

## LE DROIT DE LA BONNE PRATIQUE

### Enquête sur une norme de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences

Laurent Duclos

L'idée s'est imposée que le droit du travail pouvait assurer auprès des entreprises la promotion de modèles de gestion responsables. En donnant au modèle le caractère de la règle, le législateur a cherché à informer directement la pratique des acteurs économiques. La Gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences représente aujourd'hui la bonne pratique à imiter. À partir de cet exemple, l'article montre que la façon dont les acteurs jouent avec la règle de droit déçoit les perspectives d'appropriation du modèle tracées par le législateur. Entre les usages qui s'attachent à un objet et son régime juridique, les rapports sont fragiles et la déconnection toujours possible. La question est alors savoir comment soutenir les capacités d'imputation du droit pour rénover les rapports d'obligation qu'il était censé instaurer.

« Les faits autrefois fleurons de la réalité ne sont plus que des réponses à des questions que l'on aurait pu poser autrement. »

Ulrich Beck

**L**a législation du travail comprend de nombreux aspects programmatiques. On peut s'en rendre compte aisément en parcourant l'exposé des motifs des projets de loi soumis au Parlement et vérifier au passage que l'emploi, sa sauvegarde ou son développement, figurent en bonne place parmi les préoccupations du législateur. En faisant supporter à la règle de droit des programmes d'action, les pouvoirs publics se sont intéressés mécaniquement à l'efficacité de la norme, au fait que sa mise en œuvre permettait ou non d'atteindre les objectifs visés, une amélioration de la situation de

l'emploi par exemple. Il est ainsi régulièrement demandé aux administrations publiques d'évaluer les effets de la loi, ce qui a contribué à renforcer la compréhension instrumentale de la règle de droit. Le fait de ne pas évaluer la loi à l'aune de critères juridiques, mais de procéder à une lecture économique du droit, surdétermine évidemment le jugement d'efficacité. Le droit est alors mis à l'épreuve de son efficacité économique, « faute de quoi il semble bien que le droit n'ait plus le droit d'être du droit<sup>1</sup> ! » Une forme de normativité émergente, soucieuse d'épouser – précisément au nom de l'efficacité – la rationalité des agents économiques s'est progressivement imposée. En témoigne la place que d'aucuns voudraient réserver aux mécanismes dits d'incitation dans l'énoncé de la norme<sup>2</sup>. S'adressant à des agents optimisateurs, les normes incitatives cherchent ainsi à intéresser ces derniers à la mise en œuvre du droit. Un cas d'intéressement typique est représenté par le recours aujourd'hui massif aux exonérations conditionnelles de charges sociales ; un autre est représenté, par exemple, par les projets d'instauration d'un « bonus-malus » à l'assurance-chômage<sup>3</sup>... En dépit de leur subtilité, au regard de la critique ordinaire de la règle comme simple rigidité, ces approches continuent d'entretenir une vision impérativiste du droit<sup>4</sup> et une conception mécaniste du rapport entre droit et action. Elles perpétuent « les conceptions du positivisme juridique classique qui a conçu le droit comme une série de modèles de comportement destinés à être socialement réalisés<sup>5</sup> ».

Dans un cas la règle de droit est conçue – et peut être d'ailleurs dénoncée – comme règle de conduite obligatoire (dont la sanction est assurée par la puissance publique), pesant ou devant peser directement sur le comportement des agents (soumission *versus* ignorance ou contournement), ce qui donne un premier sens à l'idée (et à la nécessité) d'appliquer le droit. Une manière de tempérer cette vision impérativiste, sans toutefois sacrifier la conception de la règle de droit comme modèle (à suivre ou à réaliser)<sup>6</sup>, conduit notamment à insister sur les vertus cognitives de la norme et son statut de ressource pour l'action, comme à relever au passage que de toute façon « on ne peut jamais dire d'une action humaine qu'elle obéit, qu'elle suit, qu'elle applique une règle, on peut seulement dire qu'elle s'y réfère<sup>7</sup> ». On pourrait alors se demander ce que la règle de droit permet d'apprendre à connaître : le droit lui-même ? Sans doute inspiré par les méthodes euro-

- 1. O. Favereau, « Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée », in A. Lyon-Caen (éd.), *L'Évaluation du droit du travail*, vol. II, IIPCC-Ministère du Travail, février 2008, p. 6.
- 2. Produit de l'économie-laboratoire (*economics*), les systèmes d'incitations fuient de toutes parts dans l'économie réelle (*economy*) : la taxation des licenciements, par exemple, peut induire une discrimination à l'encontre des salariés qui présentent les plus forts risques de chômage... Ces systèmes nécessitent alors un cadrage toujours recommencé de leurs effets pervers. Voir F. Eymard-Duvernay, « Le droit est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciement », *Droit social*, n° 9-10, sept.-oct. 2004, p. 812-816.
- 3. D. Margolis, D. Fougère, « Moduler les cotisations employeurs à l'assurance-chômage : les expériences de bonus-malus aux États-Unis », *Revue française d'économie*, vol. XV, n° 2, octobre 2000, p. 3-76.
- 4. La portée du droit et la logique de la norme se trouvant alors réduites aux modalités déontiques (prescription obligatoire, prohibition/permission).
- 5. P. Lascoumes, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », *L'Année sociologique*, vol. 40, 1990, p. 50.
- 6. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz, Chronique 1990*, 1990, p. 199-210.
- 7. B. Latour, *La Fabrique du droit*, Paris, La Découverte, 2002, p. 289.

**Il y aurait des « bonnes pratiques » à imiter, doublées de « bonnes incitations » pour en précipiter l'imitation**

péennes d'étalonnage comparé des politiques de l'emploi (*benchmarking*), le législateur n'a pas tardé à trouver la réponse à cette question en faisant de la règle de droit un véhicule privilégié pour ce qu'il avait choisi d'élever au rang de « bonnes pratiques »<sup>8</sup>.

Il y aurait ainsi des « bonnes pratiques » à imiter, doublées de « bonnes incitations » pour en précipiter l'imitation : le droit de l'emploi, ses auteurs, rêvent de pouvoir réaliser cet enchaînement qui, croit-on, le rendrait plus efficace. Les exemples ne manquent pas mais nous avons choisi pour notre propos de nous limiter à l'évocation d'un cas singulier qui constitue

en quelque sorte le paradigme actuel du droit de l'emploi et qui est susceptible à ce titre de rendre intelligible par analogie un fonctionnement plus global<sup>9</sup> : il s'agit de l'obligation triennale de négocier dans l'entreprise la mise en place d'une Gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (ou GPEC) introduite par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005<sup>10</sup>. Notons que nous aurions pu choisir – dans un passé encore récent –, la règle de « partage du travail » qui était censée donner sa cohérence au dispositif des lois dites Aubry<sup>11</sup>. Que la règle de droit établisse un mécanisme incitatif (Aubry I) ou qu'elle assoie simplement une obligation de négocier (GPEC), la recherche d'une appropriation concertée du droit par les acteurs – en vue précisément de conformer le produit des négociations à une certaine normalité sociale et économique<sup>12</sup> – révèle déjà l'entreprise pédagogique qui sous-tend son énoncé.

L'expression « bonne pratique » appartient au langage de l'expertise et colonise aujourd'hui l'action administrative. La bonne pratique est un fait stylisé. Comme son nom l'indique, cette approximation factuelle incorpore un jugement de valeur ce qui l'apparente à la notion de *type exemplaire* chez Max Weber<sup>13</sup>. Sa « légalisation » n'illustre pas tant la rationalité

- 8. « Le Conseil [...] peut adopter des actions d'encouragement destinées [...] à soutenir [l']action [des États membres] dans le domaine de l'emploi par le biais d'initiatives visant à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, en fournissant des analyses comparatives et des conseils ainsi qu'en promouvant les approches novatrices et en évaluant les expériences... ». Article 129 TCE.
- 9. Sur cette compréhension foucauldienne de la notion de paradigme, voir G. Agamben, *Signatura rerum. Sur la méthode*, Paris, Vrin, 2008.
- 10. L'obligation concerne les entreprises et les groupes d'au moins 300 salariés, soit une base potentielle d'environ 47 000 entreprises en France, représentant 9 millions de salariés (ou 49 % des salariés hors fonction publique). Au 20 janvier 2008, 279 accords de GPEC avaient été conclus et concernaient 923 000 salariés c'est-à-dire 10 % des intéressés au regard du champ de l'obligation.
- 11. Cf. L. Ducloux, « La négociation du temps de travail », in H. Rouilleault (dir.), *RTT, les enseignements de l'observation*, Paris, CGP-La Documentation française, 2001, p. 243-277.
- 12. A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Droit social*, n° 1, janvier 2003, p. 59-71.
- 13. Les types exemplaires sont distincts, pour Max Weber, de l'idéal type en ce qu'ils ne sont « plus des auxiliaires purement logiques ni non plus des concepts auxquels on mesure par comparaison la réalité, mais des idéaux à partir desquels on juge la réalité en l'évaluant [...] L'idéal type tel que nous l'entendons est [...] quelque chose d'entièrement indépendant de l'appréciation évaluative [...] ». M. Weber, *Essai sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965, p. 191-194. Alain Supiot avait violemment critiqué cette façon nouvelle de faire du droit du travail en distinguant « règles de droit » et « règles de normalisation » : « Enfreindre la règle revient, [alors] non à passer du légal à l'illégal, mais du normal au pathologique. Car les formes les plus modernes de règles de normalisation se trouvent toutes liées à l'affirmation d'une connaissance scientifique des rapports sociaux. » A. Supiot, « Délégation, normalisation et droit du travail », *Droit social*, n° 5, mai 1984, p. 306. Comme nous le verrons, cette distinction ne change en fait rien au « passage du droit ».

matérielle caractéristique du droit du travail<sup>14</sup> que la prétention au réalisme élevée par un législateur soucieux d'améliorer ses prises sur le réel<sup>15</sup>. Or, comme l'a montré Bruno Latour, cette prétention ne peut qu'échouer en droit. Comme nous le verrons, en effet, le droit ne peut, au contraire de la science, transporter de l'information ou de la connaissance. Il ne peut constituer « aucun modèle du monde qui permettrait ensuite, par une série de transformations, de revenir aux états de fait en prévoyant leur nature<sup>16</sup> ».

Suivre, par étapes, les métamorphoses d'un objet – en l'occurrence la GPEC –, depuis les pratiques qui ont pu s'en réclamer, les différentes compréhensions qui ont pu s'y attacher jusqu'à sa reprise par les représentants politiques, sa consécration par la loi et enfin son accueil par la jurisprudence, constitue sans doute un bon moyen d'éclairer la relation que le droit (du travail) contracte avec le monde (de l'entreprise) et plus généralement de reconstituer le « travail du droit ». En choisissant de retracer la « carrière » de cette norme d'un nouveau genre, nous essayerons notamment de montrer que la façon dont le droit se lie à l'action déjoue précisément la théorie qui préside aujourd'hui à la production de la norme et à l'évaluation de ses effets, que ces derniers d'ailleurs répondent ou non aux attentes du législateur. Ce dernier pense en effet que la règle de droit renferme un principe d'action, qu'elle peut de ce fait provoquer l'adoption de « modèles de gestion responsables ». *A contrario*, nous verrons que la relation est fragile entre les usages qui entourent un objet – dans le monde de l'entreprise – et le régime juridique de cet objet tel que l'éclaire notamment la jurisprudence. La façon dont se renouvelle l'exercice du pouvoir économique menace en effet en permanence de faire disparaître les points d'imputation dont le droit a impérieusement besoin pour faire fonctionner les rapports d'obligation. Faire et dire le droit ne consisterait pas alors à simplement transmettre une « bonne parole », à vendre une bonne pratique aux acteurs, mais à chercher dans la langue du droit lui-même un moyen de re-territorialiser l'expression qu'il peut donner des rapports sociaux.

## L'invention de la GPEC

En confrontant les études publiées par des revues juridiques et les témoignages recueillis par la presse spécialisée auprès de responsables des ressources humaines en entreprise, on pourrait faire le constat suivant :

– pour les juristes, « la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences est d'abord une pratique gestionnaire<sup>17</sup> » ou encore « la GPEC avant d'être saisie par le droit du travail est née dans le giron des ressources

■ 14. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p. 194-199. L'expression rationalité matérielle renvoie, chez Max Weber, à des règles dont l'élaboration est liée à l'observation de phénomènes extérieurs au droit. M. Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986.

■ 15. À côté du dispositif de la bonne pratique, le dispositif de la « loi expérimentale » est une autre manière « d'approcher la réalité ». Voir P.-Y. Verkindt, « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 2006, p. 724 et suiv.

■ 16. B. Latour, *op. cit.*, p. 288.

