN (1997).

2. La place des règles est centrale dans cette notion si l'on se réfère à la définition de Doeringer et Piore qui définissent ainsi le marché interne du travail : « Une unité administrative, où la rémunération et l'allocation du travail sont gouvernées par un ensemble de règles et de procédures administratives » (cité par O. FAVEREAU, 1986, p. 258).

la règle de droit y apparaît comme un prolongement et un point d'appui pour l'ensemble des règles qui font du marché interne du travail, en premier lieu, une « organisation antimarché » (Favereau, 1989). Cette conception de la règle, qui va de la « règle interne » à la règle du droit d'un État, trouve un écho, au sein de la doctrine juridique, dans le pluralisme juridique qui fonde de nombreuses contributions dans le domaine du droit du travail. Sans rentrer dans un débat sur la nature des « règles internes » ou sur l'existence d'un « ordre juridique » (au sens de Santi Romano) propre à chaque entreprise, en en restant au seul droit étatique, peut-on s'en tenir à cette conception de la règle pour analyser l'encadrement légal du contrat de travail et notamment celui – à certains égards fondateur pour le droit du travail français – de la rupture du contrat de travail³ au sein du régime spécial du licenciement collectif pour motif économique ?

Les développements judiciaires récents dans le domaine des licenciements collectifs pour motif économique conduisent à nuancer ces analyses, pour mettre en évidence la profonde *ambivalence* des règles de droit étatique vis-à-vis des formes régulières de l'activité économique, et notamment, de ce qu'il est convenu d'appeler depuis Doeringer et Piore les « marchés internes du travail⁴ ». Si le droit du travail pose des limites à la faculté de résilier de manière unilatérale les contrats de travail, et par là semble rejoindre un souci de stabilité des marchés internes du travail, il institue dans le même temps le droit de licencier et la procédure de licenciement (Jeammaud, 1993).

Il ne s'agira pas ici cependant de dénoncer les approximations de la règle, encore moins d'en proposer des réformes hâtives : l'ambivalence est de mon point de vue constitutive de la nature de la règle de droit, elle correspond à sa « texture ouverte » (au sens de MacCormick, 1989). Partant de cette texture ouverte de la règle de droit, la question sera de voir comment la texture se transforme sous l'impulsion des acteurs économiques, dans le sens d'un resserrement ou dans celui d'une ouverture de la texture, étant admis que, dans les rapports de travail, l'ouverture des uns (par exemple les travailleurs) peut conduire à un resserrement pour les autres (les employeurs)⁵. Pour désigner l'activité de transformation de la texture des règles de droit réalisée par « les gens », au sens large, intégrant acteurs ordinaires, élus du peuple et juristes, je propose, dans un usage heuristique, la dénomination de « travail juridique ». La notion de « travail juridique » est destinée à rendre compte de l'emprise de l'« action en justice » sur la règle de droit : en d'autres termes, mon hypothèse est que la loi ne sort jamais indemne de son utili-

3. La première loi « ouvrière » significative de la République à la fin du siècle dernier fut la loi du 29 décembre 1890 sur la rupture abusive du contrat de louage de services (DIDRY, 1994).

4. Expression que j'utiliserai « par provision », en lui préférant cependant pour appréhender le travail – je m'en expliquerai un peu dans le texte – celle de « conventions du travail » forgée par Robert Salais.

5. « Le texte produit doit avoir un sens en tant que tel pour les gens qui ne connaissent pas le législateur et ne pourront saisir le but du législateur qu'en saisissant le texte produit » (MACCORMICK, p. 117). Je voudrais situer mon travail dans la perspective ouverte par MacCormick, en prenant pour point focal, dans l'analyse du travail juridique, « les gens », concept ordinaire et critiquable, qui a cependant le mérite de sortir la recherche du monde des controverses académiques.

sation par « les gens ». Ce qui apparaît clair pour les parlementaires, et plus généralement pour le pouvoir législatif, s'entend ici également de la mobilisation de la loi comme « moyen » dans une action devant un tribunal ou du commentaire de la loi ou d'une décision par des professeurs de droit ou des conseillers « avertis » du législateur. À terme, il faudrait sans doute changer de regard sur le droit, en prenant la règle comme la cristallisation d'un travail juridique, de la même manière que les outils et de manière générale les *équipements* sont la cristallisation d'un travail : à ce titre, comme le proclamait Durkheim à la fin du siècle dernier, le droit est un « fait social » (Durkheim, 1930 [1895]), il produit du « faire » collectif. De manière encore extrêmement hypothétique, le produit de ce travail, me semble-t-il, n'est pas d'abord la règle, mais la *décision pour l'action ordinaire*, mise en suspens par un litige ou un différend.

Dans le présent texte, je m'en tiendrai au travail juridique autour du corpus des règles encadrant le licenciement collectif pour motif économique. Pour examiner le travail juridique sur le droit du licenciement collectif qui s'est engagé au cours des années quatre-vingt-dix, je reviendrai dans un premier temps sur l'ébranlement des marchés internes du travail qui s'est manifesté à travers le recours massif aux procédures de licenciement collectif à partir du début des années quatre-vingt-dix. Cela me conduira, dans un second temps, à décrire la manière dont certains acteurs politiques et économiques ont rendu plus ouverte la texture de règles produites de longue date dans une optique de flexibilité accrue de la force de travail. Dans un troisième temps, l'analyse de la jurisprudence ainsi produite permettra de voir en quoi la règle de droit représente pour les acteurs économiques un outil de découverte et de connaissance de leur situation.

I. LA REMISE EN CAUSE DES MARCHÉS INTERNES DU TRAVAIL PAR LES LICENCIEMENTS DES ANNÉES QUATRE-VINGT-DIX

A. Pluralité des marchés internes du travail dans la version d'Olivier Favereau

Le travail n'est pas une marchandise comme une autre et il est difficilement assimilable à un titre au porteur, dans la mesure où il est difficile de distinguer la force de travail du travailleur. Il en résulte, si l'on suit Favereau (1989), que les marchés internes du travail doivent être envisagés comme des formes d'organisation radicalement différentes de celle du marché dans la théorie standard. La théorie standard est construite en effet, comme le rappelle Olivier Favereau, à partir de la généralisation – opérée par Léon Walras de manière prophétique – de l'organisation du marché boursier à l'ensemble des activités économiques. Cette généralisation aboutit à une limitation forte de la pertinence de la théorie standard pour aborder des réalités économiques autres que celle de marchés de titres au porteur régulés par un commissaire priseur, ou une autorité indépendante. Le « savoir collectif » (Favereau, 1989) propre aux marchés internes du travail se développe à travers le processus d'« apprentissage organisationnel » qui résulte de la dialectique entre les marchés des produits, irréductibles à toute organisation générale

préalable, et les entreprises entendues comme des « organisations » ou « marchés internes du travail ». Dans ce cadre, c'est le « contrat de travail qui régule l'insertion du salarié dans ce savoir collectif » (Favereau, 1989, p. 298) et l'accès à la capacité d'« apprentissage organisationnel » (Favereau, 1989) qui s'y trouve attachée. En fonction de la configuration productive de l'entreprise, le salarié arrive dans une organisation qui se situe entre deux figures polaires : la monopolisation de l'accès au savoir collectif par l'employeur, figure au sein de laquelle « le salaire intervient comme renonciation à l'intentionnalité [du salarié] » (Favereau, 1989), d'une part, la coïncidence entre la capacité d'apprentissage individuel du salarié et, d'autre part, le développement du savoir collectif au sein de laquelle « le salaire intervient comme encouragement : le salarié se voit acheter sa capacité d'apprentissage, et non plus sa capacité d'obéissance ». Les marchés internes du travail « concrets » prennent place entre ces deux extrémités et connaissent, entre ces deux formes limites, des trajectoires liées aux apprentissages organisationnels tirés de l'évolution du marché des produits. À mes yeux, un des apports centraux de Favereau (1989) est de dépasser les théories du dualisme du marché du travail, pour dégager les pistes d'une analyse de la pluralité des « marchés internes du travail » qui rendent compte de la pluralité des produits réalisés dans les activités économiques réelles. Certes, la notion de « marché interne du travail » se conçoit d'abord à partir de l'« approche organisationnelle des conventions » (Favereau, 1986, p. 257) présentée par Piore et Doeringer : les problèmes de coordination au travail se trouvent alors résolus par des règles de toute nature et on peut redouter une hyper-formalisation « du rôle des conventions dans l'allocation des ressources » (Favereau, 1986, p. 249). Cependant, en mettant entre parenthèses le penchant « organisationnel » de l'approche, il est possible d'envisager les « marchés internes du travail », au sens de Favereau (1989), comme quelque chose de proche des « conventions du travail », au sens de Salais (1989). Il en résulte que la notion de « marché interne du travail » est envisagée dans ce texte de manière heuristique, sans assumer la totalité de la construction, dans la mesure où, à mes yeux, la notion de convention est plus apte à rendre compte de coordinations régulières entre des individus, sans que celles-ci se présentent comme déduites de règles ou d'un accord préalable. Comme le souligne à plusieurs reprises D. Lewis dans *Convention*, la convention entendue comme coordination régulière de l'action de personnes qui sont avertis de cette régularité est différente de la conformité à des règles⁶.

