



ÉTUDES

631

I De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail

Quelques leçons d'un programme de recherche

Par Joëlle Affichard, Antoine Lyon-Caen et Stéphane Vernac

Une évaluation économique du droit du travail peut-elle être pertinente ? Les réflexions menées dans le cadre d'une recherche impulsée par l'Institut international pour les études comparatives permettent de montrer les faiblesses des analyses jusqu'ici proposées par nombre d'économistes, au vu du poids des présupposés qui guident leurs analyses. Une connaissance plus fine des règles du droit du travail devrait mener à une perspective plus riche sur cette discipline, en passant d'une analyse économique du droit du travail à une évaluation du droit du travail.

L'intérêt pour l'analyse économique du droit du travail a été suscité, en France, par le tir groupé de plusieurs rapports d'économistes qui portaient, à partir des fondements de l'analyse économique du droit, un jugement critique sur l'efficacité du droit du travail français ¹.

Simultanément, les travaux établissant des comparaisons internationales de performances au moyen d'indicateurs synthétiques d'efficacité économique connaissent une large diffusion. Sous l'égide de la Banque mondiale ou de l'OCDE, ils visaient en particulier à rendre compte des effets macroéconomiques de la protection de l'emploi.

L'analyse économique du droit du travail a le mérite d'obliger les juristes à s'intéresser aux effets des dispositifs juridiques hors du système qu'ils délimitent. L'accent mis sur la performance ou l'efficacité convie à une évaluation que l'on dira volontiers externe, parce qu'elle prend appui sur des modes de raisonnement et des catégories analytiques exogènes au champ auquel elle est appliquée.

Mais les études françaises récentes d'analyse économique du droit du travail, de même que les comparaisons de performances des systèmes juridiques, sont peu explicites sur certaines étapes essentielles de l'évaluation à laquelle elles procèdent. Appuyées sur un outillage

methodologique supposé garantir leur neutralité, médiatisées pour les conclusions souvent iconoclastes auxquelles elles aboutissent, elles sont peu explicites quant à leurs hypothèses concernant la place qu'elles assignent au droit dans les modélisations.

Si l'on ne doit pas refuser *a priori* toute réduction de situations complexes dans les catégories de l'analyse économique, encore faut-il étudier comment s'opère cette réduction, quelles conséquences elle a sur la compréhension des dispositifs juridiques et de leur fonctionnement, et par suite quelles sont les limites des recommandations qui peuvent en être tirées.

Cette étude invite à une réflexion plus large portant sur l'évaluation du droit du travail. Et c'est une recherche ² vouée à cette question dont on voudrait ici présenter quelques résultats. Cette question ouvre à des interrogations sur le champ de l'évaluation, sur les buts assignés au droit du travail, sur les voies par lesquelles s'opère sa réalisation, sur les modes d'identification des acteurs qui y sont impliqués, sur les mesures auxquelles il peut donner lieu.

Le programme de recherche s'étant fixé comme objectif de mettre en lumière les prémisses et les outils avec lesquels l'analyse économique procède à une éva-

(1) O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du Conseil d'analyse économique, Doc. Fr., Paris, 2003; P. Cahuc, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, Publication du Centre d'observation économique de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, coll. « Documents de travail », n° 63, juin 2003; P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité. Vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, 2004.

(2) Cette recherche a été entreprise en réponse à l'appel à projets lancé en 2005 par la DARES, sous l'égide de l'Institut international pour les études comparatives (IIPEC, anciennement Institut international de Paris – La Défense), institut créé en 1992 par le ministère chargé de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, le CNRS, l'EPAD, le Conseil général des Hauts-de-Seine, l'Université de Paris X – Nanterre et le Commissariat général du plan. Sa mission initiale est le développement des études et recherches comparatives et internationales dans le champ des sciences sociales. Elle s'est étendue à des actions de coopération internationale.

luation du droit du travail, on se propose de montrer en quoi cette évaluation économique manque toute une série de dimensions du droit du travail, et d'ouvrir des voies vers des modes d'évaluation qui évitent de trop forts réductionnismes.

Le présent article ne prétend pas exposer l'ensemble des contributions ³ ni même les divers cadres conceptuels proposés pour approfondir la compréhension des rapports entre droit et économie ⁴. Son objet est plus limité. Il consiste, à partir d'une élucidation des prémisses de l'analyse économique appliquée au droit du travail (I), à tracer des pistes vers des évaluations réalistes du droit du travail (II).

I. - Les réductions imposées au droit du travail par l'analyse économique du droit

On devine sans peine l'importance que présente l'ambition de clarifier les hypothèses et les méthodes sur lesquelles reposent les études économiques qui attribuent aux règles du marché du travail des effets sur les performances économiques, et à faire apparaître leurs conséquences pour l'évaluation à laquelle elles prétendent.

Les travaux qui mettent en cause les règles du droit du travail français s'inscrivent dans deux perspectives: des modélisations microéconomiques du marché du travail et des comparaisons internationales des législations de protection de l'emploi. Leurs conceptions, implicites ou explicites, des règles méritent d'être mises en lumière.