■ 17. Entrée en matière, in F. Héas, « Retour sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences », *La Semaine juridique — Social*, n° 22, mai 2008.

humaines<sup>18</sup>», etc. Et la plupart de reconnaître que pour cette raison peut-être ils ne savent pas très bien à quoi renvoie précisément cette pratique en termes de contenu. Notons qu'une telle méconnaissance ne gêne pas absolument le passage du droit, pour autant que la définition juridique de l'objet soit quant à elle stabilisée. Si en droit, en effet, on peut admettre que « le type juridique ne [permet jamais] d'apprendre quoi que ce soit sur l'essence du cas d'espèce<sup>19</sup> », il convient en revanche que le type en question facilite les opérations dites de qualification, permettant d'identifier une chose comme étant de la GPEC au sens défini par un texte. Or, il semble bien que le législateur qui introduit dans le code du travail en 2005 une obligation de négocier « la mise en place d'un dispositif de GPEC<sup>20</sup> » n'ait pas pris la peine de préciser la notion de GPEC sur le plan juridique<sup>21</sup>. C'est d'ailleurs ce qui fait l'intérêt de ce cas. Le droit ayant horreur du vide nous verrons qu'il trouve toujours un moyen non seulement d'interpréter la norme mais aussi les termes qui la forment ;

**Tout se passe comme si les praticiens de la fonction RH découvriraient la GPEC en lisant la jurisprudence**

– symétriquement, les praticiens de la fonction ressources humaines en entreprise, auxquels on avait pourtant attribué de pratiquer la GPEC, sans toujours le savoir d'ailleurs<sup>22</sup>, passeraient le plus clair de leur temps à lire la jurisprudence pour savoir ce qu'il en est. Ainsi que le rapporte l'un des consultants témoins cité par le Rapport Rouilleault, ce sont d'ailleurs moins souvent des gestionnaires de la fonction RH que des juristes d'entreprise qui sollicitent son conseil<sup>23</sup>. Or, de par leur position subordonnée dans l'entreprise, ces derniers ont un rapport tout à fait particulier au droit : leurs attributions les conduisent moins à se faire le porte-parole du législateur – encore qu'il leur arrive pour se faire entendre d'exagérer la portée de certaines dispositions des textes<sup>24</sup> – qu'à soumettre les pratiques effectives de l'entreprise à une « analyse de risque » et à chercher parmi elles celles dont on pourrait leur faire grief. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le besoin de sécurité juridique régulièrement exprimé par les entreprises<sup>25</sup>. L'entreprise ayant horreur de l'insécurité juridique nous verrons qu'elle trouve toujours un moyen de

■ 18. Premier exergue, in P. Le Cohu, J.-M. Mir, *La GPEC, Liaisons sociales Quotidien*, n° 15149 du 27 juin, Cahier complémentaire n° 2, 2008, p. 8. Voir également, au sein de l'administration, Délégation à l'emploi, *GPEC : repères pour l'action des services*, juillet 1991.

■ 19. B. Latour, *op. cit.*, p. 246.

■ 20. Article L. 2242-15 du nouveau Code du travail. L'obligation de pratiquer la GPEC est indépendante de cet article.

■ 21. H.-J. Legrand, « Sur un nouvel objet juridique non identifié, la GPEC », *Droit social*, n° 3, mars 2006, p. 330-333.

■ 22. « La GPEC est une notion qui demeure à la recherche d'une définition. Elle peut être mise en œuvre et effectivement pratiquée sans être précisément et clairement énoncée. » P. Masanovic, « L'incidence nécessaire du régime de la GPEC sur le sort du licenciement économique », *Revue de droit du travail*, mai 2007, p. 287.

■ 23. H. Rouilleault, *Anticiper et concerter les mutations*, Rapport aux ministres en charge du travail et de l'emploi sur l'obligation triennale de négocier, 2007, note p. 40.

■ 24. A. Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », *Recueil Dalloz, Chronique 1993*, 1993, p. 211.

■ 25. Cf. B. Teyssié (éd.), « Dossier : la sécurité juridique en droit du travail », *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 2006.

« respecter » la règle de droit mais pour s'arrêter le plus souvent aux termes qui la formulent.

En résumé, le législateur s'inspirerait d'une pratique qui n'existe pas, entendue comme pratique de gestion délibérée définie à la fois par son objet – la GPEC (mais qu'est-ce que la GPEC ?) – et par un projet global qui lui correspondrait<sup>26</sup>.

Notons qu'aux termes de l'article L. 2242-15 du Code du travail (alinéa 2), l'obligation de négocier ne porte pas seulement sur la « mise en place d'un dispositif de GPEC » mais aussi sur un certain nombre de « mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience (VAE), de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés ». Alors que ces thèmes n'étaient cités qu'à titre d'exemple, « la pratique observée [a] réduit souvent la négociation à ce seul aspect de l'accompagnement<sup>27</sup> », au détriment de l'explicitation du caractère global de la démarche, de ses aspects prévisionnels et de ses liens avec la stratégie de l'entreprise<sup>28</sup>. Il ne s'agit donc pas, dans la plupart des cas, de faire franchir un nouveau seuil de rationalité à des pratiques administratives disparates, en les intégrant pour qu'elles deviennent les variables d'un agencement au service d'une Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences<sup>29</sup>, mais plutôt de respecter à la lettre, et terme à terme, l'obligation légale nouvelle. D'un autre côté, ces mesures dites d'accompagnement présentent, quant à elles, l'avantage de renvoyer à une instrumentation connue et à des dispositifs qui, à l'instar de la VAE, font à leur tour l'objet d'un encadrement légal. On comprend mieux, de ce fait, pourquoi elles constituent souvent le contenu quasi exclusif des accords dits de GPEC.

## L'expert fait la loi

Si l'on remonte aux origines de la GPEC, ou plutôt à ses inventeurs<sup>30</sup>, on trouve notamment l'ouvrage de Dominique Thierry et Christian Sauret – respectivement fondateur/délégué général et ancien directeur de l'association « Développement & Emploi » –, intitulé *La Gestion prévisionnelle et préventive des emplois et des compétences* (ou GPPEC avec deux « P »), publié une première fois en 1990. Cette référence est encore aujourd'hui régulièrement citée par les juristes, voire par certaines décisions de justice<sup>31</sup>. Thierry et Sauret définissent la GPPEC comme « la conception, la mise en œuvre et le suivi de politiques et de plans d'actions cohérents visant à réduire

■ 26. B. Galambaud, *Si la GRH était de la gestion*, Paris, éditions Liaisons, 2002, p. 18 et *passim*.

■ 27. H.-J. Legrand, 2006, *op. cit.*, p. 332. Voir également DGEFP, *Bilan de la mise en œuvre de l'obligation triennale de négocier sur la GPEC*, juillet 2008.

■ 28. Cf. le premier alinéa de l'article en question : « L'employeur engage tous les trois ans une négociation portant sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires... ».

■ 29. Sur la différence entre administration d'une disposition et « gestion stratégique », voir B. Galambaud, *op. cit.*

■ 30. « À la solennité de l'origine il faut opposer, en bonne méthode historique, la petitesse méticuleuse [de l'invention] (M. Foucault, *Dits et Écrits*, t. II, Paris, Gallimard, 1994, p. 543-544). Ce qui s'invente « se produit toujours dans un certain état des forces [...], désigne un lieu d'affrontement » (*id.*, p. 143-144).

■ 31. TGI Colmar, 22 janvier 2007, CCE Georgia Pacific France c./ Georgia Pacific France.

de façon anticipée les écarts entre les besoins et les ressources humaines de l'entreprise (en termes d'effectifs et de compétences), en fonction de son plan stratégique (ou du moins d'objectifs à moyen terme bien identifiés) et impliquant le salarié dans le cadre d'un projet d'évolution professionnelle<sup>32</sup>. Cette perspective « adéquatniste », centrée sur la mesure des écarts et non sur la compréhension des dynamiques de construction des compétences, donne une vision assez mécaniste de l'allocation des ressources en entreprise<sup>33</sup>. Dans le cadre des travaux et des missions de conseil réalisés par « Développement & Emploi », Thierry et Sauret – militants du « développement des ressources humaines » – figurent dans les années 1990 parmi les principaux animateurs du débat social sur la gestion de l'emploi et accompagnent accessoirement, dans quelques grands groupes, les premiers accords de Gestion prévisionnelle de l'emploi (ou GPE)<sup>34</sup>. Alors que « la mise en œuvre de ces programmes et de ces techniques, dans des domaines qui relèvent des prérogatives normales des directions d'entreprise, ne nécessitent [à l'époque] ni le support de l'accord collectif ni le concours des organisations syndicales, le choix de la voie conventionnelle, après sollicitation des experts de la GPE ne relève pas du hasard<sup>35</sup> : il permet de donner corps à la « modernisation négociée » que les pouvoirs publics appellent de leurs vœux<sup>36</sup>. Ce choix est concomitant du vote de la loi du 2 août 1989 sur le licenciement économique et le droit de conversion qui crée notamment l'obligation d'informer et de consulter annuellement le comité d'entreprise sur l'évolution passée et prévisionnelle de l'emploi et des qualifications

(ou GPEQ !)<sup>37</sup>. Née dans l'interface entre consultants spécialisés, entreprises de pointe et centres de recherche publics, donc à la frange des administrations, la GPE devient une « affaire d'État » et un instrument de la politique du ministère en direction des entreprises<sup>38</sup> : en septembre 1988, Michel Rocard alors Premier ministre la présente comme une « ardente obligation » pour les entreprises<sup>39</sup>. Quoi qu'il en soit, ces accords n'instituent pas, au profit des salariés, de droit de créance à l'encontre de leur employeur<sup>40</sup>.

**La GPEC est devenue une affaire d'État et un instrument de la politique du ministère en direction des entreprises**

■ 32. D. Thierry, C. Sauret, *La GPPEC*, Paris, L'Harmattan, 2<sup>e</sup> éd. 1993, p. 23. Ouvrage publié dans la collection « Pour l'emploi » créée par L'Harmattan et « Développement & Emploi » en 1989.

■ 33. Cf. M. Rousseau, « Les pratiques des entreprises en matière d'anticipation des qualifications », *Travail et Emploi*, n° 57-2, avril 1993, p. 13.

■ 34. Cf. L. Merlin, « Les accords de GPE : une coopération ambivalente », *Travail et Emploi*, n° 57-2, avril 1993. Article qui rend compte d'une étude menée dans le cadre de l'association « Développement & Emploi ».

■ 35. P. Guilloux, « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi », *Droit social*, n° 11, novembre 1990, p. 831.

■ 36. A. Riboud, « Modernisation, mode d'emploi », Rapport au Premier ministre, Paris, Éditions 10/18, 1987 ; J.-P. Soisson, « La loi du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Droit social*, sept.-oct. 1989, p. 621-630. S'agissant des PME, l'État enrôle d'ailleurs directement les « opérateurs externes » en prenant en charge une partie du financement des actions de conseil, ainsi de la ligne d'innovation pour la gestion de l'emploi (ou aide LIGE) créée en 1989.

■ 37. Code du travail, art. L. 2323-56 (anciennement L. 432-1-1).

■ 38. M. Cézard, « La GPEC à l'épreuve des faits », *Travail et Emploi*, n° 57 bis, 1993, p. 4.

■ 39. P. Gilbert, « La GPRH : histoire et perspective », *Revue française de gestion*, juin-août 1999, p. 69.

■ 40. P. Guilloux, 1990, *op. cit.*, p. 831.

Les syndicats s'en aperçoivent au moment du retournement de conjoncture des années 1992-1995, le plus important de l'après-guerre, avec le retour des « plans sociaux ». Au demeurant, les accords collectifs dits de GPE portaient déjà tous peu ou prou la marque d'une réduction massive des sur-effectifs dans les grands groupes français.

Les experts de la GPE, soutenus par des directions ressources humaines qui cherchaient à la fin des années 1980 un outillage « techno » qui leur eût permis de « prendre du galon » face aux autres directions de l'entreprise, appelaient tous à une meilleure prise en compte de l'emploi dans les stratégies d'entreprise. Ce fut un échec. Les directions financières prirent prétexte de l'émergence du thème partagé de la « compétence », avec les directions ressources humaines, pour imposer une réindexation des périmètres d'activité sur les seules compétences stratégiques au sens du couple produits/marchés (« nos métiers »)<sup>41</sup>. L'emploi devint bien une variable stratégique mais au bénéfice principal d'un gouvernement par les chiffres<sup>42</sup> centré sur le couple stratégie/effectifs auquel durent se soumettre les RH. Nombre d'opérations de GPEC participèrent alors et insensiblement à la mise en place de nouvelles procédures de sélection de la main-d'œuvre<sup>43</sup>. Dans la catégorie des entreprises comptant plus de 10 000 salariés au milieu des années 1980, le nombre moyen de salariés aurait ainsi chuté de 48,3 % entre 1985 et 1997<sup>44</sup>.

