

[Texte rédigé pour l'étude "L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes", réalisée par « l'Institut International Pour les Études Comparatives » (IPEC, ex-Institut International de Paris La Défense) (2005-2007) dans le cadre de l'appel à projets "L'analyse économique du droit du travail" (Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques, Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement) sous la responsabilité scientifique d'Antoine LYON-CAEN, 1^{er} décembre 2006]

Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée

Olivier FAVEREAU
EconomiX,
CNRS et Université Paris X

Un avantage de la présentation ordinaire du Droit comme système de règles¹ est la possibilité qu'elle offre d'opérer une distinction précise entre « effectivité », « efficacité » et « efficience » :

- une règle « effective » est une règle qui est appliquée ;
- elle est en outre « efficace », si son application permet d'atteindre, au sein du corps social, le ou les objectifs, visés par l'autorité publique à l'origine de la réglementation² ;
- elle est enfin « efficiente », si l'on peut mesurer le coût de son application et s'il n'existe pas de moyen plus économique (moins onéreux) de réaliser cet (ou ces) objectif(s)³.

Cela dit, il n'est pas injuste de reconnaître que le Droit, en, tant que discipline, s'est soucié principalement d'effectivité, accessoirement d'efficacité, et marginalement d'efficience.

Il y a dès lors deux difficultés préalables à surmonter pour réfléchir, en économiste, sur (disons) l'efficacité économique du droit du travail :

- la première est que la notion de règle ne fait pas partie du vocabulaire analytique de la théorie économique, ce qui rend à la fois nécessaire et problématique une opération de reconstruction des règles de droit à partir de notions économiques de base, au terme de laquelle le juriste risque de se sentir trahi ;
- la seconde est que la discipline économique a développé de longue date une approche systématique de l'efficience, à l'exclusion des notions voisines d'efficacité et surtout d'effectivité, ce qui rend à la fois nécessaire et problématique la confrontation avec le Droit : d'un côté, la complémentarité semble s'imposer d'elle-même, puisque chaque

¹ Cette affirmation ne vaut pas définition (pour un point de vue apparemment contraire : Dworkin [1977]), mais simple caractérisation phénoménologique, pour ouvrir le dialogue avec la discipline économique, sur des bases les plus neutres possible.

² Sauf dans un univers Kafkaïen, il est impossible d'admettre, en toute généralité, que l'objectif d'une règle se réduise à sa propre application. Mais il y a des exceptions évidentes (« tu ne tueras point », ...), à prendre comme des cas-limites.

³ Un exemple (où l'on reconnaîtra la référence classique à Schelling [1980], p.122) : les feux de circulation sont-ils respectés (effectivité) ? Leur respect permet-il d'éviter les accidents et les embouteillages (efficacité) ? Coûtent-ils moins cher que les ronds-points (efficience) ?

discipline s'est intéressée à ce dont l'autre s'est désintéressée, et vice versa ; de l'autre, une authentique interdisciplinarité ne sera pas sans péril, pour l'une comme pour l'autre. L'approche économique de l'efficacité, si on l'applique au Droit, suppose qu'on peut traiter de cette question, *en supposant résolu le problème de l'effectivité*. Inversement, endogénéiser, à l'intérieur de la théorie économique, la question de l'effectivité implique, pour l'économiste, des choix épistémologiques cruciaux : va-t-il accepter de soumettre son analyse du calcul rationnel par lequel l'agent économique choisit de se conformer, ou non, à la règle -à l'épreuve de réalité que pourrait lui organiser le juriste (peut-être aussi sociologue ou philosophe du droit)? Si la réponse est : oui, les débats internes à la théorie économique contemporaine vont s'en trouver certainement déplacés, voire bouleversés. Si la réponse est : non, l'interdisciplinarité tourne court, et le courant d'analyse « Law and Economics » n'est qu'un nouvel avatar de l'impérialisme bien connu de la discipline économique.

Je me propose d'affronter ces deux difficultés de la façon suivante : à partir du paradigme économique de l'efficacité⁴, plus souple qu'on ne croit du fait de son abstraction, je montrerai qu'on peut y faire apparaître une notion économique de règle, entendue métaphoriquement comme technologie - à cette différence capitale près : *il s'agit d'une technologie de coordination, plutôt que de production*. Dès lors l'éventail des postures possibles pour l'économiste préoccupé par l'efficacité des règles, s'ouvre d'un seul coup : selon la place accordée à l'intérêt-pour-la-coordination, dans la rationalité des agents économiques, en plus et à côté de l'intérêt personnel, il se rapproche d'une endogénéisation de l'effectivité, réaliste au regard de l'expérience du juriste⁵, ou, au contraire, s'en éloigne pour ramener le respect de la règle de droit dans le champ du calcul d'optimisation standard - les coûts et les bénéfices de la conformité sont pesés *comme pour tout autre comportement*⁶. Sur cette base, on pourra distinguer six critères d'efficacité économique⁷ des règles de droit, ordonnés en fonction du type d'environnement auquel sont confrontés les agents économiques et de leur type de rationalité.

Une réserve majeure s'impose, au seuil de ce texte. Mon propos introductif a été d'une grande généralité, quant aux rapports entre Droit et Economie, dans un but de simple pédagogie. Mais l'argumentation, pour être rigoureuse, se cantonnera d'abord au droit du travail, ensuite, à l'intérieur de celui-ci, au droit du licenciement, en tant que législation plus ou moins « protectrice de l'emploi », selon la terminologie empruntée à des débats récents parmi les économistes. Ce texte ne saurait donc constituer qu'une toute première exploration, essentiellement locale, d'une question éminemment générale -celle de la pluralité des articulations possibles entre Droit et Economie.

I. DEUX PREALABLES METHODOLOGIQUES

⁴ J'ai donc choisi de partir de l'intérieur de la théorie économique (de l'efficacité), plutôt que d'introduire immédiatement le critère de « maximisation de la richesse », prôné par le courant « Law and Economics » (pour Posner, voir Harnay-Marciano ([2003], chap.4) et Kirat ([1999], chap.3) ; pour Coase, voir Milgrom-Roberts [1992], chap.2) – parce que celui-ci se déduit de celle-là, et qu'en revenant à la source, les variantes apparaîtront plus clairement. Voir ci-après note 8

⁵ Au moins en ce sens minimal que le choix de la conformité à une règle de droit présente une certaine spécificité, par rapport aux décisions usuelles dont traite l'économiste

⁶ Selon la voie ouverte par Becker [1968]

⁷ Désormais, il n'y a plus lieu de maintenir la distinction sémantique entre « efficacité » et « efficacité » : ces deux termes seront utilisés de façon interchangeable. On a vu que la vraie discontinuité se situe entre ce couple de notions et celle d'« effectivité ». En outre, l'anglais courant utilise peu « efficacité », à la différence du Français courant, qui, en revanche, utilise peu « efficacité ».

Ils concernent donc la notion d'efficacité, et son application à un environnement défini comme un système de règles.

I.1. La notion économique d'efficacité

Guerrien (1996), p.178) indique que l'efficacité est un « terme un peu vague qui est utilisé pour désigner une affectation des ressources parmi les “meilleures possibles”. L'idée d'efficacité est donc opposée à celle de “gaspillage” des ressources, entendue au sens large ». La seconde phrase corrige la première. Le gaspillage suggérant qu'on ne tire pas tout le bénéfice possible d'un montant donné de ressources mobilisées, l'efficacité se définit a contrario, très généralement, par le fait d'obtenir plus à partir d'autant, ou autant à partir de moins.