A. - Des modèles pour un marché du travail flexible

L'analyse économique du droit du travail prend appui sur les modélisations du marché du travail développées dans les années soixante-dix par Mortensen et Pissarides ⁵. Ces modèles dynamiques qui retracent les appariements entre offre et demande d'emploi ont renouvelé l'analyse économique du marché du travail

dans un contexte de progrès technologique ⁶. Ce sont les modèles de la flexibilité: ils la décrivent, la promeuvent et en font finalement la clef unique de la résorption du chômage.

Le marché du travail n'est pas traité comme un marché concurrentiel: le taux de salaire relève d'une autre logique que celle des prix ajustant l'offre et la demande d'emploi. Le chômage ne s'explique plus par un déséquilibre entre l'offre et la demande, mais par l'insuffisance de la création d'emplois ⁷, par le temps que mettent les chômeurs à trouver un emploi, et par le temps que mettent les entreprises à pourvoir les emplois vacants. Le taux de chômage devrait tendre vers zéro si des obstacles ne s'élevaient à la concurrence et à l'innovation qui déterminent la création d'emploi, et si les réglementations ne ralentissaient la prise d'emploi par les chômeurs et ne décourageaient les employeurs de recruter.

Dans cette formalisation, des « fonctions de valeurs » modélisent les comportements des acteurs suivant des hypothèses conformes à la théorie microéconomique dans un univers concurrentiel, avec prise en compte des anticipations: les comportements résultent d'optimisations intertemporelles de zéro à l'infini avec égalisation de tous les rendements.

Les préconisations déduites de ces modèles ne peuvent que prendre la forme d'incitations monétaires qui internaliseront les externalités négatives et rétabliront la situation optimale qu'aurait produite le fonctionnement efficace du marché »

Les préconisations déduites de ces modèles ne peuvent que prendre la forme d'incitations monétaires qui internaliseront les externalités négatives et rétabliront la situation optimale qu'aurait produite le fonctionnement efficace du marché. Articulées sur la structure des modèles, elles ne sont que de deux types: celles qui visent à accroître le volume des flux de passage vers l'emploi, et celles qui visent à réduire le temps nécessaire pour trouver ou pourvoir un emploi ⁸.

Le fait que des limitations à la concurrence et une forte protection de l'emploi jouent à l'encontre de ces deux objectifs fait partie des hypothèses des modèles: la condition de libre entrée sur le marché du travail est nécessaire aux calculs d'optimisation des travailleurs, l'indemnisation du chômage intervient dans la fonction de

(3) Le rapport de synthèse (Resp. scientifique: A. Lyon-Caen, Coord. du programme: J. Affichard, *L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes*, Rapport final, Volume I, Rapp. de synthèse, ci-après *IIPEC*, 2008-1), et les nombreuses contributions auxquelles le programme a donné lieu (*L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes*, Rapport final, Volume II, ci-après *IIPEC*, 2008-2) sont accessibles sur le site de l'IIPEC (<http://www.iipec.eu/fr/>).

(4) Un ouvrage collectif présentant la pluralité de ces cadres d'analyse est en préparation. Sur la façon dont le droit du travail considère l'économie, on se reportera à T. Sachs, « La raison économique en droit du travail », Thèse Paris-Ouest - Nanterre, Dir. G. Borenfreund.

(5) D. Mortensen et C. Pissarides, « Job reallocation, employment fluctuations and unemployment », in M. Woodford & J. Taylor (eds), *Handbook of Macroeconomics*, Elsevier, 1999; C. Pissarides, *Equilibrium unemployment theory*, 2nd edition, MIT Press, 2000.

(6) Les observations qui suivent sont fondées sur une contribution orale d'O. Favereau au programme. *IIPEC* 2008-1.

(7) La destruction d'emplois résulte de chocs de productivité externes. Les politiques de protection de l'emploi peuvent retarder les suppressions d'emplois auxquelles procéderaient les entreprises en cas de baisse de productivité, et donc diminuer les flux de sortie vers le chômage. Mais en freinant les capacités d'adaptation des entreprises, elles sont supposées indirectement ralentir les créations d'emploi.

(8) Les travaux de Mortensen et Pissarides sont cités dans le rapport Blanchard, Tirole et dans le rapport Cahuc. Le rapport Cahuc et Kramarz ne mentionne pas ses sources théoriques, mais il est intéressant de relever que les trois chapitres de propositions visant à mettre en place une « sécurité sociale professionnelle » correspondent exactement aux trois variables explicatives du chômage dans ces modèles: favoriser les créations d'emplois (en supprimant les barrières à l'entrée que constituent les réglementations des professions, chap. 3), inciter les chômeurs à prendre un emploi (en réformant le service public de l'emploi, chap. 2), inciter les employeurs à recruter (en créant un contrat unique, chap. 4).

valeur associée au fait d'être au chômage, les coûts anticipés des licenciements sont intégrés dans les décisions de recrutement des employeurs.