La bataille d'acronymes – une bataille d'experts – a rapidement focalisé l'attention des protagonistes sur la boîte à outils de la GPEC, laquelle suffit pour l'acteur politique à représenter le cas et donc la bonne pratique. Il échappa alors à tout le monde que la légalisation de cette boîte à outils réifiait, sans qu'il soit donné à voir, le modèle d'entreprise approprié à la mise en œuvre de cette instrumentation de gestion, c'est-à-dire le contexte tout à fait spécifique qui avait notamment donné naissance à la « Gestion prévisionnelle du personnel » (ou GPP) prônée dès 1972 par Pierre Jardillier<sup>45</sup>. Autrement dit, personne ne prit garde à la relation de présupposition qui s'instaure classiquement entre un modèle de l'entreprise et son instrumentation de gestion. L'adoption subreptice d'un nouveau *business model* par les grandes entreprises dans les années 1990 devait, en réalité, défaire les bases sur lesquelles se fondait la prétention de développer une GPEC (*cf. infra*). Cette évolution du modèle même de l'entreprise passa complètement inaperçue dans le champ politique, c'est-à-dire parmi ceux qui font la Loi. De ce fait, la volonté d'attacher la GPEC à la stratégie de l'entreprise est assez largement restée un vœu pieux.

■ 41. M. Burdillat, « Gouvernement de l'emploi et gestion du travail », *Cahiers du GIP Mutations Industrielles*, n° 63, septembre 1992; M. Burdillat, « Du sur-effectif à la gestion prévisionnelle : quels processus de définition de l'emploi ? », in M.-C. Villeval (éd.), *Mutations industrielles et reconversion des salariés*, Paris, L'Harmattan, 1992, p. 237-244.

■ 42. R. Beaujolin, *Les Vertiges de l'emploi, l'entreprise face aux réductions d'effectifs*, Paris, Grasset, 1999; P. Chevalier, D. Dure, « Pourquoi licencie-t-on ? », Communication au Séminaire de l'école de Paris du management, novembre 1993.

■ 43. H. Bertrand *et alii*, « La GPEC dans les PME », *Travail et Emploi*, n° 57 bis, 1993, p. 76; X. Baron, « La GPEC justifie des politiques discriminatoires et le recours aux emplois précaires », *Journaldunet.com*, 2008.

■ 44. K. Moussallam, « Le poids des grandes entreprises dans l'emploi », *Insee Première*, n° 683, novembre 1999.

■ 45. P. Jardillier, *La Gestion prévisionnelle du personnel*, Paris, PUF, 1972.

## Une mise en perspective historique

Les premiers modèles de prévision des effectifs – ou *manpower planning* – développés dans les années 1960 au sein de quelques administrations publiques et chez quelques représentants de la grande industrie, mettaient les « prouesses » (!) des premiers calculateurs au service de la direction scientifique de l'entreprise, et devaient aider à en contrôler l'expansion comme à optimiser l'évolution de la masse salariale ou de la structure des emplois (gérer les taux de promotion interne à la position de cadre, par exemple) : « difficilement maniables et opaques pour l'utilisateur, les modèles d'optimisation ont eu une application très réduite<sup>46</sup> ». Selon Patrick Gilbert, les années 1970 sont, quant à elles, surtout dominées par une gestion des prévisions de carrière (ou Gestion prévisionnelle du personnel telle qu'envisagée par Jardillier), liée à la recherche d'un « management humain » et à la nécessité d'offrir à la population montante – les cadres – des carrières pour prix de leur loyauté<sup>47</sup>. Les projections quantitatives modélisent alors une progression dans les affectations... La crise va déséquilibrer ces modèles mais surtout défaire l'organisation qui les sous-tend. Au début des années 1970, les économistes institutionnalistes américains avaient appelé cette organisation le « marché interne<sup>48</sup> ». L'apparition des marchés du travail dits internes était, pour eux, la conséquence des stratégies déployées par les grandes entreprises fordistes pour monopoliser le segment stable de leurs débouchés<sup>49</sup>. Elle traduisait alors une volonté de stabiliser la main-d'œuvre pour accompagner les lourdes immobilisations industrielles qui permettaient de minimiser les coûts unitaires de production sur chaque débouché et de conférer ainsi un avantage concurrentiel. Cette stabilisation typique des Trente Glorieuses constitue indissociablement un investissement de régularité et un investissement de sur-capacité permettant de répondre à l'incertitude marquant les volumes écoulés<sup>50</sup>. Elle induit des pratiques de gestion de la main-d'œuvre basées sur une hiérarchie négociée des positions professionnelles et l'établissement de routines administratives pour l'allocation des ressources sur ce marché interne.

Dans le contexte des années 1970, les partenaires sociaux – et singulièrement les organisations patronales – peuvent encore convenir, comme ils le feront à travers l'Accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la « sécurité de l'emploi », que « les entreprises doivent jouer leur rôle

■ 46. P. Gilbert, 1999, *op. cit.*, p. 67.

■ 47. Pour une somme en sociologie critique sur cette avant-garde managériale, voir P. Bourdieu, M. de Saint Martin, « Le patronat », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 20-21, mars-avril 1978, spécialement p. 66 et suiv.

■ 48. P. B. Doeringer, M. J. Piore, *Internal Labor Market and Manpower Analysis*, New York, D. C. Heath and Company, 1971.

■ 49. Le régime d'accumulation fordiste est alors tiré par la consommation de masse et une alliance avec la production de masse. Voir R. Boyer, « La crise actuelle : une mise en perspective historique. Quelques réflexions à partir d'une analyse du capitalisme français en longue période », *Critiques de l'économie politique*, Nouvelle série, n° 7-8, avril-septembre 1979, p. 3-113.

■ 50. Pour une théorisation de ces investissements de régularité et des rendements qui leur sont attachés, voir L. Thévenot, « Les investissements de forme », in « Conventions économiques », *Cahiers du CEE*, n° 29, PUF, 1985, p. 21-71.

dans une politique de sécurité de l'emploi [et] s'efforcer de faire des prévisions de façon à établir les bases d'une politique de l'emploi » (*sic*). Il n'est alors pas incongru d'ajouter que lorsque les entreprises « entreprennent des opérations de fusion, de concentration, de restructuration, visant à augmenter [leur] compétitivité, elles doivent intégrer dans leurs études préliminaires les incidences prévisibles en ce qui concerne l'emploi et préparer les solutions permettant de réduire les éventuels licenciements notamment par un effort de formation facilitant les *mutations internes*... » (je souligne). Il convient de préciser qu'au cours des Trente Glorieuses l'État soutient largement les efforts de rationalisation industrielle et oriente donc les opérations de restructuration, notamment celles qui accompagnent la création de « champions nationaux<sup>51</sup> ». De ce point de vue, le Fonds national pour l'emploi, créé par la loi du 18 décembre 1963, n'eut pas simplement pour objet « l'accompagnement social » des restructurations, il constitua également un soutien direct à la modernisation de l'économie<sup>52</sup>. Pour autant que les entreprises aient été appelées à « jouer leur rôle » en matière de sécurité de l'emploi (§ 4), il ne faudrait pas en déduire que le patronat ait accepté, à cette époque, que le « droit à l'emploi » – inscrit dans le préambule de la Constitution de 1946 – soit d'emblée transformé en créance sur chaque entreprise. Il était en effet prévu qu'un « problème grave de reclassement qui n'aurait pu être résolu » dans le cadre de l'entreprise puisse être traité au dehors (Titre I – § 3)<sup>53</sup>. En 1969, c'est la « profession organisée », à savoir la branche professionnelle représentée dans le cadre des commissions paritaires de l'emploi, mais aussi le territoire dans le cadre des « commissions interprofessionnelles régionales » (ANI, Titre I – art. 3) qui étaient censées jouer le rôle de cet « ailleurs<sup>54</sup> ».

Si la déclaration de principe figurant dans l'accord de 1969 correspond bien à l'image que nombre de commentateurs se font de la GPEC, les termes qui la formulent, et notamment l'allusion à des « mutations internes », renvoient

- 51. Ce soutien est également une constante dans la construction européenne depuis la CECA. Jusqu'à très récemment, les « mutations économiques » sont vues depuis l'Europe comme nécessaires et largement positives (COM (2004) 274, COM (2005) 120 final).
- 52. Ainsi que le révèle en creux – au moment de la restructuration douloureuse du secteur des Mines – la justification « délicate » de ce fonds : « Comment admettre que ceux dont l'effort est le premier facteur de l'accroissement de la production soient aussi les premières victimes des transformations industrielles et commerciales qui nécessairement l'accompagnent ? » (Extrait de l'exposé des motifs de la loi n° 63-1240 du 18 décembre 1963 relative au Fonds national de l'emploi).
- 53. « Dans la mesure où des solutions satisfaisantes ne pourraient intervenir au plan de l'entreprise les commissions paritaires de l'emploi compétentes seront saisies » (ANI, art. 15, 5<sup>e</sup> alinéa).
- 54. On eût pu s'attendre au développement d'un modèle de négociation (de branche) sur les projets de restructuration. En fait, la France se distinguera surtout par une complémentarité exclusive entre deux modèles de prise en compte des effets sur l'emploi des « mutations économiques » : un premier modèle d'intervention de l'administration, préfiguré par la création du FNE en 1963, dominant jusqu'à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement en 1986, et un modèle plus tardif de « responsabilisation de l'entreprise », mis en œuvre sous le contrôle du juge, qui modernisera surtout la partie de l'accord du 10 février 1969 relative à l'information et à la consultation du comité d'entreprise (le titre II), via notamment l'avenant du 21 novembre 1974 qui crée la notion de « plan social » et de l'accord du 21 novembre 1986. Le modèle d'intervention de l'administration se structure avant la crise. Il constituera le principal support au compromis social noué à l'orée des années 1980 autour des cessations anticipées d'activité – pré-retraites et autres dispositions institutionnelles d'éviction de l'emploi – dont l'État social continue de nos jours à payer le prix très élevé. Ce compromis manifeste à lui seul – en même temps qu'il l'a masqué – l'épuisement des logiques de marché interne. Voir A. d'Autume et alii, *Les Seniors et l'emploi en France*, Rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation française, 2005.

à un modèle d'entreprise tout à fait spécifique<sup>55</sup> : l'existence d'un « marché interne » du travail doté de contours stables apparaît ainsi comme la condition *nécessaire* à l'apparition d'une gestion prévisionnelle de l'emploi conforme aux attentes des négociateurs de l'ANI du 10 février 1969 sur la « sécurité de l'emploi ». On pressent que l'entreprise d'aujourd'hui n'a plus rien à voir avec ce modèle d'organisation dans lequel l'entreprise avait d'emblée « la force d'un fait, celui de la réunion d'une collectivité de travailleurs sous une autorité unique<sup>56</sup> ». La naissance de ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui « l'entreprise-réseau » a brouillé la frontière entre un intérieur (l'organisation) et un extérieur (le marché), ainsi qu'en témoigne notre difficulté à distinguer désormais les groupes organisés des simples réseaux d'entreprises, les rapports d'organisation des rapports commerciaux, etc. Dès 1983, Gérard Lyon-Caen montrait que les premières formes d'expression de l'entreprise-réseau créaient « des problèmes artificiels nouveaux en droit du travail [...] ainsi de la détermination de l'employeur, [...] de la distinction des dirigeants et des salariés, [de] la multiplication des statuts collectifs<sup>57</sup> ». C'est peu dire que l'outillage expert de la GPEC, « légalisé » une première fois par le législateur en 1989, arrivera après le train de l'économie<sup>58</sup>. L'ironie veut que les grandes entreprises françaises – anticipant peut-être la fin d'un modèle d'intervention des pouvoirs publics permettant de fait l'externalisation de la gestion sociale des restructurations – se soient appuyées sur la GPEC pour liquider le reliquat de

**L'outillage expert de la GPEC arrivera après le train de l'économie**

marché interne. Le retour de la GPEC dans les années 2000 fait alors irrésistiblement penser à un vieil adage d'Abraham Kaplan sur la *loi des instruments*<sup>59</sup> : « Quand dans sa boîte à outils on n'a qu'un marteau, tous les problèmes prennent la forme d'un clou. »

Peut-être consciente d'être à cheval entre deux époques, l'association « Développement & Emploi » avait mis deux « P » à sa GPPEC. La « cause » des marchés internes ayant disparu, on s'aperçut rapidement que les aspects de « prévision » seraient déçus. Le « P » de « prévention » renvoie, quant à

■ 55. « Existence d'un marché interne du travail suffisamment vaste et actif pour permettre les mouvements [...], proximité territoriale des emplois qui limite drastiquement les mobilités géographiques [...], existence simultanée au sein de l'entreprise de besoins et d'excédents de main-d'œuvre et, en termes de compétences, [...] distance professionnelle raisonnable entre les postes à pourvoir et les emplois excédentaires. » F. Bruggeman, « La GPEC : danger ou opportunité ? », *Le Droit ouvrier*, avril 2007, p. 154.

■ 56. « Cette force, l'entreprise ne l'a plus. Elle s'est trouvée comme fissurée par les phénomènes de pluralité et de discontinuité qu'a introduit [notamment] le développement des groupes de société. » A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigmes de l'entreprise », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1985, p. 643.