Cette comparaison va être déclinée par l'économiste à tous les niveaux concevables :

- (i) au niveau de l'individu : *l'efficacité a ici partie liée avec la lecture instrumentale de la rationalité*, depuis que la discipline économique s'est ralliée à la définition de Robbins : « L'économie est la science qui étudie le comportement humain en tant que relation entre les fins et les moyens rares à usages alternatifs » (1947, p.30). La caractérisation de la rationalité individuelle par l'économie dominante est un calcul sur les meilleurs moyens pour atteindre des fins données (qui, elles, échappent à tout calcul économique). Un individu rationnel est une machine à calculer efficace.
- (ii) Au niveau d'une technologie : *l'efficacité a ici partie liée avec la lecture rationnelle de la production*. «Un plan de production est efficace s'il n'y a pas de façon de produire plus d'output, avec les mêmes inputs, ou de produire le même output avec moins d'inputs » (Varian [1984], p.9) : l'économiste se place ici en surplomb par rapport aux ingénieurs, en éliminant, parmi les techniques qu'ils proposent, celles qui sont dominées, sur le plan des inputs (à output donné) ou sur celui de l'output (à inputs donnés). Une technologie efficace est une technologie rationnelle, du point de vue de l'entreprise (traitée comme un individu).
- (iii) Au niveau d'une situation (dépeinte abstraitement comme une allocation de ressources entre plusieurs individus) : *l'efficacité a ici partie liée avec la lecture Parétienne de l'optimum social*. « Un état des affaires est Pareto-optimal s'il respecte les contraintes données et s'il n'est pas possible d'améliorer la situation de tous les agents (selon leurs propres critères) en le changeant pour un autre état des affaires, satisfaisant les contraintes applicables » (Reiter [1989], p.1). Cette fois, nous sommes dans une logique d'échange plus que de production : le critère équivaut en fait à celui de l'impossibilité d'échanges mutuellement avantageux entre les individus -avec une subdivision importante entre la possibilité, ou non, de compensation des perdants par les gagnants⁸. Une allocation efficace est une configuration d'échanges Pareto-optimale.

La parenté entre ces trois applications est évidente. Mais c'est la seconde, intermédiaire entre les niveaux individuel et collectif, qui va retenir le plus notre attention : la 1^{ère} nous sera utile plus loin par la connexion qu'elle révèle entre conceptions de la Rationalité individuelle et de l'efficacité économique : un élargissement de celle-ci passe par un élargissement de celle-là. Quant à la 3^{ème}, c'est la seule et unique fois où l'économie dominante s'autorise un

⁸ Si cette compensation est impossible, alors le changement de situation n'est Pareto-optimal que si aucun agent ne voit sa position se détériorer, et si un agent au moins voit la sienne s'améliorer. Si elle est possible (quitte à demeurer potentielle), alors on peut agréger les gains et les pertes des uns et des autres, et vérifier que le total est positif : c'est la démarche de l'analyse coût-avantages (Principe de Kaldor-Hicks), que retient en général le courant « law and Economics », notamment Posner, à travers le critère de maximisation de la richesse (voir entre autres [1979], et [1980], en réponse aux critiques de Dworkin [1980]).

jugement normatif sur le corps social, et on voit qu'il est d'une espèce particulièrement pauvre⁹. Elle aussi nous sera cependant utile plus loin, dans la mesure où nous aurons à porter des jugements de valeur sur le fonctionnement de l'économie vue comme système de marchés interdépendants. Cela dit, nous allons commencer par privilégier la seconde, la seule après tout qui intègre la production, or comment parler du travail, en restant à l'intérieur de la sphère de l'échange ? Surtout, elle va nous offrir la matière d'un rapprochement inespéré avec la notion de règle, officiellement absente du discours de l'économie.

II.2. Une notion économique de règle ?

Abstraitement, une technologie peut être représentée par un schéma :

$$P : X \rightarrow Y$$

où X est un ensemble d'inputs (des hommes, des outils, des machines, organisés d'une certaine façon), Y un ensemble d'outputs (une ligne de produits), et P (pour : Production) le qualificatif de l'opération qui fait correspondre un élément de l'ensemble Y à un élément de l'ensemble X : l'économiste parlera de fonction de production, incluant la sélection des techniques efficaces, par élimination des techniques dominées.

Or en toute généralité, une règle (ou un ensemble de règles¹⁰) peut être définie littérairement comme « une prescription, à laquelle il est possible de se conformer, et qui stipule quel comportement est requis, préféré ou prohibé dans certains contextes » (Shimanoff [1980], p.57), ce qui peut se représenter, en logique formelle, par un schéma d'implication matérielle¹¹ : « Si X, alors Y », où X dénote « certains contextes » et Y un « comportement requis, préféré ou prohibé ». Par analogie avec la représentation ci-dessus d'une technologie, on pourrait adopter la représentation suivante d'une règle :

$$R : X \rightarrow Y$$

où R (pour : Régulation¹²) est la qualification de l'opération qui fait correspondre à la situation ou au contexte X l'action ou le comportement Y. A vrai dire, le rapprochement entre « règles » et « technologies » a été déjà exploité, notamment par Berry [1983] pour analyser les dispositifs de gestion et par Thévenot [1986] pour introduire les investissements de forme. Ces travaux nous interdisent d'en rester à cette ressemblance formelle dans l'écriture logique. L'analogie semble nous inviter à aller plus loin : puisqu'une technologie, ça sert à fabriquer des choses, quelle serait cette chose que produit une règle, s'il est vrai qu'une règle ressemble à une technologie ?

De fait cette question lance une dynamique de raisonnement particulièrement novatrice. Détaillons-en les étapes :

- (i) Nous prenons d'abord conscience, qu'avec R, nous nous situons entièrement à l'intérieur d'un espace de discours : une règle est une entité linguistique - cela est évident pour une règle de droit, mais on pourrait sans doute l'argumenter aussi pour toute autre règle¹³.
- (ii) Il en résulte que la question de l'effectivité de la règle est celle de la mise en relation du langage et du monde, de l'univers des mots à celui des objets, des faits

⁹ En particulier, ce jugement normatif, ne prenant en compte que les satisfactions individuelles, s'il est de surcroît combiné avec un modèle étroit de l'intérêt individuel, n'autorise aucune autonomie au niveau collectif. L'appartenance au corps social est appréciée par chacun de façon cynique.

¹⁰ Désormais, nous ne répèterons plus cette parenthèse

¹¹ On parlera aussi de « conditionnelle » : voir par exemple Haack [1978] ; voir aussi, dans un tout autre domaine, la définition d'une « théorie de l'action » par Argyris et Schön ([1978], pp.10-11)

¹² Au sens anglo-saxon de « réglementation » (repris en sociologie par J.D.Reynaud [1995])

¹³ Ce que fait avec une exceptionnelle rigueur Ganz [1971]

et des comportements observables. On peut le représenter (de plus en plus métaphoriquement) au moyen du même formalisme :

$$E : Y \rightarrow Y'$$

Avec Y' pour dénoter le comportement observé (formulé dans les termes du comportement prescrit), et E pour dénoter la qualification de l'opération qui fait correspondre à un comportement prescrit un comportement « réel ». Au-delà de tous les problèmes qui se dissimulent derrière ce formalisme, il faut souligner (alors même que nous suivons la métaphore de la ressemblance entre règle et technologie) l'apparition d'une différence empirique manifeste : l'effectivité de la règle est certainement moins assurée encore que le fonctionnement sans panne d'une machine ou d'un équipement. J'ajoute que c'est probablement au niveau de l'opération E que se joue, pour l'économiste, la question de la spécificité de la règle de droit, par rapport aux autres règles. On le vérifiera dans la 2^{ème} partie de ce texte.

- (iii) Admettons que la règle soit effective ($Y = Y'$). Une nouvelle interrogation se fait jour, cette fois sur l'efficacité (stricto sensu) de la règle : celle-ci, dans la mesure même où elle est suivie, aura un impact sur le système économique et social, impact impliquant des effets prévus et/ou des conséquences inintentionnelles. A nouveau, on peut recourir à un formalisme similaire :

$$A : Y \rightarrow Z$$

où Y est le comportement-type impliqué par la règle de droit, Z le résultat systémique de ce comportement (avec ou sans effets pervers), et A (pour : Agrégation) la qualification de l'opération qui fait correspondre au comportement-type impliqué par la règle (et supposé réalisé) un résultat global au niveau du système¹⁴ : l'économiste se donne un modèle d'ensemble de l'économie, où il insère l'input que constitue le comportement suscité par la règle, et calcule l'output que représente l'effet total, direct et indirect, toutes choses égales par ailleurs, de ce type de comportement. Au passage, on remarque que la métaphore a tout de même quelque vertu, aux yeux de l'économiste : dans la mesure où l'économiste suppose l'effectivité, alors la règle de droit perd son statut de vulgaire contrainte, pour devenir un opérateur d'agrégation : elle fabrique de la macroéconomie à partir de la microéconomie, du collectif à partir de l'individuel.