B. - Des indicateurs pour des systèmes juridiques en concurrence

Si les travaux théoriques n'établissent pas les effets de la protection de l'emploi sur le solde net des flux, et donc sur le volume du chômage, la démonstration en est davantage attendue des comparaisons internationales de performances des systèmes juridiques. Sont mobilisés les indicateurs élaborés dans le cadre du programme Doing Business de la Banque Mondiale, qui s'intéressent aux effets macroéconomiques de la protection de l'emploi salarié, et ceux de l'ODCE, qui mettent en relation la réglementation relative à la protection de l'emploi avec la performance du marché du travail mesurée par le taux de chômage ou le taux d'emploi⁹.

Les mauvais résultats obtenus par la France dans ces classements sont généralement invoqués comme l'une des principales « évidences empiriques » fondant les critiques de la rigidité de notre réglementation¹⁰. Sans se soucier des problèmes conceptuels et méthodologiques que soulèvent ces comparaisons, les économistes qui les invoquent « pensent cependant que la classification des pays par ces indices reflète en gros la réalité »¹¹.

Le caractère global des indicateurs construits pour appréhender la réglementation du marché du travail ne dispense pas d'une réflexion critique sur les conceptions implicites de l'efficacité des règles sur lesquelles ils reposent. Mais auparavant il convient d'élucider les conceptions des agents et des emplois incluses dans ces modélisations et ces indicateurs, conceptions qui révèlent les limites des ambitions évaluatives de l'économie du droit du travail.

C. - Des agents optimisateurs omniscients

La figuration des agents, travailleurs, chômeurs ou employeurs, comme des individus dotés d'une rationalité parfaite et d'une durée de vie infinie qu'ils transforment en trajectoires optimales de maximisation de leur utilité, a plusieurs corollaires.

Tout d'abord, les modèles postulent une symétrie parfaite entre l'individu-entreprise et l'individu-salarié. Ils occultent le fait que le droit du travail n'a de sens que

dans un univers marqué par une asymétrie fondamentale entre le salarié et l'employeur, le contrat de travail faisant naître un rapport de subordination juridique.

L'action collective, cardinale dans l'organisation des rapports professionnels, est envisagée au regard d'un arbitrage individuel et intéressé de chacun des salariés.

L'entreprise, considérée comme un agent rationnel, n'est pas envisagée comme un ensemble de contrats tel qu'il apparaît dans d'autres parties de la littérature économique orthodoxe, moins encore comme un mode de coordination dont l'efficacité propre pourrait être évaluée.

L'hypothèse selon laquelle les acteurs sont des agents rationnels opérant des optimisations intertemporelles s'accompagne d'une contrainte. Pour faciliter les comportements optimisateurs des agents – individus comme entrepreneurs –, il est nécessaire de stabiliser le cadre de leurs choix parmi des plans optionnels. Ceci suppose que l'énoncé d'une règle ne soulève aucune question d'interprétation. Ainsi, le souci de « sécurité juridique » est-il inclus dans les hypothèses du modèle¹².

D. - Un « emploi sans qualités »¹³

L'assimilation de l'objectif d'emploi à un objectif numérique exprimé en terme de taux de chômage, taux d'activité ou taux d'emploi, connu à un moment donné est cohérente avec la modélisation qui vient d'être décrite, dans laquelle l'emploi est réduit à un seul poste de travail.

L'évaluation de l'efficacité d'une mesure à partir d'un tel indicateur est depuis longtemps sujette à critique, par exemple lorsqu'il s'agit de piloter les dispositifs de formation¹⁴. S'agissant plus particulièrement du régime de l'emploi tel qu'il est façonné par la législation du travail et les conventions collectives, ce type d'indicateur laisse de côté des qualités essentielles de l'emploi qui devraient être prises en compte par l'évaluation.

Cette grave omission concerne d'abord le statut de l'emploi. L'histoire du droit du travail en faisant émerger la notion de statut a permis de détacher l'emploi du travail. Une liaison a été ainsi établie entre la protection accordée au travailleur mis à l'écart de la brutalité du marché, et l'état de subordination dans lequel le place le contrat de travail.

Certes, cette liaison a été maintes fois remise en cause à l'occasion de réformes menées au nom de l'exigence de flexibilité. Le droit du travail accorde aujourd'hui une

(9) T. Kirat, « Systèmes juridiques et performances économiques. Un survol de la littérature », in *IPEEC* 2008-2; J. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes et A. Shleifer, « The Regulation of Labor », in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 119, n° 4, 2004; v. aussi les rapports OCDE, *Perspectives de l'emploi* des années 1999, 2002, et 2004.

(10) Plus récemment, l'OCDE a publié une étude sur la croissance et les inégalités. Dans un contexte général d'aggravation des inégalités de revenus et de la pauvreté, la France est l'un des cinq pays de l'OCDE où les inégalités de revenus et la pauvreté ont baissé durant les vingt dernières années, surprenant résultat que l'étude impute « aux changements du marché du travail ». V. OCDE, *Croissance et inégalités. Distribution des revenus et pauvreté dans les pays de l'OCDE*, 2008.

(11) O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du Conseil d'analyse économique, *préc.*

(12) En revanche, le modèle intègre l'incertitude relative aux conséquences des « chocs de productivité » générateurs de destructions d'emplois.