6. Lewis (1969) s'appuie pour cela sur l'exemple de la conduite automobile à droite ou à gauche qui se comprend d'abord à travers le souci des automobilistes de rouler sans encombre, en précisant que si un citoyen ordinaire croise la voiture zigzagante du shérif pris de boisson, il fera les écarts nécessaires pour ne pas avoir d'accrochages, au risque de contrevenir à la règle de la circulation à droite. Il développe également la distinction entre convention et *agreement* qui l'amène ensuite à critiquer toute assimilation entre la convention dans le sens où il entend ce terme, proche de celui que lui donne Hume, et le contrat social, en particulier dans la version que Rawls a produite depuis une trentaine d'années. En d'autres termes, la convention comme coordination régulière ne suppose pas une communauté d'intérêts de la part de ceux qui y prennent part. En suivant Livet (1994), il faudrait plutôt partir de l'hypothèse inverse d'une divergence radicale d'intérêts que la convention ou la coordination met en suspens sans la faire disparaître.

Les règles sur lesquelles prennent appui les acteurs dans ces marchés internes – essentiellement et prioritairement les règles du droit étatique – ont une texture différente en fonction de la situation de ces marchés par rapport aux deux formes extrêmes de marchés internes envisagées ci-dessus. Dans le cas de la « quasi-monopolisation » du savoir collectif par l'employeur, l'organisation se présente avant tout comme une « réglementation anti-marché » visant à préserver les salariés de l'entreprise de la concurrence des « offreurs de travail » venant de l'extérieur de l'entreprise. Dans le second cas, l'organisation n'a pas à préserver les salariés de la concurrence extérieure, puisque leur spécialisation les met à l'abri de cette concurrence. En revanche, elle vise à assurer la participation de tous aux choix productifs et stratégiques qui engagent son avenir⁷.

B. La montée des licenciements pour motif économique au début des années quatre-vingt-dix et la remise en cause des marchés internes du travail

La croissance du nombre de licenciements pour motif économique à partir du début des années quatre-vingt-dix tend à obscurcir aux yeux des économistes et, au-delà des facultés, aux yeux des acteurs économiques, la pluralité des marchés internes du travail que met en évidence Favereau (1989). Pour donner un ordre de grandeur du phénomène, on part d'un rythme annuel « normal » (depuis la fin des années soixante, avec des pointes en 1975, 1984 et 1986) de 300 000 licenciements pour motif économique en 1990, pour arriver à un sommet de la vague, en 1993, avec 600 000 licenciements⁸. Le nombre de procédures de licenciement collectif passe de 2 000 en régime « normal », à 4 000 en régime de pointe en 1993. Toutes les catégories professionnelles sont touchées, même celle des cadres (Pichon, 1998) qui étaient auparavant préservés du fait de la confiance qui les unissait au cercle des dirigeants. Qu'est-ce qui explique cette croissance soudaine, avec l'accroissement du nombre de chômeurs qui en résulte et surtout une précarité grandissante des travailleurs ?

Une première explication tient au retournement de conjoncture économique, à la suite de la guerre du Golfe, qui s'est traduit par un accroissement du nombre d'entreprises en difficulté. Mais cette explication n'épuise pas le sujet, dans la mesure où de nombreuses entreprises florissantes ont eu recours à des licenciements collectifs. À l'époque, l'État montre la voie avec Air France en 1992 et surtout Renault dont la gestion, sous l'impulsion de L. Schweitzer, semble orientée d'abord par le souci constant, depuis plus d'une décennie, de valorisation du titre au détriment d'efforts conséquents de recherche et développement⁹.

7. On retrouve ici un balancement entre subordination et liberté du salarié, qu'une conception unilatérale du contrat de travail comme subordination tend à laisser de côté.

8. Pour des chiffres plus précis, voir BAKTAVASLAVOU et BROSETTA, 1996.

9. La valorisation du capital financier, associée à la recherche du meilleur chiffre d'affaires possible à court terme, semble ici étouffer les efforts de « capitalisation technique » (MOISDON et WEIL, 1998).

Une seconde explication renvoie au renouvellement de la logique de gestion du personnel, avec une ouverture de plus en plus importante du capital des entreprises aux marchés boursiers qui implique une politique de signal fort dans laquelle la recherche affichée d'une réduction du coût du travail conduit à une meilleure valorisation des actions (Beaujolin, 1998). Cela se dégage avec netteté de la concomitance entre la fermeture du site de Vilvoorde et la hausse du titre Renault en 1997, ou encore de la concomitance des fermetures de sites et de l'introduction de la société Danone à Wall Street en 1996, sous l'impulsion de l'éminence sociale des années Mitterrand, Antoine Riboud¹⁰.

Un troisième ensemble de causes est à chercher du côté de la stabilisation de la procédure de licenciement collectif, due à l'action du Gouvernement de Michel Rocard et de son ministre du Travail, Jean-Pierre Soisson (Aucouturier et Didry, 1997). Pour le ministre du Travail de l'époque, dans le contexte de la croissance économique de la fin des années quatre-vingt, la restructuration a longtemps été l'apanage de secteurs « en déclin », mais il écrit dans un numéro de la revue *Droit social*, sur le thème des *restructurations*: « On voit apparaître un *nouveau type de restructurations*, tourné vers l'amélioration de la compétitivité, la conquête de nouveaux marchés, la modernisation des entreprises. » Il revient donc au pouvoir politique de favoriser la montée en charge de cette nouvelle forme de restructurations, au nom de la compétitivité des entreprises françaises, en tentant d'arriver à une situation où « les restructurations seront moins destructrices d'emplois » (Soisson, 1989a). Je propose pour désigner ce type de politique de l'emploi un nouveau concept, le concept de « politique du moins pire ». Il s'agit de se résoudre au pire, les suppressions d'emplois, en limitant l'ampleur.

Dans le domaine de la procédure de licenciement collectif, la loi du 2 août 1989 précise l'obligation pour les directions de présenter un *plan social* accompagnant la procédure de consultation du comité d'entreprise (article L. 321-4-1 du Code du travail). Elle précise également les conditions du recours du comité d'entreprise à un expert, en prévoyant une réunion supplémentaire du comité d'entreprise, tout en veillant à maintenir des délais limités selon une préoccupation comparable à celle de la loi Séguin. Présentant cette nouvelle procédure de consultation, Jean-Pierre Soisson écrit ainsi: « L'épineux problème de l'incidence du recours de l'expert-comptable sur l'écoulement des délais de la procédure de licenciement collectif est enfin réglé. La solution n'apparaît pas d'une simplicité évidente, mais elle permet de résoudre les difficultés qui s'étaient accumulées depuis deux ans. L'information et la consultation du comité d'entreprise seront bien assurées: une troisième réunion du comité d'entreprise devra être tenue, l'expert-comptable disposera de trois semaines à compter de la première réunion du comité pour accomplir sa mission et il pourra être assisté d'un expert technique.

L'allongement de la procédure de licenciement n'en sera pas moins limité à quinze jours puisque les délais commenceront à courir non à compter au plus tôt de la première réunion du comité d'entreprise, comme le prévoit l'article L. 321-7,

10. Opérations menées avec l'objectif de passer à son fils les commandes d'une entreprise « saine ».

mais à compter du quatorzième jour suivant la notification à l'Administration de la décision par laquelle le comité fait appel à l'expert » (Soisson, 1989 b, p. 623). La loi limite ainsi les délais d'intervention de l'expert à trois semaines. Elle désamorce par là le développement du contentieux sur le délai de la consultation, et inaugure une période de moindre activité judiciaire de la part des comités d'entreprise¹¹.

Comment se présente alors la procédure ?