■ 57. G. Lyon-Caen, « La concentration du capital et le droit du travail », *Droit social*, n° 5, mai 1983, p. 302.

■ 58. Le sous-emploi chronique a non seulement encouragé le développement de l'*outsourcing* en matière productive mais aussi les comportements de « chasseur-cueilleur » en matière de qualification (*poaching*). Les entreprises ont pu voir, en contrepartie, leur capacité à orienter directement les « flux » de main-d'œuvre diminuer. Celles qui connaissent alors des difficultés de recrutement ou qui proposent des métiers peu valorisants sont ainsi confrontées à de nouveaux enjeux d'arbitrage entre redéploiement d'un « marché interne » et simple recours au marché externe du travail pour rester attractives. Il reste que la notion de marché interne débordait, dans les années 1970, les seuls enjeux de gestion des ressources humaines pour intéresser le modèle de l'entreprise (fordiste) en son ensemble.

■ 59. A. Kaplan, *The Conduct of Inquiry : Methodology for Behavioral Science*, New York, Harper, 1964, p. 28.

lui, à une exigence posée par la collectivité publique qui n'a cessé de grandir, ainsi qu'en témoigne à sa façon l'évolution du droit du licenciement économique à partir de l'arrêt *Expovit*<sup>60</sup> : « L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois. » Curieusement, c'est le « P » de « prévention » et non celui de « prévision » qui sauta au marbre au moment de consacrer l'abrégié GPEC. En rappelant l'employeur à son devoir d'adaptation – réaffirmé par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 et par le droit de la formation<sup>61</sup> –, le législateur a peut-être pensé qu'il lui serait plus facile de satisfaire aux obligations de reclassement qui constituent, en droit, un préalable au licenciement économique. Ce raisonnement n'est-il pas *a priori* conforme aux prémices de la GPEC ? En fait, si le reclassement conditionne la transformation des compétences et constitue pour le salarié une occasion de s'adapter, l'entretien d'une « capacité à occuper un emploi », via des « formations qui participent au développement des compétences », selon les termes de l'article L. 6321-1 du Code du travail, ne porte en lui aucune assurance. On peut dire qu'il existe des effets de « constellation » mais jamais d'implication directe entre adaptation et reclassement : la consécration d'un lien direct est d'autant plus dangereuse d'ailleurs que le juge pourra plus facilement en exciper pour débouter un salarié licencié invoquant un manquement à l'obligation de reclassement lorsque le salarié en question aura refusé une formation d'adaptation, et considérer alors que l'employeur a satisfait à ses obligations<sup>62</sup>. À cet égard, les théories qui sous-tendent la GPEC ne rendent pas compte du lien subtil qui peut s'établir – à travers la prévention ou la précaution – entre adaptation et reclassement et peuvent survaloriser les seuls efforts de formation.

Dans un registre proche, le « C » de « Compétence » renvoie bien, quant à lui, à une évolution, en l'occurrence à une individualisation de la relation d'emploi, mais il problématise mal le modèle de production des aptitudes que cette évolution a engendré. Notons à cet égard que le développement des capacités ne dépend pas simplement d'un ensemble de prédispositions incorporées mais aussi de processus d'habilitation qui constituent précisément un droit à les développer<sup>63</sup>. Ce qui se transmet, en effet, et sert le développement des capacités, ce n'est pas tant un « savoir » qu'on emporterait avec soi vers un nouvel emploi que le « travail » à effectuer dans cet emploi ! Or, la gestion des compétences – face à laquelle les juristes sont restés sceptiques<sup>64</sup> – ne vise pas tant à faire tomber le voile de l'ignorance, en cherchant à débusquer la compétence « vraie » derrière la qualification « conventionnelle », qu'à contrôler dans l'entreprise la distribution du droit à devenir compétent. Un contrôle qui peut tout autant servir à la construction des parcours... qu'à l'éviction de certaines catégories de salariés. Dans tous

■ 60. Cass. Soc. 25 février 1992, *Sté Expovit c/ Dehaynain*.

■ 61. Code du travail, art. L. 1233-4 ; art. L. 6321-1.

■ 62. Cf. Cass. Soc. 13 février 2008, n° 06-43.785.

■ 63. M. Stroobants, « La visibilité des compétences », in F. Ropé, L. Tanguy (éd.), *Savoirs et compétences*, Paris, CPC - Ministère de l'Éducation nationale, 1994, p. 197-222.

■ 64. A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », *Droit social*, n° 6, juin 1992, p. 573.

les cas, on pressent que le caractère ambigu des notions qui se cachent derrière l'acronyme GPEC ne sera pas sans effet sur l'appropriation de la norme par les acteurs économiques et son application par les juges.

## L'entreprise et le droit ou l'économie du droit

On reconnaît généralement à la (grande) entreprise de savoir jouer avec la règle de droit. Ainsi que l'exprimaient Antoine Lyon-Caen et Antoine Jeammaud, ses actes ne sont évidemment pas « régis » par le droit<sup>65</sup>, même lorsqu'ils sont eux-mêmes créateurs de droit, mais peuvent constituer une « pratique juridique ». Cette dernière peut consister « à utiliser le droit [...] par optimisation des techniques [ou des avantages] qu'il procure et minimisation des contraintes qu'il [instaure], à dégager les implications des règles juridiques et rechercher les moyens les plus adaptés à l'obtention d'un certain résultat<sup>66</sup> ». Dire ainsi que l'entreprise instrumentalise le droit n'est « même pas faux ». Au demeurant, si le droit se prêtait à être un bon outil de gestion, il serait entré en concurrence directe avec l'instrumentation gestionnaire classique et serait devenu une technique comme une autre d'organisation de l'entreprise<sup>67</sup>. Or, tel n'est pas le cas.

## Analyse de risque, insécurité juridique et investissement dans la norme

En revanche, la plupart des actes de gestion dans l'entreprise portent la marque ou la signature du droit<sup>68</sup>. En témoigne un peu paradoxalement ce surplus d'actes, pourrait-on dire, produits « pour la forme » mais quand même produits (*cf. infra*). Quel sens d'ailleurs donner à ces faux-semblants et plus généralement au fait que la règle puisse être contournée ? Peu importe dira-t-on. L'ignorance du droit elle-même ne saurait soustraire aux effets qui s'attachent à son application ; c'est d'ailleurs le sens de la maxime « *nemo censetur legem ignorare* ». Le sachant, l'entreprise commet ses juristes à renseigner le « risque juridique » qui s'attache à son activité (remise en cause possible des droits économiques dévolus aux entreprises ; coûts engendrés par le non-respect de la règle ; atteinte à la réputation ; etc.). Ainsi que l'a montré Jean-Daniel Reynaud, « L'employeur [...] n'est nullement intéressé par la cohérence, réelle ou fictive, que l'on peut prêter aux intentions du législateur. Il ne cherche nullement à connaître ses intentions. Ce qu'il demande à son directeur du personnel, ou au conseil juridique dont il sollicite l'avis [...] est

■ 65. Aussi régulières et institutionnelles qu'elles aient pu être, les disciplines qui constituaient l'espace de la « fabrique » représentaient plutôt un « contre-droit » chez Michel Foucault dans *Surveiller et punir*. Aujourd'hui, le pouvoir réglementaire de l'employeur normalement s'intègre à l'ordre juridique étatique. De ce fait, les pratiques d'auto-réglementation de l'entreprise n'éveillent plus les mêmes craintes que par le passé, a fortiori lorsqu'elles s'articulent à des accords négociés avec les représentants des salariés et autorisent donc l'exercice de libertés collectives. Bien plus : avec l'ordonnance du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail, le législateur a ouvert pour l'accord collectif d'entreprise une faculté de déroger à la norme de niveau supérieur et encouragé depuis le développement d'accords dits « donnant-donnant ». Nonobstant le caractère inégalitaire de la relation d'emploi, il a de ce fait précipité l'émancipation juridique de l'entreprise.

■ 66. A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, « Droit et direction du personnel », *Droit social*, n° 1, janvier 1982, p. 58.

■ 67. C'est la « vision » de certains avocats conseils des employeurs, au demeurant soutiens à la responsabilité sociale. Voir J. Barthélémy, *Droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Liaisons, 2003.

■ 68. Concernant cette forme spéciale de redondance, voir G. Agamben, 2008, *op. cit.*

beaucoup plus étroitement défini. Il cherche dans le droit d'une part des ressources de légitimation, dans la négociation éventuelle avec le salarié ou avec un représentant du personnel [...] d'autre part à s'assurer qu'il ne court pas le risque d'une condamnation. [...] L'utilisateur de la loi cherche à réaliser son projet. [...] le droit ne détermine ni la logique de l'action de ceux qui ont à le "respecter", ni le système qui définit leur rapport<sup>69</sup>».

Sur des terrains précisément risqués, où les condamnations peuvent pleuvoir, les décisions et les actes de gestion anticipent la « réaction de la norme », c'est-à-dire la qualification des faits au sens défini par une règle de droit. Cette anticipation est d'autant plus importante à souligner que la norme elle-même peut viser des actes qui prennent tout leur sens d'un ordre chronologique – comme dans le cas du droit du licenciement économique<sup>70</sup> : le licenciement économique est normalement *consécutif* à des difficultés économiques<sup>71</sup> ; « le licenciement pour motif économique [...] ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise...<sup>72</sup> ». De même l'élaboration d'un plan dit de sauvegarde de l'emploi, établi certes dans un contexte de suppression d'emplois mais intervenant avant la rupture des contrats de travail, vise-t-elle officiellement à « éviter les licenciements ou en limiter le nombre<sup>73</sup> ». Une précision curieuse quand on sait que l'entreprise met précisément en œuvre ce plan pour procéder à des licenciements. Il lui suffit alors de reporter cette programmation juridique et les obligations afférentes, notamment relatives à la consultation du comité d'entreprise, sur une carte – un retro-planning typiquement – pour produire à travers les actes qu'elle pose un « reflet » suffisant à répondre aux exigences posées par la règle. Cette « réflexion » de la norme peut être éclairée par un proverbe auquel se réfèrent volontiers les professeurs de droit et qui constitue une sorte d'image inversée du syllogisme judiciaire<sup>74</sup> : « qui veut noyer son chien l'accuse de la rage<sup>75</sup> ». Une illustration classique en droit du travail : le Code du travail énonce qu'un employeur peut proposer un contrat de travail à durée déterminée pour faire face notamment à « un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise<sup>76</sup> ». Qui veut mettre fin au contrat à une échéance précise sans s'embarrasser des formalités du licenciement n'aura alors

**Les décisions et les actes de gestion anticipent la réaction de la norme c'est-à-dire la qualification des faits au sens défini par une règle de droit**

■ 69. J.-D. Reynaud, *Les Règles du jeu : l'action collective et la régulation sociale*, Paris, Armand Colin, 1989, p. 188.

■ 70. J.-Y. Kerbourc'h, « La négociation collective dans le licenciement et le rôle du comité d'entreprise », *La Gazette du Palais*, n° 273-275, 2008, p. 23 et suiv.

■ 71. Code du travail, art. L. 1233-3.

■ 72. Code du travail, art. L.1233-4.

■ 73. Code du travail, art. L. 1233-61.

■ 74. Opération permettant d'appliquer à une situation de fait la solution prévue par la règle de droit. Les prémisses : la majeure (M) énonce la règle de droit (<si... alors >) ; la mineure (m) énonce les faits (<or... >). La conclusion (<donc... >) est une décision d'application du droit aux faits (M = m).

■ 75. Je remercie Jean-Yves Kerbourc'h de me l'avoir remis en mémoire.

■ 76. Code du travail, art. L. 1242-2.

plus qu'à invoquer ce motif d'autant plus incontestable que la réalité correspondante sera difficile à contrôler.

On comprend mieux dès lors pourquoi les entreprises font grand cas de « l'insécurité juridique », une notion relayée aujourd'hui par quelques grands rapports publics<sup>77</sup>. Le rapprochement entre ces anticipations relatives au comportement de la norme (et du juge) et la sécurité juridique est d'ailleurs explicite dans le troisième chapitre du rapport de la Commission présidée par Michel de Virville et intitulé « Un droit du travail plus cohérent et plus prévisible » (*sic*). Le rapport dénonçant la construction très lente de la jurisprudence examinait notamment le moyen d'accélérer sa formation pour « réduire l'incertitude des usagers du droit du travail », mais aussi de « circonscrire les effets des revirements de jurisprudence » en proposant que la Cour de cassation se voie reconnaître par la loi la faculté de moduler les effets de ses décisions dans le temps. Notons qu'il est aujourd'hui de règle qu'un revirement de jurisprudence s'applique immédiatement à toutes les situations en cours. Le rapport de Virville proposait également d'assurer la stabilité des situations juridiques : « Le renforcement de la sécurité juridique en droit du travail passe par une limitation de la période durant laquelle les usagers du droit du travail peuvent voir remises en cause les décisions qu'ils ont été amenés à prendre ou les rapports de droit qui se sont établis entre eux et des tiers. » Le rapport Molfessis<sup>78</sup> soulignait lui aussi les « conséquences néfastes » attachées à la rétroactivité des revirements de jurisprudence et notamment le coût financier de revirements mettant en cause « par série des actes dont l'adoption reposait sur un calcul économique<sup>79</sup> ». Le président de la chambre sociale de la Cour de cassation était particulièrement fondé à voir dans ce dernier rapport une réduction du « rapport de droit à la seule dimension économique<sup>80</sup> » ; il aurait pu ajouter que cette réduction caractérise de fait la décision d'entreprise.