(13) F. Martelloni et T. Sachs, « Le droit de l'emploi en quête de mesure », in *IPEEC* 2008-2, et *Efficacia e diritto del lavoro*, ss dir. A. Lyon-Caen et A. Perulli, CEDAM, 2008, p. 361.

(14) X. Viney, « L'insertion des jeunes sur le marché du travail : les pièges d'une analyse statique et quelques réponses fournies par l'étude des cheminements professionnels », in *Formation emploi*, n° 4, 1983; J. Affichard, « La fonction de l'enquête statistique dans l'évaluation du dispositif de formation des jeunes de 16 à 18 ans », in *Formation Emploi*, n° 9, 1985.

place non négligeable à des formes particulières d'emploi ou à des formes de mise au travail concurrentes. Mais les propositions actuelles de réforme du droit du travail s'attaquent au contrat de travail de droit commun. En paraissant ne mettre en question que les conditions du licenciement, c'est une interrogation sur le statut, le contenu ou la « qualité » de l'emploi que soulèvent les programmes d'évaluation. Le statut de l'emploi est un paramètre d'évaluation du droit du travail qui ne saurait être négligé, notamment lors de l'appréciation des termes de l'échange promis à se réaliser¹⁵.

Au-delà du statut, d'autres éléments concourant à spécifier la qualité de l'emploi ne sont pas retenus comme pertinents pour l'évaluation. Pourtant, il faut rappeler que la flexicurité, dans sa conception complète et plus ambitieuse, vise à réduire la segmentation et promouvoir des emplois de meilleure qualité, ce qui inclut d'autres dimensions telles que le niveau de rémunération, la classification, les conditions de travail, etc.

On objectera que dans les critiques adressées au droit du travail, les auteurs ne se privent pas de dénoncer les effets de segmentation du marché du travail prêtés aux régimes de protection de l'emploi. Ils préconisent la suppression d'un grand nombre de réglementations qui constituent en effet des barrières à l'entrée dans certaines professions, au motif que leurs effets en termes de protection des consommateurs ne sont pas établis. Les effets possibles de cette déréglementation sont appréciés en termes de création indifférenciée d'emplois (un emploi créé égale un chômeur en moins) et de baisse des prix, sans que jamais retour ne soit fait sur les qualités desdits emplois.

E. - Une conception mécaniste des effets de la règle de droit

Plus obscure peut-être encore, parce que tapie au cœur des prémisses de l'analyse économique, est la conception de la règle de droit sur laquelle sont bâtis les raisonnements. L'un des apports du programme est de mettre en lumière les simplifications opérées par cette conception.

1) Des règles réduites à un ensemble de prix

Dans les modèles du marché du travail, les règles de droit n'apparaissent pas en tant que telles. Elles sont figurées à travers des (modifications de) prix ou coûts. Si une règle ne modifie aucun prix ni aucun coût, elle est inintelligible. Ainsi la discipline économique, dans sa version standard, force-t-elle le droit pour l'attirer dans sa sphère d'intelligibilité.

Il n'est certainement pas complètement erroné de faire transiter l'effet des règles de droit par les modifi-

cations de prix relatifs, mais encore faudrait-il ne pas se limiter à ce seul canal. Si l'on s'en tient à cette réduction, l'action correctrice ne peut que prendre la forme d'incitations monétaires destinées à internaliser les externalités négatives et à rétablir la situation optimale qu'aurait produit le fonctionnement efficace du marché. Un système de prix et de coûts présente de surcroît l'avantage de réduire les incertitudes, en particulier celles qui découlent de l'intervention d'un juge, et de faciliter les calculs d'optimisation.

Sous ces hypothèses, la protection de l'emploi est nécessairement plus efficace si elle est assurée sous forme monétaire, par la distribution d'allocations de chômage et la taxation des licenciements, plutôt que par l'obligation de reclassement ou le contrôle, judiciaire ou administratif, de la justification du licenciement pour motif économique.

2) Les règles de pures contraintes s'imposant aux agents

Les analyses économiques du droit du travail opposent volontiers le procédé de l'incitation à la régulation juridique qui impose le respect des obligations fixées par les normes¹⁶. Cette conception de la régulation juridique suppose de réduire le système de droit positif à un ensemble de prescriptions ou interdictions d'adopter telle ou telle conduite, qualifiant les actions humaines selon le mode binaire du licite et de l'illicite. Elle conduit à qualifier de « contournement » de la règle tout comportement non conforme au but présumé de la règle.

Cette représentation déontique et impérativiste du droit, dominante en économie standard et courante dans la pensée juridique, néglige ce qui requiert une évaluation du droit. Relevons notamment que concevoir le droit comme un ensemble de contraintes méconnaît une dimension essentielle des règles, celle d'offrir aux acteurs des facultés d'agir.