Cette procédure est encadrée par la loi du 31 décembre 1986, elle-même encadrée par la directive européenne de 1975 sur la négociation devant accompagner les projets de suppression d'emplois¹², et par la loi du 2 août 1989; elle comprend :

- la procédure de base: deux réunions du comité d'entreprise avec un délai entre quatorze et vingt-huit jours en fonction du nombre d'emplois supprimés;
- la procédure avec experts: une réunion de nomination de l'expert au bout du délai légal initial et vingt-deux jours supplémentaires avant la réunion finale qui détermine les personnes dont l'emploi est supprimé.

La loi du 2 août 1989 prévoit le délai d'intervention de l'expert et l'obligation pour la direction de présenter un plan social, sans définir ce que l'on entend par là.

C. Un apprentissage de long terme

Cet engagement de l'État en faveur des restructurations correspond à l'orientation prise, depuis une trentaine d'années en France, par les « politiques de l'emploi ». C'est au cœur du moment le plus intense des « Trente Glorieuses », les années soixante, que les principaux outils des politiques de l'emploi ont vu le jour. L'UNEDIC a été instituée en 1959, le Fonds national de l'emploi en 1963, l'ANPE en 1966-1967. La question de la montée du chômage est au centre des débats du Commissariat général du plan, au tournant des années soixante-soixante-dix (Salais *et al.*, 1986).

Ces institutions et ces débats se fondent sur un point qui est unanimement admis, la nécessité de moderniser l'appareil productif français en éliminant les doubles effectifs, pour constituer des « champions nationaux » capables d'affronter la concurrence européenne. Dans ce cadre, les politiques de l'emploi sont des politiques d'accompagnement de politiques économiques de concentration industrielle menées sous la houlette de banques d'affaires liées de manière plus ou moins directe à l'État: l'homme clé de cette époque, Georges Pompidou, est issu de la Banque Rothschild. De nombreux fonctionnaires issus de l'ENA se retrouvent alors à la tête des premières entreprises à restructurer (dans le cas de la métallurgie stéphanoise, voir Combe, 1969): on pourrait y voir une des origines

11. Nous ne disposons pas ici de données quantitatives fiables. Nous nous fondons sur les propos de Mme Battut, directrice de la revue *Jurisprudence sociale* de l'UIMM.

12. Sur cette directive et son faible impact explicite sur le droit français, voir LAULOM (1996).

de ce nouveau groupe social né de la conjonction entre le pouvoir capitaliste et la haute fonction publique que Pierre Bourdieu désigne comme la «noblesse d'État». Ces institutions se rodent au cours des premières restructurations dans les mines, la sidérurgie et dans des groupes de construction électrique proches de l'État comme Neyrpic à Grenoble, avec un conflit qui dure un an en 1963 et donne lieu à un article percutant du professeur Ollier dans la revue *Droit social*.

Cette logique d'accompagnement des suppressions d'emplois par une intervention financière de l'État sous la forme principale des préretraites a été radicalisée avec l'autorisation administrative de licenciement. Le nombre de départs en préretraite a été le levier principal de l'élimination des sureffectifs par la gauche au cours des années quatre-vingt. Des considérations de rigueur budgétaire ont ensuite poussé les gouvernements à en limiter l'accès. Martine Aubry déclare en 1992: «La France n'a pas les moyens de se payer la retraite à 55 ans.»

Les politiques de l'emploi menées depuis les années soixante prennent appui sur la logique générale du droit civil, dans laquelle s'inscrit en grande partie le droit du travail depuis la fin du siècle dernier. La première loi significative dans ce domaine, la loi de 1890 sur la rupture du contrat de louage de services donne à la partie passive (en général le travailleur), liée par un contrat fait sans détermination de durée, la possibilité de demander en justice le dédommagement du préjudice subi par une rupture abusive du contrat par l'autre partie (en général l'employeur). Le législateur a admis ainsi que l'exercice d'un droit posé par lui comme légitime, la rupture unilatérale du contrat de travail, peut engager la responsabilité de son titulaire. Il a ouvert alors la voie au schéma doctrinal et à la «théorie sécurisante¹³» de l'«abus de droit» (Ancel et Didry, 1998). Le plan social, en tant qu'ensemble d'«offres¹⁴» faites par l'employeur pour compenser les suppressions d'emplois qu'il envisage, rentre également dans un tel schéma. La construction du droit du licenciement – et la «politique de l'emploi» qu'il sous-tend – s'inscrit ainsi dans la longue période, témoigne d'un «travail sur le temps» (Collin *et al.*, 1980, p. 111). Elle trace des voies dont il est difficile de s'écarter pour le pouvoir politique, qu'il soit de droite ou de gauche¹⁵.

Les politiques de l'emploi et le droit du travail fournissent aux acteurs économiques la possibilité de rapporter les marchés internes dans lesquels ils sont pris, à la version la plus faible du marché interne du travail, celle de la réglementation «anti-marché», toujours susceptible de se renverser dans son contraire. Le problème du travail est qu'il n'est pas un bien, et encore moins le bien homogène

13. Cette théorie représente à maints égards un point de référence dans le droit du travail pour évaluer les innovations législatives et judiciaires véritables: «Innover profondément ou retourner à la théorie sécurisante de l'abus de droit, se résoudre à contrôler l'exercice des pouvoirs du chef d'entreprise ou pérenniser la doctrine de l'employeur seul juge» (BONNETÊTE, 1974, p. 192).

14. Je reprends ici encore l'analyse de GAUDU (1994).

15. De 1984 à 1986, c'est un gouvernement de gauche, au lendemain du tournant de la rigueur, qui a mené une politique «douce» de suppression d'emplois sans équivalent en France à ce jour. Ce sont des considérations d'abord budgétaires qui ont conduit le ministre du Travail du gouvernement Bérégovoy à limiter, au début des années quatre-vingt-dix, l'accès aux conventions de préretraite pour les entreprises.

sans qualité qui se trouve au centre du marché walrasien. Cependant, les règles du droit du travail, prises dans une dimension purement interindividuelle, rendent possible l'intégration des coûts de transaction inhérents à la rupture du contrat de travail dans les projections comptables de l'économie résultant de suppressions de postes et de l'externalisation d'activités. Dans cette perspective, certains juristes ont montré le rôle paradoxal du droit du travail dans la réduction du travail à une marchandise: «Le droit, le droit du travail en particulier, n'est donc pas un manteau jeté sur des rapports économiques "purs" (autosuffisants), mais une façon d'être immédiate ou un élément constitutif de ces rapports» (Collin *et al.*, 1980, p. 155); ils n'ont pas hésité pour cela à parler de *droit capitaliste du travail*.

L'ambivalence de la règle de droit dans les usages qu'en font les acteurs économiques (Collin *et al.*, 1980), se retrouve dans le champ de la «Théorie Standard Élargie» (au sens de Favreau, 1989), sur la question de la rigidité des salaires: non sans réalisme, le rapport de travail y est envisagé comme un contrat soumis à la volonté des parties, pourvu qu'elles y mettent le prix, avec par exemple la «poignée de main invisible» (Garnier, 1986) qui scelle la transaction implicite: rigidité des salaires contre possibilité patronale d'ajuster les effectifs. Pour perfectionner le schéma présenté par Garnier (1986), il suffirait de se dégager de la représentation du contrat établi préalablement au travail, pour découvrir une poignée de main plus visible: celle qui accompagne, au moins comme solde de tout compte, le départ des salariés au moment de leur licenciement.

Se dégage ainsi, dans le prolongement des politiques de l'emploi, un programme politique de *flexibilité* du travail, en prenant pour point d'appui ce qui avait été identifié dans un premier temps comme des *rigidités*. Les avatars de l'autorisation administrative de licenciement sont un cas exemplaire de ce retournement: présentée dans un premier temps par le patronat comme un obstacle à l'ajustement rapide des effectifs, elle se présente aujourd'hui auréolée des mérites de la «sécurité juridique» (Rey, 1995) que le recours nouveau au juge a remis en cause. Encore faut-il souligner, plus que ne le fait l'auteur, qu'il s'agit de la *sécurité juridique de licencier* pour les employeurs. Avec le goût du paradoxe qui le caractérise, cet auteur note alors que la rigidité du règlement administratif fournissait en son temps la garantie, pour les directions d'entreprise, de mener à bien une politique de flexibilité sur le long terme¹⁶.

