

# A propos de *Normativité économique et droit du travail*

par Isabelle MEYRAT, Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise,  
membre du LEJEP

La très belle thèse de Madame Bargain, *Normativité économique et Droit du travail*, dirigée par Monsieur Alain Supiot, s'inscrit dans le sillage des travaux de jeunes chercheurs ayant entrepris de se pencher sur les rapports entre droit et économie (1).

Remarquablement écrite, la thèse ne laisse pas seulement transparaître une immense culture juridique et économique. Elle dévoile subtilement la prégnance d'un certain discours économique sur les évolutions du droit du travail, et met ainsi en lumière les tensions, pour ne pas dire les secousses, qui ébranlent l'architecture normative de celui-ci. Au cœur de cette tension, d'un côté, la fonction du droit du travail, qui s'attache à la protection de la personne du travailleur et interdit de considérer le rapport de travail comme un simple rapport marchand, de l'autre, l'assignation par l'analyse économique orthodoxe d'une fonction de réduction des coûts ou de correction du marché à la règle de droit.

Certes, le droit du travail, comme branche et discipline, n'a jamais été indifférent au discours économique. Bon nombre de mécanismes tendent d'ailleurs à garantir une certaine égalisation de la concurrence, tout en procurant aux salariés une sécurité économique et physique. Cependant, l'édification, au sein des sciences économiques, d'un segment disciplinaire se donnant pour objet spécifique d'interroger l'efficacité économique des règles de droit s'est conjuguée avec la diffusion du « *modèle du marché* » et l'objectif constant d'amélioration de la situation de l'emploi (2) pour soumettre le droit du travail à un « *impératif de justification* » vis-à-vis de la « *normativité économique* ». Par normativité économique, l'auteur désigne à la fois un certain discours économique, celui de l'analyse économique orthodoxe, selon lequel l'amélioration du bien-être économique des individus suppose l'amélioration du fonctionnement du marché des biens et des services,

ainsi que les représentations véhiculées par le droit économique.

Dans la première partie intitulée « *La quête des fondements scientifiques du droit du travail* », l'auteur ausculte le contrat et la concurrence, catégories qui, aux confins du droit et de l'économie et sous couvert de neutralité axiologique, justifient la mise en cause du droit du travail.

Instrument privilégié d'ajustement des préférences et des intérêts des acteurs dans le champ de l'analyse économique orthodoxe, le contrat a irrigué plusieurs dispositifs ayant vu le jour ces dernières années, parmi lesquels la rupture conventionnelle et les différentes facultés de renonciation au droit au repos. L'écueil principal des dispositifs adossés sur le contrat et, de manière plus générale, sur la volonté du salarié, réside dans l'éviction de la problématique du pouvoir. Or, ce dernier constitue le cœur du lien juridique de subordination, si bien qu'il s'est érigé en élément déterminant de la qualification de contrat de travail. Les développements consacrés à « *la rupture efficace du contrat de travail en droit américain* » mettent en lumière l'influence sous-jacente de l'analyse économique sur l'analyse juridique du contrat de travail, reléguant ainsi la question du pouvoir à un simple enjeu marchand.

Le contrat n'est cependant pas le prisme exclusif par lequel la normativité économique appréhende la relation de travail. Ainsi, la rencontre des règles du droit du travail, précisément des droits d'action collective et du droit de la concurrence, et, plus largement, des libertés économiques du marché intérieur, se révèle particulièrement « corrosive ». En effet, l'issue de cette rencontre, ou plutôt de cette « *confrontation* », tend vers l'assujettissement des droits sociaux fondamentaux au respect de « l'impératif concurrentiel », lequel requiert l'élimination des entraves à la réalisation du marché, dont les libertés économiques constituent la clé de

(1) T. Sachs, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2013 ; J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 2011.

(2) T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2007.

voûte. Cette analyse, qui se fonde sur le primat du marché, et que la Cour de justice de l'Union a faite sienne dans les arrêts Laval et Viking, conduit à la neutralisation des règles du droit du travail, dont la justification ne peut dès lors résider que dans leur caractère complémentaire ou leur fonction correctrice des dysfonctionnements de celui-ci.