Agence de calcul intéressée au rendement qu'elle tire de sa propre existence, l'entreprise ne peut en effet « économiser » la règle de droit qu'à la condition de pouvoir rendre prévisibles et calculables les conséquences liées à l'existence de cette règle. L'entreprise craint en l'occurrence moins la règle de droit elle-même, que son surgissement lorsqu'il prend la forme de conséquences inattendues et de coûts imprévus, susceptibles de déséquilibrer un agencement économique ou – à la lisière de cet agencement –, de retarder le moment où il est possible de sortir quitte d'une transaction (par exemple, un employeur qui n'aurait pas exécuté une obligation, en demeure débiteur à l'égard d'un salarié licencié, ce qui signifie que le juge en tirera

■ 77. M. de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, janvier 2004 ; P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, décembre 2004.

■ 78. N. Molfessis (éd.), *Les revirements de jurisprudence*, rapport remis à Monsieur le Premier président, Guy Canivet, Paris, Litec, 2005.

■ 79. M. Poirier, « À propos des revirements de jurisprudence : cris et chuchotements », *Le Droit ouvrier*, n° 722, septembre 2008, p. 458. La règle s'appliquant à rebours du temps, elle n'avait pu servir selon le rapport Molfessis de « règle de conduite » : le rapport y voyait un « dévoiement de la règle de droit ». Nous soutenons précisément que la règle ne sert jamais à cela !

■ 80. P. Sargos, « L'horreur économique dans la relation de droit. Libre propos sur le "rapport sur les revirements de jurisprudence" », *Droit social*, n° 2, février 2005, p. 123.

toutes les conséquences par des mesures de remise en état ou d'indemnisation). Il nous faut cesser de voir dans la règle de droit une « contrainte exogène » qui s'imposerait avant tout, à moins qu'on ne trouve le moyen de la contourner ; sauf à penser bêtement que les entreprises auraient besoin d'être débarassées des règles en général pour réaliser leur programme d'optimisation. Si elles l'étaient, elles ne disposeraient plus des cadres et des formats fiscaux, comptables, sociaux nécessaires pour calculer un résultat et dégager un profit<sup>81</sup>. La règle de droit figure plutôt une « externalité » dont l'entreprise doit pouvoir prendre la mesure et déterminer la valeur (positive ou négative) pour savoir si elle doit en faire ou non un élément pris directement en charge par son dispositif de gestion, à savoir une « internalité ». L'internalisation d'une règle de droit vise alors à compenser la valeur négative attachée à ses effets potentiels ; elle prend l'allure d'un investissement de formatage ou de cadrage des interactions dont on attend évidemment un certain rendement<sup>82</sup> : l'investissement en question peut être pensé « sur le modèle du code qui, en limitant le nombre de signes valides, entraîne une plus grande automaticité des relations par le fait d'une réduction de l'espace des possibles », et donc une économie<sup>83</sup>. Le besoin de « sécurité juridique » s'éclaire d'un nouveau jour lorsqu'on considère la contrainte de rendement liée à l'immobilisation de cette relation reproductible : il faut en effet quelque chose qui ressemble à un horizon d'amortissement lorsqu'on internalise la règle de droit. Nous proposons, en somme, de voir le « respect » du droit comme le produit de cet *investissement « autonome »* plutôt que comme la soumission bon gré mal gré à une *contrainte hétéronome*. Il convient cependant de préciser que l'entreprise, comme n'importe quel agent économique, est travaillée par la possibilité d'investissements alternatifs et peut choisir à travers son analyse coûts/avantages de laisser certains « problèmes à la porte », en remplaçant par exemple des contrats de travail par des contrats commerciaux : elle choisit, dans ce cas, d'échapper à la règle du droit du travail en externalisant une activité, c'est-à-dire en reconfigurant ses « internalités ». La *reengineering* permanent de la « chaîne de valeur » fait que la détermination par l'entreprise d'un schème d'action sur le réseau s'accompagne aujourd'hui d'une rupture avec le schème de distribution et d'imputation de la responsabilité pour les conséquences de cette action<sup>84</sup>. Il se traduit par une dissociation

■ 81. M. Callon, B. Latour, « "Tu ne calculeras pas !" Ou comment symétriser le don et le capital », in A. Caillé (éd.), « Comment peut-on être anticapitaliste ? », *La Revue du Mauss*, n° 9, Paris, La Découverte, 1997, p. 45-70.

■ 82. Il s'agit dans cette perspective de concevoir les règles comme le produit d'un investissement, lequel est défini comme « l'établissement coûteux d'une relation stable pour une certaine durée » (p. 26). L'instauration d'une régularité résulte ainsi d'une opération de mise en forme par laquelle on « met en balance un coût et [un rendement lié à] la généralité d'une forme qui sert d'instrument d'équivalence et qui est caractérisée par sa stabilité et son extension » (p. 30). La notion d'investissement de forme permet alors de distinguer les différentes espèces de règles, notamment par leur durée de vie, leur champ de validité et leur degré d'objectivation. Voir L. Thévenot, « Les investissements de forme », *Cahiers du CEE*, n° 29, « Conventions économiques », PUF, 1985, p. 21-71.

■ 83. F. Eymard-Duvernay, « Droit du travail et lois économiques : quelques éléments d'analyse », *Travail et Emploi*, n° 33, septembre 1987, p. 12.

■ 84. G. Teubner, « L'hydro à plusieurs têtes : les réseaux comme acteurs collectifs de degré supérieur », in *Droit et réflexivité*, Bruxelles, Bruylant/Paris, LGDJ, 1996, p. 267-290 ; B. Rorive, « Qui porte la responsabilité sociale dans l'entreprise réseau ? », Communication du Lentic (Université de Liège) pour le projet « Relier » à la 5<sup>e</sup> Université de printemps de l'audit social, IAE de Corse, 22-23 mai 2003.

toujours plus poussée de la figure de l'entrepreneur et de la fonction d'employeur. Cette dernière devient plus accessoire, l'entreprise pouvant ne plus être l'employeur direct de la main-d'œuvre qu'elle continue à mobiliser<sup>85</sup>.

On voit que l'anticipation des effets qui s'attachent à une règle de droit prise isolément peut s'étendre à tout l'ordre juridique considéré : l'entrepreneur peut ainsi choisir de placer son action, à tout le moins une partie de celle-ci, dans le champ de validité de tel ordre plutôt que de tel autre (droit commercial *versus* droit du travail). Il lui sera toujours possible de

**L'internalisation d'une règle de droit vise à compenser la valeur négative attachée à ses effets potentiels**

décomposer analytiquement une décision de gestion et, partant, de réaliser sur un plan plutôt que sur un autre les transactions qui permettent de l'opérationnaliser ; il pourra jouer alors sur les cloisonnements normatifs et échapper ainsi à l'imputation d'une responsabilité pour les conséquences de sa décision. Ainsi d'une opération de restructuration<sup>86</sup> qui peut s'envisager et s'écrire en termes de réorganisation de l'entreprise, de GPEC, de fermeture d'établissement ou de licenciements pour motif économique en droit du travail, mais qui prendra un tout autre visage si, en étant adossée au droit

commercial, elle se matérialise simplement par des cessions d'actifs ou une filialisation par exemple, qui permettent de limiter les interactions au registre commercial au lieu de les étendre au social<sup>87</sup>. Suivant les champs normatifs, les actes à poser pour réaliser un même projet changent alors radicalement de nature : la consultation du comité d'entreprise, la négociation portant sur la mise en place d'une GPEC, la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, voire la rupture des contrats de travail sont autant d'actes coûteux qui ne sont plus alors les points de passage obligés de la restructuration. Les actes relatifs à cette dernière pourront peu ou prou se cantonner à des délibérations prises en conseil d'administration et se traduire par la conclusion ou la rupture de contrats commerciaux ou de pactes d'actionnaires, etc. Ainsi que le rappelle Stéphane Vernac, le droit des sociétés, peu perméable à la préoccupation de l'emploi, est (encore) largement indifférent au droit du travail dans la détermination de ses critères de légalité<sup>88</sup>. La méconnaissance d'une obligation imposée par le droit du travail peut être d'autant plus facilement contournée qu'elle est sans influence sur la validité d'une opération de droit commercial<sup>89</sup>. Or, « l'autonomie des

■ 85. L. Duclos, J.-Y. Kerbourc'h, *Organisation du marché du travail et flexicurité à la française*, rapport pour le Conseil d'orientation pour l'emploi, novembre 2006.

■ 86. Concernant la définition des restructurations, voir E. H. Bowman, H. Singh, « Corporate Restructuring : Reconfiguring the Firm », *Strategic Management Journal*, vol. 14, issue S1, Summer 1983, p. 5-14.

■ 87. Voir, de ce point de vue, l'usage controversé de l'article L. 122-12 al. 2 (L. 1224-1 du nouveau code) qui organise le transfert « mécanique » des contrats de travail entre sociétés commerciales. A. Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre : en finir avec l'envers de l'article L. 122-12, alinéa 2 », *Droit social*, mars 2006, p. 264-273.

■ 88. Les questions liées à la protection de l'emploi dans les cas de redressement et de liquidation judiciaire illustrent particulièrement ce point. M. Germain (éd.), « Les conséquences sociales des procédures collectives », *Lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté*, n° 4, septembre 2004.

■ 89. Voir, par exemple, G. Lyon-Caen, 1983, *op. cit.*, p. 301.

critères de légalité, notamment par le confinement des effets de la sanction, n'est pas sans lien avec l'absence, en droit, de construction unitaire de la notion de décision de gestion<sup>90</sup>. À quoi sert alors la légalisation d'une « bonne pratique » de gestion par un droit – le droit du travail en l'occurrence – si l'efficacité de sa règle dépend de la portée qu'elle acquiert dans un droit distinct susceptible lui aussi « d'héberger » la pratique en question mais sans les obligations afférentes ?

Au demeurant, les décisions de gestion ordinaires ne créent pas toutes ces rapports tactiques d'anticipation et de manipulation des contextes d'action. Conformément au modèle de l'investissement, l'incorporation du droit à l'action par l'entreprise repose aussi sur des routines automatisées. Les investissements de formatage permettant la mise en équivalence des règles de droit avec l'instrumentation de gestion de l'entreprise sont ainsi soutenus aujourd'hui par le développement extraordinaire du marché des progiciels de gestion intégrés (PGI) ou *Enterprise Resource Planning* (ERP) et par l'appendice que forment en leur sein les systèmes d'information de gestion des ressources humaines (SIRH). On pourrait se féliciter que le respect du droit s'automatise à mesure que progressent les possibilités d'informatisation et d'implémentation de la règle de droit<sup>91</sup>. En vérité, ce mouvement ne réjouit pas les juristes pour qui « l'informatique uniformise les différentes classes de textes et efface, avec la diversité de leurs supports matériels, la hiérarchie qui [les] ordonne [en droit]<sup>92</sup> ». Un élément du droit peut ainsi devenir un composant utile à l'agencement d'une situation concrète à l'image des composants électroniques qui se retrouvent aujourd'hui embarqués dans les objets et les environnements les plus quotidiens. Autrement dit, un « module de droit » peut servir à équiper l'action. C'est peut-être d'ailleurs la prolifération de ce matériau spécifique et son incorporation à différents dispositifs qui font naître l'idée d'une juridicisation de la société. L'impact des boîtes noires ainsi créées sur les décisions de gestion est mal connu ; on sait simplement qu'il dépend moins de la façon dont les « solutions logicielles » traduisent les règles de droit – celles qui s'y prêtent – que de l'orientation générale des programmes d'optimisation plus globaux auxquels ces traductions sont accolées<sup>93</sup>.

Quoique certains énoncés puissent jouer un rôle dans l'aménagement de « situations juridiques » en entreprise, la logique générale de l'agencement gestionnaire et les régimes de pratique correspondants dominant largement la logique et l'esprit de la règle. La règle de droit constitue simplement une variable de l'agencement. Il convient, à cet égard, de ne pas confondre les procédés d'internalisation de la règle de droit dont nous venons de discuter

■ 90. S. Vernac, « Emploi et contrôle des décisions de gestion en droit des sociétés », in A. Lyon-Caen (éd.), 2008, *op. cit.*, p. 1.

■ 91. « Implémenter » signifie en informatique adapter une règle à un « système » différent de celui pour lequel elle a été originellement conçue. L'implémentation n'est pas la seule « importation » de données, mais suppose la construction d'une procédure, d'un programme *ad hoc*.