16. Avant que le doute ne s'insinue dans les rangs du patronat sur la nocivité de ce dispositif, des doutes s'élevaient déjà dans les rangs de juristes peu suspects de complaisance à son égard, sur la valeur de ce dispositif pour les travailleurs: «Le contrôle administratif serait-il plus protecteur de l'intérêt des travailleurs? Cela n'est pas évident. On connaît les difficultés propres au contentieux administratif et la portée relative des succès remportés devant le Conseil d'État. [...] Le contrôle administratif plus favorable au travailleur n'est peut-être pas un mythe si tenace. La Cour de cassation qui s'était orientée vers l'incompétence du juge judiciaire pour contrôler le caractère réel et sérieux du motif économique n'ignore rien de ces inconvénients» (COLLIN *et al.*, 1980, p. 124).

II. LA JURISPRUDENCE COMME APPRENTISSAGE INSTITUTIONNEL CUMULATIF

A. Le caractère improbable de la loi du 27 janvier 1993

La loi du 27 janvier 1993 précise la procédure de licenciement collectif, en donnant une orientation sur le contenu du plan social que les directions d'entreprise doivent présenter aux salariés au cours de la réunion de présentation du projet de suppression d'emplois. Le plan social doit indiquer des mesures autres que des incitations financières au départ des salariés dont l'emploi est appelé à être supprimé : la question des reclassements devra être abordée. La recherche de la préservation d'emplois à travers la réduction du temps de travail s'en déduit, sans être explicitement mentionnée dans la loi. Cette loi précise également la sanction qui s'attache à l'absence de plan social conforme aux dispositions légales : la nullité de la procédure de licenciement. À travers ces deux éléments, la réforme produite par cette loi marque une rupture avec l'esprit des dispositifs légaux et réglementaires produit dans le cadre de politiques de l'emploi. Il ne s'agit pas ici de créer un dispositif *incitatif* ou *dissuasif*, mais de construire un outil de contrôle de la régularité de la procédure de licenciement accessible aux personnes concernées par cette procédure. Il ne s'agit pas ici de perfectionner des dispositifs fondés sur la dépense publique et la compensation des pertes d'emplois, en suivant par exemple le lieu commun de l'activation des « dépenses passives », mais de donner aux acteurs économiques un levier pour annuler un acte, avec les conséquences s'y attachant.

La rupture de la loi de janvier 1993 avec la logique des politiques de l'emploi trouve un écho dans la manière dont celle-ci a été adoptée : la loi est le résultat d'un geste impromptu des membres socialistes de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale. Dans un contexte d'affrontement avec le gouvernement sur la revalorisation d'indemnités versées aux personnes handicapées et dépendantes, l'adoption, sous une forme aménagée, d'un amendement communiste par la Commission suscite un vif débat entre le groupe socialiste à l'Assemblée et le gouvernement, arbitré finalement par Pierre Bérégovoy¹⁷. Dans un premier temps, le texte adopté par l'Assemblée prévoit la nullité de la procédure de licenciement en cas d'absence de plan social conforme aux nouvelles dispositions légales. Il oriente de manière quasiment explicite les demandes des comités d'entreprise et des salariés vers les juges judiciaires civils, jugés plus indépendants à l'égard du pouvoir politique (appelé à changer à la faveur des élections législatives de 1993) que les Directions départementales du travail¹⁸. Dans un second temps, en seconde lecture, le ministre du Travail est conduit à proposer une intervention de l'administration, en donnant la possibilité aux inspecteurs du travail, sous le couvert des directeurs départementaux du travail, de constater la « carence » éventuelle du plan social dans sa version initiale.

17. Pour avoir un aperçu du processus de discussion sur cet amendement, COUTURIER (1997) renvoie au *Canard enchaîné* de la semaine.

18. Cela ressort d'un entretien avec le rapporteur sur la loi à l'Assemblée, M. Alfred Recours.

Même si le texte est adopté, peu de choses laissent supposer au législateur de l'époque que la loi du 27 janvier 1993 modifiant la procédure de licenciement collectif aura une quelconque portée. La possibilité faite aux directeurs départementaux du travail de constater la carence du plan social est limitée à une fonction de conseil avant même l'adoption de la loi par une interprétation de Bélier (1993), dans un article destiné en partie à rassurer les milieux patronaux qui redoutaient une nouvelle forme d'autorisation administrative de licenciement. De plus, on ne s'attend que modérément à une saisine significative des tribunaux par des comités d'entreprise sur la base d'une demande en nullité de la procédure de licenciement prévue par la loi : l'opération est présentée par le ministre comme complexe pour des élus du personnel. Enfin, l'imminence d'une alternance parlementaire et la promesse faite par l'opposition d'alors d'abroger cette loi permettent de compter, début 1993, sur une abstention de l'administration. Dans la configuration politique et institutionnelle de l'époque, la réforme de la procédure de licenciement collectif qui résulte de la loi du 27 janvier 1993 apparaît ainsi comme une réponse à peu de frais de l'aile droite de la gauche à son aile gauche, qui, entraînée par le groupe communiste, s'était à plusieurs reprises émue de la montée des licenciements économiques, notamment dans des entreprises nationalisées faisant de substantiels profits.

B. L'innovation institutionnelle en situation : le cas du champagne

En dépit des attentes limitées de ses promoteurs, un premier ensemble de décisions de justice rendues sur le fondement de cette loi est publié à partir de l'automne 1993 dans des revues de jurisprudence spécialisées dans le champ du droit du travail, notamment dans la livraison d'octobre du *Droit ouvrier*, la revue juridique de la CGT. Ce tournant est lié au retentissement qu'a eu, en août 1993, l'annulation des procédures de licenciement dans les maisons de champagne du groupe LVMH, confirmée en octobre 1993 par la cour d'appel de Reims. La décision du tribunal de grande instance de Châlons-sur-Marne intervient dans le cadre d'une affaire de grande ampleur où l'ensemble des travailleurs du champagne s'est mobilisé, avec au mois de juin une manifestation à Paris. Elle s'inscrit dans une situation où le syndicat est en mesure de construire un rapport de force avec les directions, à la fois dans la « bataille de l'opinion publique », avec des manifestations spectaculaires et dans l'affrontement direct avec les dirigeants, avec la séquestration du PDG de Veuve-Clicquot à Reims, puis de dirigeants des maisons groupées autour de Moët-et-Chandon à Épernay. La montée de la tension entre les deux parties est due à la rupture qu'a introduite l'annonce de ces licenciements dans des maisons où les profits restent importants en dépit d'un tassement et qui, dans la profession, ont une position de « laboratoire social » héritée de la politique sociale du comte Robert-Jean de Vogüé et des rapports de confiance confortés dans la Résistance¹⁹.

19. Robert-Jean de Vogüé fut le principal artisan de la réorganisation de la profession, au lendemain de l'effondrement des années trente, à travers une action légale et conventionnelle. Il fit de Moët-et-Chandon le fer de lance de cette politique. Son engagement dans la Résistance conduisit à son arrestation en 1943, ce qui suscita la grève immédiate des ouvriers champenois (LISZEK, 1995).

Les esprits les plus audacieux ne manqueront pas d'y voir une manifestation de la lutte des classes, dans laquelle l'initiative revient à la direction et au-delà, au PDG de la holding, M. B. Arnault. Elle est due également au refus non motivé de la Direction départementale du travail de dresser un constat de carence des plans sociaux, ainsi qu'à l'échec d'un avocat parisien engagé par le comité d'entreprise de Moët pour obtenir en référé une suspension de la procédure de licenciement.

La loi du 27 janvier 1993 fournit alors au secrétaire de l'Intersyndicat des travailleurs du champagne, affilié à la CGT, les moyens de trouver une issue à la séquestration des dirigeants. Sous l'impulsion du préfet, soucieux de l'ordre public et attentif aux arguments du responsable de l'Intersyndicat, le directeur départemental du travail dresse un constat de carence du plan social dans la procédure de licenciement au sein de la maison Veuve-Clicquot, qui, ensuite, est abandonnée par la direction. Un compromis est trouvé au sein des maisons Moët et autres, à travers la proposition, soutenue par le nouvel avocat du comité d'entreprise, d'engager une action en justice sur le fondement de la loi de janvier devant le tribunal de Châlons qui est reçue par le président du tribunal en contrepartie de l'évacuation des locaux de l'entreprise.