La seconde partie envisage « *Les ressorts de la normativité économique en droit du travail* », c'est-à-dire la manière dont cette normativité pénètre la matière droit du travail et met à mal sa rationalité. Tant le raisonnement du juge que l'évolution des sources du droit du travail laissent entrevoir une sensibilité accrue à l'égard de « *l'exigence d'économie* » induite par l'essor d'une représentation marchande du travail. L'émergence d'un « *jugement d'économie* » dans le raisonnement du juge se décline sur deux registres : un registre formel et un registre matériel.

Le contrôle de proportionnalité se présente comme « *l'expression par excellence* » de l'approche formelle du jugement d'économie, en ce qu'il suppose une pesée des intérêts en présence. Ce faisant, il permet d'introduire des considérations étrangères à la rationalité juridique. Partant, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice de l'Union, en présence d'un conflit entre une liberté économique et le droit de grève ou le droit de négociation collective, se réduit à une opération de conciliation tendant à dénier aux droits considérés « *leur contenu par nature attentatoire auxdites libertés, qui suppose de les mettre à l'abri d'une telle conciliation* ». Cependant, l'introduction de considérations économiques n'est l'apanage, ni de la seule Cour de justice, ni du contrôle de proportionnalité. Elle se déploie également sous les auspices du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation, notamment lorsque cette dernière s'attache aux conséquences économiques, autant dire au coût des solutions juridiques. De la saga judiciaire du régime d'équivalence dans le secteur médico-social aux controverses relatives aux revirements de jurisprudence, le juge s'invite ou est invité à « *s'engager dans l'évaluation du coût virtuel de ses solutions* ».

Le registre matériel du jugement d'économie se distingue du registre formel, car ce n'est plus la considération du coût infligé par l'application d'une règle qui constitue le paramètre du raisonnement du juge, mais le marché. Néanmoins, cette approche matérielle du jugement d'économie, dont quelques traces peuvent être repérées dans le contentieux des clauses d'objectifs et dans celui des clauses de

non-concurrence, qui se manifeste par la référence au marché pour apprécier la validité d'une clause contractuelle ou d'une décision de l'employeur, demeure relativement circonscrite.

Particulièrement stimulantes, les analyses consacrées à l'évolution des sources du droit du travail mettent en exergue les dérives du modèle procédural vers lequel tend le droit du travail. Plus avant, le déclin de l'ordre public social, dont l'expression saillante réside dans la valorisation d'une négociation collective décentralisée, porteuse d'une vision instrumentale et gestionnaire des règles, a coïncidé avec l'essor de la référence aux droits fondamentaux dans les discours juridiques. Cependant, l'auteur ne manque pas de souligner la fragilité de cette référence aux accents trop souvent incantatoires, autant dire son impuissance à compenser l'appauvrissement des garanties que procurent aux travailleurs les règles substantielles. Or, l'un des nombreux mérites de cette étude est précisément de suggérer des voies qui permettraient aux salariés de recouvrer une « *capacité d'action* » face à la toute-puissance du marché. L'auteur prend pour cadre de référence les travaux d'Amartya Sen et « *son approche par les capacités* ». Elle identifie les traces d'une telle approche dans certaines orientations du droit positif, comme l'obligation pour l'employeur de veiller au maintien de la capacité professionnelle des salariés ou bien encore l'action en justice des syndicats dans l'intérêt de la profession. Mais, ce sont surtout les mesures positives prises par les États (ou qui devraient l'être !) pour remédier aux inégalités qui, selon elle, sont les mieux à même de « *garantir une égalité des capacités en ce qu'ils permettent de prendre en compte les contraintes inhérentes aux situations sociales des individus* ». Les droits d'action collective sont évidemment au centre de ce redéploiement nécessaire de la fonction des règles juridiques et des procédés de leur évaluation. On objectera seulement que l'évolution des formes d'organisation de l'activité économique - assez peu considérée par l'auteur - constitue l'obstacle principal à la capacité d'agir des salariés et de leurs représentants, précisément parce qu'elles induisent l'éclatement des collectivités de travail et un phénomène de diffusion du pouvoir (3).

En définitive, la thèse de Madame Bargain est un bien bel ouvrage, qui invite aussi à repenser le droit du travail et les formes de l'action collective au-delà d'une ingénierie à laquelle les apôtres du marché aspirent à les réduire ; fondamentalement, donc, à réinventer la politique !

**Isabelle Meyrat**

(3) E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2008.