- (iv) Reste, pour l'économiste, à porter un jugement de valeur sur le résultat systémique. On peut encore mobiliser le même formalisme (sans être dupe du fait que le modèle descriptif de l'étape précédente incorpore certainement des jugements de valeur d'autant plus insidieux qu'ils sont plus implicites –toutefois cela n'annule pas la différence entre le moment du projet d'explication et celui de l'appréciation) :

$$L : Z \rightarrow W$$

où W est une échelle de valorisation, liée à la théorie économique normative utilisée, et L (pour : Labellisation¹⁵) la qualification de l'opération qui fait correspondre aux résultats globaux enregistrés une appréciation normative.

¹⁴ Ce qui veut dire qu'il convient d'entendre l'agrégation dans son sens le plus large et ne pas la réduire à une addition : elle inclut la possibilité d'interactions entre les comportements individuels, avec les effets d'émergence que cela peut impliquer.

¹⁵ J'ai choisi ce terme, pour signifier que le passage au normatif s'accompagne d'un retour à l'ordre du discours.

- (v) La dernière étape va consister à emboîter toutes les conditionnelles, à savoir : $[R : X \rightarrow Y]$, $[E : Y \rightarrow Y']$, $[A : Y \rightarrow Z]$ et $[L : Z \rightarrow W]$ - et à réfléchir sur le trajet parcouru. Clairement nous ne pouvons aller plus loin dans le sens de la métaphore qui nous guide depuis le début. Au total, que produit la règle, si elle produit quoi que ce soit ? La réponse va nous être soufflée par notre formalisme, en considérant que le point de départ et le point d'arrivée :

$$C : X \rightarrow W$$

$$\text{Avec } C \equiv R \cdot E \cdot A \cdot L$$

A partir d'un certain découpage de la réalité en situations-types (X), une règle produit essentiellement des jugements de valeur sur la réalité observée (W). Autrement dit, il est superficiel (ou plutôt partiel) de penser que de nouvelles règles créent de nouveaux comportements – elles créent plutôt de nouveaux critères de jugement sur les comportements, d'après leurs conséquences. Voilà un premier enseignement, lié au point de départ et au point d'arrivée.

Mais il en est un second, attaché à l'espace analytique entre les deux. Quelle qualification va-t-on donner à l'opération complexe qui consiste à décomposer/recomposer le processus entier qui va du désordre des comportements individuels, formatés selon une certaine grille de lecture et soumis à un certain nombre de contraintes légales, pour aboutir à un éventuel ordre collectif, objet de jugements de valeur ? Depuis Adam Smith et sa « Main Invisible » (une autre métaphore !), tout économiste connaît la réponse : cela s'appelle la coordination. La coordination –terme constamment invoqué par les économistes, souvent modélisé, mais rarement défini – apparaît ici comme le processus qui va d'un certain formatage normatif de la réalité, *avant* interaction entre les agents économiques, à un autre formatage normatif de la réalité, *après* leur interaction.

Ainsi notre analyse débouche finalement et naturellement sur une conception économique de la règle de droit comme technologie *de coordination*. En elle-même, cette conclusion n'est pas originale : j'ai déjà évoqué les recherches en gestion et sciences sociales faisant jouer aux règles dans la coordination le même rôle que les outils et les machines dans l'ordre de la production - *mutatis mutandis*¹⁶. Je pourrais solliciter aussi des analyses proprement économiques, en provenance des horizons les plus divers. Voici deux illustrations, en provenance, l'une de la microéconomie mathématique, l'autre de la philosophie économique :

- Stanley Reiter ([1989], p.17) : « le but de l'activité économique, qu'il s'agisse de l'efficacité, de l'optimalité au sens de Pareto ou de tout autre desideratum, tel que l'équité, peut être représenté par une relation entre l'ensemble des environnements et l'ensemble des allocations ou résultats ».
- Nicolas Postel ([2003], p.14) : « La règle est, selon une première définition très générale, un repère collectif progressivement mis en place par les acteurs pour parvenir à se coordonner¹⁷ ».

La 1^{ère} citation rappelle notre relation entre les ensembles de départ (X) et d'arrivée (W), tandis que la 2^{nde} pose d'emblée la qualification de l'opérateur complexe C. Ce que notre travail apporte consiste en l'explicitation des diverses opérations qui composent la

¹⁶ La coordination C est une opération d'un niveau de complexité supérieur à la production P puisqu'elle procède de la composition de quatre opérations R, E, A et L. La réciproque est à noter : la production est une coordination simplifiée, mais une coordination quand même. Ce point est au centre de l'approche conventionnaliste de la production : voir Eymard-Duvernay [1989] et Salais-Storper [1993, spéc. chap.1]

¹⁷ En note, Postel précise que sa définition s'inspire de Wittgenstein, dans la lecture qu'en propose Bouveresse [1987]

coordination : nous voilà désormais « équipés » pour mener une discussion ordonnée sur les critères d'efficacité ou d'efficience des règles de droit. Car c'est en faisant varier les conceptions possibles de ces diverses composantes de la coordination que je me propose de fonder la pluralité des critères d'efficacité, qui vont être présentés dans la deuxième partie de ce texte.

Un mot de conclusion provisoire sur la relation entre Droit et Economie. D'ores et déjà, de ce qui précède, il résulte logiquement que le Droit constitue l'infrastructure ou mieux, la machinerie institutionnelle, de ce qu'on désigne aujourd'hui sous le qualificatif de modèle social (national). Position éminente, largement consacrée par la pensée économique contemporaine, laquelle est aussi unanimement institutionnaliste aujourd'hui, qu'elle était productiviste ou technologiste il y a une génération - mais la médaille a son revers : que l'air du temps en vienne juger insuffisantes les performances économiques, associées à un modèle social, et l'on doit s'attendre que le Droit soit dans l'œil du cyclone : le voici alors sommé de faire la preuve de son efficacité, faute de quoi il semble bien que le Droit n'ait plus le droit d'être du Droit.

D'où l'importance de critères d'efficacité économique, dont on connaît les tenants et les aboutissants.

II. SIX CRITÈRES D'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE

Tout au long de cette seconde partie, l'opération R restera inchangée. Reculant devant la tâche démesurée de traiter le problème en toute généralité, je vais considérer un seul exemple : le système des règles juridiques concernant le licenciement, rassemblé sous l'intitulé « [législation de] protection de l'emploi » dans de nombreux travaux comparatifs, à la suite de l'*employment outlook* de l'OCDE pour 1999 (notamment Blanchard et Portugal [2001], Blanchard et Tirole [2003], Cahuc [2003], L'Haridon et Malherbet [2003], Cahuc et Kramarz [2004]). L'opération A va être évidemment l'élément de modulation essentiel : pour des raisons essentiellement logiques, nous distinguerons deux grandes lignes de modélisation de A, puis trois formes-types au sein de chacune de ces lignes – il nous faudra ensuite vérifier qu'à ces six cases logiques, correspondent effectivement six cas pratiques d'évaluation du dispositif légal de protection de l'emploi.

II.1. Six cases logiques

Repartons donc de A, c'est-à-dire de l'articulation micro/macroéconomie adoptée par l'économiste pour modéliser l'économie et y introduire l'effet des règles de Droit. Si l'on se réfère aux mutations de la pensée économique au cours de la seconde moitié du XXème siècle, on est en droit d'opposer deux grandes visions de l'économie¹⁸ : A₁ désignera la vision standard de l'économie comme système de marchés interdépendants, les marchés étant eux même vus classiquement comme agrégation et confrontation d'offres et de demandes –c'est dire qu'on réfléchira sur la protection de l'emploi en partant du marché du travail, en termes d'offre et de demande. A₂ correspondra à une vision non standard de l'économie, comme système d'interaction entre entreprises, les entreprises étant elles mêmes considérées de façon réaliste comme organisation essentielle du monde capitaliste –et c'est à partir d'elles qu'on examinera la législation de protection de l'emploi.

(i) Au sein de A₁, nous allons introduire une nouvelle différenciation, en fonction du degré de perfection de la prise en charge par le marché des interactions entre les agents

¹⁸ Voir Favereau [1989]. En outre, Coase [1937], qui offre une anticipation prophétique de la bifurcation des années 1970, se trouvera à l'origine du courant « Law and Economics ».