La découverte, dans la loi, de moyens pour débloquer la situation à Reims et Épernay est le fruit d'un travail de réflexion mené conjointement par le secrétaire de l'Intersyndicat CGT et le nouvel avocat, membre de la CFDT, choisi par le comité de Moët au lendemain de son premier échec devant la justice. Le responsable syndical a pris connaissance de la loi à partir de la pétition lancée par *L'Humanité* pour soutenir le projet de loi au moment de son passage devant le Sénat, à la fin de l'année 1992. Il est amené, début 1993, à travailler avec cet avocat sur la portée que cette loi aurait pu avoir dans les licenciements collectifs qui, depuis 1992, ont touché les maisons de champagne en difficulté financière. La loi est alors envisagée comme une ressource pour les comités d'entreprise, à la fois devant l'administration, à travers la demande motivée d'un constat de carence du plan social au début de la procédure de licenciement et à travers la demande déposée devant les tribunaux.

La demande d'un constat de carence à l'administration permet à l'avocat d'expérimenter l'hostilité du directeur départemental du travail à ce dispositif au cours du premier semestre 1993, de sorte que le constat obtenu au sein de la maison Veuve-Clicquot marque un déverrouillage de ce type d'actes administratifs pour le département de la Marne qui devient un département pilote en ce domaine pour la France. La loi de janvier 1993 le conduit, de plus, à renouveler la place de la stratégie judiciaire dans la consultation du comité d'entreprise. La tactique consistait jusqu'alors en une action sur le respect des délais entre les réunions de consultation, ne demandant que l'annulation d'une réunion particulière du comité d'entreprise (Bouaziz, 1995). Partant de l'absence de plan social répondant aux dispositions légales, il demande l'annulation de la procédure de licenciement dans son ensemble et des licenciements éventuels qui sont survenus ensuite. Dans ce cadre, l'absence de plan social conforme aux dispositions légales s'entend du projet de plan social proposé au début de la procédure et du plan social qui résulte des débats avec les représentants du personnel au cours de la consultation du comité d'entreprise. Ainsi, l'absence de débats véritables du fait de l'obstination de la direction au cours des réunions du comité d'entreprise conduit le juge de Châlons à annuler la procédure de licenciement une première

fois, annulation confirmée en appel par la cour de Reims au mois d'octobre. Au lendemain de ces décisions, la direction abandonne son projet de suppression d'emplois.

Le succès des salariés de Moët-et-Chandon connaît, dans un premier temps, une importante diffusion dans la presse internationale²⁰. Il représente également une expérience qui se transmet, par le canal syndical et celui des experts auprès des comités d'entreprise, à d'autres secrétaires de comités d'entreprise qui téléphonent alors au secrétaire du CE de Moët pour lui demander des conseils. Il constitue, à ce titre, l'amorce d'un processus cumulatif d'actions en justice, de décisions, de publications et de commentaires qui renvoie à une des formes essentielles du travail juridique : la jurisprudence.

C. Le processus de constitution de la jurisprudence

La jurisprudence est un mode de connaissance de la mise en œuvre des règles de droit qui se distingue à la fois du savoir statistique et de la mémoire des précédents. Elle s'inscrit à ce titre dans une configuration historique spécifique liée à l'évolution des juridictions et de leurs pratiques, ainsi qu'aux attentes des parties et de leurs avocats en la matière. Alors qu'une statistique se fixe pour objectif, à travers une nomenclature des actes des différentes juridictions, de donner une information chiffrée exhaustive sur l'activité de la justice dans un lieu donné, la jurisprudence est le résultat d'un processus de sélection de décisions remarquables (Serverin, 1985). La jurisprudence est un mode de connaissance du droit lié, dans un premier temps du moins, au siècle dernier, à la pratique des avocats. Il s'agit pour les avocats, dans un contexte nouveau issu des bouleversements provoqués par la Révolution, où les décisions judiciaires ne se déterminent plus par rapport à la somme des précédents mais par rapport à l'interprétation de la loi, de disposer d'un outil leur permettant de connaître les évolutions de la pratique des juges. Dans cette perspective, la jurisprudence est d'abord périodique et regroupe des décisions qui apportent des éléments nouveaux sur la portée d'une loi. La nouveauté est évaluée par les rédacteurs des recueils périodiques liés d'abord à des avocats, tels que Sirey et Dalloz. La jurisprudence a connu une évolution importante, avec la place dominante que la Cour de cassation a acquise au cours du siècle dernier. Dans le même temps, à travers la capacité de plus en plus affirmée de la Cour de cassation à trancher les questions de droit, la jurisprudence est devenue un élément nouveau de connaissance de la portée des règles de droit pour les professeurs de droit, elle a acquis droit de cité dans la sphère « dogmatico-doctrinale²¹ », avec notamment la fondation de la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1902 sous l'égide du juriste nancéen François Gény.

20. Le secrétaire du comité d'entreprise de Moët-et-Chandon a été alors interviewé par CNN.

21. La notion de « sphère dogmatico-doctrinale », forgée par les pères fondateurs du Centre de recherche critique sur le droit, désigne le travail de commentaire de la règle, pris dans le jeu des références autorisées, constituant la part centrale de l'activité des professeurs de droit.

La jurisprudence se fonde ainsi sur un état du système des juridictions et sur un ensemble de publications donnant un écho aux décisions considérées, à la fois pour des raisons de tactique judiciaire du côté des avocats et pour des considérations dogmatico-doctrinales du côté des professeurs de droit, comme remarquables. Les publications susceptibles de produire de la jurisprudence se trouvent dans une situation spécifique par rapport à des supports plus journalistiques. Les journaux publient fréquemment des extraits de décisions destinés à illustrer les développements d'affaires prompts à émouvoir l'opinion publique : c'est ainsi que les journaux locaux ont donné une place importante à des décisions de justice annulant des procédures de licenciement, dans la mesure où ces décisions s'inscrivaient dans une action plus large des travailleurs d'une entreprise en lutte contre un projet de suppression d'emplois. Les publications productrices de jurisprudence se fondent sur un « effet de série²² », dans la mesure où ce sont les unes par rapport aux autres que prennent sens les décisions publiées. Au sein de revues proches d'une pratique judiciaire et moins soucieuses de faire un point définitif sur l'état d'une question de droit, la publication de décisions est destinée à dresser le champ des possibles qui s'ouvre aux parties. Dresser le champ des possibles signifie à la fois présenter les capacités d'action qui se dégagent pour les uns, ainsi que les choses à éviter pour d'autres.

La jurisprudence est une forme de connaissance du droit qui s'inscrit dans le contexte défini par la procédure civile (avec la hiérarchie qui s'établit entre les juridictions) et les rapports entre pouvoirs judiciaire et législatif propres à la France. Elle est difficilement transposable à un univers anglo-saxon où la *common law*²³ place le juge dans la situation de trancher un litige particulier, en conformité avec une série de précédents. Le droit légal que l'on trouve en France ouvre aux parties des possibilités d'interprétation qui laissent place à des innovations, au moins incrémentales, dans le cours même de la mise en œuvre de la loi : il en résulte que la production institutionnelle n'est pas le monopole du législateur, elle tient aussi aux innovations introduites par les acteurs économiques dans la mise en œuvre du droit. C'est pour désigner cette création continue du droit qu'a été forgé le concept de « travail juridique » présenté en introduction de cet article. La création continue du droit et le travail juridique qui caractérisent ce système juridique interdisent donc de segmenter la régulation légale en un moment de la production législative d'une part, un moment de la mise en œuvre²⁴ par les acteurs « ordinaires », d'autre part.

Dans le domaine du droit du travail, le travail de production de la jurisprudence est moins le fait des recueils généraux que de revues à caractère spécialisé. Ma recherche sur la constitution d'une jurisprudence autour de la loi du 27 janvier 1993 s'est appuyée sur le champ de revues circonscrit par les membres du

22. Cet « effet de série » est occulté dans la sphère dogmatico-doctrinale, par la pratique de la note d'arrêt qui porte en général sur un et un seul arrêt et ne permet pas à son auteur de sortir d'un nombre limité de points de comparaison.

23. En adoptant une vision caricaturale que les sociologues qualifient, pour s'en excuser, d'« idéal-type ».

24. Avec l'importance de l'interprétation de la règle en situation mise en évidence, notamment, par Lenoble et Berten (1990).

