

# PRÉFACE

Depuis le début des années 1980, les réformes ont changé d'objet en droit du travail. Elles ne visent plus à améliorer le sort des salariés, mais à « promouvoir une main-d'œuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter ainsi que des marchés du travail aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie »<sup>1</sup>. L'injonction d'une *réactivité des marchés* du travail a ainsi supplanté la promesse d'un *progrès du droit* du travail. Indépendamment du contenu des réformes, cette substitution du marché au droit dans le vocabulaire politique trahit un changement de référence normative. À l'axiologie des droits économiques et sociaux proclamés à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, a succédé celle des forces du Marché.

Ce déplacement a trouvé sa justification dans la doctrine du *Law and Economics*. Bien sûr, cette doctrine ne règne pas sans partage sur la science économique. Des courants « hétérodoxes » explorent au contraire la nature institutionnelle des marchés et voient donc d'un autre œil les relations du droit et de l'économie. Mais née à Chicago dans le sillage des travaux de Milton Friedman, cette doctrine s'est répandue dans toutes les *Schools of Law* américaines et les organisations économiques internationales. Ces dernières années, elle a acquis en Europe même la valeur d'un paradigme pour de nombreux juristes, universitaires ou praticiens. D'abord rodée en droit commun des contrats, elle est aujourd'hui appliquée à tous les domaines du droit. Si le droit du travail en constitue l'une des terres d'élection, c'est parce qu'il est riche en effet de dispositions d'ordre public, alors même qu'il régit des rapports économiques de droit privé. Ces dispositions constituent donc aux yeux de l'orthodoxie économique autant d'entraves à la réactivité du Marché. Lever ces entraves - « réformer les marchés du travail » - serait donc le sésame qui permettrait d'accéder à la terre promise de l'abondance et du plein-emploi. Telle est la *doxa*.

Il est réjouissant de voir que plusieurs jeunes chercheurs en droit du travail, au lieu de seulement s'y soumettre ou de dénoncer cette emprise du discours économique sur le droit du travail, ont entrepris de l'étudier, d'en comprendre

---

1. Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, art. 145.

les causes et d'en saisir les effets<sup>2</sup>. Issu d'une thèse de doctorat soutenue en 2012<sup>3</sup>, l'ouvrage qu'on va lire est une contribution très importante à ce nouveau domaine de la recherche juridique. Il doit une part de sa richesse aux compétences étendues de son auteur. Possédant une double formation d'économiste et de juriste, Madame Gwenola Bargain a aussi une connaissance étendue de l'abondante littérature qui a été consacrée à l'analyse économique du droit dans les pays de *Common Law*. La force et l'originalité de son travail consistent à retourner la question normative à l'envoyeur et à mettre en évidence la normativité inhérente à la doctrine *Law and Economics*.

La première partie du livre nous fait ainsi pénétrer au cœur même de cette doctrine. En son cœur dogmatique, qui consiste à croire que l'analyse économique est en mesure de fonder scientifiquement l'ordre juridique. La quête des fondements scientifiques du droit n'est pas chose nouvelle et a connu maintes péripéties depuis qu'on a cessé de les situer du côté de la théologie. L'histoire, la biologie, la sociologie et l'économie ont ainsi pu être convoquées, soit isolément soit de façon combinée, pour expliquer le droit et les institutions. Les expliquer et les guider car dès lors qu'on pense avoir découvert les fondements scientifiques du droit, on passe presque inévitablement de l'explication à la prescription, du descriptif au normatif.

Ce passage, dira-t-on, est familier aux juristes et ne devrait pas choquer. La tâche du juge - mais aussi d'une certaine manière celle du législateur - ne consiste-t-elle pas à faire reposer sur une connaissance aussi précise que possible des faits les jugements ou les règles qu'ils édictent ? C'est incontestable, de même que sont incontestables les liens historiques entre l'art du procès et la recherche scientifique. Mais cela ne doit pas nous masquer la différence de méthode qui, malgré tout, les sépare. Les hommes ne sont pas réductibles à des animaux ou des machines et c'est pourquoi la prudence préside en principe au règlement des affaires humaines. Le principe de prudence impose au juge ou au législateur de ne décider de l'avenir qu'en fonction de l'expérience du passé. Pour mériter son nom, la jurisprudence doit s'appuyer sur la connaissance et le rapprochement des cas déjà tranchés. Elle est par définition une méthode herméneutique et non pas scientifique.

Au contraire, une fois scientifiquement fondées, les normes s'imposent à tous et en tous lieux. Intemporelles et universelles, elles nous ouvrent les portes d'un univers mesurable et calculable, où ni la prudence, ni la controverse, ni la

2. Cf. Tatiana SACHS, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Paris, LGDJ, 2013, préf. Georges BORENFREUND, postf. Olivier FAVEREAU, 448 p. ; Julien ICARD, *Analyse économique et droit du travail*, Thèse, Univ. Panthéon-Sorbonne, 2012, dactyl., 760 p.