économiques. Ainsi il est usuel, dans l'économie dominante¹⁹, d'opposer d'abord environnements classique et non-classique, c'est-à-dire, pour ce qui nous intéresse, avec externalités : une externalité est l'impact d'un comportement d'agent sur la fonction d'utilité d'un autre agent, sans la médiation d'un prix de marché²⁰. C'est là une première famille de défaillances du marché. Une autre famille d'imperfections est engendrée par le passage de l'information parfaite/symétrique à l'information imparfaite/asymétrique, qui amène la possibilité de comportements stratégiques. Nous appellerons A_{11} l'économie de marché sans externalité ni problème informationnel –c'est celle qui se rapproche le plus de la forme canonique de la Théorie Standard : la théorie dite de l'équilibre général. Nous lui adjoindrons A_{12} , figure de l'économie de marché confrontée (seulement) à des externalités, et A_{13} , représentant la même économie de marché, cumulant externalités et comportements stratégiques d'agents, du fait des asymétries d'information.

Quel est le langage normatif le mieux assorti à une économie de type A_1 , c'est-à-dire une économie où le seul mode de coordination (privée) est le marché²¹ ? Nous avons vu plus haut dans la 1^{ère} partie que c'était indiscutablement l'optimum de Pareto, d'abord parce qu'il est une extension naturelle de la notion d'efficacité, ensuite –pouvons-nous ajouter- parce que les deux théorèmes dits de l'économie du bien-être ont établi l'équivalence des équilibres concurrentiels et des optima de Pareto²². On notera que l'efficacité requiert, dans A_{13} , une *coopération*²³ entre les agents économiques, tandis que dans A_{11} , l'efficacité est a priori assurée par le marché, à condition qu'on le laisse faire ; la situation dans A_{12} est intermédiaire : une intervention extérieure est nécessaire pour internaliser les externalités, sous forme de taxes (par exemple, le principe pollueur/payeur) ou de normes à respecter. On pourrait lire dans cette forme d'intervention une coopération forcée, ou incitée. L'ensemble de ces mesures décrit L_1 .

Au total, pour A_1 , les choses sont claires, appuyées, il est vrai, sur le corpus imposant de l'économie dominante. Qu'en est-il de A_2 ?

(ii) Entre A_1 et A_2 , la discontinuité peut paraître excessive, au point de rendre artificielle la juxtaposition de deux paradigmes apparemment incommensurables. En réalité il y a une clé de passage, particulièrement simple, qui remonte à la révolution scientifique des années 1970, quand les économistes, orthodoxes (Arrow [1974]) ou néo-institutionnalistes (Williamson [1975]), ont commencé à concevoir l'existence de modes de coordination alternatifs au marché, notamment l'organisation hiérarchique²⁴, c'est-à-dire l'entreprise capitaliste. Ainsi A_2 s'oppose à A_1 comme une économie mobilisant pour sa coordination à *la fois* des organisations et des marchés s'oppose à une économie mobilisant pour sa coordination *uniquement* des marchés²⁵.

¹⁹ Voir par exemple Reiter ([1989], p.2 et p.15)

²⁰ L'externalité peut être positive ou négative.

²¹ Même si ce mode est imparfait (externalités, asymétries d'information) et même si le marché doit admettre, à côté de la forme centralisée, symbolisée par la bourse des valeurs, une forme décentralisée, illustrée par les relations contractuelles bi-latérales. Cette seconde forme constitue ce que j'ai appelé la Théorie Standard Étendue (Favereau [1989]), par extension de la Théorie Standard, que représente la théorie de l'équilibre général.

²² Voir par exemple Varian ([1984], chap.5)

²³ Caractérisée ici minimalement par la renonciation à un comportement stratégique d'exploitation d'une information cachée (« adverse selection »), ou d'une action cachée (« moral hazard »), au détriment de son partenaire contractuel.

²⁴ L'organisation est un mode de coordination intentionnelle, au moyen de règles, tandis que le marché est un mode de coordination inintentionnelle, au moyen de prix.

²⁵ Le lecteur juriste sera peut-être étonné de lire que la théorie de l'équilibre général ne comprend que des marchés – précisons : comme modes de coordination. Il y a, bien sûr, des entreprises, mais elles sont traitées comme des agents individuels, offrant des produits, et demandant du travail. C'est pourquoi nous disions plus haut que dans A_1 , la protection de l'emploi serait traitée à partir du marché du travail.

On se doute que cela va affecter la notion pertinente d'efficacité. Or rappelons-nous la 1^{ère} application de la notion standard d'efficacité : elle a partie liée avec la notion de rationalité instrumentale. C'est pourquoi la bonne démarche peut consister à s'interroger sur ce que l'existence même des organisations (en tant que modes de coordination distincts du marché) doit conduire à réviser ou transformer dans la notion de rationalité appropriée à une économie de marché pure (A_1). Nous devrions alors y voir plus clair dans les modifications corrélatives de la notion d'efficacité.

L'économie de marché pure n'a jamais été étudiée par les économistes qu'avec une hypothèse de rationalité calculatoire parfaite, dans une logique non coopérative. Or plusieurs de ces traits sont contredits par l'existence d'organisations :

- D'abord, de toute évidence, les comportements coopératifs ont une place importante dans les organisations et les comportements concurrentiels une place réduite, ce qui est exactement l'inverse de ce que l'on peut supposer sur les marchés. Ne serait-ce qu'à cause de ce seul fait, la rationalité (donc l'efficacité) devrait subir une profonde mutation en passant de A_1 à A_2 : des motivations d'une espèce nouvelle (comment les dénommer : coordinatrices, coopératives, ... ?) devraient faire leur apparition. Il est probable que cela devrait affecter un autre trait de la rationalité standard. Celle-ci est purement calculatoire. Or porter un jugement sur le caractère plus ou moins coopératif d'un réseau de relations (intra-organisationnelles) nécessite de disposer de compétences *interprétatives*, et non plus seulement computationnelles.
- Ensuite, dans la continuité du dernier point, un doute nouveau se fait jour : est-il désormais opportun de conserver la perfection de la rationalité calculatoire (à savoir l'optimisation), dans un contexte où l'on admet que ce type de compétence ne suffit plus ? Rationalité exclusivement calculatoire et coordination exclusivement marchande ne relèveraient-ils pas d'un seul et même espace de cohérence ? Il est frappant de constater que l'existence d'organisations a été rattachée par les premiers économistes des organisations aux *limites* de la rationalité calculatoire individuelle²⁶. Les organisations sont le moyen trouvé par les individus pour surmonter à plusieurs les limites cognitives de chacun.

Il y a un lien, disions-nous plus haut, entre rationalité instrumentale et efficacité standard. Que devient ce lien, si l'on adopte, du fait de la présence d'organisations, une hypothèse de rationalité limitée et interprétative ?

- Parler de rationalité *limitée* (et non plus optimisatrice²⁷) est trompeur en ce sens qu'on semble n'y voir qu'une chute ou une dégradation. Il manque le versant positif de la rationalité limitée, qui est tout simplement la capacité d'apprendre. Autrement dit, en passant de A_1 à A_2 , on devrait passer d'un univers statique, sans apprentissage, à un univers dynamique, avec apprentissage. L'efficacité prendra donc la forme de l'apprentissage. La formule primitive « obtenir plus à partir d'autant » demeure entièrement valable mais elle change en quelque sorte de tonalité musicale. Alors que dans l'univers de la rationalité parfaite, la preuve de l'efficacité réside dans le constat

²⁶ La référence qui s'impose ici est l'œuvre de Herbert Simon (voir par exemple son ouvrage avec March [1958, 1993]), d'autant plus qu'il fut le directeur de thèse de Williamson. Le lecteur averti objectera peut-être que Arrow a initié une approche contractuelle des entreprises, qui s'appuie plus que jamais sur les modèles d'optimisation. Ma réponse est que précisément l'entreprise, dans ces modèles, se voit enjoinde de redevenir transparente, sous l'effet des forces du marché - marché des contrats (chaque type de contrats doit passer au crible de la concurrence) et, pour la régulation de l'ensemble des contrats, marché financier (« corporate governance », sous l'égide de la « shareholder value »).

²⁷ En rationalité limitée, les agents n'essaient plus de prendre une décision la meilleure possible mais simplement une décision satisfaisante (c'est-à-dire atteignant des niveaux de satisfaction, fixés a priori mais relevés (abaissés) s'ils s'avèrent trop faciles (difficiles) à atteindre)

que « on ne peut pas réussir à faire mieux », dans l'univers de la rationalité limitée, la preuve de l'efficacité devient le constat que « on a réussi à faire mieux ».