■ 92. A. Supiot, « Travail, droit et technique », *Droit social*, n° 1, janvier 2002, p. 16.

■ 93. CFDT, « Les progiciels de gestion intégrée », *Cadres CFDT*, n° 388, juin 1999 ; concernant le programme d'optimisation général et son équipement propre, voir P. Brosnan, « La comptabilité de gestion : une technologie invisible », *Travail et Emploi*, n° 103, juillet-septembre 2005, p. 7-20.

avec un supposé mouvement d'intériorisation du droit<sup>94</sup>. Y compris lorsqu'ils sont à forte teneur juridique, les situations et les agencements de gestion ne mobilisent par *le* droit mais *du* droit, c'est-à-dire des règles entre lesquelles ils introduisent mécaniquement de la disparité. Autrement dit, l'internalisation du droit par l'entreprise n'est jamais guidée, à proprement parler, par un souci de cohérence juridique. C'est toute la différence avec le travail du juge et la façon dont se construit la jurisprudence.

### De la loi à la jurisprudence et au droit : quel régime pour la GPEC ?

On oublie souvent que la norme en question dans la législation n'est pas le droit mais simplement une règle qui, en vérité, attend encore d'y être pleinement incorporée. Une norme ne vit en effet que dans le contexte de son application. En dépit de l'existence de dispositions légales relatives à la GPEC, il faudra attendre le résultat des conflits nés ou à naître et tranchés par les différentes juridictions saisies pour connaître le droit. Or, il y a souvent loin de la coupe aux lèvres entre la loi telle qu'elle est codifiée et son « application ». Le terme d'application renvoie ici à l'opération de qualification qui permet de faire entrer une situation de fait dans une catégorie pour la faire accéder à la vie juridique. Ce faisant, les magistrats sont amenés par un travail d'interprétation à mettre de l'ordre dans ces catégories pour qu'elles fassent système. De ce point de vue, le droit du travail n'est pas simplement une « législation », une somme de textes épars ou un ensemble de topiques ; il s'est au contraire très largement axiomatisé, notamment grâce à la jurisprudence<sup>95</sup>. Dans ce contexte, les « législations proclamatoires<sup>96</sup> » suscitent toujours la perplexité des juristes qui savent que leurs règles ne manqueront pas d'être interprétées par le juge, « coulées »

dans un ensemble plus vaste animé quant à lui par des principes généraux, retraduites et – conformément au bel aphorisme *traduttore-traditore* – trahies par le sens qu'en donne progressivement la jurisprudence<sup>97</sup>.

Alors que la possibilité d'économiser le droit, dans l'entreprise, était peu ou prou en rapport avec la possibilité d'en figer l'interprétation, la « liaison précaire et provisoire d'un texte et d'une espèce par le truchement de

■ 94. Cf. A. Garapon, « L'intériorisation du droit », *Cahiers français*, n° 288, oct.-déc. 1998, p. 39.

■ 95. Concernant le droit du travail et la rationalité juridique, voir A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p. 194 et suiv.

■ 96. A. Jeammaud, 1990, *op. cit.*, p. 204.

■ 97. La sociologie du droit et la philosophie ont souvent négligé l'importance de la jurisprudence. Pierre Bourdieu a toujours raisonné sur un modèle de droit identifié à la loi, « ignorant le rôle créateur que joue la jurisprudence, [...] il ne cite jamais aucun arrêt, non plus d'ailleurs qu'aucun écrit doctrinal » (in P. Jestaz (éd.), *Autour du droit civil – Écrits dispersés, idées convergentes*, Paris, Dalloz-Sirey, 2005, p. 96). À l'inverse, Gilles Deleuze pourra considérer dans un entretien donné à la revue *Multitudes* que « c'est la jurisprudence qui est vraiment créatrice de droit ». Pour un développement, voir A. Lefebvre, « A New Image of Law: Deleuze and Jurisprudence », *Telos*, n° 130, 2005, p. 103-126.

la qualification<sup>98</sup>» – qui caractérise le passage du droit – alimente au contraire un travail continu d'interprétation qui permet précisément de dire le droit dans sa cohérence toujours retrouvée. Chaque cas d'espèce se présente ainsi comme une occasion, extérieure au droit, de « modifier le droit » dans sa structure inchangée et son aspect de toujours déjà là ! L'opération de qualification est par ailleurs infiniment plus tâtonnante qu'il n'y paraît<sup>99</sup> : qu'il s'agisse de l'obscurité simple de la norme soudain éclairée par les faits qui se construisent durant l'instance judiciaire, de la nécessité alors d'interpréter non seulement la norme mais les termes qui la formulent, ou du conflit entre catégories de la qualification, le passage du droit est marqué par une hésitation fondamentale quand bien même la solution de droit serait amenée à s'imposer avant tout<sup>100</sup>. À l'occasion, on comprend mieux pourquoi les représentants de l'entreprise se méfient de la « texture ouverte du droit », chère à Herbert L. A. Hart<sup>101</sup>, de l'exercice par le juge de son pouvoir d'appréciation et de l'incertitude qui peut naître de ses décisions<sup>102</sup>.

La première idée jaillie de l'imagination des juges dans l'exercice de leur pouvoir d'interprétation, en matière de GPEC, leur a été soufflée par le législateur : la loi dite de cohésion sociale du 18 janvier 2005 qui introduit à l'article L. 320-2 du Code du travail (ancien) une nouvelle obligation triennale de négocier la mise en place d'un dispositif de GPEC précise encore que cette négociation « peut porter également, selon les modalités prévues à l'article L. 320-3, sur les matières mentionnées à cet article<sup>103</sup> ». Or, ce dernier article qui porte sur les accords dits de méthode organise la possibilité de négocier les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de projet de licenciement pour motif économique, de même que les conditions d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Furtivement, la loi a donc relié GPEC et licenciement pour motif économique<sup>104</sup>. Il n'en fallut pas plus pour que certains juges fassent une première lecture chronologique des obligations relatives à la GPEC, en s'inspirant de l'ordre chronologique dans lequel étaient pensés la procédure de licenciement pour motif économique et le respect par l'employeur des différentes obligations mises à sa charge. Alors qu'elle n'avait pas été amenée à se prononcer sur la GPEC en tant que telle, la Cour de cassation avait saisi l'occasion d'un arrêt dit *Pages Jaunes*<sup>105</sup> pour exprimer dans un communiqué

■ 98. B. Latour, 2004, *op. cit.*, p. 245.

■ 99. A. Papau, *Essai philosophique sur la qualification juridique*, Paris, LGDJ/Bruxelles, Bruylant, 2003.

■ 100. F. Audren, L. De Sutter, « Le droit en action : pratiques juridiques et proposition cosmopolitique », *Cosmopolitiques*, n° 8, 2004, p. 9.

■ 101. H. L. A. Hart, *Le Concept de droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 1982, p. 144 et suiv.

■ 102. Le patronat récusera par exemple « la capacité du juge de se prononcer sur les licenciements économiques au nom de son absence de compétence économique. Il s'agit d'un jeu maladroit sur la polysémie du terme compétence : [...] refuser [au juge] le droit de se prononcer sur un licenciement économique parce qu'il n'est pas économiste [revient] à lui refuser de juger sur AZF parce qu'il n'est pas chimiste ou sur une opération ratée d'un chirurgien parce qu'il n'a pas fait d'études médicales » (J. Freyssinet, « L'insécurité juridique de l'employeur », *Note Lasaire*, n° 8 bis, juin 2006, p. 5).

■ 103. Code du travail, art. L. 2242-16.

■ 104. Ce qui ne pouvait pas se dire de l'obligation annuelle de consulter le comité d'entreprise sur les prévisions d'emploi et les actions de prévention et de formation relatives à ces prévisions, qui préfigurait l'obligation de négocier la mise en place d'une GPEC (art. L. 2323-56 issu de la Loi n° 89-549 du 2 août 1989).

■ 105. Cass. soc, 11 janvier 2006, n° 04-46.201 et n° 05-40.977.

ses interrogations : « On peut [...] se demander si dans les entreprises où l'article L. 320-2 du Code du travail s'applique, la nouvelle obligation de négocier sur la GPEC [...] ne devrait pas conduire à une approche plus rigoureuse des mesures de licenciement économique qui interviendraient par la suite notamment lorsque la gestion prévisionnelle aura été défailante<sup>106</sup>. » Et c'est donc tout naturellement que les juges ont rapproché GPEC et droit de la rupture du contrat de travail alors même que le législateur, on s'en souvient, avait rêvé que cette bonne pratique, orientée vers les mobilités internes à l'entreprise, éloigne le spectre des licenciements. Henri Rouilleault, auteur du premier rapport public sur la GPEC, et grand militant de la cause, reconnaît d'ailleurs que « l'article sur la gestion des compétences d'un manuel de référence comme celui de D. Weiss [ne contient] pas un mot sur la rupture du contrat de travail, alors qu'il s'agit [d'un lien] privilégié par les juristes<sup>107</sup> ». La lecture chronologique inspira certaines juridictions qui soumettreont donc les licenciements collectifs à un préalable de GPEC<sup>108</sup>. Notons que si le Code du travail et la jurisprudence établissent un lien entre la GPEC et la rupture du contrat de travail, ces juridictions ne vont pas – en dépit même du comportement apparent des entreprises – le chercher dans les faits. Ce sont, en revanche, les recours qui obligent les juges à re-parcourir le droit en son entier et à « constater » les liens qui s'établissent entre les textes. C'est ainsi que se structure d'ailleurs le droit relativement à un objet déterminé (le contrat de travail, le licenciement pour motif économique, etc.) pour fonder le régime de cet objet. Les juristes préfèrent d'ailleurs parler de « régime », un terme plus concret que ne l'est le terme « droit » en droit. Un régime est, par nature, quelque chose d'hétérogène quant aux sources et quant aux catégories de la qualification, qui intègre aussi bien des articles de loi que des clauses issues des conventions collectives ou des éléments de jurisprudence.

Sur cette entrefaite et après qu'il l'eut élevée au rang de bonne pratique, le législateur se préoccupa, quant à lui, d'intéresser l'entreprise à la GPEC, en fait de valoriser certaines pratiques pour peu qu'elles trouvent à s'inscrire dans le cadre d'accords de GPEC. C'est ainsi que la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la Sécurité sociale pour 2007 (art. 16) autorisa qu'un accord de GPEC puisse déterminer des « catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques<sup>109</sup> » et exonéra de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu les indemnités de départ volontaire organisé dans ce cadre. De la même façon, une loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 (art. 48), dans un chapitre benoîtement intitulé « Sécurisation des parcours professionnels » permit à l'employeur, sous couvert d'accord de GPEC, de proposer à ses salariés un congé dit de mobilité ayant pour objet de favoriser le « retour à un emploi stable » (*sic*) et emportant lui aussi rupture du contrat de travail. Le législateur ne pouvait alors plus

■ 106. [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_sociale\\_576/arrets\\_577/communiqu\\_976.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arrets_577/communiqu_976.html)

■ 107. Entretien avec Henri Rouilleault in *Revue de droit du travail*, octobre 2007, p. 566. D. Weiss, *Ressources humaines*, Paris, Éd. d'organisation, 2005.

■ 108. TGI Nanterre, 5 septembre 2006, Capgemini; TGI Paris, 5 octobre 2006, Nextiraone.

■ 109. Code du travail, art. L. 2242-16.

nier qu'il avait lui-même lié GPEC et rupture du contrat de travail<sup>110</sup>. La justification à l'introduction de ces deux « incitations »<sup>111</sup> dont l'essence parut si contraire, dans un premier temps, au présupposé de la GPEC (anticiper des possibilités de mobilités internes *versus* faire des « charrettes le nez au vent ») fut donnée en deux temps : les restructurations d'entreprises, diffuses et protéiformes, sont aujourd'hui permanentes et peuvent être justifiées désormais par la sauvegarde de la compétitivité<sup>112</sup> ; sachant les difficultés à satisfaire à l'obligation de reclassement « à chaud » – c'est-à-dire au moment où les licenciements collectifs pour motif économique dans le cadre des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) sont le plus souvent commandés par une perte de compétitivité<sup>113</sup> –, il vaudrait mieux permettre l'organisation de mobilités externes – *i. e.* la rupture de contrat de travail – « à froid ». La gestion des mobilités à froid établissant en théorie des conditions favorables au reclassement, il suffirait de la motiver par des indices précurseurs relatifs à l'instabilité des emplois considérés.