Selon une théorisation réaliste, la normativité juridique a vocation à servir de référence pour déterminer comment les choses doivent être du point de vue du système de droit en vigueur et pour en tirer des conséquences dans l'ordre de la décision ou du règlement de différends. C'est dans cette fonction de modèles que les significations des énoncés juridiques réputés normatifs et les règles imputées à la jurisprudence composent des dispositifs juridiques et, au-delà, constituent un cadre pour les actions. Ce cadre offre des ressources pour l'action en même temps qu'il l'oriente¹⁷.

3) Des règles sans apprentissage

Si la modélisation économique intègre, dans sa représentation du monde, une part d'incertitude, il n'en est que plus remarquable de noter qu'elle est sans apprentissage.

(15) Centre d'Études de l'Emploi, *La qualité de l'emploi*, La Découverte, coll. « Repères », 2006; T. Sachs, « L'emploi à la croisée des discours juridique et économique », in *IPEEC 2008-2*, et *Efficacia e diritto del lavoro*, préc., p. 335.

(16) Cette opposition est d'autant moins fondée que tout dispositif incitatif est nécessairement agencé par des règles légales, réglementaires ou conventionnelles.

(17) A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990. 199.

Les économistes institutionnalistes ou conventionnalistes qui ont participé au programme mettent en lumière le fait que le droit est une technique d'apprentissage collectif dans un monde incertain. Olivier Favereau s'est ainsi livré à une exploration systématique de la conception de la règle de droit dans les théories économiques standards et non standards¹⁸. L'auteur montre que les jugements d'efficacité diffèrent radicalement selon que l'on place ou non la règle dans un environnement où sont pris en compte des phénomènes d'apprentissage collectif. Dans des environnements à apprentissage collectif, les capacités d'adaptation des entreprises sont autorisées, sinon même favorisées par des mesures de protection de l'emploi qui peuvent devenir des stimulants à la négociation et à l'innovation.

4) Des règles sans lien avec d'autres règles

La modélisation microéconomique traque les effets de structure et poursuit sa quête des « effets purs » des variables explicatives. Dans cette lignée, l'analyse économique du droit vise à mesurer les effets purs d'une règle, supposée isolable de son contexte et notamment de tout lien avec d'autres règles, à l'opposé d'une compréhension systémique des effets des règles.

Parmi les travaux du programme qui se sont particulièrement attachés à cette question, on citera l'analyse du « modèle danois » présentée par Klaus Nielsen¹⁹. Elle montre que l'évaluation de l'efficacité de la réglementation danoise en matière de licenciement ne peut ignorer le dispositif de formation continue, dispositif très articulé, très coûteux et fortement développé ces dernières années sous la pression des organisations syndicales.

Quant aux indicateurs d'efficacité de la réglementation mobilisés pour les comparaisons internationales, ils ont bien l'ambition de fournir une vision globale des performances de systèmes juridiques et affichent une ambition synthétique de mesure d'effets combinés. Mais l'application d'une méthode uniforme à des systèmes juridiques de traditions différentes est génératrice de biais. En l'absence de travail monographique approfondi visant à définir les acteurs, les institutions et les étapes procédurales pertinents, il est extrêmement délicat de délimiter les frontières du champ de la comparaison, par exemple lorsqu'il s'agit de décrire et évaluer les règles relatives à la rupture du contrat de travail²⁰.

Comparant les modes d'évaluation des politiques sociales dans plusieurs pays, Laurent Thévenot adopte une perspective différente, intégrant la diversité des constructions politiques des communautés, des biens communs qui y sont mis en valeur et des capacités qu'y engagent les acteurs. Il montre ainsi les limites des évaluations externes qui ne prêtent pas une attention suffisante aux dispositifs dans lesquels sont mises en œuvre les politiques sociales, et qui s'éloignent trop des évaluations auxquelles procèdent les acteurs eux-mêmes²¹.

5) Des règles au but unique

Question canonique pour les spécialistes de l'évaluation, l'explicitation des objectifs des dispositifs sur lesquels va porter le jugement est en principe un préalable à la définition des indicateurs permettant d'apprécier les résultats.

En droit, la question connaît une particulière acuité, déployée dans l'argumentation des juges appelés à se prononcer sur la rationalité d'une mesure, c'est-à-dire à apprécier l'adéquation des moyens mis en œuvre au regard du but visé²².

Peu soucieuse de cette complexité, l'analyse économique du droit du travail est réductrice à cet égard. Dans sa visée évaluative, elle opère le plus souvent une simplification abusive des buts du droit. Ainsi dans l'un des rapports d'économistes les plus diffusés²³, l'objectif du droit du travail est-il ramené à un « rôle de protection des personnes les plus fragiles »²⁴. Il suffit ensuite de montrer que cet objectif supposé n'est pas atteint pour démontrer l'ineffectivité – plutôt que l'inefficacité – de la règle.

6) Des règles sans juges

À tout droit substantiel correspond en principe un droit d'accès aux tribunaux. Pourtant, l'analyse économique du droit au mieux ignore les juges, au pis les met en accusation.

La mise à l'écart des juges repose tout d'abord sur une représentation particulière du droit, vu comme un complexe d'énoncés. Cette réduction se conjugue avec une conception performative du droit qui ne laisse aucune place au contentieux dans la réalisation du droit.