- Si l'on insère maintenant dans ce paysage l'idée d'une rationalité *interprétative* (et non plus seulement calculatoire), avec, de surcroît un intérêt-pour-la-coordination (ou pour-la-coopération), alors deviennent analytiquement traitables des phénomènes abordés par la psychologie sociale ou la sociologie des organisations en termes d'apprentissage organisationnel (ou collectif). Les pionniers sont ici Argyris et Schön [1978]. Une organisation est capable d'apprendre, quand les résultats des apprentissages individuels sont objectivés dans la mémoire de l'organisation. Etant donné que cela rend l'organisation indépendante des individus à l'origine des apprentissages, un redoutable problème de conflit d'intérêts surgit entre l'organisation et ses membres, dont la solution dépend du degré d'équité (fairness) dans les relations entre celle-là et ceux-ci. Ces auteurs montrent que les changements les plus profonds ne peuvent guère s'effectuer de façon spontanée et ordonnée, parce qu'il est trop difficile de quitter l'abri protecteur des équilibres de pouvoirs existants. En tout état de cause, le lien entre interprétation, organisation et apprentissage, nous fournit la pièce manquante de la nouvelle notion d'efficacité recherchée. Si L_1 était l'optimum de Pareto, assorti à une économie de marchés purs, L_2 sera toute forme d'apprentissage collectif, où l'on se découvre capable « d'obtenir plus à partir d'autant », dans une économie de marchés *et d'organisations*²⁸.

Après ce détour pour clarifier ce qu'il faut entendre par efficacité économique, il est aisé de distinguer trois environnements au sein de A_2 , à l'instar de ce qu'on a fait au sein de A_1 . L'analogie de l'environnement classique A_{11} sera l'environnement non interactif (l'apprentissage collectif est le seul fait du management) : A_{21} . L'analogie de l'environnement avec externalités A_{12} sera un environnement interactif (l'apprentissage collectif est le fait conjoint du management et du personnel d'exécution) mais à l'intérieur d'un « monde commun²⁹ » existant, qu'il s'agit d'améliorer ou de prolonger : A_{22} . L'analogie de l'environnement avec externalités et asymétries d'information A_{13} sera un environnement interactif où l'enjeu est la constitution d'un nouveau « monde commun » : A_{23} .

Telle est la trame que nous allons suivre. Avant de voir si l'on peut remplir chacune des 6 cases par un modèle d'appréciation de la protection de l'emploi, notons, sans attendre, une autre conséquence du changement de tonalité musicale entre A_1 et A_2 : avec A_1 , nous définissons d'abord des critères d'inefficacité économique du droit (pour en déduire ensuite, a contrario, des critères d'efficacité) ; avec A_2 , nous procédons visiblement en sens inverse, définissant d'abord des critères d'efficacité économique du droit (pour en déduire ensuite, a contrario, des critères d'inefficacité). Rappelons aussi que nous avons choisi de laisser l'opération E à l'écart de nos exercices de modulation. Il vaut mieux en effet nous interroger sur le type d'effectivité, associé à chaque case (ou critère d'efficacité économique), *après* avoir trouvé un exemple plausible d'application. L'intuition en sera grandement facilitée, et nous sommes conscient d'avoir déjà beaucoup exigé de la capacité d'abstraction du lecteur.

II.2. Six cas pratiques

(i) Soit d'abord trois cas d'évaluation de l'efficacité économique de la protection de l'emploi, dans une économie de marchés purs (A_1).

²⁸ Il est remarquable que dans son célèbre article de 1991 où il présente justement l'économie comme composée de marchés et d'organisations, Simon insiste sur la « docilité » de l'homo oeconomicus (au sens d'aptitude à être enseigné)

²⁹ Sur cette notion, que l'on peut faire remonter à Hannah Arendt, voir Boltanski et Thévenot [1991], Tassin [1999], Perret [2003] et Favereau [2005]

- **A₁₁** : plaçons-nous au plus près de la situation canonique de la théorie de l'équilibre général. Sur un marché du travail concurrentiel, le droit du licenciement perturbe les ajustements marchands et tend à rigidifier les relations contractuelles, en leur conférant une spécificité artificielle. On retrouve ici une critique libérale traditionnelle. L'intervention publique sur les mécanismes de marché est vue, *a priori*, avec suspicion : c'est un enseignement trivial des modèles d'optimisation que l'adjonction d'une contrainte supplémentaire ne peut évidemment pas améliorer le bien-être de l'agent qui optimise. Les entreprises sont donc en moins bonne position. Quant aux travailleurs, il faut distinguer le contexte où les coûts d'ajustement sont équivalents à la hausse (recrutement) et à la baisse (licenciement), et celui où les seuls coûts d'ajustement sont à la baisse : dans le premier contexte, l'emploi à long terme est inférieur (parce que le coût du travail en régime permanent est plus élevé)³⁰ ; dans le second, l'emploi à long terme ne sera pas inférieur, toutes choses égales par ailleurs, mais les mouvements de conjoncture, si les firmes les anticipent bien, auront moins d'effet sur l'emploi : les pics seront moins hauts, les creux seront moins bas³¹.

Voici le premier critère d'efficacité du droit du travail, exprimé de façon négative :

c1 = perte de flexibilité du marché du travail

Inversement, toute diminution de la protection de l'emploi est positive : gain de flexibilité marchande.

En ce qui concerne l'effectivité, l'opération E a la nature d'une contrainte exogène³² dans un programme d'optimisation, respectée par hypothèse.

- **A₁₂** : éloignons-nous de la représentation d'une économie de marchés presque parfaite et admettons l'existence de défaillances du marché sous forme d'externalités. Les économistes rivalisent d'ingéniosité dans le repérage des externalités (négatives) qu'entraîne le droit du licenciement dans sa version Européenne et particulièrement Française : les entreprises ne paient pas le vrai coût social de leurs licenciements, du moins tant qu'elles ne contribuent pas directement au financement des allocations de chômage de leurs effectifs licenciés ; les chômeurs ne contribuent pas (ou peu) au financement par l'impôt des biens publics ; les salariés employés, en bénéficiant d'un droit protecteur, rendent l'embauche plus risquée, la sortie du chômage plus difficile et allongent la durée des périodes de chômage ; etc... C'est cette dernière externalité³³ qui est la plus pertinente pour notre propos. La protection de l'emploi provoque ici ce qu'on appelle un « défaut de coordination », au sens où l'équilibre obtenu sur le marché du travail est un équilibre dominé au sens de Pareto par d'autres équilibres où le droit du licenciement serait moins contraignant pour les entreprises. Le résultat serait identique pour les entreprises à l'équilibre concurrentiel (profit nul, par définition), alors que la durée moyenne du chômage³⁴ serait inférieure.

Cela nous amène à un deuxième critère d'efficacité économique du droit du travail, exprimé de façon négative :

c2 = source d'externalités sur les décisions d'emploi

³⁰ Voir Nickell ([1986], p.483)

³¹ Par transposition à l'emploi du raisonnement d'Arrow [1968] sur l'investissement irréversible : pour une présentation simplifiée et une mise en perspective, voir Favereau [1991]

³² Cette exogénéité du Droit n'est pas sans avantage : l'économie reconnaît au Droit une légitimité extérieure à la sienne.

³³ L'argumentation de Blanchard-Portugal est la plus rigoureuse : le coût du licenciement diminue les licenciements, mais décroît le salaire supportable par les firmes, tout en accroissant le salaire négocié par les salariés, ce qui ne redevient compatible qu'avec des conditions dégradées sur le marché du travail : le flux de sortie du chômage doit diminuer.

³⁴ C'est cet indicateur normatif qu'il faut retenir pour L_1 , car les flux d'entrée en chômage et de sortie du chômage baissant simultanément, l'effet net sur le taux de chômage est indéterminé. On notera que, ce faisant, on a glissé d'une représentation offre/demande à une représentation stock/flux du marché du travail.

Inversement, toute diminution de la protection d'emploi, ou plus subtilement certaines transformations de celle-ci (remplacement par des taxes, instauration de subventions à l'emploi, ..), pourraient avoir valeur positive : internalisation des externalités freinant l'emploi (ici créées par le Droit lui-même !).