La crédibilité de ce script est douteuse. Les incitations nouvelles ne font en effet jamais que compléter, à côté des accords dits de méthode, la liste des dispositions périphériques visant essentiellement la mobilité externe. Il serait désormais possible d'intituler « accord de GPEC » un dispositif centré sur ces modalités de rupture contractuelle, pour peu qu'il contienne par ailleurs l'une ou l'autre des mesures dites d'accompagnement signalées à l'article L. 242-15 (formation, VAE, bilan de compétences, mobilité professionnelle et géographique)<sup>114</sup>. On pressent que ces incitations peuvent constituer une opportunité nouvelle de refléter la norme (« qui veut noyer son chien... ») : qui voudra fuir, en effet, les contraintes du PSE, pour peu qu'il anticipe suffisamment à l'avance le besoin de licencier (!), pourra désormais utiliser les dispositions facultatives de l'accord de GPEC. Bien que les mesures d'accompagnement explicitement associées au dispositif de GPEC figurent pour l'essentiel dans le PSE<sup>115</sup> ou dans le plan de reclassement qu'il incorpore<sup>116</sup>,

**Contrairement au législateur, les partenaires sociaux ont essayé de donner une définition de la GPEC**

- 110. « Ce qui signifie que cet emploi serait devenu instable mais le législateur n'en dit pas plus sur la façon dont cette instabilité est caractérisée, à moins que les intéressés fassent partie des catégories d'emploi menacées fixées par l'accord de GPEC : il s'agirait donc d'une instabilité par détermination de l'accord de GPEC ! » J.-Y. Kerbourc'h, 2008, *op. cit.*
- 111. À noter que l'État peut apporter en direction des entreprises non soumises à l'obligation triennale de négocier, son appui financier aux démarches de GPEC et mobiliser à cette fin l'aide au conseil prévue aux articles D. 5121-6 à 13 du Code du travail. Cet appui représente pour l'État un moyen de participer, via les sociétés de conseil, à l'implémentation de la « bonne pratique ». Il aurait intéressé, d'après l'administration, 1,8 % des entreprises éligibles (source : PLF 2009).
- 112. Depuis l'arrêt Vidéocolor du 5 avril 1995, la Cour de cassation admet qu'un licenciement pour motif économique soit nécessaire à la « simple » sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.
- 113. Suivant le principe de proportionnalité, il n'y a pas d'obligation de résultat dans le PSE mais une obligation de moyens... à due concurrence des moyens dont dispose l'entreprise.
- 114. José Legrand a beau jeu de préciser que « le titre que les parties à un accord lui attribuent ne préjuge pas de sa qualification juridique », on voit mal à quelle substance de contenu le juge pourrait se référer hors les dispositions explicites du droit (lequel ne définit pas la GPEC). J. Legrand, 2006, *op. cit.*, p. 333.
- 115. Code du travail, art. L. 1233-62.
- 116. Code du travail, art. L. 1233-61.

les juristes comme les juges ont apparemment accepté de convenir que la GPEC – en tant qu'elle devait constituer un effort continu d'adaptation structurelle –, n'était pas l'antichambre du PSE<sup>117</sup> conçu, lui, comme un dispositif lié à un événement conjoncturel.

Les partenaires sociaux s'étaient engagés, quant à eux, par un accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, à consacrer une négociation spécifique à la GPEC. L'article 7 de ce nouveau projet d'accord national interprofessionnel, en date du 14 novembre 2008, s'efforce à son tour de dissocier GPEC et PSE : « La GPEC [...] ne doit pas être un outil favorisant les licenciements collectifs (*sic*). Ainsi conçue elle n'est donc pas une étape préalable aux procédures de licenciements collectifs et aux PSE qui obéissent à des règles spécifiques et doit, de ce fait, être dissociée de leur gestion<sup>118</sup>. » De quoi s'agit-il alors ? Contrairement au législateur, les partenaires sociaux ont essayé de donner une définition de la GPEC. Sa formulation est assez alambiquée et redondante<sup>119</sup>. On comprend mieux cette définition si l'on sait que le Medef a cherché tout au long des négociations à remplacer la notion de GPEC par celle de « gestion anticipative des métiers, des compétences et des qualifications<sup>120</sup> », une manière de supprimer toute référence à une « prévision » portant sur les volumes d'emploi<sup>121</sup>. Mais il a également cherché à conserver le bénéfice des dispositions des lois de décembre 2006 concernant les départs volontaires et le congé de mobilité, en insistant pour glisser dans le projet d'accord l'idée que la GPEC pouvait permettre aux salariés d'être acteurs de leur parcours professionnel non seulement dans l'entreprise mais aussi... « dans le cadre d'une mobilité

■ 117. Par exemple, TGI Paris, 4 décembre 2007, FNAC. En affirmant dans une décision récente que l'obligation de négocier sur la GPEC n'était exigible qu'à l'issue du terme fixé par la loi, soit le 19 janvier 2008, la Cour de cassation n'a-t-elle pas admis implicitement que cette solution de terme valait même en cas de projet de réduction d'effectifs, et donc qu'il n'y avait pas lieu de subordonner la mise en œuvre d'une procédure de licenciement pour motif économique à la négociation d'un accord de GPEC ? (Cf. Cass. Soc. 24 juin 2008, n° 07-11.411 (FS-PBR) EDF et a. c/ Fédération nationale des mines et de l'énergie CGT et a.; RDT, nov. 2008 : 666, Obs. Alexandre Fabre).

■ 118. Projet d'ANI du 14 novembre 2008 sur la GPEC, article 7 « GPEC et licenciements économiques ». Cette rédaction vient préciser les termes de l'article 9 de l'ANI du 11 janvier 2008 : « En tant que démarche globale d'anticipation, la GPEC doit être entièrement dissociée de la gestion des procédures de licenciements collectifs et des PSE » (ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, article 9 « GPEC »). On pouvait en effet nourrir des doutes sur « l'entière dissociation » de la GPEC et du PSE, le droit prévoyant comme on l'a vu des cas d'association (cf. C. trav., art. L. 2242-16, al. 1). Ainsi que l'indique fort justement Jean-Emmanuel Ray, cette disposition « ne s'imposera techniquement à aucun juge et *a fortiori* à la Cour de cassation qui semble être la principale destinataire du message ». J.-E. Ray, « La dissociation entre GPEC et PSE prévue par le projet d'accord des partenaires sociaux ne s'imposera pas juridiquement à la Cour de cassation », Agence Emploi Formation, dépêche n° 104776 du mercredi 19 novembre 2008.

■ 119. « La finalité de la GPEC est d'anticiper les évolutions prévisibles des emplois et des métiers, des compétences et des qualifications, liées aux mutations économiques, démographiques et technologiques prévisibles, au regard des stratégies des entreprises, pour permettre à celles-ci de renforcer leur dynamisme et leur compétitivité et aux salariés de disposer des informations et des outils dont ils ont besoin pour être les acteurs de leur parcours professionnel au sein de l'entreprise ou dans le cadre d'une mobilité externe. » (Projet d'ANI du 14.11.08.)

■ 120. Les syndicats s'y sont opposés avec plus ou moins de succès : « Francine Blanche (CGT) [...] n'envisage pas de mettre d'un côté le qualitatif et de l'autre le quantitatif. [...] Alain Lecanu (CGC) [...] avoue ne pas comprendre le passage de la GPEC à la gestion anticipative des métiers, des compétences et des qualifications [...] Olivier Gourlé (CFTC) juge très embêtante, très inquiétante la disparition du mot emploi dans l'appellation du dispositif », in LSQ, mardi 14 octobre 2008, n° 15218.

■ 121. Nonobstant l'information-consultation prévue à l'article L. 2323-56 du Code du travail (« chaque année [...] le CE est informé et consulté sur l'évolution de l'emploi [...] ; les prévisions annuelles ou pluriannuelles ») que le Medef voulait justement dissocier de sa nouvelle « gestion anticipative des métiers » (cf. LSQ, vendredi 10 octobre 2008, n° 15216).

externe<sup>122</sup>». Combinée à cette nouvelle définition de la GPEC, les dispositions incitatives de décembre 2006 ont gagné en généralité et on peut se demander si l'hypothèse des marchés internes – à laquelle les syndicats semblent encore s'accrocher – n'a pas été définitivement déclassée. Dans l'état actuel du projet, le Medef n'a-t-il pas gagné que la GPEC était désormais réputée inapte, en elle-même, à garantir la sécurité de l'emploi ? À défaut de pouvoir faire reposer les dispositions de l'accord sur la fiction des marchés internes, les négociateurs ont donné un nouveau fondement à leur démarche<sup>123</sup> : la GPEC ne serait plus dédiée qu'à la protection de l'employabilité de l'individu, laquelle doit passer avant la protection de son emploi. Il s'ensuit que la perspective de rompre les contrats de travail n'est plus forcément incompatible avec le projet de « sécuriser les parcours professionnels ». Les juges ont peu ou prou accepté aujourd'hui que la GPEC ne soit pas l'antichambre du PSE. Accepteront-ils qu'elle ne soit pas non plus son antidote ? C'est possible. Il est même probable qu'une partie de la jurisprudence restituée à la GPEC son statut de boîte noire : il ne s'agirait plus alors que de déterminer « à la sortie » si l'entreprise a satisfait ou non à ses obligations en matière d'adaptation et de reclassement. Ainsi qu'elle a d'ores et déjà commencé à le faire, la Cour de cassation pourrait renforcer ses exigences en termes de maintien de l'employabilité<sup>124</sup>.

Tout ça pour ça ?

## Conclusion

### Une dépendance réciproque entre régime de pratique et régime juridique

Comme l'indique Bruno Latour, le droit « ne prélève dans toutes les situations qu'une minuscule partie de leur essence [...] S'il peut aller partout et rendre tout cohérent, c'est à condition de laisser tomber presque tout. [...] Jamais il ne se lance comme les sciences dans l'épreuve impossible de construire [...] des modèles réduits qui ressembleraient au monde et permettraient de le dominer du regard<sup>125</sup> ». La prise de référence qui s'accomplit à travers les opérations de jugement est d'un genre tout à fait spécial<sup>126</sup>. Dans

■ 122. Le projet d'ANI parle de « mobilité externe » en son préambule, de « carrière externe » (!) dans son titre 1 et prétend « mieux armer les salariés confrontés à des restructurations » (art. 7).

■ 123. Au demeurant conforme au modèle européen dit de « flexicurité ». Cf. L. Ducloux, J.-Y. Kerbourc'h, 2006, *op. cit.*

■ 124. « l'employeur [...] veille au maintien de leur capacité [des salariés] à occuper un emploi » (Code du travail, art. L. 6321-1). Voir spécialement Cass. Soc., 23 octobre 2007, n° 06-40.950, Syndicat professionnel l'Union des opticiens (UDO) c/ Souliers et a. ; Dr. Soc. 2008 : 126, Obs. J. Savatier.

■ 125. B. Latour, 2002, *op. cit.*, p. 284.

■ 126. Sans doute faut-il éviter de parler de « référence » à propos de l'opération permettant d'appliquer à un cas d'espèce la solution prévue par une règle de droit, en vue de lui attribuer la conséquence prévue par cette dernière. Pour couper court à la conception classique du syllogisme judiciaire, qui renvoyait par trop à une théorie de la vérité fondée sur la correspondance, *i. e.* à une conformité de l'énoncé avec une réalité (voir note n° 74), certains auteurs, à travers la perspective narrativiste, ont développé une nouvelle façon de représenter le raisonnement syllogistique. Dans cette perspective, « La majeure et la mineure ont un caractère narratif et leur relation s'établit dans les termes d'une cohérence rétrospective. La décision [...] procède de la comparaison de l'unité narrative construite sur les faits de la cause avec le schéma narratif explicite ou implicite sous-tendant la règle juridique : Majeure (M) : schéma narratif sous-tendant la règle (M = N (r)) ; mineure (m) : unité de narration des faits (m = N (f)) ; Décision (D) : jugement rétrospectif de cohérence relative (N (r) ≈ N (f)) ». B. Dupret, J.-N. Ferrié, « Morale ou nature : négocier la qualification de la faute dans une affaire égyptienne d'homosexualité », *Négociations*, n° 2, automne 2004, p. 43.

## La règle de droit n'est jamais prise comme règle de conduite

l'opération de qualification, la référence étant en effet rapidement relayée par une définition juridique, « le fait constitue plutôt ce dont on cherche à se débarrasser le plus vite possible pour passer à autre chose<sup>127</sup> ». De façon générale, « les faits ne reçoivent pas le nom qui convient à leur nature, mais celui qui convient au traitement qu'on veut leur faire subir<sup>128</sup> ». Comme pour le langage, la référence s'établirait plutôt dans une clarté de l'après-coup<sup>129</sup>.

À l'inverse, nous avons vu justement que la règle de droit n'est jamais prise comme règle de conduite. De façon générale, elle serait un bien mauvais véhicule pour l'action car c'est un « principe de limitation<sup>130</sup> » qui est en elle. Il n'est pas interdit de penser, en revanche, qu'une contrainte supplémentaire peut être un motif déclenchant de l'apprentissage. Confrontés à une règle nouvelle, les acteurs réagissent en effet de façon créative : « Au lieu d'entériner une contraction de [leur] ensemble des possibles, [ils] en imaginent une extension, qui annule [la] contraction<sup>131</sup>. » C'est ce que nous avons cherché à formaliser avec le modèle de l'investissement, tout en montrant que la possibilité d'arbitrer entre investissements alternatifs offrait à l'entreprise le moyen de contourner un régime comportant de nombreuses obligations.