Ainsi l'indicateur synthétique de protection de l'emploi (LPE) de l'OCDE est-il élaboré à partir de données purement textuelles, en considération de sources formelles et dans l'indifférence à la contribution des tri-

(18) O. Favereau, « Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée », in *IJPEC 2008-2*, et *Efficacia e diritto del lavoro, préc.*, p. 99.

(19) K. Nielsen, « Preconditions and Challenges of "Flexicurity": Economic and Institutional Aspects of the Danish Labour Market Model », in *IJPEC 2008-2*.

(20) R. Dalmaso, « Les procédures de licenciement en droit comparé (Royaume-Uni, Italie, France). Contribution à une comparaison procédurale des litiges relatifs aux licenciements », in *IJPEC 2008-2*; v. aussi E. Serverin, « Le traitement des litiges du travail en droit français et britannique : deux modèles d'intégration des procédés amiables », *RDT 2007* 195.

(21) L. Thévenot, « Les politiques sociales à l'épreuve du libéralisme. Pour quelle égalité? », *Document de travail*, CREST-INSEE, 2008.

(22) V. à propos du contrôle de constitutionnalité, C. Dahan, « La recherche du but d'une mesure par le juge », in *IJPEC 2008-2* et *Efficacia e diritto del lavoro, préc.*, p. 279.

(23) P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité. Vers une sécurité sociale professionnelle, préc.*

(24) Quand ne lui sont pas prêtés des objectifs invouables : « Dans les faits, les règles très contraignantes en matière de restriction des emplois à durée limitée, de licenciements économiques et de licenciements collectifs sont très peu appliquées. En réalité, tout se passe comme si l'ensemble du système de protection de l'emploi était organisé pour qu'il en soit ainsi. », v. P. Cahuc et F. Kramarz, 2004, *préc.*

bunaux à la réalisation effective de la protection de l'emploi : on suppose que ce qui est écrit est ce qui est mis en œuvre ²⁵. Quant aux indicateurs du programme *Doing Business* de la Banque Mondiale, ils excluent les juges d'une façon différente bien que non moins radicale, puisqu'ils sont établis en référence à une situation de règlement des différends par « un tiers arbitre, non professionnel du droit, à coût nul et sans formalisation juridique » ²⁶.

C'est aussi une forte aversion pour l'insécurité que ferait peser l'immixtion judiciaire dans les choix des agents et de leur aptitude anticipatrice qui explique le procès régulièrement fait aux juges. En France, cette mise en accusation a trouvé un écho, de courte durée, dans les dispositions du Contrat nouvelles embauches (CNE) censées faciliter la rupture du contrat de travail dans les petites entreprises, instituant une période longue pendant laquelle l'employeur pouvait licencier sans fournir de motifs du licenciement ²⁷.

Pourtant, en faisant silence sur les règles qui encadrent la rupture du contrat de travail, le droit légiféré a laissé s'appliquer à cette rupture les règles générales du droit des contrats, laissant une ample marge d'interprétation aux juges ²⁸. Ainsi le contentieux du CNE aurait-il pu marquer « le renouveau du contentieux de la rupture, le grand retour du juge sur la scène du contrat » ²⁹.

La dévalorisation de l'activité des juges dans l'analyse économique, sinon sa mise en accusation, ne tient pas seulement aux marges d'interprétation qu'ouvrent les textes. Si les économistes invoquent le contentieux comme source principale d'instabilité et d'insécurité, c'est qu'ils postulent que les juges n'agissent pas de façon conforme à la rationalité supposée des acteurs économiques, et plus particulièrement des employeurs. Dans les contrôles qu'ils exercent sur les motifs de licenciement, les juges ne seraient pas aptes à évaluer les choix économiques des employeurs, la pertinence, la raisonnable de ses décisions. Leur immixtion dans les décisions des employeurs conduirait

ainsi à des situations sous-optimales. C'est donc la possibilité même de donner un sens à l'action en justice dans les modèles économiques qui est en question ³⁰.

Pourtant, le droit du travail n'est pas hermétique dans ses propres catégories aux justifications économiques ³¹. Au demeurant, les juges comprennent le raisonnement microéconomique sans s'y laisser enfermer ce qu'illustre un arrêt rendu à propos du CNE. Celui-ci fait écho à l'incertitude des résultats des modèles économiques, en considérant que

« dans la lutte contre le chômage, la protection des salariés dans leur emploi semble être un moyen au moins aussi pertinent que les facilités données aux employeurs pour les licencier » ³², et formule, dans un même mouvement, une critique que nous faisons nôtre en ajoutant « qu'il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements » ³³.

Il est non moins notable qu'en dehors du droit du travail, la prise en compte de l'emploi est, bien qu'encore timidement, encouragée par le droit commercial, notamment par le biais de règles procédurales invitant les organes sociaux à délibérer sur les conséquences sociales de leurs décisions ³⁴.