En ce qui concerne l'opérateur d'effectivité, on commence à entrevoir un changement de statut pour le Droit. De contrainte affectant les prix relatifs, il devient contrainte affectant les incitations (et par là source d'externalités), mais l'entrée en scène des incitations n'a pas d'effet en retour sur la question du respect des contraintes, qui demeure inchangée. Les agents économiques n'ont pas encore de comportement stratégique, à proprement parler.

- **A₁₃** : Cette fois les agents économiques sont dotés d'une capacité de comportement stratégique. Ils se mettent à la place de leurs partenaires, pour tirer le meilleur parti des données de la situation contractuelle, y compris les données légales. La protection de l'emploi est périodiquement dénoncée³⁵ pour le pouvoir de négociation qu'elle crée artificiellement au bénéfice des titulaires de leur emploi (« insiders ») au détriment des candidats extérieurs (« outsiders ») : cette protection leur permet d'obtenir des rentes de situation, qui vont diminuer l'emploi et augmenter le chômage. En supposant que cette configuration n'est pas stable à long terme et finit par se retourner contre une partie au moins des titulaires, qui perdent leur emploi, on peut diagnostiquer une défaillance du marché plus profonde que la précédente : on est en présence (ou on commence à l'être) de ce qu'on peut appeler un « défaut de coopération » - dont l'archétype est le fameux « dilemme du prisonnier ». Le problème n'est plus dans la multiplicité des équilibres possibles, mais dans les préférences des agents, qui débouchent sur une issue défavorable à tous, alors même que chacun a suivi son intérêt personnel³⁶. La solution ne peut être que de forcer les agents à se montrer coopératifs – en détruisant ou affaiblissant l'arsenal réglementaire, qui a créé cette dynamique désastreuse. C'est en grande partie le message qui est porté par les rapports Blanchard-Tirole et Cahuc-Kramarz : en croyant protéger tous les salariés, l'actuel droit du licenciement (et des contrats de travail) n'en protège que certains, tout en diffusant une peur du chômage générale.

D'où un troisième critère d'efficacité économique du droit du travail, là encore exprimé de façon négative :

c3 = stimulant des stratégies non coopératives

Inversement, le démantèlement ou l'affaiblissement de la protection de l'emploi est positif : diminution du pouvoir d'extraction de rentes de la part de certains groupes de salariés.

En ce qui concerne l'opérateur d'effectivité, on peut penser que le Droit est désormais en danger d'être rattrapé par une sorte d'Analyse Coût-Avantages généralisée. Même les contraintes font, en somme, l'objet de choix : est-il plus rentable de les suivre, ou de les violer, en intégrant le coût et la probabilité de la sanction ? La rationalité calculatoire absorbe ce qui lui était jusque là exogène.

Ce qui est commun à ces trois cas, dans **A₁**, c'est le fait que le temps n'y joue aucun rôle essentiel (y compris quand les modèles impliquent des dynamiques de flux). Plusieurs raisons à cela : le modélisateur raisonne à l'équilibre ; il peut y avoir des chocs conjoncturels mais pas de surprises pour les agents économiques ; la notion d'apprentissage est absente : les ensembles de choix des agents économiques leur sont connus depuis toujours (même s'ils incluent des variables aléatoires) – c'est bien pourquoi l'optimisation est la règle.

Que se passe-t-il si l'on renonce à ces hypothèses réductrices ?

(ii) Soit maintenant trois cas d'évaluation de l'efficacité économique du droit du travail, dans une économie de marchés *et d'organisations*, mais où l'on a rendu les

³⁵ Lindbeck-Snowder [1988], Saint-Paul [2000]

³⁶ Sur l'opposition « défaut de coordination »/ « défaut de coopération », voir Silvestre [1993]

hypothèses de rationalité et les notions d'efficience cohérentes avec le fait même de l'existence d'organisations³⁷ :

- **A₂₁** : des économistes radicaux³⁸ avaient présenté dans les années 70 une interprétation de la segmentation du marché du travail qu'il vaut la peine de ressortir de l'oubli. Celle-ci résulterait de ce que les théoriciens des systèmes appelleraient un « feedback positif », en contraste marqué avec le goût traditionnel des économistes pour les « feedbacks négatifs », caractéristiques des équilibres stables. Ils partaient de l'exemple d'une situation de salaire élevé dans un secteur d'activité, mais on verra qu'il n'est pas difficile d'adapter leur démarche à notre propos. Ce niveau élevé de salaire peut avoir deux effets : soit il suscite un mouvement de substitution du capital au travail, faisant baisser la demande de travail, et l'écart de salaire disparaît – on est en présence d'un « feedback » négatif ; soit il suscite des innovations techniques, tendant à économiser le travail³⁹, ou des investissements en formation pour leurs salariés, ce qui va chaque fois augmenter la productivité du travail, sans faire baisser la demande de travail, et l'écart de salaire non seulement ne se résorbe pas mais il se trouve validé – on est en présence d'un « feedback positif ». Les auteurs déduisent de cette analyse la possibilité de dynamiques divergentes entre secteurs à salaire élevé et secteurs à salaire inférieur. Ce qui va retenir notre attention est indépendant de cette déduction, et même de l'exemple « salaire élevé » : l'essentiel est dans la suggestion que face à une perturbation du « marché », l'entreprise (car c'est elle qui vient sur le devant de la scène) peut réagir de façon créative. Au lieu d'entériner une contraction de son ensemble des possibles, elle en imagine une extension, qui annule cette contraction. Et c'est bien la contrainte supplémentaire qui est le motif déclenchant de l'apprentissage, puisque le but de celui-ci est précisément de la déplacer ou de la contourner ou de l'effacer⁴⁰... Le Droit rend-il plus difficile la séparation entreprise/salarié ? Le Droit impose-t-il un salaire minimum ? Le Droit réduit-il la durée légale du travail ? L'entreprise peut commuer ces contraintes en atouts par un investissement dans les compétences ou par des innovations économisant le travail ou par une réorganisation innovante du travail....

Voilà qui introduit un quatrième critère d'efficacité économique du Droit du travail, le premier dans l'environnement **A₂**, présenté cette fois de façon positive :

c4 = levier d'apprentissage collectif pour le management

Inversement, quand l'apprentissage collectif ne se met pas en place, l'effet est négatif : la contrainte aura servi de révélateur d'une impuissance, si ce n'est même de facteur de blocage.

En ce qui concerne l'opérateur d'effectivité, on constate l'apparition d'une attitude nouvelle par rapport à la contrainte légale, qu'illustre notre recours ci-dessus à l'image du levier. La loi est une gêne mais la stratégie ne consiste plus à l'esquiver ou à la détourner mais à s'appuyer résolument dessus, pour mieux la dépasser.

- **A₂₂ et A₂₃** : le critère précédent mettait l'accent non plus sur les (défaillances des) marchés mais sur les (capacités d'innovation des) entreprises⁴¹ ; en revanche, il se cantonnait

³⁷ Pour un essai de théorie descriptive (et non pas normative, comme dans ce texte) d'une telle économie, voir Favereau-Thévenot [1996]

³⁸ Vietorisz et Harrison [1973]

³⁹ En anglais « Labor-saving technical change »

⁴⁰ Cette idée est une constante des théories de l'apprentissage : au niveau individuel, De Munck ([1999], pp.59-62) rappelle l'effet de libération qu'apporte l'expertise par rapport aux règles initiales, sans lesquelles pourtant aucun apprentissage ne serait possible (Favereau [1995]) ; Toynbee [1975] a construit une puissante modélisation historique de l'évolution des sociétés en termes de « défi et réponse ».

⁴¹ Parallèlement, l'économie (ou le secteur d'activité) était lue comme système d'interaction entre entreprises, plutôt que comme système de marchés interdépendants. C'est l'entreprise qui fait le marché du travail, et non l'inverse.

à un apprentissage collectif qui ne mobilisait réellement⁴² qu'un seul des groupes, parties prenantes de l'entreprise. Ce que nous voulons maintenant introduire, c'est un apprentissage collectif impliquant plusieurs parties prenantes de l'entreprise, en tous cas le management et le personnel d'exécution, autrement dit *un processus qui s'apparente à une négociation*, mais une négociation « intégratrice », au sens de Walton et McKersie [1991], par opposition à une négociation « distributive » : le type de jeu que l'on joue est la véritable inconnue - jeu à somme positive ou jeu à somme nulle ?