En tous les cas, la règle nouvelle ne crée jamais de nouveaux comportements dont elle serait le modèle, mais déjà de « nouveaux critères de jugement sur les comportements, d'après leurs conséquences<sup>132</sup> ». Au-delà de cette évidence, il est impossible d'imaginer que puissent s'instaurer entre les faits et le droit des rapports de conformité et une possibilité d'aller et venir sans « débrayages ». En dépit du réalisme gestionnaire dont se pare le type légalisé, il est donc peu probable que la contextualisation d'une bonne pratique et la mise en perspective par les acteurs de la règle qu'elle constitue engendrent une pratique qui non seulement lui corresponde mais qu'on pourrait également prévoir. Que le plan du droit et le régime juridique d'un objet, en tant que régime de signe ou forme d'expression du lien social, soient radicalement séparés des régimes de pratiques ou du plan d'effectuation de l'action et renvoient les uns et les autres à des formalisations distinctes est une chose. Cela dit, il nous faudrait mieux caractériser la façon dont le droit, conjointement, se (re)trouve dans le monde, non pour représenter les faits mais plutôt pour « les anticiper, les rétrograder, les ralentir

■ 127. B. Latour, 2002, *op. cit.*, p. 227.

■ 128. Y. Thomas, « Histoire et droit : présentation », *Annales ESC*, nov.-déc. 2002, 6, p. 1426.

■ 129. « Le discours ne peut représenter le réel et il n'a pas à le faire, il ne tient pas lieu de, ne fait pas référence à, une chose ou une idée extérieure, étrangère à lui. C'est le dehors qui devient le révélateur du discours [lequel induit] un nouvel état et une nouvelle perception du monde, lisibles dans la clarté de l'après-coup. » B. Cassin, *L'Effet sophistique*, Paris, Gallimard, 1995, p. 73-74.

■ 130. La puissance d'agir est plutôt un attribut des institutions et des organisations. « La règle de droit [est] un déplorable instrument de création, parce que c'est un principe de limitation qu'il y a en elle. Les règles du droit sont des limites transactionnelles imposées aux prétentions des pouvoirs individuels et à celles des pouvoirs des institutions ; ce sont des règlements anticipés de conflit », in M. Hauriou, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, coll. Cahiers de la nouvelle journée n° 23, Paris, Bloud & Gay, 1933, p. 94.

■ 131. O. Favereau, 2008, *op. cit.*, p. 14.

■ 132. *Ibid.*, p. 6.

ou les précipiter, les détacher ou les réunir, les découper autrement<sup>133</sup>». Alors que la règle de droit est régulièrement menacée de détournement et de débordement, il nous faudrait pouvoir jeter un regard nouveau sur la façon dont le droit cherche à créer de nouvelles imputations pour faire tenir les rapports d'obligation qu'il s'était proposé d'instaurer.

Dans le prolongement de la relecture pragmatique que Deleuze et Guattari avaient su proposer des notions introduites par Hjelmslev dans la linguistique<sup>134</sup>, on pourrait dire qu'une dépendance unilatérale (ou présupposition simple<sup>135</sup>) s'établit – un peu comme dans le langage – entre une catégorie juridique et un fait qui constituerait son référent : la catégorie en question sélectionne ou spécifie le fait sans être une condition nécessaire à son existence. Dans l'ordre pur du droit, un rapport de détermination simple s'établit également entre régime juridique et catégorie juridique : lesdites catégories sont soumises aux régimes juridiques dont elles sont la source, mais qui les gouvernent. Si l'existence d'une catégorie est la condition nécessaire à l'apparition d'un régime, l'inverse n'est pas vrai. Dans le champ de la pratique, cette fois, on peut montrer que toute situation de fait permet de spécifier un régime d'action. *A contrario*, entre le régime juridique et le régime d'action, s'établit une réciprocité du rapport de présupposition. La présupposition entre ces deux régimes est alors mutuelle, la présence de l'un constituant la condition nécessaire à la présence de l'autre au sein d'un même agencement global. Mais cette dépendance réciproque est instable.

En effet, la relation qui s'établit entre le régime juridique d'un objet (le contrat de travail, le licenciement, etc.) et les pratiques d'entreprise autour de cet objet est fragile. Il suffit comme aujourd'hui que les frontières de l'entreprise ou que la notion d'emploi se brouillent, dans les faits, pour que les figures de l'employeur et du salarié, qui occupaient une place centrale dans la régulation des relations du travail à l'ère industrielle, s'évanouissent peu à peu<sup>136</sup>. On le voit lors des épisodes douloureux de restructuration, la personne morale, la société commerciale, ne sont plus un bon point d'imputation mais peuvent servir au contraire de point d'appui pour faire disparaître un à un les éléments de la responsabilité. L'agencement global des rapports sociaux – rapports de fait/rapports de droit –, est alors traversé par des « pointes de déterritorialisation<sup>137</sup> » qui le déstabilisent et interdisent d'imputer correctement la responsabilité, faute par exemple de pouvoir identifier un employeur.

Pour reterritorialiser ou stabiliser cet ensemble et renouer avec un rapport de présupposition réciproque entre agencement juridique et agencement productif, il ne suffira pas de donner des leçons de morale à l'entreprise sous

■ 133. G. Deleuze, F. Guattari, *Mille Plateaux*, Paris, Minuit, 1980, p. 110.

■ 134. *Ibid.*, spécialement les plateaux 3 et 4. Voir notamment l'illustration, qui ne concerne *a priori* pas la linguistique, empruntée à Michel Foucault, à propos de la « délinquance » entendue comme forme d'expression en présupposition réciproque avec la forme de contenu « prison » (p. 86 et suiv.). Notons que la référence juridique est par ailleurs très présente dans ces développements. Voir aussi Hjelmslev, *Prolégomènes à une théorie du langage*, Paris, Minuit, 1971, spécialement les chapitres XI et XIII.

■ 135. Comme dans la relation, donnée en exemple par Hjelmslev, entre la préposition latine < sine > et son régime, l'ablatif. < sine > suppose la co-existence d'un ablatif dans le texte alors que l'inverse n'est pas vrai.

■ 136. A. Supiot, *Homo juridicus*, Paris, Seuil, 2005, p. 187.

■ 137. G. Deleuze, F. Guattari, 1980, *op. cit.*, p. 112 et *passim*.

la forme des bonnes pratiques à imiter<sup>138</sup>. Plutôt que de chercher, par ailleurs, à répondre au besoin de sécurité juridique régulièrement exprimé par les pouvoirs économiques, il conviendrait de reconnaître avec Tiennot Grumbach que la « croissance des flux judiciaires est un signe de bonne santé de la société démocratique, particulièrement en droit du travail<sup>139</sup> ». On peut penser en effet qu'un moyen de déjouer l'instabilité chronique du rapport entre régime de droit et régime de pratique, interne au droit, serait précisément lié à l'instabilité de la norme de droit. C'est parce que chaque conflit particulier, chaque cas d'espèce, intéresse la totalité que constitue le droit, que le renouvellement de la jurisprudence et donc le passage du droit permettent d'imaginer, à travers les solutions qu'ils imposent à chaque fois, de nouveaux points d'imputation et de nouveaux rapports d'obligation.

En dépit des ajournements engendrés par la consécration d'un droit économique à base d'incitations et par le recours au procédé des bonnes pratiques, le législateur, les juristes et les juges ont, selon nous, réussi à dégager trois pistes pour refonder l'efficacité du droit du travail. La procéduralisation du droit et l'extension données aux « procédures sans procès » préalables à la décision des employeurs, comme dit Tiennot Grumbach, permettent parfois d'ouvrir cette boîte noire que constitue la décision de gestion, d'en comprendre les déterminants mais surtout d'en faciliter le contrôle. En dépit de l'effet faible de la procéduralisation du licenciement économique, cette première piste ne saurait être abandonnée. La deuxième piste suppose de retravailler la figure même de la norme sociale en imaginant les bases d'un nouveau droit hybride dit de la régulation, entre droit du travail et droit commercial<sup>140</sup>. À défaut d'une refonte complète (et d'ailleurs improbable à l'heure qu'il est), c'est aussi l'idée que le droit du travail puisse emprunter à d'autres droits les mécanismes d'imputation qui fondent leur efficacité. Ainsi par exemple du droit européen de la consommation qui s'intéresse peu aux montages contractuels, mais cherche à savoir qui aurait mis un produit en circulation<sup>141</sup>. Pour identifier l'entrepreneur ou l'agent économique, ne devrions-nous pas pouvoir développer une même traçabilité que

■ 138. Sans compter que l'individualisation de la relation d'emploi a fait émerger de nouveaux modes de rupture qui trouvent aujourd'hui à se loger dans la catégorie du « licenciement pour motif personnel » (LMP), déjouant ainsi l'encadrement juridique du « licenciement pour motif économique » (LME). Depuis le début des années 2000, les LMP ont dépassé, et de loin désormais, les LME.

■ 139. T. Grumbach, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Paris, Dalloz, 2004, p. 265.

■ 140. M.-A. Frison-Roche, « Droit du travail et droit des sociétés : l'unité de la régulation des pouvoirs dans l'entreprise », *Semaine sociale Lamy*, 28 octobre 2002, p. 49-51 ; A. Supiot, « Vers un ordre social international ? Observations liminaires sur les "nouvelles régulations" du travail, de l'emploi et de la protection sociale », conférence sur *l'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale*, Annecy, 18-19 janvier 2001. On peut d'ailleurs montrer que le « droit qui influe le plus sur l'emploi n'est pas le droit du travail : le droit du commerce international, le droit fiscal, le droit bancaire, le droit de la Sécurité sociale [...] ont en ce domaine un rôle au moins aussi important. Le droit du travail touche plus aux effets qu'aux causes de la situation de l'emploi » (A. Supiot, « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Droit social*, n° 3, mars 1997, p. 230). Il est sans doute « excessif de dire que le droit du travail est seulement le droit des effets [des restructurations] – le droit des conséquences des décisions prises hors de lui. Mais il y a étanchéité entre le domaine de chacun des deux droits, et cette étanchéité est préjudiciable aux salariés » (G. Lyon-Caen, 1983, *op. cit.*, p. 301).

■ 141. Sachant la règle communautaire de libre circulation des produits et des services, et selon la jurisprudence, ce n'est ni l'acte de vente (lieu de formation du contrat) ni le lieu de fabrication mais la mise à la disposition de la clientèle qui définit la mise en circulation du produit, aussi appelé « première commercialisation » ou « mise dans le commerce ». Un producteur ne pourra s'exonérer de sa responsabilité en la matière que s'il

pour les produits ? Une troisième solution, enfin, plus facilement praticable consiste, pour le législateur ou pour le juge, à faire (ré)émerger, en s'appuyant sur l'intertextualité typique du droit, des mécanismes juridiques parfois laissés en jachère : mécanisme de substitution de personnes morales d'ores et déjà présents dans le Code du travail, mécanismes de solidarité entre personnes (morales) issus du Code civil, techniques de présomption, perspectives de requalification, système de la responsabilité sans faute, etc.<sup>142</sup>. Toutes ces techniques permettent, en effet, de rendre responsables des personnes qui ne sont pas *formellement* et directement à l'origine du préjudice qu'on cherche à réparer. Qui peut répondre, par exemple, à l'obligation de reclassement quand le premier responsable apparent est défaillant ? ■

**Laurent Duclos,**

Laboratoire des institutions et des dynamiques historiques  
de l'économie (IDHE/UPX-Nanterre-ENS Cachan)

preuve, précisément, qu'il n'a pas mis un produit en circulation (cf., notamment, l'article 7 de la directive 1999/34/CE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux : « le producteur n'est pas responsable en application de la présente directive s'il prouve : a) qu'il n'avait pas mis le produit en circulation... »). Cette recherche revêt une importance particulière dans le cas du « risque du développement » dont la définition par l'article 1386-11 (4°) du Code civil (loi du 19 mai 1998) précise « [...] que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où [...] le produit [a été mis] en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut » (dont la responsabilité pourrait être imputée au producteur).

- 142. J.-Y. Kerbourc'h, « Saisir l'insaisissable », *Note Thomas*, Hors-série, Commissariat général du Plan, 2005. À noter que cette dernière solution reste peu ou prou centrée sur le modèle de responsabilisation de l'entreprise sur lequel se sont focalisés nos développements. Elle n'est pas exclusive d'une autre approche, aujourd'hui tâtonnante, visant à re-répartir cette fois les responsabilités entre types d'acteurs et à imaginer, par exemple, des régulations de la relation d'emploi à base territoriale. Voir L. Duclos, O. Mériaux, « Négociation sociale et territoires : enjeux et perspectives », in Commissariat général du Plan, *Regards prospectifs sur l'État stratège*, n° 2, Paris, La Documentation française, 2004.