CERCERID, et présenté dans Véricel (1997). Le corpus, recueilli de 1993 à 1996, regroupe 83 décisions de toutes origines (conseils de prud'hommes pour les recours de salariés licenciés, tribunaux de grande instance pour les actions de comités d'entreprise, cours d'appel et Cour de cassation). Ces décisions concernent 69 sociétés. La constitution de ce corpus est le fruit d'une sélection dans l'ensemble des décisions de justice en matière de licenciement collectif, inclus lui-même dans l'ensemble des procédures de licenciement collectif. Or rien ne permet de dire que ce corpus est le reflet d'un mouvement général de « judiciarisation » des licenciements collectifs : les statistiques du ministère de la Justice sur l'activité des juridictions font au contraire apparaître une stabilité, voire une légère décline des décisions dans le domaine du droit du travail. Toutefois, la publication d'un nombre important de décisions sélectionnées dans un ensemble qui semble à première vue limité conduit à une diffusion de l'information et donne à ces décisions un poids difficilement évaluable dans l'ensemble des procédures de licenciement, notamment celles qui ne débouchent pas sur une action en justice du comité d'entreprise ou des salariés. Par ailleurs, le processus de sélection ne conduit pas au tirage d'un échantillon représentatif de l'ensemble des décisions judiciaires ou de l'ensemble des procédures de licenciement, pour lesquels on ne dispose, ni dans un cas ni dans l'autre, d'aucune donnée statistique d'ensemble. À l'inverse, il conduit à un corpus construit plutôt selon un principe d'hétérogénéité maximale, en accumulant des sélections retenues pour leur aspect « original » par rapport aux décisions déjà connues sur la place publique. Je prendrai donc cet ensemble de décisions comme un outil, destiné à évaluer la pluralité des registres de mobilisation de la loi par des acteurs économiques.

III. QUELS APPRENTISSAGES ?

La jurisprudence sur les licenciements collectifs produite à partir de la loi du 27 janvier 1993 forme une sorte de « savoir collectif » sur l'activité des tribunaux, faisant l'objet de plusieurs formes d'appropriation en fonction de la situation des acteurs concernés. La jurisprudence a été par elle-même source de nouvelles actions en justice de la part de nouveaux acteurs économiques et s'est ainsi nourrie elle-même, selon le processus cumulatif et dans les limites suggérées ci-dessus. Dans cette perspective, elle a accueilli des décisions à chaque fois différentes quant à leur portée, témoignant de la capacité d'adaptation et d'innovation des acteurs économiques dans la mobilisation des règles de droit et dans la qualification de leur situation. Ces décisions sont ainsi l'indice d'une pluralité d'« apprentissages organisationnels » de la part des acteurs économiques et, notamment, des représentants du personnel. Elles témoignent, à travers la pluralité des argumentations qui sont soumises aux juges, de la capacité des représentants des salariés à découvrir la singularité du « marché interne du travail » propre à leur entreprise, singularité que la procédure de licenciement a – un temps – occultée. Au-delà de la (re)découverte par chacun de sa singularité, les interventions de la Cour de cassation dégagent la portée de la règle nouvelle sur le reste du droit du travail.

institut : ouverts.

A. La pluralité des apprentissages **organisationnels**

L'analyse du corpus des décisions constitutives d'une jurisprudence autour de la loi du 27 janvier 1993 fait apparaître une pluralité de registres, qui correspondent aux différentes voies explorées par les acteurs économiques dans leurs demandes reprises par les magistrats dans les motifs des décisions.

Trois grands ensembles de décisions se dégagent de l'analyse de ce corpus.

Un premier ensemble, chronologiquement le premier à se manifester à travers l'action du comité de l'Unité économique et sociale Moët-et-Chandon, se dégage autour du respect des prérogatives du comité d'entreprise. Le contrôle du juge porte, à la demande des parties, sur la conformité des délais entre les réunions prévues par la procédure légale de consultation du comité, l'enchaînement des procédures de consultation au niveau de l'établissement, de l'entreprise et du groupe, la consistance des débats à partir des procès-verbaux de réunions du comité ou encore l'articulation entre la consultation du comité d'entreprise en matière économique et la consultation en matière de licenciement. Les arrêts de la Cour de cassation en 1996 et les décisions concernant la société SIETAM se trouvent au centre de cette classe d'argumentation, au même titre que les décisions concernant Moët-et-Chandon. Cet ensemble témoigne de l'existence d'une forte implantation syndicale dans l'entreprise, liée à la présence d'une part importante d'ouvriers qualifiés dans la main-d'œuvre. L'enjeu de l'action en justice est, pour les représentants des salariés, d'obtenir l'annulation du projet de la direction, pour organiser ensuite une résistance plus vive sur le terrain, et permettre la continuité de l'activité productive dans les conditions précédant le projet de la direction.

Un second ensemble regroupe des décisions centrées sur la conformité du plan social aux dispositions légales. C'est ici que sont examinées les questions ayant trait aux propositions de reclassement et au traitement des salariés les plus « vulnérables ». Ces décisions interviennent dans des situations économiques marquées par l'absence d'alternatives aux suppressions d'emploi, tant pour la direction que pour le comité d'entreprise. Au centre de cette classe d'argumentation se trouve la société Éverite, avec l'arrêt de la Cour de cassation de mai 1995 et les nombreuses décisions qui l'ont précédé tant en référé que sur le fond. L'arrêt précise la portée de l'exigence de reclassement posée par le législateur, en soulignant la nécessité pour les directions d'entreprise de fournir une présentation détaillée des reclassements proposés. Les décisions concernant la société Éverite interviennent dans un contexte de crise frappant le secteur du bâtiment et, par voie de conséquence, les fabricants de matériaux de construction tels qu'Éverite. La crise que traverse l'entreprise est accrue par l'interdiction, imminente au moment du plan social, de l'usage de l'amiante. La cassation de la décision déboutant le comité d'entreprise se fonde alors sur l'appartenance d'Éverite au groupe Saint-Gobain, avec la capacité de reclassement qui en résulte sans que cela apparaisse dans le plan social soumis aux représentants des salariés. D'autres entreprises se trouvent regroupées dans cet ensemble de décisions, ainsi notamment la société textile Vestra qui réalise des licenciements collectifs à répétition dans ses sites alsaciens et transfère progressivement son activité dans le site qu'elle a construit en Tunisie à la fin des années quatre-vingt. Cet ensemble de décisions reste proche de la logique de la politique de l'emploi accompagnant, depuis les années

soixante, des restructurations présentées comme inéluctables. Il s'en démarque toutefois par la place faite aux reclassements, par rapport aux autres formes de compensation telles que les préretraites ou les indemnités.

Un troisième ensemble de décisions fait une place centrale à la discussion critique des justifications économiques au projet de suppression d'emplois apportées par les directions d'entreprise. L'enjeu est de faire apparaître le caractère incomplet des données fournies par les directions, avec comme intention sous-jacente de la part de l'employeur de gommer les alternatives possibles aux suppressions d'emplois. La décision centrale de cette classe d'argumentation est celle qui concerne la société Neyrpic à Grenoble, filiale du groupe Alstom, spécialisée dans la réalisation des roues de turbines destinées à équiper les barrages hydroélectriques. Par leur connaissance des marchés, les représentants des salariés ont été en mesure de faire apparaître la sous-évaluation des prix de vente par rapport aux prix du marché, le changement des normes de comptabilisation des marchés, ainsi que le silence sur des affaires en cours, conduisant dans les documents de la direction à une minoration substantielle du chiffre d'affaires. La connaissance des marchés repose sur la mobilisation large du personnel que la direction, par son projet de suppression d'emplois, et les élus du personnel ont pu susciter : partant d'une représentation collective ancrée dans la catégorie ouvrière, la mobilisation englobe des techniciens, des cadres et des ingénieurs soucieux de préserver les capacités de l'entreprise. On voit alors s'esquisser la base sociale du « syndicalisme du troisième type », rencontré par J. Lojkin (1995) dans des expériences spécifiques de participation des salariés à la gestion de l'entreprise. Le problème posé dans cet ensemble d'affaires est celui de la comptabilisation d'activités économiques dans lesquelles les dimensions de recherche et développement ont une part centrale et dont les produits sont soumis à des processus de réalisation de longue haleine qui dépassent l'exercice comptable annuel.