Le thème de la protection de l'emploi a été traité dans cette perspective par l'économiste institutionnaliste⁴³ Peter Doeringer, en 1986. Voulant répondre à la critique libérale des pertes d'efficacité dues à l'immobilisation des salariés en place contre la concurrence des chômeurs, il argumente que la perte d'efficacité marchande, en l'espèce, peut être plus que compensée par un gain d'efficacité organisationnelle⁴⁴, si les salariés protégés décident d'investir leur capacité d'apprentissage dans le processus productif, ce qu'ils feront d'autant plus volontiers s'ils ont confiance dans une répartition équitable des gains de productivité entre salaires et profits. L'élément nouveau le plus spectaculaire est la dissolution, locale et temporaire, de la contradiction entre efficacité et équité. Bien évidemment c'est un pari sur l'avenir⁴⁵ – mais il faut comprendre que c'est par rapport à ce pari que toute entreprise protégeant l'emploi de ses salariés demande à être jugée, et non par rapport à des mécanismes de marché hors de propos.

J'ai présenté implicitement le raisonnement de Doeringer (et rappelé la distinction de Walton et McKersie) en termes binaires, comme si s'opposaient radicalement deux types d'entreprises ou deux types de négociation. En réalité, il faut distinguer la situation où l'enjeu est le passage d'un type à un autre et celle où, ayant choisi le type « marché interne » ou « négociation intégratrice », l'on poursuit à l'intérieur de ce type. Cette seconde situation s'inscrit dans une histoire qu'il s'agit d'approfondir, tandis que la 1^{ère} situation seule suppose une discontinuité. Cela nous offre une base suffisante pour différencier les deux environnements : **A₂₂** et **A₂₃**, ainsi que les deux derniers critères d'efficacité économique du droit du travail.

Dans un contexte où existe déjà un « monde commun » entre les parties prenantes de l'entreprise, on pourra définir (positivement) le cinquième critère d'efficacité économique du droit du travail :

c5 = guide de maintenance de l'apprentissage collectif patronat/salariés

Inversement, une évolution du dispositif réglementaire qui routinise ou paralyse l'esprit de négociation entre le travail et le capital vaudra négativement perte d'efficacité.

En ce qui concerne l'opérateur d'Effectivité, la façon dont les partenaires sociaux se saisissent des textes fait apparaître que les règles de droit sont moins des contraintes que des ressources pour construire et qualifier le type de relations qui les lie, sur une échelle qui va du plus coopératif au totalement non-coopératif. L'entreprise croit interpréter le droit du travail, c'est tout autant le droit du travail qui l'interprète.

Mais il reste les contextes où l'enjeu est l'existence même du « monde commun », soit parce qu'elle est envisagée, dans une configuration d'entreprise jusque là non-coopérative, soit parce que des difficultés économiques aiguës menacent la survie de l'entreprise, si elle ne transforme pas radicalement son système de valeurs⁴⁶.

⁴² Une participation minimale des autres groupes (ne serait-ce que l'absence d'opposition) est cependant requise, pour la mise en œuvre. En revanche, au niveau de la conception, la prépondérance du management est évidente. C'est justement ce que nous allons faire évoluer dans les deux derniers critères

⁴³ De surcroît père de la théorie de la segmentation des marchés du travail

⁴⁴ mesurée par des gains de productivité du travail – noter la similitude avec Viatorisz et Harrison

⁴⁵ Doeringer traduit au fond en termes normatifs et dynamiques le constat statique d'Akerlof [1982] d'échange de dons et de contredons entre un employeur et ses employés

⁴⁶ Ce que Argyris et Schön [1978] appellent « apprentissage organisationnel en boucle double ». De même Walton et Mc Kersie dégagent une nouvelle dimension de la négociation, qu'ils appellent « structuration des

Dans ces contextes, caractéristiques de A_{23} , émerge l'éventualité d'un sixième critère d'efficacité économique du droit du travail, toujours défini positivement :

c_6 = vecteur de signalisation d'un monde commun possible

Inversement, certaines dispositions excessivement protectrices peuvent exercer un effet débilissant sur les velléités de coopération, en facilitant les comportements de passager clandestin ou en démultipliant les relations de pouvoir : le critère donnera alors un résultat négatif.

En ce qui concerne l'opérateur d'Effectivité, les phénomènes relevés plus haut, s'agissant de A_{22} , vont être encore plus marqués, s'agissant de A_{23} . Le Droit se fait technique d'exploration normative du monde : il fixe des normes et des règles de contrôle des différends, au moyen desquelles la société intervient sur elle-même, à la fois pour se connaître et pour se construire. L'écart entre le monde des normes et le monde des faits joue le même rôle dans la rationalité collective que l'écart entre les seuils de satisfaction et les résultats dans la rationalité individuelle (limitée) du modèle Simonien : une modalité irremplaçable de découverte simultanée (et interdépendante) du possible et du souhaitable⁴⁷. On est au plus loin de la conception première du droit comme contrainte, donc comme restriction du champ des possibles, ou comme pis-aller, c'est-à-dire comme tentative de retour au meilleur des mondes, celui qui pourrait se passer du droit.

*

Dans une 1^{ère} partie, j'ai déduit de l'approche économique de l'efficience une notion économique de règle (comme technique de coordination), que j'ai mobilisée, dans une 2^{nde} partie, pour en déduire, cette fois, une pluralité de critères d'efficacité économique du droit du travail (à travers l'exemple particulier de la protection de l'emploi). Cette *pluralité* se fonde sur le *pluralisme* des conceptions théoriques globales de l'économie : une distinction minimale doit être effectuée entre une économie que l'on tiendrait pour coordonnée *uniquement* par des marchés, et une économie que l'on tiendrait pour coordonnée *également* par quelque chose qui s'appelle l'entreprise, et qui semble avoir une certaine importance empirique dans le monde capitaliste actuel. Si les règles sont bien une technique de coordination, alors l'efficacité des règles de droit du travail ici examinées dépend, dans la première économie, de leur aptitude à combler plus de défaillances du marché du travail qu'elles n'en rajoutent ; dans la seconde économie, de leur capacité à fournir aux diverses parties prenantes des entreprises plus d'appuis que d'obstacles à leurs dynamiques d'apprentissage collectif.

*

attitudes », d'où ressort une coloration des relations interpersonnelles, favorisant ou défavorisant l'option intégratrice. Enfin March [1991] construit une forme plus audacieuse d'apprentissage organisationnel, dénommée « exploration ». Je tire de ces rapprochements la conclusion qu'il faut admettre une dualité d'apprentissages collectifs : changement *dans* un monde commun et changement *de* monde commun.

⁴⁷ Voir ci-dessus note 26 et, pour un développement de cette idée, Favereau [1997].

TABLEAU RÉCAPITULATIF

R	E	A	L	Critères d'efficacité économique
Législation Protectrice de l'Emploi	Contrainte exogène, déformant les prix relatifs	A ₁₁	W ₁ : chômage (accent sur son existence)	c1 : perte (gain) de flexibilité du marché du travail
id	Contrainte exogène, déformant les incitations	A ₁₂	W ₂ : chômage (accent sur sa durée)	c2 : création (internalisation) d'externalités sur les décisions d'emploi
id	Contrainte, déformant les préférences, partiellement endogène (manipulée)	A ₁₃	W ₃ : chômage (accent sur ses inégalités)	c3 : stimulant (neutralisation) de stratégies non coopératives
id	Défi à la capacité d'innovation managériale en vue de desserrer la contrainte	A ₂₁	W ₄ : gains de productivité du travail (accent sur leur existence)	c4 : levier (blocage) d'apprentissage collectif pour le management
id	Choix collectif d'une interprétation de la contrainte en liaison avec un objectif de monde commun	A ₂₂	W ₅ : gains de productivité du travail (accent sur leur nature coopérative)	c5 : guide (carcan) de maintenance de l'apprentissage collectif Patronat/Salariés
id	Consentement à la contrainte, aux fins d'exploration du possible/souhaitable commun	A ₂₃	W ₆ : gains de productivité globale des facteurs (accent sur la réduction de la conflictualité)	c6 : vecteur de (dé)signalisation d'un monde commun possible

SYMBOLES

R : (Opérateur de) Régulation

Ici : Ensemble des règles de droit, protectrices de l'emploi salarié

E : (Opérateur d') Effectivité

A : (Opérateur d') Agrégation

A₁₁ : économie de marchés, sans externalités ni comportements stratégiques

A₁₂ : économie de marchés, avec externalités mais sans comportements stratégiques