3. Le jury de soutenance réunissait, outre le directeur de thèse, les professeurs Simon Deakin (Cambridge), Marie-Anne Frison-Roche (Science Po), Frédéric Géa (Nancy), Jean-Yves Kerbourc'h (Nantes), Olivier Favereau (Paris Ouest Nanterre) et Pierre-Yves Verkindt (Panthéon-Sorbonne).

casuistique n'ont plus lieu d'être. Un monde de certitudes bien fait pour le repos de l'âme, car on peut y adhérer sans réserve à des institutions établies sur la science. C'est ce que faisait déjà en 1925 le grand économiste Corrado Gini (l'inventeur du fameux coefficient mesurant les inégalités) dans un article intitulé « *The scientific basis of fascism* »<sup>4</sup>.

Ce déplacement de la prudence au calcul est l'objet même de la doctrine *Law and Economics*. Dès lors qu'on postule l'existence d'un ordre spontané du Marché, ordre à la fois contractuel et concurrentiel, on dispose par là même d'une référence normative à l'aune de laquelle il est possible d'évaluer n'importe quelle règle de droit. C'est cette grille d'évaluation que M<sup>me</sup> Bargain nous donne à voir avec grande précision, ainsi que son application au droit du travail. Non sans avoir noté de façon liminaire à la fois la force et les biais structurels de cette méthode d'évaluation, « l'assimilation de la règle à un prix, écrit-elle, recrée un cadre d'analyse où la médiation des rapports entre les individus s'opère par le mécanisme marchand. La considération du calcul rationnel réalisé au regard du coût infligé par la règle devient possible. L'évaluation économique ignore alors l'existence de rapports hiérarchiques puisque les relations de pouvoir sont dissoutes au sein des rapports de marché. Elle n'appréhende également que des êtres désincarnés, des "sujets d'intérêt" »<sup>5</sup>.

Cette première partie rapproche avec brio l'exposition des principaux canons de la doctrine *Law and Economics* avec l'étude de leur mise en œuvre, notamment par la Cour de justice de l'Union européenne dont la jurisprudence est véritablement le fer de lance de cette « économisation » du droit du travail. La mise en lumière de cet arrière-plan doctrinal de la jurisprudence européenne permet de comprendre pourquoi cette dernière, dans le même temps et avec la même vigueur, réduit autant qu'elle le peut le champ des libertés collectives et ne cesse en revanche d'étendre celui du principe de non-discrimination. C'est parce qu'elle voit dans les libertés collectives un pouvoir de marché, et donc des entraves potentielles à l'exercice des libertés économiques. En revanche la lutte contre les discriminations répond à la recherche d'une plus grande liquidité du « capital humain ». Elle est donc par nature bénéfique, car elle répond à ce que M<sup>me</sup> Bargain appelle « la quête de l'anonymat des acteurs économiques, libres de contracter à moindre coût mais également de circuler selon leurs préférences »<sup>6</sup>.

Après avoir ainsi dévoilé la normativité inhérente à l'analyse économique du droit, M<sup>me</sup> Bargain étudie dans la seconde partie de son livre la façon dont cette normativité imprime le raisonnement judiciaire et les sources du droit. Elle

4. C. GINI, « The scientific basis of fascism », *Political Science Quarterly*, vol. 42, n° 1, mars 1927, p. 99-115.

5. *Infra* § 51.

6. *Infra* § 541.

montre tout d'abord l'unité foncière de diverses techniques jurisprudentielles, qui ont en commun de substituer un calcul d'utilité à l'application syllogistique de la loi, tels que le bilan coût/avantage, le principe de proportionnalité ou l'accommodement raisonnable. Quelle que soit la forme qu'elle prenne, cette substitution du calcul à la règle est par nature incompatible avec le caractère intangible des principes les plus fondamentaux. Ces derniers ne valent plus en effet qu'à proportion de leur utilité relative. La seule norme intangible dans la perspective de l'analyse économique du droit est de nature économique et non juridique : c'est l'obligation de faire dépendre la force obligatoire du droit d'un calcul d'utilité. La Cour constitutionnelle allemande est l'une des rares juridictions nationales à s'être insurgée contre cette relativisation générale des principes en droit de l'Union européenne et à avoir rappelé par exemple que « le principe de démocratie ne peut pas être pesé contre d'autres valeurs ; il est intangible »<sup>7</sup>.

La mise en évidence de la normativité économique permet enfin de comprendre pourquoi la hiérarchie des sources du droit du travail a été fortement remise en cause depuis l'apparition des premiers accords dérogatoires en 1981. Dès lors que la loi perd sa valeur référentielle au profit du calcul, il n'est plus de légitimité que procédurale. D'où l'irrésistible ascension de la négociation collective au détriment de la loi. Mais la négociation collective elle-même n'est légitime au regard de la normativité économique que dans la mesure où elle participe de la concurrence au lieu de la restreindre. D'où l'essor de la négociation d'entreprise au détriment de la négociation de branche. L'horizon est sans surprise celui d'un marché du travail peuplé d'individus armés des mêmes droits fondamentaux, animés par la recherche de leur seul intérêt et débarrassés du poids des solidarités humaines.

C'est ainsi l'ensemble des évolutions du droit du travail depuis une trentaine d'années qui s'éclairent d'un jour nouveau à la lecture de cet ouvrage. Sa densité, la richesse de ses sources et la fermeté de la démonstration qu'il contient en font déjà un livre de référence pour tous ceux qui cherchent à comprendre l'empire aujourd'hui exercé par l'analyse économique sur le droit et les institutions.

Alain SUPIOT

7. Bundesverfassungsgericht, Décision 2 BvE 2/08 du 30 juin 2009, § 216.