À l'épreuve du licenciement collectif pour motif économique se révèlent ainsi une pluralité d'argumentations ancrées dans des situations économiques spécifiques : je propose de voir dans la diversité de ces registres d'argumentation l'indice de la redécouverte, par les acteurs économiques, de la pluralité des « marchés internes du travail » mise en évidence par Favereau (1989). Dans une situation où la pratique des licenciements collectifs devient un outil de gestion incontournable pour les directions des ressources humaines, l'ouverture d'un recours nouveau au juge pour les comités d'entreprise conduit les représentants du personnel à rechercher les différentes prises que « leur » marché interne du travail leur fournit. La présentation d'un projet de suppression d'emplois par une direction d'entreprise constitue alors une épreuve de vérité sur le marché interne du travail dans l'entreprise, et représente ainsi un temps fort dans l'« apprentissage organisationnel » entendu comme apprentissage de la collectivité sur elle-même et apprentissage des individus sur leur collectivité que sous-tend le marché interne. Il permet aux membres de l'entreprise de situer leur entreprise sur une échelle continue des « marchés internes », allant du marché interne comme « organisation anti-marché », dont les règles peuvent faire l'objet de transactions monétaires (indemnités, préretraite ou en nature avec le reclassement), jusqu'au marché interne comme forme participative d'apprentissage collectif, dans lequel les capacités d'apprentissage de chaque personne trouvent leur place (tableau 1).

Tableau 1 : Mobilisation de la loi et (re)découverte des marchés internes par les acteurs économiques

Types de mobilisation	Registre des décisions présentes dans le corpus	Conditions du débat	Marché interne du travail
Résistance à la compétitivité	Contestation de la procédure	Affrontement	La « coutume » comme règle de l'organisation
Approfondissement des politiques de l'emploi	Insuffisance du plan social	Négociation de meilleures compensations	Réglementation « anti-marché », associant la rupture du contrat de travail à un coût
Critique de la direction	Critique de l'information économique	Mise en cause de la bonne foi du projet de la direction	Intégration des capacités d'apprentissage individuelles dans une capacité d'apprentissage organisationnel

La constitution d'une jurisprudence autour de la procédure de licenciement collectif ne se limite donc pas à un approfondissement dans la connaissance du droit : elle s'accompagne aussi, pour les acteurs économiques, d'une épreuve de réalité sur leur entreprise. Pour les employeurs, il s'agit de faire admettre des normes de gestion déduites des contraintes de valorisation des titres de leur société et de prouver, aux actionnaires notamment, la réalité d'un marché du travail moins rigide dans l'entreprise. Pour les travailleurs et leurs représentants, il s'agit d'éprouver la capacité de prendre part à la « direction » de l'entreprise, soit en accompagnant le repli de l'activité dans des conditions acceptables, soit en montrant le décalage entre les indicateurs de gestion présentés par l'employeur et le développement des marchés de l'entreprise.

B. Les interventions de la Cour de cassation comme remise en cause de la politique de compensation des pertes d'emploi

Dans le cadre du processus de recherche autour de l'interprétation de la règle dont témoigne la jurisprudence, les arrêts de la Cour de cassation ont une place déterminante. Pour que de tels arrêts soient rendus, il faut cependant que des parties déboutées se soient pourvues en appel, et qu'ensuite, la partie déboutée en appel se soit à son tour pourvue en cassation. Ainsi, la jurisprudence produite par la publication de décisions dans des revues se développe, pendant que certaines procédures se poursuivent jusqu'au niveau de la Cour de cassation. Pourtant, les arrêts de la Cour de cassation ne se sont pas traduits par une fixation des interprétations de la réforme du 27 janvier 1993, dans la mesure où ils ont contribué à éclairer les différentes questions qui se sont fait jour, à mesure qu'avançaient la

connaissance et la pratique de la loi par les acteurs économiques : ils ont, d'une certaine manière, « officialisé » certaines orientations indiquées par des décisions de juridictions de premier et second degrés, sans stopper le travail juridique d'expérimentation mené par les comités d'entreprise, en tempérant l'enthousiasme préalable des directions d'entreprise pour la flexibilité externe de la main-d'œuvre.

Plusieurs directions se dégagent des arrêts de la Cour de cassation, dans l'analyse de la portée de la loi du 27 janvier 1993. Un arrêt du mois de mai 1995 dans l'affaire Éverite revient sur ce que recoupe la notion de « reclassement » dans la loi, et souligne la nécessité de débattre sur des propositions de reclassement précises. Cet arrêt précise la portée du droit de l'emploi, en renforçant la dimension non financière que doit consentir la direction d'une entreprise lorsqu'elle projette de supprimer des emplois. Des arrêts d'avril 1996, dans l'affaire SIETAM, précisent la distinction et l'articulation entre l'information économique du comité d'entreprise et la consultation de celui-ci dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif. Il s'agit alors de sortir le droit du licenciement pour motif économique de la logique exclusive de l'accompagnement social de restructurations, pour donner un temps spécifique au débat sur ces restructurations elles-mêmes au sein des instances représentatives du personnel. Se profilent, derrière cette décision, les prérogatives qui s'attachent dans leur substance même aux instances représentatives du personnel, autour notamment de l'obligation faite aux directions de consulter le comité d'entreprise dans les décisions engageant l'avenir des emplois dans l'entreprise. L'orientation indiquée, dans le corpus jurisprudentiel vu ci-dessus, par le registre fondé sur la critique des données économiques présentées par les directions d'entreprise est sans doute à rechercher en dehors des arrêts de la cour sur la procédure de licenciement : cette orientation semble paradoxalement esquissée à travers les arrêts de 1995 Thomson Vidéocolor et TRW Repa. Ces deux arrêts, à première vue défavorable aux salariés demandeurs, distinguent le motif économique et l'absence de reclassement, en rompant avec la jurisprudence antérieure et en liant le motif économique à la question de la compétitivité dans un « secteur d'activité » : ils impliquent ainsi, de la part de la direction d'entreprise désireuse de procéder à une réduction d'effectifs, de communiquer aux élus des salariés les documents et les informations économiques précises permettant de vérifier le bien-fondé du projet de celle-ci (Wacquet, 1995).

Les derniers arrêts en date, les arrêts Samaritaine du 13 février 1997, tirent les conséquences de la sanction de nullité de la procédure de licenciement prévue en cas d'absence de plan social conforme aux dispositions légales. Il résulte de la nullité de la procédure de licenciement, la nullité des licenciements prononcés au terme de la procédure annulée. Comme le précise G. Couturier (1997), ces arrêts touchent à la cohérence d'ensemble du droit du licenciement en faisant apparaître un régime spécial pour le licenciement pour motif économique, c'est-à-dire non inhérent à la personne du salarié : « Il apparaît qu'avec la jurisprudence La Samaritaine le système de sanctions n'est plus le même dans le domaine des licenciements économiques et dans celui des licenciements pour motifs inhérents à la personne : les intérêts en cause ne sont plus appréciés en fonction d'une même échelle de valeur dans l'un et l'autre cas » (Couturier, 1997, p. 261). Le licenciement inhérent à la personne du salarié est susceptible d'être attaqué comme

abusif par le salarié, ce qui ouvre la possibilité de demander des dommages-intérêts sans pouvoir exiger sa réintégration. En revanche, une nullité du licenciement pour motif économique est devenue envisageable, avec la poursuite du contrat de travail et la réintégration.

La jurisprudence autour de la loi du 27 janvier 1993 témoigne d'un double processus d'apprentissage, au sein duquel se rejoignent les dimensions économique, juridique et législative.

Un premier apprentissage est un apprentissage «en situation», la mobilisation de la loi et le recours au procès prennent place dans une dynamique plus générale de mobilisation des travailleurs contre le projet de la direction de l'entreprise. La règle de droit et les développements jurisprudentiels sont ici des outils dans la construction d'une «cause de l'emploi» (Didry et Tessier, 1996), au sein de laquelle se révèle pour les acteurs économiques (salariés et employeur) la singularité de leur travail, dans la perspective d'une pluralité de marchés internes du travail (mise en évidence par Favereau, 1989).

L'approfondissement de la portée de la règle de droit, la découverte de différents modes de cheminement possibles et recevables dans le droit du travail tels qu'ils apparaissent à travers, par exemple, la recherche autour des dispositifs réglementaires qui interviennent dans le plan social, ou dans la remontée de la procédure de licenciement collectif vers la considération des attributions du comité d'entreprise dans le livre IV du Code du travail, renvoie à un autre type d'apprentissage. Je propose de parler pour cela d'«apprentissage institutionnel», au cours duquel il y a apprentissage à la fois de la règle ou du domaine juridique visé, mais aussi du jeu institutionnel. L'«apprentissage institutionnel» qui résulte du «travail juridique» de l'ensemble des acteurs concernés par la règle de droit ne s'entend pas ici dans une simple dimension de connaissance. Il correspond à un approfondissement constant du droit étatique, dans la recherche d'extensions possibles de sa portée. Dans ce cadre, une pluralité de directions sont avancées par les acteurs et notamment les acteurs économiques. Les expériences se trouvent alors sanctionnées, en préservant là encore une pluralité de développements possibles, par la Cour de cassation.