Plus fondamentalement la discussion contentieuse est un espace d'appréciation de la qualité d'une décision susceptible d'intégrer une pluralité de justifications ³⁵. La jurisprudence de la Cour de cassation relative au contrôle du motif économique de licenciement témoigne de la qualité de ces débats. La protection de l'emploi est ainsi intégrée dans l'espace pluraliste des justifications d'une décision de licenciement.

II. - Vers des évaluations réalistes du droit du travail

Trois pistes méritent d'être empruntées, qui loin de s'exclure se combinent.

(25) T. Kirat, « Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ? », in *La protection de l'emploi en question : vers la fin du droit du travail ? Économie et institutions*, n° 9, 2006.

(26) *IJPEC* 2008-1.

(27) T. Pasquier, « Le contrat Nouvelles Embauches ou l'ambition illusoire d'un droit du licenciement sans intervention judiciaire », in *IJPEC* 2008-2, et *Efficacia e diritto del lavoro, préc.*, p. 353.

(28) F. Guimard et E. Serverin, « Le contrat Nouvelles Embauches à l'épreuve du contentieux prud'hormal », *RDT* 2007. 502.

(29) *IJPEC* 2008-1.

(30) T. Sachs, « Droit du travail et rhétorique libérale : la règle de droit à l'épreuve du jugement d'efficacité », in *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, ss dir. A. Lyon-Caen et A. Perulli, CEDAM, 2005, p. 147.

(31) A. Perulli, « Efficacia e diritto del lavoro », in *IJPEC* 2008-2.

(32) Les modèles sont ambigus en ce qui concerne les effets des mesures de protection de l'emploi sur les destructions d'emplois.

(33) Paris 6 juill. 2007, n° 06/04806.

(34) S. Vernac, « Emploi et contrôle des décisions de gestion en droit des sociétés » in *IJPEC* 2008-2, et *Efficacia e diritto del lavoro, préc.*, p. 287.

(35) S. Leader, « Deux façons d'ajuster les droits en conflit en droit du travail », in *Droits fondamentaux et droit social*, ss dir. A. Lyon-Caen et P. Lokiec, Dalloz, 2004 ; S. Leader, (2005), « Inflating Consent, Inflating Function, and Inserting Human Rights », in J. Dine et A. Fagan (eds), *Capitalism and Human Rights*, Edward Elgar Publishing ; A. Perulli, « Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur », *RDT* 2006. 85 ; A. Lyon-Caen, « Juger la gestion », in *Le juge et la décision de gestion*, ss dir. A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, « Actes », 2006, p. 19.

A. - Les visées du droit du travail

Au lieu d'une quête, en général vaine, de la finalité unique d'une règle ou d'un dispositif, il y a lieu d'introduire la pluralité de leurs visées. Ainsi, comme le montre sans peine l'étude des dispositifs antidiscriminatoires, s'y conjuguent plusieurs visées. À un autre haut degré de généralité, se mêlent une protection des agents contre leurs propres préjugés et une protection de la dignité de la personne: efficacité du marché et garantie des droits fondamentaux se croisent ³⁶. Quand poursuivant plus minutieusement l'examen des dispositifs antidiscriminatoires, on vient à envisager la lutte contre les discriminations indirectes, ou si l'on préfère la surveillance des mesures qui ont un effet discriminatoire, on y découvre une composition complexe entre la promotion de l'égalité entre les personnes et la préoccupation de préserver l'efficacité des organisations productives.

Quand bien même on pourrait imaginer que telle ou telle règle a une ambition singulière, le seul fait qu'elle s'insère dans un contexte normatif plus ample rend illusoire une prétention de l'évaluer, de manière isolée, en considération de sa seule ambition singulière.

Pluralités des visées: l'expression n'est pas sans évoquer d'autres formules qui ont cours dans des travaux d'historiens ou de juristes du travail, qui font état de l'ambivalence du droit, ou de la pluralité de ses finalités, ou encore de la diversité de ses fonctions. L'expression retenue a comme avantage d'éviter de prêter trop facilement au juriste (Parlement, gouvernement, juges) une rationalité instrumentale et d'éviter les réductions fonctionnalistes que suggèrent les termes de finalité et de fonction.

Si pluralité de visées il y a, elles se combinent dans les dispositifs, et les combinaisons peuvent être plus ou moins stables et robustes. Sans doute faut-il rechercher dans la solidité de certaines compositions entre visées les raisons d'une litigiosité faible. En tout cas, comme y invitent certains travaux du programme, l'hypothèse vaudrait d'être élaborée puis testée d'un lien entre solidité des conjugaisons de visées et litigiosité.

B. - L'outillage des règles

Pour évaluer le droit du travail, et le droit en général, il faut prendre congé d'une représentation des

règles comme des contraintes. Les règles ne sont pas nécessairement des commandements ³⁷, des prescriptions de conduite. Parfois elles reconnaissent une capacité d'action, habilitent donc à entreprendre, confèrent une faculté. Parfois elles désignent, définissent, qualifient. Ainsi en va-t-il d'une règle qui viendrait à définir ce qu'est le travail salarié ou encore ce qu'est la subordination, dans laquelle on se plaît à trouver, en général, le critère du travail salarié ³⁸.