A₁₃ : économie de marchés, avec externalités et comportements stratégiques

A₂₁ : économie de marchés et d'entreprises, en environnement faiblement interactif

A₂₂ : économie de marchés et d'entreprises, en environnement fortement interactif mais faiblement conflictuel

A₂₃ : économie de marchés et d'entreprises, en environnement fortement interactif et fortement conflictuel

L : (Opérateur de) Labellisation

W_i : Echelle de valorisation i, liée à la théorie économique normative utilisée

cI : critère i (ou ième dimension) de l'efficacité économique du droit du travail

AUTEURS CITÉS

- AKERLOF, G.A. [1982], « Labor contracts as partial gift exchange », *Quarterly journal of economics*, 97(4), November, pp.543-569
- ARGYRIS, C. et SCHÖN, D.A. [1978], *Organizational learning: a theory of action perspective*, Addison-Wesley, New-York
- ARROW, K.J. [1974], *The limits of organization*, Norton, New-York
- BECKER, G.S. [1968], « Crime and punishment: an economic approach », *Journal of Political Economy*, vol.76, march-avril, pp.169-217
- BERRY, M. [1983], *Une technologie invisible ? L'impact des instruments de gestion sur l'évolution des systèmes humains*, Ecole Polytechnique, Centre de Recherche en Gestion, juin
- BLANCHARD, O. et PORTUGAL, P. [2001], « What hides behind an unemployment rate : comparing Portuguese and U.S. labor markets », *American economic review*, march, pp. 187-207
- BLANCHARD, O. et TIROLE, J. [2003], *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport pour le Conseil d'Analyse économique, La documentation française, Paris
- BOLTANSKI, L. et THÉVENOT, L. [1991], *De la justification : les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris
- BOUVERESSE, J. [1987], *La force de la règle : Wittgenstein et l'invention de la nécessité*, Editions de minuit, Paris
- CAHUC, P. [2003], *Pour une meilleure protection de l'emploi*, Document de travail du COE n°63, juin
- CAHUC, P. et KRAMARZ, F. [2004], *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre de l'économie et au ministre du travail, 2 déc.
- COASE, R.H. [1937], « The nature of the firm », *Economica*, 4, november, pp. 386-405
- DE MUNCK, J. [1999], *L'institution sociale de l'esprit*, PUF, Paris
- DOERINGER, P.B. [1986], « Internal labor markets and noncompeting groups », *American economic review*, 76(2), may, pp.48-52
- DWORKIN, R. [1977], « Is Law a system of Rules? », Chap. 2 in: DWORKIN, R., ed., *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp.38-65
- DWORKIN, R. [1980], « Is Wealth a value ? », *Journal of legal studies*, 9(2), march, pp.191-226
- EYMARD-DUVERNAY, F. [1989], « Conventions de qualité et formes de coordination », *Revue économique*, 40(2), mars, pp. 329-359
- FAVEREAU, O. [1989], « Marchés internes, marchés externes », *Revue économique*, 40(2), mars, pp.273-328
- FAVEREAU, O. [1991], « Irréversibilités et institutions : problèmes micro-macro », in BOYER, R. et alii, eds., *Les figures de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'EHESS, Paris, pp. 69-96
- FAVEREAU, O. [1995], « Apprentissage collectif et coordination par les règles : application, à la théorie des salaires », in: LAZARIC, N. et MONNIER, J.M. eds., *Coordination économique et apprentissage des firmes*, Economica, Paris, pp.23-38
- FAVEREAU, O. [1997], « L'économie normative de la rationalité limitée », in: BROCHIER, H. et alii, eds., *L'économie normative*, Economica, Paris, pp.109-123

- FAVEREAU, O. [2005], « Le droit du travail face au capitalisme », in : JEAMMAUD, A. éd., *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, Paris, pp.39-51
- FAVEREAU, O. et THÉVENOT, L. [1991], « Réflexions sur une notion d'équilibre utilisable dans une économie de marchés et d'organisations », chap. 6 in : BALLOT, G. éd., *Les marchés internes du travail : de la microéconomie à la macroéconomie*, PUF, Paris, pp.273-313
- GANZ, J.S. [1971], *Rules: a systematic study*, Mouton, La Haye
- GUERRIEN, B. [1996], *Dictionnaire d'Analyse économique*, La Découverte, Paris
- HAACK, S. [1978], *Philosophy of logics*, Cambridge university press, Cambridge
- HARNAY, S. et MARCIANO, A. [2003], *L'analyse économique du droit*, Editions Michalon, Collection Le Bien Commun, Paris
- KIRAT, T. [1999], *Economie du droit*, La Découverte, Collection Repères n° 261, Paris
- L'HARIDON, O. et MALHERBET, F. [2003], *Protection de l'emploi et performance du marché du travail*, Document de travail du CREST n°2003-19, INSEE
- LINDBECK, A. et SNOWER, D. [1988], *The insider-outsider theory of employment*, MIT press, Cambridge
- MARCH, J.G. [1991], « Exploration and exploitation in organizational learning », *Organization science*, 2(1), February, pp. 71-87
- MARCH, J.G. et SIMON, H.A. [1993], *Organizations*, 2nd edition, Blackwell, Oxford
- MILGROM, P. et ROBERTS, J. [1992], *Economics, organization and management*, Prentice-Hall, Englewoods Cliffs (N.J.)
- NICKELL, S.J. [1986], « Dynamic models of labor demand », chap.9 in : ASHENFELTER, O.C. et LAYARD R., eds, *Handbook of labor economics*, Vol.1, North-Holland, Amsterdam, pp.473-522
- PERRET, B. [2003], *De la société comme monde commun*, Desclée de Brouwer, Paris
- POSNER, R.A. [1979], « Utilitarianism, economics and legal theory », *Journal of legal studies*, 8(1), January, pp.103-140
- POSNER, R.A. [1980], « The value of wealth : a comment on Dworkin and Kronman », *Journal of legal studies*, 9(2), march, pp.243-252
- POSTEL, N. [2003], *Les règles dans la pensée économique contemporaine*, CNRS éditions, Paris
- REITER, S. [1989], « Efficient allocation », in: EATWELL, J., MILGATE, M. And NEWMAN, P. eds., *Allocation, information and Markets*, The New Palgrave, Macmillan, Londres, pp.1-30
- REYNAUD, J.D. [1995], *Le conflit, la négociation et la règle*, Editions Octarés, Toulouse
- ROBBINS, L. [1947], *Essai sur la nature et la signification de la science économique*, Librairie de Médecis, Paris, 1947,
- SAINT-PAUL, G. [2000], *The political economy of labour market institutions*, Oxford university press, Oxford
- SALAIS, R. et STORPER, M. [1993], *Les mondes de production : enquête sur l'identité économique de la France*, Editions de l'EHESS, Paris
- SCHELLING, T.C. [1980], *La tyrannie des petites décisions*, Collection "Sociologies", PUF, Paris
- SHIMANOFF, S.B. [1980], *Communication rules: theory and research*, Sage Publications, Londres
- SILVESTRE, J. [1993], « The market-power foundations of macroeconomic policy », *Journal of economic literature*, 31(1), march, pp. 105-141
- SIMON, H.A. [1991], « Organizations and markets », *Journal of economic perspectives*, 5, pp.25-44

- TASSIN, E. [1999], *Le trésor perdu* : Hannah Arendt, l'intelligence de l'action politique, Payot, Paris
- THÉVENOT, L. [1986], « les investissements de forme », in : *Conventions économiques*, Cahiers du Centre d'Études de l'Emploi, PUF, paris, pp.21-71
- TOYNBEE, A. [1975], *L'Histoire*, Elsevier Séquoia, Bruxelles
- VARIAN, H.R. [1984], *Microeconomic Analysis*, Norton, New-York
- VIETORISZ, T. et HARRISON, B. [1973], « Labor market segmentation : positive feedback and divergent development », *American economic review*, 63(2), may, pp.366-376
- WALTON, R.E. et McKERSIE, R.B. [1991], *A behavioral theory of labor negotiations* : an analysis of a social interaction system, 2nd edition, ILR press, Ithaca
- WILLIAMSON, O.E. [1975], *Markets and hierarchies*: analysis and antitrust implications, The Free Press, new-York