Il ne faudrait pas cependant donner à ces deux formes d'apprentissage une portée excédant les besoins de l'analyse. Les deux se nourrissent réciproquement et simultanément, de sorte que se nouent, dans la contestation de la procédure de licenciement collectif, les «fils de la religion, de la politique et de l'économie [qui] sont inextricablement entrecroisés dans l'histoire du monde» (Marshall, 1990 [1890]). L'histoire ne se réduit pas ici à la grande histoire, mais se déroule d'abord à l'échelle de ces «petits mondes» du travail que Marshall plaçait au centre de son analyse et qui sont aujourd'hui soumis à la pression de critères de gestion liés à l'hégémonie boursière. Elle montre des évolutions et des inflexions qui demeurent, du fait de cette situation, provisoires, et ont une existence d'abord à titre d'expériences pour une «politique du travail» encore en gestation, capable de sortir de l'ornière des politiques de l'emploi fondées sur la diminution du travail.

RÉFÉRENCES

- AUCOUTURIER, A.-L. et DIDRY, C. (1997), *Des politiques de plein emploi à la pluralité des formes juridiques de la relation de travail, analyse socio-économique de deux expériences: l'aide aux chômeurs créateurs d'entreprise et le rôle du comité d'entreprise dans le contrôle des plans sociaux*, rapport pour le Commissariat général du plan, IEPE-CERCRIID.
- BAKTAVATALOU, R. et BROSETTA, X. (1996), «Les licenciements pour motif économique et leur accompagnement du début des années 1970 au milieu des années 1990», communication à la *journée sur les plans sociaux*, organisée le 17 octobre 1996 par la DARES, ministère du Travail.
- BAZZOLI, L. et KIRAT, T. (1997), «Deux regards non hayékiens sur l'efficience et la sélection des règles juridiques: l'économie institutionnaliste et l'analyse économique du droit», *Archives de philosophie du droit*, t. 42, pp. 257-283.
- BEAUJOLIN, R. (1998) «Les engrenages de la décision de réduction des effectifs», *Travail et emploi*, n° 72, p. 19.
- BONNETÈTE, M. (1974), «De la notion de faute à la notion de cause...», *D.* 1974, *Chr.* 192.
- BOURDIEU, P. (1988), *La Noblesse d'État, grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Éditions de Minuit.
- BOUAZIZ, P. (1995) «Les temps de la saisine du comité d'entreprise (temps-moment et temps-durée)», *Le droit ouvrier*, février 1995, série n° 554-555, p. 48.
- COLLIN, F., DHOQUOIS, R., GOUTIERRE, P.-H., JEAMMAUD, A., LYON-CAEN, G. et ROUDIL, A. (1980), *Le Droit capitaliste du travail*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble.
- COMBE, M. (1969), *L'Alibi, vingt ans d'un comité d'entreprise*, Paris, Gallimard, 1969.
- COUTURIER, G. (1997), «Insuffisance du plan social, nullité de la procédure et nullité des licenciements, conclusions et note Cour de cass., ch. Soc. 13 février 1997, La Samaritaine», *Droit social*, mars, pp. 249-262.
- DIDRY, C. (1994), «Le chômage entre conciliation et contrat de travail», in M. Mansfield, R. Salais et N. Whiteside (dir.), *Aux sources du chômage*, Paris, Belin.
- DIDRY, C. (1998), «Les comités d'entreprise face aux licenciements collectifs: trois registres d'argumentation», *Revue française de sociologie*, juillet-septembre, n° 39-3, pp. 495-535.
- DIDRY, C. et TESSIER, L. (1996), «La cause de l'emploi, les usages du droit dans la contestation des plans sociaux», *Travail et emploi*, n° 69, p. 23.
- DURKHEIM, E. (1930), *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris, Presses universitaires de France (1^{re} éd. 1898).
- FAVEREAU, O. (1986), «La formalisation du rôle des conventions dans l'allocation des ressources», in R. Salais et L. Thévenot (dir.), *Le Travail, marchés, règles, conventions*, Paris, Economica, INSEE.
- FAVEREAU, O. (1989), «Marchés internes, marchés externes», *Revue économique*, vol. 40, n° 2, mars, pp. 273-328.


- FLOUR, J. et AUBERT, J.-L. (1990), *Les Obligations, l'acte juridique*, vol. 1, Paris, Armand Colin.
- GARNIER, O. (1986), «La théorie néo-classique face au contrat de travail: de la "main invisible" à la "poignée de main invisible"» in R. Salais et L. Thévenot (dir.), *Le Travail, marchés, règles, conventions*, Paris, Economica, INSEE.
- GAUDU, F. (1986), *L'Emploi dans l'entreprise privée, essai de théorie juridique*, Paris, thèse.
- GAUDU, F. (1994), «Le contrôle de l'exécution du plan social», *Droit social*, mai, p. 492.
- JEAMMAUD, A. (1993), *Le Licenciement*, Paris, Dalloz.
- LAULOM, S. (1996), *L'Harmonisation en droit social communautaire: les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, thèse de doctorat en droit de l'Institut universitaire, Florence.
- LENOBLE, J. et BERTEN, A. (1990), *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, LGDJ, Bruylant, 2^e éd. 1996.
- LEWIS, D. (1969), *Convention, a Philosophical Study*, Cambridge Ma., Harvard University Press.
- LISZEK, S. (1995), *Champagne, un siècle d'histoire sociale*, Montreuil, La Vie Ouvrière Éditions.
- LIVET, P. (1994), *La Communauté virtuelle*, Combas, Éditions de l'Éclat.
- LOJKINE, J. (1995), «Vers un syndicalisme de "troisième type"? L'intervention syndicale dans la gestion des entreprises», *Revue de l'IREs*, n° 19, p. 31.
- MACCORMICK, N. (1989), «La texture ouverte des règles juridiques», in P. Amselek et C. Grzegorzcyk (éd.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France.
- MADELIN, A. (éd.) (1997), *Aux sources du modèle libéral français*, Paris, Perrin.
- MARSHALL, A. (1990), «Organisation industrielle: la concentration d'industries localisées dans certaines localités», extrait du livre IV des *Principes d'économie politique*, traduction Gaffard et Romani, *Revue française d'économie*, vol. 5, été, p. 160 (1^{re} éd. 1890 dans *Principles of Economics*).
- MOISDON, J.-C. et WEIL, B. (1998), «La capitalisation technique pour l'innovation: expériences dans la conception automobile», in *La Politique du produit*, GIP Mutations industrielles, actes du colloque MNRT, Paris, octobre.
- PICHON, A. (1998), «Les chemins de la précarité», *Les Cahiers d'Évry*, Centre Pierre Naville, octobre.
- OLLIER, P. (1963), «Un conflit social exemplaire», *Droit social*, vol. 26, n° 11, p. 536.
- REY, J.-E. (1995), «Plan social et insécurité juridique», *Droit social*, juillet-août, p. 661.
- ROMANO, S. (1975), *L'Ordre juridique*, Paris, Dalloz.
- SALAI, R. (1989), «L'analyse économique des conventions du travail», *Revue économique*, vol. 40, n° 2, mars, pp. 199-240.
- SALAI R., BAVEREZ, N. et REYNAUD, B. (1986), *L'Invention du chômage*, Paris, Presses universitaires de France.

- SERVERIN, E. (1985), *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Lyon, Presses universitaires de Lyon.
- SOISSON, J.-P. (1989a), «Les restructurations industrielles: un enjeu économique et social», *Droit social*, n° spécial *Les restructurations*, janvier, p. 2.
- SOISSON, J.-P. (1989b), «La loi du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion», *Droit social*, septembre-octobre, p. 621.
- VÉRICEL, M. (1997), «La publication des décisions de justice en droit du travail», *Droit social*, n°5, p. 482.
- WACQUET, P. (1995), «Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique (Cour de cass., ch. soc., 5 avril 1995)», *Droit social*, n° 5, mai, p. 482.

Le droit dans l'action économique

Sous la direction de

Thierry Kirat ■ Evelyne Serverin

 CNRS EDITIONS