Regarder une règle juridique comme une contrainte, c'est encore supposer qu'elle produit des effets par sa seule existence. Or, l'expérience l'at-

teste, une règle juridique ne produit rien par elle-même. Les voies de réalisation du droit requièrent une attention particulière.

Ces observations sur l'objet divers des règles, sur la nécessité de s'éloigner d'une vision trop impérativiste des règles, invitent en fin de compte à prendre au sérieux la variété technologique du droit.

C'est à ce prix seulement que peuvent être conçus les termes d'une comparaison. Comme le montrent certains travaux du programme, les comparaisons portant sur les contestations des licenciements ne peuvent être entreprises sans que soient prise en compte la diversité des procédures qui y conduisent ³⁹ ou encore les engagements qui les précèdent à charge des employeurs ou qui les suivent. La variété technologique du droit doit constamment guider la comparaison et l'évaluation, car elle constitue bien l'interdépendance entre les règles et les dispositifs, condition même pour accéder à l'intelligibilité des actions qui se déploient dans leur ombre.

C. - Les voies de réalisation

Si une règle est un modèle pour l'action ⁴⁰, comment le modèle normatif se concrétise-t-il? C'est cette question essentielle que certains travaux du programme ont cherché à éclairer.

L'analyse économique du droit, dans sa version la plus diffusée, rejoint une forme de dogmatisme répandue chez les juristes en retenant une conception performative du droit. L'énonciation se suffirait à elle-même. La violation de la règle serait synonyme de son inefficacité. Pourtant la possibilité de l'enfreindre constitue un élément même de la juridicité d'une règle. L'altérité qui marque le rapport du droit au monde – si on accepte ce raccourci – est une

« Pour évaluer le droit du travail, et le droit en général, il faut prendre congé d'une représentation des règles comme des contraintes. Les règles ne sont pas nécessairement des commandements, des prescriptions de conduite. »

(36) A. Lyon-Caen et P. Lokiec, (ss la dir. de), *Droits fondamentaux et droit social, préc.*; O. de Schutter, « Three models of Equality and European Anti-discrimination Law », in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 57, n° 1, 2006.

(37) A. Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », D. 1993. 207.

(38) C. Wolmark, *La définition prétorienne. Étude en Droit du travail*, Dalloz, 2007, 412 p.

(39) R. Dalmasso, « Les procédures de licenciement en droit comparé (Royaume-Uni, Italie, France). Contribution à une comparaison procédurale des litiges relatifs aux licenciements », *préc.*

(40) A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *préc.*, note 20.

condition pour que le droit soit concevable et conçu ⁴¹.

Il faut donc considérer cette altérité comme une exigence et non comme un problème dramatique. Autrement dit, l'écart entre le droit et le fait ne doit pas déconter; il doit être compris. Pour ce faire, il faut se déprendre de la présentation classique de la réalisation du droit comme une opération d'application, opération simple, inscrite dans le jeu de la contrainte. La réalisation passe par des dispositifs aptes à traduire, dans les actions mêmes, les exigences normatives.

Par là apparaît l'importance des procédures, des mécanismes, des moyens qui préparent les personnes à l'observation des règles ⁴². Ainsi en va-t-il de l'exercice d'un droit, aurait-il pour consistance une liberté de

choix, une aire d'autonomie. Les droits fondamentaux sont terrain d'élection de ces dispositifs destinés à en assurer la jouissance ⁴³. Le droit antidiscriminatoire est sans doute le domaine où se repèrent aujourd'hui avec une grande richesse des procédures et mécanismes de vigilance permanente et de promotion de la réflexivité des personnes ⁴⁴.

Une interrogation demeure néanmoins. Si la contestation en justice d'un droit constitue un élément de son identification, quelle place faut-il reconnaître aux actions en justice dans la réalisation du droit du travail? Une place cardinale ou une place parmi une gamme de médiations? Diverses et nuancées sont, à ce jour, les réponses que cette question provoque.

(41) J. Stavo-Debauge, « Le droit et la pensée de la réalisation du droit », in *IPEEC 2008-2, et Efficacia e diritto del lavoro, préc.*, p. 239; J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, LGDJ, Fondation Varenne, 2008, 921 p.

(42) L. Thevenot, « Les sciences économiques et sociales et le droit : quels biens reconnus pour quelles évaluations? », in *IPEEC 2008-2, et Efficacia e diritto del lavoro, préc.*, p. 65.

(43) A. Lyon-Caen et P. Lokiec (ss la dir. de), *Droits fondamentaux et droit social, préc.*

(44) J. Stavo-Debauge, « Faut-il s'en remettre aux pouvoirs de la statistique pour agir contre les discriminations et réaliser le droit? La catégorisation ethnique et raciale en question au Royaume-Uni et en France », in *IPEEC 2008-2, et Efficacia e diritto del lavoro, préc.*, p. 163; v. aussi L. Joly et M. Sweeney, « La lutte contre les discriminations : un champ de renouvellement de la réflexion du droit sur sa propre réalisation », in *IPEEC 2008-2, et Efficacia e diritto del lavoro, préc.*, p. 167.